



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXVIII - n. 49

**Publicato sul sito www.agcm.it
31 dicembre 2018**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A517 - MERCATI DI MANUTENZIONE DI DISPOSITIVI DIAGNOSTICI	
<i>Provvedimento n. 27433</i>	5
I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE	
<i>Provvedimento n. 27461</i>	7
I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE	
<i>Provvedimento n. 27462</i>	10
I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE	
<i>Provvedimento n. 27463</i>	13
I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE	
<i>Provvedimento n. 27464</i>	16
I819 - INTERCENT-ER/GARA PER FARMACI EMODERIVATI	
<i>Provvedimento n. 27465</i>	19
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	32
C12200 - ALPERIA/SERVIZI UNINDUSTRIA MULTIUTILITIES	
<i>Provvedimento n. 27457</i>	32
C12203 - EUROCAR/DORIGONI	
<i>Provvedimento n. 27458</i>	37
C12204 - VEGA CARBURANTI/CARBURANTI 3.0	
<i>Provvedimento n. 27459</i>	43
C12205 - TRENITALIA-TRASPORTO PASSEGGERI EMILIA ROMAGNA/SOCIETÀ FERROVIARIA PROVVISORIA EMILIA ROMAGNA	
<i>Provvedimento n. 27460</i>	46
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	51
AS1551 - OSTACOLI NELL'INSTALLAZIONE DI IMPIANTI DI TELECOMUNICAZIONE MOBILE E BROADBAND WIRELESS ACCESS E ALLO SVILUPPO DELLE RETI DI TELECOMUNICAZIONE IN TECNOLOGIE 5G	
<i>AS1553 - LEGGE DI BILANCIO 2019 - OSSERVAZIONI IN MERITO AGLI ARTICOLI 41-BIS E 51 DEL DISEGNO DI LEGGE AC 1334</i>	51
AS1553 - LEGGE DI BILANCIO 2019 - OSSERVAZIONI IN MERITO AGLI ARTICOLI 41-BIS E 51 DEL DISEGNO DI LEGGE AC 1334	63
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	70
PS11264 - MEVOSTORE CLICCATISSIMO-VENDITE ONLINE	
<i>Provvedimento n. 27483</i>	70
PS11281 - SOTTOCOSTO.ONLINE/PROMOTIONAL TRADE - PROBLEMI VARI	
<i>Provvedimento n. 27484</i>	74

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A517 - MERCATI DI MANUTENZIONE DI DISPOSITIVI DIAGNOSTICI

Provvedimento n. 27433

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 novembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi articoli 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la propria delibera adottata in data 31 gennaio 2018, con la quale è stata avviata, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti delle società GE Medical Systems Italia S.p.A. e le sue controllanti GE Healthcare Italia S.r.l. e GE Italia Holding S.r.l.; Siemens Healthcare S.r.l. e la sua controllante Siemens Healthineers Holding III B.V.; Philips S.p.A. e le sue controllanti Philips SAECO S.p.A. e Koninklijke Philips N.V. per presunte violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTA le proprie delibere adottate in data 20 luglio 2018 di rigetto degli impegni presentati da GE Medical Systems Italia S.p.A, GE Healthcare Italia S.r.l. e GE Italia Holding S.r.l., Philips S.p.A e Koninklijke Philips N.V. e Siemens Healthcare S.r.l.;

VISTA la propria delibera adottata in data 8 agosto 2018 con cui il procedimento istruttorio è stato ampliato soggettivamente, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Philips Medical System Nederland B.V., Siemens AG, Siemens Healthcare GmbH, GE Medical System S.C.S., General Electric Co.;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

VISTE le istanze di proroga del termine di conclusione del procedimento del 31 ottobre 2018 e 8 novembre 2018, formulate rispettivamente da GE Medical Systems S.C.S. e Philips Medical System Nederland B.V. al fine di poter disporre di un più ampio periodo di tempo per svolgere una compiuta analisi della documentazione del fascicolo ed esercitare pienamente il proprio diritto di difesa;

CONSIDERATA la complessità della fattispecie oggetto del Procedimento e l'ampia articolazione dello stesso anche sotto il profilo delle Parti attualmente coinvolte;

CONSIDERATA la necessità di garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

RITENUTO, pertanto, necessario, ai fini dell'accertamento dei profili oggetto del procedimento nel pieno esercizio del diritto di difesa, procedere al differimento del termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 30 aprile 2019;

DELIBERA

di prorogare al 31 luglio 2019 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*

Gabriella Muscolo

I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE*Provvedimento n. 27461*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014 con cui sono state adottate le Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (di seguito, in breve, "Linee guida");

VISTO il proprio provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, adottato a conclusione del procedimento n. I/796 – Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE, con il quale l'Autorità ha accertato che le società Deloitte Consulting S.r.l., Deloitte & Touche S.p.A., Ernst&Young S.p.A., Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A., KPMG S.p.A., KPMG Advisory S.p.A., PricewaterhouseCoopers S.p.A., PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip AdA, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti;

VISTO che per la violazione accertata, in ragione della gravità e durata dell'infrazione, è stata disposta a carico delle società PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A., in solido tra loro, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 1.516.218 euro;

VISTA la sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 10997, con cui è stato accolto in parte il ricorso presentato da PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A., e, per l'effetto, è stato parzialmente annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, nella parte di determinazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza 14 novembre 2018 n. 10997, con cui il Tar Lazio, in parziale accoglimento del ricorso presentato e *"ai sensi dell'articolo 134, comma 1, lettera c), c.p.a. che riconosce al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito"*, ha fissato i parametri per la determinazione della sanzione da irrogare alle due sopra menzionate società, rinviando gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi, in concreto, l'importo della medesima conformandosi alle indicazioni dettate nella riferita sentenza;

VISTI i parametri per la rideterminazione dell'importo della sanzione pecuniaria irrogata, così individuati dal giudice amministrativo nella parte in motivazione della pronuncia sopra richiamata considerando: *"che l'infrazione è definibile "grave" quale operazione di "big rigging" nella misura in cui era tesa alla ripartizione del mercato di riferimento (gara Consip AdA), ma non "segreta", per cui, in applicazione del punto 11 – ma non anche 12 – delle Linee Guida di riferimento, può si aggiungersi una percentuale sul "valore base" ma nella misura che il collegio ritiene congruo fissare al 10%"* e che *"la consistenza soggettiva delle imprese sanzionate e la loro posizione di leadership nel settore, unita al valore economico della gara in esame comunque non*

indifferente, comporta che AGCM possa applicare a scopo deterrente effettivo anche la c.d. "entry fee" di cui al punto 17 delle citate Linee Guida ma, per le stesse ragioni sopra evidenziate, nella percentuale minima del 15%".

CONSIDERATO che i criteri individuati dal TAR Lazio nell'esercizio della sua giurisdizione di merito per la rideterminazione della sanzione irrogata in solido a PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A., risultano puntuali, oggettivi e di applicazione automatica e non lasciano alcun margine discrezionale nell'attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del TAR Lazio e in conformità alle indicazioni e ai parametri ivi enucleati, alla concreta rideterminazione della sanzione irrogata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017 nei confronti di PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A.;

RITENUTO che la riedizione della potestà sanzionatoria non costituisce acquiescenza rispetto alle determinazioni assunte dal TAR Lazio, restando quindi impregiudicata ogni determinazione da parte dell'Autorità ad esito dell'eventuale appello avverso la riferita sentenza;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

La riduzione della percentuale del valore delle vendite

1. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 30% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione, quale applicata dall'Autorità ai sensi delle Linee guida deve essere ridotto nella misura del 10%.
2. In considerazione di quanto precede, al fatturato specifico, corrispondente per PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A., a 2.901.852 euro (para. 363 e ss. del Provvedimento citato) viene applicata la percentuale del 10%, risultando un valore pari a 290.185 euro.
3. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 25% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione, quale applicata dall'Autorità a titolo di *Entry fee*, ai sensi delle Linee guida, deve essere ridotto nella misura del 15%.
4. Al fatturato specifico come sopra indicato viene, applicata, quindi la percentuale del 15% a titolo di *Entry Fee*, risultando un valore pari a 435.278 euro.
5. L'importo base della sanzione, come sopra determinato, risulta pari a 725.463 euro.

La rideterminazione della sanzione

6. In applicazione dei citati parametri di quantificazione definiti dalla sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 10997, l'importo finale della sanzione da irrogare alle società PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A., per la condotta accertata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, applicando un'attenuante nella misura del 5% come riconosciuta nel provvedimento, risulta pari a 689.190 euro.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare alle società PricewaterhouseCoopers S.p.A. e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A, in solido tra loro, per il comportamento alle stesse ascritto nel provvedimento dell'Autorità n. 26815 del 18 ottobre 2017, in relazione alla gara AdA indetta da Consip, è rideterminata nella misura di 689.190 euro.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

Il presente provvedimento sarà notificato al soggetto interessato e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE

Provvedimento n. 27462

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014 con cui sono state adottate le Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (di seguito, in breve, "Linee guida");

VISTO il proprio provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, adottato a conclusione del procedimento n. I/796 – Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE, con il quale l'Autorità ha accertato che le società Deloitte Consulting S.r.l., Deloitte & Touche S.p.A., Ernst&Young S.p.A., Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A., KPMG S.p.A., KPMG Advisory S.p.A., PricewaterhouseCoopers S.p.A., PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip AdA, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti;

VISTO che per la violazione accertata, in ragione della gravità e durata dell'infrazione, è stata disposta a carico della società KPMG S.p.A. l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 7.659.966 euro, in solido con KPMG Advisory S.p.A.;

Vista la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito "Tar Lazio") del 14 novembre 2018 n. 11000 con cui è stato accolto il ricorso presentato da KPMG Advisory S.p.A. e, per l'effetto, è stato annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, nella parte in cui coinvolge la ricorrente;

VISTA la sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 10996, con cui è stato accolto in parte il ricorso presentato da KPMG S.p.A. e, per l'effetto, è stato parzialmente annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, nella parte di determinazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza 14 novembre 2018 n. 10996, con cui il Tar Lazio, in parziale accoglimento del ricorso presentato e "ai sensi dell'articolo 134, comma 1, lettera c), c.p.a. che riconosce al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito", ha fissato i parametri per la determinazione della sanzione da irrogare a KPMG S.p.A., rinviando gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi, in concreto, l'importo della medesima conformandosi alle indicazioni dettate nella riferita sentenza;

VISTI i parametri per la rideterminazione dell'importo della sanzione pecuniaria irrogata, così individuati dal giudice amministrativo nella parte in motivazione della pronuncia sopra richiamata considerando: "che l'infrazione è definibile "grave" quale operazione di "big rigging" nella misura in cui era tesa alla ripartizione del mercato di riferimento (gara Consip AdA), ma non "segreta", per cui, in applicazione del punto 11 – ma non anche 12 – delle Linee Guida di

riferimento, può si aggiungersi una percentuale sul “valore base” ma nella misura che il collegio ritiene congruo fissare al 10%” e che “la consistenza soggettiva delle imprese sanzionate e la loro posizione di leadership nel settore, unita al valore economico della gara in esame comunque non indifferente, comporta che AGCM possa applicare a scopo deterrente effettivo anche la c.d. “entry fee” di cui al punto 17 delle citate Linee Guida ma, per le stesse ragioni sopra evidenziate, nella percentuale minima del 15%”.

CONSIDERATO che i criteri individuati dal TAR Lazio nell'esercizio della sua giurisdizione di merito per la rideterminazione della sanzione irrogata a KPMG S.p.A. risultano puntuali, oggettivi e di applicazione automatica e non lasciano alcun margine discrezionale nell'attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del TAR Lazio e in conformità alle indicazioni e ai parametri ivi enucleati, alla concreta rideterminazione della sanzione irrogata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017 nei confronti di KPMG S.p.A.;

RITENUTO che la riedizione della potestà sanzionatoria non costituisce acquiescenza rispetto alle determinazioni assunte dal TAR Lazio, restando quindi impregiudicata ogni determinazione da parte dell'Autorità ad esito dell'eventuale appello avverso la riferita sentenza;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

La riduzione della percentuale del valore delle vendite

1. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 30% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione, quale applicata dall'Autorità ai sensi delle Linee guida deve essere ridotto nella misura del 10%.
2. In considerazione di quanto precede, al fatturato specifico, corrispondente per KPMG S.p.A. a 13.927.211euro (para. 363 e ss. del Provvedimento citato) viene applicata la percentuale del 10%, risultando un valore pari a 1.392.721 euro.
3. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 25% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione, quale applicata dall'Autorità a titolo di *Entry fee*, ai sensi delle Linee guida, deve essere ridotto nella misura del 15%.
4. Al fatturato specifico come sopra indicato viene, applicata, quindi la percentuale del 15% a titolo di *Entry Fee*, risultando un valore pari a 2.089.082 euro.
5. L'importo base della sanzione, come sopra determinato, risulta pari a 3.481.803 euro.

La rideterminazione della sanzione

6. In applicazione dei citati parametri di quantificazione definiti dalla sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 10996, l'importo finale della sanzione da irrogare alla società KPMG S.p.A. per la condotta accertata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017 risulta pari a 3.481.803 euro.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare alla società KPMG S.p.A. per il comportamento alla stessa ascritto nel provvedimento dell'Autorità n. 26815 del 18 ottobre 2017, in relazione alla gara AdA indetta da Consip, è rideterminata nella misura di 3.481.803 euro.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

Il presente provvedimento sarà notificato al soggetto interessato e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE*Provvedimento n. 27463*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014 con cui sono state adottate le Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (di seguito, in breve, "Linee guida");

VISTO il proprio provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, adottato a conclusione del procedimento n. I/796 – Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE, con il quale l'Autorità ha accertato che le società Deloitte Consulting S.r.l., Deloitte & Touche S.p.A., Ernst&Young S.p.A., Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A., KPMG S.p.A., KPMG Advisory S.p.A., PricewaterhouseCoopers S.p.A., PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip AdA, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti;

VISTO che per la violazione accertata, in ragione della gravità e durata dell'infrazione, è stata disposta a carico della società Deloitte & Touche S.p.A. l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 5.955.011 euro, in solido con Deloitte Consulting S.r.l..

Vista la sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 11002 con cui è stato accolto il ricorso presentato da Deloitte Consulting S.r.l. e, per l'effetto, è stato annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, nella parte in cui coinvolge la ricorrente;

VISTA la sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 10999, con cui è stato accolto in parte il ricorso presentato da Deloitte & Touche S.p.A., e, per l'effetto, è stato parzialmente annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, nella parte di determinazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza 14 novembre 2018 n. 10999, con cui il Tar Lazio, in parziale accoglimento del ricorso presentato e "ai sensi dell'articolo 134, comma 1, lettera c), c.p.a. che riconosce al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito", ha fissato i parametri per la determinazione della sanzione da irrogare alla Deloitte & Touche S.p.A., rinviando gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi, in concreto, l'importo della medesima conformandosi alle indicazioni dettate nella riferita sentenza;

VISTI i parametri per la rideterminazione dell'importo della sanzione pecuniaria irrogata, così individuati dal giudice amministrativo nella parte in motivazione della pronuncia sopra richiamata considerando: "che l'infrazione è definibile "grave" quale operazione di "big rigging" nella misura in cui era tesa alla ripartizione del mercato di riferimento (gara Consip AdA), ma non "segreta", per cui, in applicazione del punto II – ma non anche 12 – delle Linee Guida di riferimento, può si aggiungersi una percentuale sul "valore base" ma nella misura che il collegio

ritiene congruo fissare al 10%” e che *“la consistenza soggettiva delle imprese sanzionate e la loro posizione di leadership nel settore, unita al valore economico della gara in esame comunque non indifferente, comporta che AGCM possa applicare a scopo deterrente effettivo anche la c.d. “entry fee” di cui al punto 17 delle citate Linee Guida ma, per le stesse ragioni sopra evidenziate, nella percentuale minima del 15%”*.

CONSIDERATO che i criteri individuati dal TAR Lazio nell’esercizio della sua giurisdizione di merito per la rideterminazione della sanzione irrogata a Deloitte & Touche S.p.A., risultano puntuali, oggettivi e di applicazione automatica e non lasciano alcun margine discrezionale nell’attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del TAR Lazio e in conformità alle indicazioni e ai parametri ivi enucleati, alla concreta rideterminazione della sanzione irrogata con il provvedimento n. n. 26815 del 18 ottobre 2017, nei confronti della Deloitte & Touche S.p.A.;

RITENUTO che la riedizione della potestà sanzionatoria non costituisce acquiescenza rispetto alle determinazioni assunte dal TAR Lazio, restando quindi impregiudicata ogni determinazione da parte dell’Autorità ad esito dell’eventuale appello avverso la riferita sentenza;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

La riduzione della percentuale del valore delle vendite

1. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 30% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione, quale applicata dall’Autorità ai sensi delle Linee guida deve essere ridotto nella misura del 10%.
2. In considerazione di quanto precede, al fatturato specifico, corrispondente per Deloitte & Touche S.p.A. a 11.397.150 euro (para. 363 e ss. del Provvedimento citato) viene applicata la percentuale del 10%, risultando un valore pari a 1.139.715 euro.
3. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 25% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione, quale applicata dall’Autorità a titolo di *Entry fee*, ai sensi delle Linee guida, deve essere ridotto nella misura del 15%.
4. Al fatturato specifico come sopra indicato viene, applicata, quindi la percentuale del 15% a titolo di *Entry Fee*, risultando un valore pari a 1.709.573 euro.
5. L’importo base della sanzione, come sopra determinato, risulta pari a 2.849.288 euro.

La rideterminazione della sanzione

6. In applicazione dei citati parametri di quantificazione definiti dalla sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 10999, l’importo finale della sanzione da irrogare alla società Deloitte & Touche S.p.A., per la condotta accertata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, applicando un’attenuante nella misura del 5% come riconosciuta nel provvedimento, risulta pari a 2.706.823 euro.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare alla società Deloitte & Touche S.p.A., per il comportamento alla stessa ascritto nel provvedimento dell'Autorità n. 26815 del 18 ottobre 2017, in relazione alla gara AdA indetta da Consip, è rideterminata nella misura di 2.706.823 euro.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

Il presente provvedimento sarà notificato al soggetto interessato e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE

Provvedimento n. 27464

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014 con cui sono state adottate le Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (di seguito, in breve, "Linee guida");

VISTO il proprio provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, adottato a conclusione del procedimento n. I/796 – Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE, con il quale l'Autorità ha accertato che le società Deloitte Consulting S.r.l., Deloitte & Touche S.p.A., Ernst&Young S.p.A., Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A., KPMG S.p.A., KPMG Advisory S.p.A., PricewaterhouseCoopers S.p.A., PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip AdA, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti;

VISTO che per la violazione accertata, in ragione della gravità e durata dell'infrazione, è stata disposta a carico della società Ernst & Young S.p.A. l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 8.563.021 euro, in solido con Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A.;

VISTA la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito "Tar Lazio") del 14 novembre 2018 n. 11003 con cui è stato accolto il ricorso presentato da Financial Business Advisors S.p.A. e, per l'effetto, è stato annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, nella parte in cui coinvolge la ricorrente;

VISTA la sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 11004, con cui è stato accolto in parte il ricorso presentato da Ernst & Young S.p.A. e, per l'effetto, è stato parzialmente annullato il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017 nella parte di determinazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza 14 novembre 2018 n. 11004, con cui il Tar Lazio, in parziale accoglimento del ricorso presentato e "ai sensi dell'articolo 134, comma 1, lettera c), c.p.a. che riconosce al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito", ha fissato i parametri per la determinazione della sanzione da irrogare alla Ernst & Young S.p.A., rinviando gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi, in concreto, l'importo della medesima conformandosi alle indicazioni dettate nella riferita sentenza;

VISTI i parametri per la rideterminazione dell'importo della sanzione pecuniaria irrogata, così individuati dal giudice amministrativo nella parte in motivazione della pronuncia sopra richiamata considerando: "che l'infrazione è definibile "grave" quale operazione di "big rigging" nella misura in cui era tesa alla ripartizione del mercato di riferimento (gara Consip AdA), ma non "segreta", per cui, in applicazione del punto 11 – ma non anche 12 – delle Linee Guida di riferimento, può si aggiungersi una percentuale sul "valore base" ma nella misura che il collegio

ritiene congruo fissare al 10%” e che «la consistenza soggettiva delle imprese sanzionate e la loro posizione di leadership nel settore, unita al valore economico della gara in esame comunque non indifferente, comporta che AGCM possa applicare a scopo deterrente effettivo anche la c.d. “entry fee” di cui al punto 17 delle citate Linee Guida ma, per le stesse ragioni sopra evidenziate, nella percentuale minima del 15%”.

CONSIDERATO che i criteri individuati dal TAR Lazio nell’esercizio della sua giurisdizione di merito per la rideterminazione della sanzione irrogata a Ernst & Young S.p.A. risultano puntuali, oggettivi e di applicazione automatica e non lasciano alcun margine discrezionale nell’attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del TAR Lazio e in conformità alle indicazioni e ai parametri ivi enucleati, alla concreta rideterminazione della sanzione irrogata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017 nei confronti della Ernst & Young S.p.A.;

RITENUTO che la riedizione della potestà sanzionatoria non costituisce acquiescenza rispetto alle determinazioni assunte dal TAR Lazio, restando quindi impregiudicata ogni determinazione da parte dell’Autorità ad esito dell’eventuale appello avverso la riferita sentenza;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

La riduzione della percentuale del valore delle vendite

1. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 30% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione, quale applicata dall’Autorità ai sensi delle Linee guida deve essere ridotto nella misura del 10%.
2. In considerazione di quanto precede, al fatturato specifico, corrispondente per Ernst & Young S.p.A. a 16.388.557 euro (para. 363 e ss. del Provvedimento citato) viene applicata la percentuale del 10%, risultando un valore pari a 1.638.856 euro.
3. In conformità al parametro individuato dal giudice amministrativo nella sentenza in discorso, il valore del 25% delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione, quale applicata dall’Autorità a titolo di *Entry fee*, ai sensi delle Linee guida, deve essere ridotto nella misura del 15%.
4. Al fatturato specifico come sopra indicato viene, applicata, quindi la percentuale del 15% a titolo di *Entry Fee*, risultando un valore pari a 2.458.284 euro.
5. L’importo base della sanzione, come sopra determinato, risulta pari a 4.097.139 euro.

La rideterminazione della sanzione

6. In applicazione dei citati parametri di quantificazione definiti dalla sentenza del Tar Lazio del 14 novembre 2018 n. 11004, l’importo finale della sanzione da irrogare alla società Ernst & Young S.p.A., per la condotta accertata con il provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, applicando un’attenuante nella misura del 5% come riconosciuta nel provvedimento, risulta pari a 3.892.282 euro.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare alla società Ernest & Young S.p.A. per il comportamento alla stessa ascritto nel provvedimento dell'Autorità n. 26815 del 18 ottobre 2017, in relazione alla gara AdA indetta da Consip, è rideterminata nella misura di 3.892.282 euro.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

Il presente provvedimento sarà notificato al soggetto interessato e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

1819 - INTERCENT-ER/GARA PER FARMACI EMODERIVATI*Provvedimento n. 27465*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTA la segnalazione pervenuta in data 26 ottobre 2017 da parte delle società Baxter Manufacturing S.p.A. e Baxalta Italy S.r.l., successivamente integrata in data 29 novembre 2017 e 6 dicembre 2017;

VISTA la segnalazione pervenuta in data 29 novembre 2017 da parte della società CSL Behring S.p.A., successivamente integrata in data 1 dicembre 2017;

VISTO il proprio provvedimento n. 26924 del 10 gennaio 2018, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Kedrion S.p.A. e Grifols Italia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE e/o dell'articolo 2 della legge n. 287/90;

VISTO il proprio provvedimento n. 27108 del 28 marzo 2018, con il quale è stato disposto di estendere soggettivamente il procedimento alla società Grifols S.A.;

VISTA la richiesta di partecipare al procedimento presentata il 12 ottobre 2018 dal Centro Nazionale Sangue, accolta il 25 ottobre 2018;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori inviata alle Parti il 9 novembre 2018;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Kedrion S.p.A. (di seguito anche "Kedrion") è una società di diritto italiano a capo di un gruppo attivo a livello internazionale nella raccolta di plasma di sangue umano, produzione, commercializzazione e distribuzione di prodotti emoderivati. Kedrion è soggetta al controllo congiunto di Sestant S.p.A. e Fondo Strategico Italiano S.p.A..

2. Grifols Italia S.p.A. (di seguito anche "Grifols") è una società di diritto italiano attiva nella raccolta di plasma di sangue umano, produzione, commercializzazione e distribuzione di prodotti emoderivati. Grifols è interamente controllata da Grifols S.A..

3. Grifols S.A. (di seguito anche "Grifols S.A.") è una società di diritto spagnolo a capo del gruppo Grifols, attivo a livello internazionale nella raccolta di plasma di sangue umano, produzione, commercializzazione e distribuzione di prodotti emoderivati.

4. Baxter Manufacturing S.p.A. e Baxalta Italy S.r.l. (di seguito, congiuntamente, anche “Baxter”) sono due società attive nella produzione, commercializzazione e distribuzione di prodotti emoderivati. Le società fanno parte del gruppo statunitense Shire, tra i principali operatori a livello mondiale nei settori dei farmaci biotecnologici ed emoderivati.

5. CSL Behring S.p.A. (di seguito anche “CSL”) è una società attiva nella raccolta di plasma di sangue umano, produzione, commercializzazione e distribuzione di prodotti emoderivati. CSL è la filiale italiana del gruppo australiano CSL, tra i principali operatori a livello mondiale nei settori dei vaccini ed emoderivati.

6. Il Centro Nazionale Sangue (di seguito anche “CNS”) è un centro nazionale del Ministero della Salute (di seguito anche “Ministero”) costituito con il D.M.S. 26 aprile 2007 e operante presso l’Istituto Superiore di Sanità, responsabile di funzioni di coordinamento e controllo tecnico-scientifico del sistema trasfusionale nazionale. Il CNS ha richiesto e ottenuto di divenire parte del procedimento ai sensi dell’art. 7 del D.P.R. n. 217/98.

II. L’ATTIVITÀ ISTRUTTORIA SVOLTA

7. Il 10 gennaio 2018 è stato avviato il procedimento istruttorio al fine di accertare una possibile intesa restrittiva della concorrenza posta in essere da Kedrion e Grifols in violazione dell’articolo 101 del TFUE e/o dell’art. 2 della legge n. 287/90, in relazione alla costituzione di un raggruppamento temporaneo d’imprese (di seguito anche “RTI”) per partecipare a una gara per l’affidamento di servizi relativi alla produzione di farmaci plasma-derivati (su cui v. meglio *infra*, §20) nel più generale contesto delle procedure relative all’affidamento da parte di diversi raggruppamenti regionali dei servizi e attività di ritiro di sangue/plasma, stoccaggio, produzione di plasmaderivati e loro fornitura al SSN (di seguito anche “Servizi-Plasma”).

8. In data 17 gennaio 2018 sono stati svolti accertamenti ispettivi, con la collaborazione della Guardia di Finanza, presso le sedi delle società Kedrion, Grifols e Octapharma Italy S.p.A. (di seguito anche “Octapharma”).

9. Nel corso del procedimento sono state sentite in audizione Kedrion, Grifols, Baxter, CSL e CNS; le imprese Kedrion, Grifols, Baxter e CSL hanno inoltre prodotto varie memorie. Richieste di informazioni sono state inviate a Kedrion, Grifols, Grifols S.A., e all’Agenzia Nazionale del Farmaco (di seguito anche “AIFA”).

10. In data 9 novembre 2018 è stata inviata alle parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito anche “CRI”), con la quale si dava comunicazione di non ritenere di dover formulare addebiti alle Parti in merito alla violazione dell’art. 101 TFUE e/o dell’art. 2 della legge n. 287/90 ipotizzata nella delibera di avvio istruttorio. Tutte le parti hanno rinunciato formalmente al diritto di depositare memorie ed essere ulteriormente audite. **10.** Al fine di fornire una migliore comprensione del procedimento istruttorio, si forniscono qui di seguito alcune informazioni relative al quadro normativo-regolamentare e all’assetto organizzativo-industriale dei Servizi-Plasma, necessarie alla comprensione delle condotte delle imprese interessate dalle attività istruttorie e relativa rilevanza sotto il profilo del giudizio concorrenziale.

II.1. Settore e disciplina di riferimento dei Servizi-Plasma

11. I plasmaderivati sono farmaci emoderivati, impiegati in interventi di urgenza e per il trattamento di malattie gravi, la cui produzione avviene attraverso la lavorazione della componente

del sangue umano denominata plasma. In Italia i plasmaderivati sono sempre ricompresi tra i farmaci di fascia A e H, interamente a carico del SSN e perlopiù a somministrazione ospedaliera.

12. A seconda degli ordinamenti, la materia prima necessaria per la produzione di plasmaderivati viene ottenuta in maniera gratuita da donatori volontari, oppure a pagamento da donatori remunerati. In Italia, dove il sangue/plasma non può essere oggetto di cessione a titolo oneroso, SSN, amministrazioni regionali e associazioni riconosciute per la raccolta da donatori volontari si coordinano sulla base di attività di programmazione su base nazionale definite da appositi piani annuali, concordati dal Ministero e le Regioni con il contributo tecnico del CNS, in vista del conseguimento dell'autosufficienza nazionale di sangue ed emocomponenti.

13. Caratteristico del modello italiano è il mantenimento della proprietà del sangue/plasma in capo alle Regioni in cui ne avviene la raccolta dal sistema dei donatori, con il conseguente conferimento del materiale in regime di conto-lavorazione a imprese altamente specializzate, affinché, dietro adeguato corrispettivo, queste provvedano alla produzione di plasmaderivati. Tali farmaci, prodotti tramite attività di frazionamento, raffinazione e sterilizzazione, vengono quindi consegnati alle strutture regionali del SSN sulla base delle ripartizioni organizzative attualmente esistenti (su cui v. *infra*, §19).

14. Ogni anno sono raccolti in Italia circa 800.000 kg di sangue da donatori volontari, *input* fondamentale dei Servizi-Plasma, le cui attività di conto-lavorazione hanno un valore annuo attualmente pari a circa 150 milioni di euro. Di fatto, tale valore è ascrivibile a un mercato di servizi i cui prodotti finali, in termini d'uso, rientrano nel più ampio mercato dei farmaci plasmaderivati: di tale mercato fanno parte anche prodotti sviluppati sinteticamente a mezzo di tecnologia ricombinante, oppure a partire da sangue non proveniente dalla raccolta nazionale (c.d. plasmaderivati commerciali).

15. Il mercato complessivo delle vendite di plasmaderivati in Italia ha un valore annuo pari a circa 600 milioni di euro. Secondo stime recenti, circa il 60-70% del fabbisogno di emoderivati in Italia viene coperto da prodotti derivanti dai Servizi-Plasma, mentre al fabbisogno restante il SSN provvede con l'acquisto di prodotti commerciali¹. In una prospettiva internazionale si rileva come, nel più generale settore dei prodotti farmaceutici, il segmento dei plasmaderivati presenti dimensioni significative, attualmente stimate pari a circa 20 miliardi di dollari l'anno, con tassi di crescita sostenuta (+8% annuo) e costanti.

16. La normativa nazionale di riferimento per i plasmaderivati e i Servizi-plasma è attualmente costituita dalla legge 21 ottobre 2005, n. 219, la quale ha modificato profondamente la disciplina precedente (legge 4 maggio 1990, n. 107) con l'eliminazione del previgente vincolo della localizzazione di tutti gli impianti di frazionamento del plasma sul territorio italiano², vincolo da cui era dipeso un prolungato monopolio di Kedrion. A seguito dell'adozione di appositi decreti operativi³, le imprese attualmente autorizzate allo svolgimento dei Servizi-Plasma in Italia sono Baxter, CSL, Grifols, Kedrion e Octapharma.

17. L'autorizzazione ministeriale è stata subordinata, tra l'altro, all'inderogabile capacità per un'impresa di sviluppare alcuni prodotti di maggior impiego e importanza terapeutica per il SSN.

¹ Cfr. doc. 209, verbale di audizione di Kedrion, p. 2.

² Tale eliminazione era stata espressamente richiesta dall'Autorità a mezzo di un'apposita segnalazione (cfr. AGCM, AS65 - Attività di trasformazione del plasma, segnalazione del 18 gennaio 1996). Per un ulteriore intervento segnalatorio adottato dall'Autorità in materia, v. anche AGCM, AS624 - Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati, segnalazione del 15 ottobre 2009.

³ Cfr. in particolare D.M.S. 5 dicembre 2014, Individuazione dei centri e aziende di frazionamento e di produzione di emoderivati autorizzati alla stipula delle convenzioni con le regioni e le province autonome per la lavorazione del plasma raccolto sul territorio nazionale.

Si tratta, nello specifico, di: (1) albumina; (2) immunoglobuline aspecifiche per impiego endovenoso; (3) concentrati del fattore VIII⁴. Tali plasmaderivati, ritenuti fondamentali rispetto ai fabbisogni del SSN e per questo indicati come “prodotti-driver”, si distinguono dal restante portafoglio di prodotti, definibili “opzionali”, di cui un’impresa può eventualmente disporre sviluppandoli a partire dal sangue/plasma raccolto in Italia.

18. Tenuto conto della necessità di equilibrare i diversi livelli di fabbisogno e donazioni registrati nelle varie regioni, sulla base di accordi di tipo politico-amministrativo⁵ sono stati costituiti alcuni raggruppamenti di regioni, individuati rispettivamente come “NAIP”, “RIPP”, “PLANET” e “ACCORDO”⁶, i quali hanno affidato ciascuno a una regione/centrale d’acquisto capofila il compito di organizzare una procedura di gara per l’assegnazione dei Servizi-Plasma di proprio interesse alle imprese autorizzate dal Ministero.

19. Alla data attuale si sono svolte le seguenti gare:

1. gara organizzata per conto del raggruppamento NAIP dalla Regione Veneto, tramite la propria centrale di acquisti ZERO, per un affidamento avente durata di cinque anni con possibile rinnovo biennale e ulteriore proroga di sei mesi, per un importo complessivo massimo pari a di 200.250.000 euro (di seguito anche “Gara NAIP”)⁷. La Gara NAIP è stata bandita nel novembre 2015 e aggiudicata nel marzo 2016 a CSL: tale aggiudicazione risulta essere divenuta definitiva, dopo la recente conclusione di un complesso contenzioso relativo alla stessa⁸;

2. gara organizzata per conto del raggruppamento RIPP dalla Regione Emilia-Romagna, tramite la propria centrale di acquisti Intercent-ER (di seguito anche “Intercent-ER”), per un affidamento avente durata di cinque anni con possibile rinnovo triennale, per un importo complessivo massimo pari a 224.000.000 euro (di seguito anche “Gara RIPP”)⁹. La Gara RIPP è stata bandita nel dicembre 2016 e aggiudicata nel settembre 2017 al RTI in via provvisoria, avendo Intercent-ER subordinato l’aggiudicazione definitiva all’esito del contenzioso amministrativo pendente rispetto la stessa¹⁰;

⁴ Cfr. All. A del D.M.S. 12 aprile 2012, Schema tipo di convenzione tra le Regioni e le Province Autonome e le aziende produttrici di medicinali emoderivati per la lavorazione del plasma raccolto sul territorio nazionale, 12A07179 (in G.U. n. 147 del 26 giugno 2012).

⁵ Secondo quanto espresso dai rappresentanti del CNS in corso d’audizione, “salva la necessità di rispettare un criterio di massa critica minima nelle attività di raccolta di sangue/plasma, la scelta della costituzione dei raggruppamenti è stata di tipo sostanzialmente politico e operata in autonomia dalle Regioni [...] Per quanto riguarda le possibilità di una gara nazionale per i servizi di conto-lavorazione, [...] ciò è esattamente quanto avviene in altri paesi europei” (doc. 230, verbale di audizione del CNS, p. 4).

⁶ Più in dettaglio, i raggruppamenti sono i seguenti: (1) Abruzzo, Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Trentino, Umbria, Valle d’Aosta, Veneto, Province di Trento e Bolzano (Nuovo Accordo Interregionale Plasma - NAIP); (2) Calabria, Emilia-Romagna, Puglia, Sicilia (Raggruppamento Interregionale Plasma/Plasmaderivati -RIPP); (3) Campania, Lazio, Marche, Toscana (Plasma Network - PLANET); (4) Lombardia, Molise, Piemonte, Sardegna (Raggruppamento ACCORDO).

⁷ Per tale procedura, come per le seguenti, gli importi sono da intendersi IVA esclusa. Gli atti di gara della Gara NAIP sono consultabili online: http://www.regione.veneto.it/web/sanita/cras-servizio-di-plasma-derivazione;jsessionid=E1FC4C994045C97335A3538F5059B811.liferay01?p_p_id=56_INSTANCE_o4Lt&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. no. 1257 del 16 gennaio 2018 (<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/njk5/~edisp/7fgd2ljttz3ky45zsh2csrhoq.html>).

⁹ Atti di gara consultabili online: http://intercenter.regione.emilia-romagna.it/servizi-imprese/bandi-e-avvisi_new/bandi-in-corso/BANDO_GARA_PORTALE@276012.

¹⁰ Sia Baxter che CSL hanno impugnato, oltre a vari atti di gara, anche la determina dirigenziale Intercent-ER n. 278 del 21 settembre 2017, relativa all’aggiudicazione al RTI; il 20 giugno 2018 il TAR Emilia-Romagna ha reso due sentenze e un’ordinanza, con l’esito complessivo di rinviare la prossima udienza nel merito al marzo 2019 (v. in particolare TAR Emilia-Romagna, ord. no. 516/2018, doc. 231 del fascicolo istruttorio).

3. gara organizzata per conto del raggruppamento PLANET dalla Regione Toscana, tramite la propria centrale di acquisti ESTAR, per un affidamento avente durata di cinque anni con possibile rinnovo biennale, per un importo complessivo massimo pari a 278.250.000 euro (di seguito anche “Gara PLANET”)¹¹. La Gara PLANET è stata bandita nel dicembre 2017 e aggiudicata nel luglio 2018 a Baxter: anche tale aggiudicazione risulta essere provvisoria in ragione di un contenzioso attualmente pendente in relazione alla stessa.

II.2. Disegni di gara e loro conseguenze sul confronto competitivo

20. Nonostante la sostanziale corrispondenza delle attività oggetto di affidamento e il criterio comune dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le tre procedure sin qui organizzate presentano strategie e condizioni di gara molto diverse tra loro. In particolare, l’offerta economica espressa dal prezzo (di seguito anche “OE”) – ovvero il corrispettivo €/kg richiesto dalle imprese per singolo kg di plasma ritirato, stoccato, lavorato e trasformato nei plasmaderivati da riconsegnare al SSN – è risultata controbilanciata, in termini di punteggio, in maniera di volta in volta assai diversa dall’offerta tecnica (di seguito anche “OT”), quest’ultima condizionata in maniera determinante dal diverso mix di prodotti-driver e opzionali richiesti dai bandi.

21. Si riassumono qui di seguito alcuni elementi fondamentali di ciascuna delle gare sin qui svolte, a partire dalla diversa ripartizione prevista dei punti assegnabili per le diverse componenti dell’offerta:

¹¹ Atti di gara consultabili online: https://start.e.toscana.it/estar/pleiade/?pagina=trattativa_partecipa&idT=6822; cfr. anche doc. 256, determinazione ESTAR n. 1067 del 19 luglio 2018.

Tabella 1

gara	OE/OT (tot.=100)	partecipanti	OE (prezzo offerto €/kg)	punti attribuiti per OE/OT e tot.	aggiudicazione
NAIP	90/10	CSL	94,6	90+6,67=96,67	CSL (definitiva)
		KEDRION	136,19	1,22+10=11,22	
		GRIFOLS	118,91	0,10+6,41=6,51	
RIPP	40/60	CSL	118,92	27,38+19,88=47,26	RTI (KEDRION+GRIFOLS) (provvisoria)
		BAXTER	95	40+31,28=71,28	
		RTI (KEDRION+GRIFOLS)	117,80	28,10+47,91=76,01	
PLANET	30/70	BAXTER	99,85	30+70=100	BAXTER (provvisoria)
		KEDRION	115,55	25,92+69,80=95,72	
		GRIFOLS	117,80	25,43+58,99=84,42	

Fonte: atti di ZERO, Intercent-ER, ESTAR.

22. Con riferimento alla Gara NAIP, questa è risultata caratterizzata, da un lato, da una domanda incentrata su due soli prodotti-driver (albumina e immunoglobuline), dall'altro su un notevole premio (90 punti su 100) riconosciuto all'OE, con l'attribuzione del punteggio residuale riconosciuto all'OT (10 punti su 100) sulla base di valutazioni qualitative non correlate alla disponibilità di prodotti opzionali. Tale disegno di gara, va segnalato, è stato adottato nel 2015, ovvero in vigore della precedente disciplina dei contratti pubblici (Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163), la quale – a differenza di quella attualmente vigente (Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in cui il criterio del minor prezzo viene consentito solo sulla base di apposite e puntuali giustificazioni – consentiva alle stazioni appaltanti di adottare una *lex specialis* anche molto premiante la componente di prezzo dell'offerta.

23. Al contrario della Gara NAIP, le due procedure bandite successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti hanno adottato un disegno incentrato, da un lato, su un premio in termini di punteggio maggiore per l'OT rispetto all'OE (nella proporzione rispettivamente di 60/40 per la Gara RIPP e 70/30 per la Gara PLANET), dall'altro sulla definizione dell'OT in termini di disponibilità di un portafoglio-prodotti ampio, dove alla fornitura obbligatoria dei tre prodotti-driver si combinava (e si valorizzava in termini di punteggio) la possibile fornitura di vari prodotti opzionali.

24. Proprio sotto il precisato profilo della fornitura di prodotti opzionali, peraltro, si sono registrate divergenze significative tra i due bandi più recenti, in particolare per quanto attiene i punti riconosciuti per un medesimo prodotto. Esempio, al riguardo, è il caso dei prodotti opzionali "antitrombina" e "complesso protrombinico a 3 fattori", ai quali il disciplinare della Gara RIPP ha attribuito ben 5 punti ciascuno¹², a fronte dei 3 punti e 2 punti rispettivamente attribuiti loro dal disciplinare della Gara PLANET¹³. Ancora, la fornitura di un particolare prodotto opzionale, il Plasma SD, è stata prevista solo nell'ambito della Gara RIPP, di nuovo con un punteggio elevato

¹² Cfr. art. 9.1 del disciplinare della Gara RIPP, p. 28.

¹³ Cfr. disciplinare della Gara PLANET, p. 18.

(3 punti), ciò che ha attirato critiche da parte del CNS già in sede di sviluppo del bando di gara, ribadite nel corso del procedimento¹⁴.

25. Le peculiarità del disegno della Gara RIPP sono state evidenziate nel corso del procedimento da parte di Baxter e CSL, oltre che nei rispettivi ricorsi attualmente pendenti dinanzi alla giustizia amministrativa. Secondo i rappresentanti di CSL, nello specifico, *“la limitazione concorrenziale riscontrata nella Gara RIPP è dipesa dalle previsioni della relativa lex specialis, premianti in maniera sproporzionata la disponibilità di alcuni prodotti opzionali e una serie di caratteristiche operative che avrebbero favorito in particolare Kedrion”*¹⁵.

26. Richiesti di chiarimenti in proposito, i rappresentanti di Intercent-ER hanno sostenuto la volontà di adottare un disegno di gara che non premiasse le migliori offerte in termini di minor prezzo, privilegiando invece la parte tecnica dell’offerta; oltre alle ricordate previsioni del bando relative alla disponibilità di vari prodotti opzionali, tale volontà della stazione appaltante emerge anche dalla scelta fatta relativamente alla modalità di calcolo del punteggio da attribuire all’offerta economica¹⁶.

27. Gli effetti del criterio di calcolo del punteggio appena richiamato, fortemente premianti gli aspetti non economici dell’offerta, sono stati rilevati anche in valutazioni interne alle imprese parti del RTI¹⁷. Tali effetti, peraltro, risultano ancora più evidenti quando si tenga conto che nella successiva Gara PLANET, a fronte di un punteggio ancora più elevato riconosciuto all’OT (70 punti rispetto a 60 riconosciuti nella Gara RIPP), si è scelto un criterio di calcolo lineare, con la conseguenza che l’OE è venuta in quest’ultimo caso a svolgere un ruolo più ampio nell’attribuzione dei punteggi complessivi.

28. Nel complesso, vari elementi di dettaglio dell’attribuzione dei punteggi per la parte OT previsti nella Gara RIPP, tra cui quelli richiamati in precedenza, oltre ai più generali effetti prodotti rispetto all’OE dal ricorso alla precitata formula non lineare, hanno fatto sì che, anche a fronte di un’offerta particolarmente vantaggiosa in termini di spesa attesa per il SSN, quale quella formulata da Baxter (pari a 95 €/kg), l’aggiudicazione da parte della stazione appaltante sia avvenuta a un’offerta assai più elevata in termini di prezzo e dunque meno efficiente per la componente OE, quale quella del RTI tra Kedrion e Grifols (pari a 117,80 €/kg), ma che ha ottenuto nel suo complesso un punteggio più elevato (76,01 rispetto a 71,28) in ragione dei punti assegnati alla componente OT (47,91 rispetto a 31,28).

¹⁴ “Nel caso della Gara RIPP il CNS ha fornito un contributo consultivo con la presenza di un proprio rappresentante in un gruppo tecnico composto con altri nove componenti a supporto della stazione appaltante. Le opinioni di tale gruppo, tuttavia, non sempre sono state seguite: i rappresentanti del CNS ricordano ad esempio come fosse stato proposto alla stazione appaltante di prevedere un lotto distinto per la fornitura di Plasma S/D, ma tale consiglio non è stato poi seguito. La ragione della proposta risiedeva nel fatto che il Plasma S/D è un prodotto particolare (tecnicamente non è un plasmaderivato derivante da frazionamento, bensì un plasma a cui vengono aggiunte sostanze inattivanti alcuni gruppi patogeni): la previsione di un lotto distinto avrebbe dunque contribuito a rendere le procedure di gara più lineari.” (doc. 230, p. 5).

¹⁵ Doc. 225, verbale di audizione di CSL, p. 5.

¹⁶ “[...] per il calcolo del punteggio legato al prezzo è stato deciso di utilizzare la formula del ribasso massimo non lineare con esponente allo 0.5, che non privilegia eccessivamente i ribassi elevati: tale formula è spesso usata da Intercent-ER nei propri bandi, in quanto ritenuta equilibrata nel rapporto tra la parte tecnica e quella di prezzo dell’offerta. Al riguardo, viene ricordato che l’intero disegno della Gara RIPP è stato pensato in vista del riconoscimento di un opportuno premio alla parte tecnica” (doc. 234, verbale di audizione di Intercent-ER, p. 3).

¹⁷ In una comunicazione circolata tra la dirigenza di Grifols poco dopo l’aggiudicazione della Gara RIPP si legge al proposito: “[...] è interessante notare che l’utilizzo del coefficiente non lineare previsto dal capitolato per il calcolo del punteggio prezzo di ciascun concorrente è determinante: se il capitolato avesse stabilito un parametro lineare per il calcolo del punteggio prezzo (cioè coefficiente 1, metodo “tradizionale”, applicato allo sconto come previsto dal capitolato), avrebbe vinto [Baxter] (sempre se tutti gli altri parametri fossero rimasti invariati)” (doc. 110, mail del 25 settembre 2017, p. 2).

II.3. Condotte d'impresa rilevanti rispetto all'oggetto del procedimento

29. Nel provvedimento d'avvio del procedimento si dava atto che, a fronte della disponibilità da parte di Kedrion e Grifols di tutti i prodotti-driver richiesti dal bando, le due imprese avrebbero già potuto partecipare individualmente alla Gara RIPP; pertanto il RTI avrebbe potuto essere considerato sovrabbondante e tale da esprimere un impiego strumentale dell'istituto – di per sé neutro – del raggruppamento temporaneo di imprese, al fine di evitare un confronto diretto tra Kedrion e Grifols¹⁸. Sulla base delle evidenze agli atti il procedimento istruttorio ha consentito di verificare quanto segue.

30. La decisione da parte di Kedrion e Grifols di presentarsi insieme nella Gara RIPP è maturata a valle dell'aggiudicazione a CSL della Gara NAIP, a cui le due precitate imprese avevano concorso individualmente (v. *supra*, Tabella 1). Di fatto, la vittoria di CSL ha costituito un evento di rilievo rispetto alla precedente situazione monopolistica a lungo perdurata nell'ambito dei Servizi-Plasma, e come tale è stata in effetti percepita all'interno di Kedrion, in primo luogo rispetto ai nuovi livelli di prezzo attesi per lo svolgimento delle attività di conto-lavorazione in Italia¹⁹.

31. Kedrion, nel ritenere necessario rafforzare la propria posizione sotto il profilo dell'offerta tecnica ed economica in vista delle nuove gare ancora da bandire, ha quindi sviluppato una serie di scenari alternativi, ipotizzando diversi raggruppamenti temporanei tra imprese, tra cui quello con Grifols²⁰. Tra il marzo e il maggio 2017 la soluzione del RTI con Grifols si è infine consolidata per partecipare alla Gara RIPP, alla luce dei benefici attesi dall'impresa, come emerge da documenti interni, quanto a miglioramento delle rese dei prodotti offerti, garanzie di *back-up* produttivo e ampliamento (ancorché minimo) del portafoglio-prodotti; ciò anche tenuto conto della circostanza che, sotto il profilo concorrenziale, il raggruppamento non avrebbe comunque fatto venir meno la concorrenza rispetto alla Gara RIPP poiché quantomeno Baxter e CSL avevano già mostrato il proprio interesse a partecipare alla stessa²¹.

¹⁸ Cfr. provv. n. 26923 cit., §§17-23 e §28.

¹⁹ Significativo, al riguardo, è un documento rinvenuto in ispezione presso la sede di Kedrion. Nel verbale di un consiglio d'amministrazione ("c.d.a.") dell'impresa tenutosi nel marzo 2016, subito dopo l'aggiudicazione della Gara NAIP, si legge infatti che "le considerazioni economico-finanziarie in relazione all'esito della gara e relative agli scenari futuri portano a ritenere che per rendere equivalente il margine derivante dalla produzione e vendita all'estero della lavorazione di 185.000 Kg di plasma al margine da conto lavorazione per i medesimi 185.000 Kg di plasma si sarebbe reso necessario offrire un prezzo di 118,10 euro per litro. Scendere sotto tale soglia rende antieconomico dedicarsi al conto-lavoro ed in tal senso andranno orientate le valutazioni sulle prossime gare" (doc. 79, verbale di c.d.a. di Kedrion del 30 marzo 2016, pp. 3-4). Merita ricordare in proposito che l'offerta di prezzo espressa individualmente da Kedrion nella Gara NAIP era stata pari a 136,19 €/kg, a fronte dei 94,6 €/kg dell'offerta di CSL risultata vincitrice.

²⁰ Doc. 21, all. 1, scheda Competitors CM.pptx allegata a mail del 13 marzo 2017, p. 3.

²¹ Si legge al proposito in un documento interno di Kedrion: "[...] la gara recentemente bandita dal raggruppamento regionale che vede come capofila l'Emilia Romagna ha una impostazione completamente differente da quella della gara del Veneto [...] il modello di servizio implementato da Kedrion è tale da soddisfare le richieste di gara. Rispetto al portafoglio prodotti ed alle rese vi sono invece dei margini di miglioramento dell'offerta che Kedrion potrebbe cogliere attraverso un Raggruppamento Temporaneo con altra azienda autorizzata. Kedrion, infatti, seppur disponga del miglior portafoglio prodotti – in termini di varietà – rispetto alle altre aziende, non dispone di TUTTI i prodotti richiesti in questa gara. Sotto il profilo delle rese, inoltre, la gara del Veneto ha mostrato come le rese offerte da Kedrion per il prodotto Immunoglobulina EV (pari a 4,1 g/Kg) siano inferiori sia a quelle di CSL (pari a 4,9 g/Kg) che a quelle di Grifols (pari a 4,29 g/Kg). Pertanto, attraverso un RTI Kedrion potrebbe sottoporre un'offerta maggiormente idonea a soddisfare le esigenze del [RIPP] sia in termini di varietà di prodotti che di maggiori rese dell'Immunoglobulina EV, ovvero di uno dei tre prodotti obbligatori, i cui consumi sono in costante crescita (da qui l'interesse verso le maggiori rese) [...] In base al piano strategico la capacità produttiva "liberata" dal plasma italiano viene dedicata al mercato commerciale [...] sono in corso attività preliminari alla partecipazione ad una gara in Turchia [...] La procedura di gara in Turchia verrà espletata di pari passo con quella in corso in Emilia Romagna e, qualora Kedrion risultasse aggiudicataria di entrambe, potrebbe incontrare serie difficoltà connesse ai vincoli di capacità produttiva [...] Si osserva, infine, che la partecipazione alla gara da parte di CSL e Shire [leggi Baxter] è praticamente certa, avendo tali società manifestato un evidente interesse alla partecipazione attraverso la proposizione di un ricorso al TAR Bologna per l'annullamento degli atti di gara. Pertanto, anche in caso di RTI tra Kedrion e Grifols, vi sarebbe comunque un confronto in sede di gara con altri competitors la cui partecipazione non solo non è impedita ma anzi,

32. Per quanto riguarda l'altro partecipante al RTI, ovvero Grifols, dalle evidenze agli atti risulta che l'impresa, dopo essersi presentata da sola alla Gara NAIP e aver perso, ha chiaramente percepito la propria inadeguatezza rispetto alle esigenze del mercato italiano dei Servizi-Plasma. Ricorrenti sono infatti i documenti circolati internamente alla dirigenza del gruppo Grifols da cui emerge la consapevolezza, da un lato, di disporre di un portafoglio-prodotti (opzionali) troppo limitato rispetto a quelli dei concorrenti, e dall'altro di non poter comunque sopperire a tale debolezza in termini di flessibilità di prezzo per la parte economica dell'offerta²²: la conclusione espressa è dunque che la costituzione del RTI sarebbe stata probabilmente l'ultima possibilità rimasta a Grifols di operare in Italia per la fornitura di Servizi-Plasma²³.

33. Nel provvedimento di avvio si dava altresì conto dell'esistenza di rapporti di tipo industriale e commerciale esistenti negli Stati Uniti tra i gruppi Kedrion e Grifols, oltre all'avvenuto ritiro nel 2015 di un ricorso a suo tempo avanzato da parte di Kedrion per contestare la qualificazione di Grifols allo svolgimento dei Servizi-Plasma, rilevando un'eventuale rilevanza di contesto di tali elementi per la qualificazione della possibile fattispecie d'intesa²⁴.

34. Al proposito, dalle attività istruttorie è emerso che i rapporti di fornitura di alcuni plasmaderivati da parte di Grifols a Kedrion negli USA sono conseguenti alla dismissione di varie attività industriali imposta a Grifols da parte della Federal Trade Commission quale condizione per autorizzare l'acquisizione di un'impresa, e hanno di recente ottenuto un'apposita nuova autorizzazione da parte della medesima autorità²⁵. Per quanto attiene il precitato ricorso, secondo quanto dichiarato dai rappresentanti di Kedrion esso era incentrato su profili meramente formali, e dal suo ritiro, privo di connessioni con la costituzione del RTI perché avvenuto due anni prima di questa, è in ogni caso disceso l'effetto pro-competitivo di rimuovere l'ostacolo alla presentazione di offerte in Italia di un nuovo concorrente²⁶.

III. ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

35. Con riferimento alle parti segnalate, Kedrion ha sempre dato atto di poter concorrere in maniera individuale nella Gara RIPP, ma rilevato al contempo come la costituzione del RTI abbia consentito di sopperire a proprie obiettive debolezze sotto il profilo delle rese e dei prodotti offerti, oltre alla possibilità di disporre di un opportuno *back-up* della produzione da parte di Grifols in

è praticamente certa, date le iniziative di natura giudiziaria dagli stessi intraprese" (doc. 19, allegato a mail del 9 maggio 2017, pp. 4-6, enfasi nell'originale).

²² "[...] our portfolio is not as much competitive as the ones of our competitors and we have limited price flexibility thus we risk to loose this tender as well as the next Ones if we BID alone." (doc. 112, e-mail del 15 marzo 2017 inviata dall'a.d. di Grifols a vari dirigenti del gruppo). In un altro documento interno si legge inoltre: "BACKGROUND : given the limited number of product of our portfolio, the limited flexibility on price from our simulation we do not have any chances to win this tender as well the next. Given our offer of product we should Offer around 80E per kg and it may not be enough Kedrion has the highest quality score on services as he is the current provider, has a complete product offer But has no price flexibility (they are selling to this customer around 150Ekg) CSL: not many products but the highest yield (5 gr on IVIG) and an incredible price flexibility SHIRE: very good portfolio. No information about the price flexibility Octapharma: they may bid in ATI with Baxter as the have a good portfolio but no sufficient structure in Italy" (doc. 144, memo dell'a.d. di Grifols risalente ai primi mesi del 2017, p. 1)

²³ "[...] this is probably the only chance left to enter into the CM [leggi Contract Manufacturing Market]" (doc. 106, e-mail del 16 marzo 2017 inviata dall'a.d. di Grifols a vari dirigenti del gruppo).

²⁴ Provv. n. 26923 cit., §§19 e 27.

²⁵ FTC, Grifols, S.A., and Talecris Biotherapeutics Holdings Corp., In the Matter of, 1 giugno 2011 (<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1010153/grifols-sa-talecris-biotherapeutics-holdings-corp-matter>); FTC, Commission Letter Approving Application Filed by Grifols, S.A. To Modify the Contract Manufacturing Agreement Incorporated Into the Decision and Order, 5 settembre 2017 (https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4322_grifols_kedrion_commission_letter_approving_application.pdf).

²⁶ Doc. 209, p. 12.

vista dello sviluppo di possibili attività di conto-lavorazione all'estero, per le quali risulta che l'impresa abbia effettivamente partecipato a gare, senza tuttavia essere risultata sino ad ora aggiudicataria²⁷.

36. Per quanto riguarda Grifols, l'impresa ha fatto presente come in Italia il mercato dei Servizi-Plasma richiede strutture organizzative e capacità completamente diverse rispetto a quelle necessarie ad operare nel mercato dei plasmaderivati commerciali (*supra*, §15), a fronte della complessità e sistematicità delle attività di conto-lavorazione del plasma conferito dalle Regioni. Di conseguenza, mentre l'impresa si è spesso presentata da sola a gare per la fornitura di prodotti commerciali, per la Gara RIPP, tanto più dopo l'esito della Gara NAIP, Grifols ha ritenuto che l'unica possibilità per presentare un'offerta con qualche possibilità di vincere fosse quella di costituire un RTI, quale quello con Kedrion²⁸.

37. Grifols ha anche prodotto una memoria economica nella quale ha simulato una propria partecipazione individuale alla Gara RIPP, stimando il prezzo che avrebbe dovuto offrire per aggiudicarsi da sola i Servizi-Plasma. Secondo tale studio, per controbilanciare in qualche modo la propria debolezza sulla parte tecnica dell'offerta Grifols avrebbe dovuto presentare un'offerta di prezzo pari a euro 33,40 €/Kg: una simile offerta, secondo l'impresa, sarebbe risultata ampiamente al di sotto dei propri margini minimi di profittabilità, oltre a essere con ogni probabilità qualificabile come anomala da parte della stazione appaltante²⁹.

38. Con riferimento alle parti segnalanti, nel corso del procedimento CSL ha contestato la legittimazione di Grifols a proporre un prodotto opzionale, l'Alfa1-antitripsina, nell'ambito dell'offerta tecnica del RTI, oltre a rilevare una serie di difformità nella valutazione delle diverse offerte da parte della stazione appaltante Intercent-ER³⁰. Anche Baxter ha contestato l'effettività dei miglioramenti di tipo tecnico adottati da Kedrion per giustificare il RTI con Grifols, tra cui l'effettiva disponibilità da parte di quest'ultima dell'Alfa1-antitripsina³¹.

39. Per altro verso, le parti segnalanti non hanno contestato la simulazione economica di Grifols, e CSL ha espressamente considerato che *“non solo Grifols, ma anche la stessa CSL non avesse concretamente alcuna chance di aggiudicarsi la Gara RIPP. Per quanto riguarda gli altri partecipanti, solo Kedrion e Baxter avevano concrete possibilità di vincere”*³². Baxter, dal canto suo, ha confermato di condividere con Kedrion le maggiori possibilità di aggiudicarsi in maniera individuale i Servizi-Plasma³³, ciò che è poi effettivamente accaduto in occasione della Gara PLANET, aggiudicata nel luglio 2018 (v. *supra*, Tabella 1).

IV. VALUTAZIONI

40. L'istruttoria è stata avviata al fine di verificare l'eventuale portata anticompetitiva della costituzione del RTI da parte di Kedrion e Grifols per partecipare alla Gara RIPP, da intendersi quale specifico mercato rilevante, nel contesto delle procedure sin qui bandite per l'affidamento

²⁷ Doc. 209, pp. 5-6.

²⁸ Doc. 211, all. 1, p. 3. Al proposito, risulta agli atti che prima di costituire il RTI Grifols avesse proposto un raggruppamento a Baxter, ma questa avesse rifiutato (doc. 221, verbale di audizione di Baxter, p. 3.).

²⁹ Doc. 211, all. 1, in particolare pp. 20 ss.

³⁰ Doc. 240, pp. 3-4.

³¹ Doc. 255, p. 6.

³² Doc. 225, p. 5.

³³ “[...] mentre Kedrion e Baxter/Shire dispongono delle effettive caratteristiche per aggiudicarsi le gare, gli altri concorrenti – Grifols, CSL e Octapharma – hanno sicuramente più difficoltà in tal senso, con CSL che però è già riuscita ad aggiudicarsi la gara veneta e pertanto sembra ora meno interessata a partecipare alle procedure rimanenti” (doc. 221, p. 3).

dei Servizi-Plasma. A tale proposito, le risultanze istruttorie non hanno condotto all'individuazione di elementi probatori sufficienti a sostenere l'ipotesi di un'anticoncorrenzialità significativa del RTI costituito da Kedrion e Grifols ai sensi della normativa rilevante: in particolare, non è stato raggiunto un livello probatorio tale da dimostrare che il raggruppamento temporaneo costituito dalle due imprese, pur sovrabbondante sotto il profilo formale, abbia sostanziato un'intesa contraria all'art. 101 TFEU e/o all'art. 2 della legge n. 287/90.

41. Con riferimento alla citata sovrabbondanza del raggruppamento, ovvero alla possibilità per ciascuna delle imprese partecipanti di presentare un'offerta individuale, secondo quanto già a suo tempo rilevato nel provvedimento d'avvio essa non può costituire di per sé un illecito antitrust, ma va valutata di volta in volta, alla luce delle circostanze e condizioni del caso, e segnatamente delle condizioni di gara. Con specifico riferimento al RTI, gli accertamenti istruttori inducono a ritenere che, sebbene sia Kedrion che Grifols fossero dotate dell'autorizzazione ministeriale alla fornitura dei Servizi-Plasma, le peculiari condizioni della Gara RIPP (v. *supra*, §§24 ss.) precludessero senz'altro ad almeno una delle due imprese – Grifols – la possibilità di competere a tutti gli effetti per l'aggiudicazione, e inducessero l'altra – Kedrion – a perseguire un rafforzamento della propria offerta.

42. Di fatto, nel corso del procedimento sono emersi elementi tali da indurre a ritenere che la costituzione del RTI possa aver effettivamente risposto all'obiettivo necessità delle due imprese di formulare un'offerta in concreto competitiva rispetto al disegno di gara adottato da Intercent-ER, tenuto conto del confronto competitivo atteso con le restanti imprese formalmente titolate a partecipare alle gare. A quest'ultimo riguardo, si ricorda come una di tali imprese, ovvero CSL, si fosse appena aggiudicata la precedente Gara NAIP, e l'altra, Baxter, si sarebbe poi aggiudicata la successiva Gara PLANET.

43. Rilevante, al riguardo, risulta essere in primo luogo l'analisi dei contenuti dell'offerta individuale potenzialmente esprimibile da Grifols. A fronte del disegno di gara adottato da Intercent-ER, e nello specifico dei punteggi attribuiti alle diverse voci componenti la parte tecnica dell'offerta, la mera autonoma disponibilità da parte di Grifols dei prodotti-driver e di un unico prodotto opzionale (Alfa1-Antitripsina) non poneva l'impresa in condizioni di poter realmente competere in maniera individuale per l'aggiudicazione della gara. Grifols, infatti, non avrebbe comunque potuto compensare il punteggio per così dire perso sulla parte tecnica con un'offerta di prezzo aggressiva, se non scendendo a valori insostenibili³⁴.

44. Gli accertamenti svolti in proposito nel corso dell'istruttoria, comprensivi di un'analisi economica volta a verificare quella di parte, hanno confermato la sostanziale impossibilità per Grifols di costituire autonomamente un concorrente effettivo nella Gara RIPP. Per quanto gli esiti in termini di prezzo ipotetico da offrire per l'aggiudicazione non siano risultati coincidenti a seguito di alcune differenti assunzioni dell'esercizio (66,63 €/kg secondo gli Uffici dell'Autorità v. 33,40 €/kg secondo Grifols), in entrambi i casi si tratta di offerte economiche di molto inferiori a tutti i prezzi più bassi offerti dalle diverse imprese nelle gare svolte sino ad ora (cfr. *supra*, Tabella 1), al punto, da un lato, da impedire all'impresa di ottenere una pur minima marginalità e, dall'altro, da rischiare con ogni probabilità di costituire un'offerta anomala, rappresentando un ribasso ben superiore al 50% sulla base d'asta di 140€/Kg.

45. L'impossibilità in concreto da parte di Grifols di aggiudicarsi in maniera individuale la Gara RIPP, di cui atti interni dei massimi dirigenti esprimono piena consapevolezza (*supra*, §33), ha trovato conferma anche da parte delle stesse imprese dalle cui segnalazioni ha preso avvio il

³⁴ Doc. 211, all. 1, p. 3.

procedimento istruttorio (*supra*, §40). La proposta pervenuta da parte di Kedrion di costituire il RTI avrebbe pertanto rappresentato l'ultima possibilità rimasta a Grifols per entrare nel mercato italiano dei Servizi-Plasma, ciò che, sotto il profilo concorrenziale e tenuto conto dei vincoli determinati dalle condizioni di gara, ha determinato di fatto un ampliamento del confronto competitivo, posto che da sola Grifols non avrebbe mai effettivamente rappresentato un *competitive constraint* per gli altri operatori, in primo luogo per la stessa Kedrion.

46. Anche con riferimento a Kedrion, peraltro, le evidenze agli atti inducono a ritenere che l'associazione con Grifols abbia risposto a una situazione di debolezza nell'offerta individualmente esprimibile da parte dell'impresa, in particolare sotto il profilo delle rese di prodotto, consentendole una maggiore flessibilità di prezzo ai fini della formulazione della parte economica dell'offerta in gara; ciò tanto più dopo aver appena perso la Gara NAIP.

47. Per quanto attiene l'ampliamento del portafoglio-prodotti – e relativo incremento del punteggio in termini di offerta tecnica – conseguente all'associazione con Grifols, di nuovo da atti interni di Kedrion emerge come l'impresa avesse specificamente valutato la questione rispetto al disegno della Gara RIPP, rilevando che, seppure disponesse già da sola della miglior offerta esprimibile in termini di varietà di plasmaderivati, questa non ricomprendeva comunque tutti i prodotti richiesti dalla stazione appaltante (*supra*, §32). Il RTI con Grifols, titolare in esclusiva del prodotto opzionale Alfa1-Antitripsina, avrebbe pertanto fatto guadagnare almeno un punto in più all'offerta congiunta.

48. Al proposito, rispetto a quanto sostenuto dalle parti segnalanti circa l'effettiva indisponibilità di Alfa1-Antitripsina da parte di Grifols (v. *supra*, §39) si osserva che eventuali difformità riscontrabili nell'offerta formalmente depositata dal RTI tra quanto in essa dichiarato e quanto richiesto dal capitolato di gara non rilevano ai fini di una valutazione di tipo antitrust circa la rilevanza di condotte d'impresa, perlomeno quanto a legittimità della costituzione di un raggruppamento temporaneo per presentare un'offerta in gara.

49. Con riferimento, infine, alle effettive possibilità per Kedrion di aggiudicarsi da sola la Gara RIPP, da atti interni all'impresa acquisiti in ispezione sono emerse le obiettive difficoltà per l'impresa di scendere, con un'offerta individuale, al di sotto di determinati livelli di prezzo. Si ricorda al riguardo che, da un lato, in occasione della Gara NAIP Kedrion presentò un'offerta di prezzo molto elevata rispetto a quella di CSL, poi risultata aggiudicataria (136,19 vs. 94,6 €/kg: cfr. *supra* tabella 1), dall'altro risulta da atti interni all'impresa che questa considerasse anti-economico scendere sotto una soglia di prezzo pari a 118,1 €/kg (*supra*, nota 19). Il fatto che, in occasione della Gara RIPP, il RTI abbia poi formulato un'offerta di prezzo pari a 117,80 €/kg, ovvero inferiore al prezzo-limite appena citato, potrebbe effettivamente indicare che il raggruppamento temporaneo sia servito a Kedrion per migliorare l'offerta da presentare alla stazione appaltante, anche sotto il profilo economico.

V. CONCLUSIONI

50. Sulla base degli accertamenti istruttori e delle analisi svolte nel corso del procedimento, si ritiene che non siano emersi elementi probatori sufficienti a confermare la sussistenza di un'intesa fra i gruppi Kedrion e Grifols, aventi per oggetto e/o per effetto di falsare la concorrenza nella partecipazione alla gara bandita da Intercent-ER per conto del raggruppamento regionale RIPP, nel più generale contesto delle procedure indette per l'affidamento da parte di diversi raggruppamenti regionali delle attività di ritiro di sangue/plasma, stoccaggio, produzione di plasmaderivati e loro fornitura al SSN. In particolare, le risultanze istruttorie acquisite non sono sufficienti a inquadrare

la costituzione del RTI da parte di Kedrion e Grifols, nonché la successiva partecipazione del RTI alla Gara RIPP, nell'ambito di un illecito *antitrust*.

RITENUTO, pertanto, che alla luce degli elementi di fatto e di diritto illustrati, non sussistano le condizioni per contestare alle società Kedrion S.p.A., Grifols Italia S.p.A. e Grifols S.A. un'intesa anticoncorrenziale riconducibile alla costituzione di un raggruppamento temporaneo d'impresе per partecipare alla gara per l'affidamento di servizi relativi alla produzione di farmaci plasma-derivati bandita da Intercent-ER per conto del raggruppamento regionale RIPP;

tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

che in base alle informazioni disponibili sono venuti meno i motivi di intervento nei confronti delle società Kedrion S.p.A., Grifols Italia S.p.A. e Grifols S.A., in relazione alla violazione dell'articolo 101 del TFUE e/o dell'art. 2 della legge n. 287/90.

Il presente provvedimento sarà notificato a tutte le parti del procedimento e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12200 - ALPERIA/SERVIZI UNINDUSTRIA MULTIUTILITIES

Provvedimento n. 27457

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società Alperia S.p.A., pervenuta il 12 novembre 2018;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Alperia S.p.A. (di seguito, Alperia) è la società *holding* a capo dell'omonimo gruppo, operante - in via quasi esclusiva nella Provincia Autonoma di Bolzano e, in misura minore, in Alto Adige ed in altre Regioni d'Italia - nei settori della produzione di energia elettrica da risorse idroelettriche, fotovoltaiche e biomasse; nella trasmissione di energia elettrica; nella distribuzione e vendita di energia elettrica e gas naturale; nella fornitura di calore tramite la gestione di impianti di teleriscaldamento; nella gestione di impianti di illuminazione pubblica; nella commercializzazione di certificati verdi e nella fornitura di servizi e consulenza nell'ambito dell'efficienza energetica; nell'installazione di colonnine di ricariche per auto elettriche e nella realizzazione di infrastrutture in fibra ottica e fornitura di servizi connessi.

Alperia è controllata congiuntamente dalla Provincia Autonoma di Bolzano, dal Comune di Bolzano e dal Comune di Merano.

Nel 2017, il fatturato consolidato del gruppo Alperia è stato pari a circa 1,100 milioni di euro, integralmente realizzato in Italia.

2. Servizi Unindustria Multiutilities S.p.A. (di seguito, SUM o la Target), è una società operante - perlopiù in Veneto, ed in particolare nella provincia di Treviso - principalmente nei settori della vendita di energia elettrica e gas naturale, nonché in misura marginale nei settori delle telecomunicazioni e nei servizi di risparmio energetico.

SUM è partecipata dalla società Iniziative Unindustria S.r.l. e dalla società SI S.r.l. (nel seguito Unindustria e SI), ciascuna per il 37,5%, nonché dal Consorzio Unindustria Multiutilities, per il 25% (nel seguito CUM).

Nel 2017, il fatturato di SUM è stato di circa 130,7 milioni di euro, integralmente realizzato in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. La comunicazione in esame riguarda l'acquisizione da parte di Alperia del controllo esclusivo di SUM, tramite l'acquisto di una partecipazione pari al 70% del capitale sociale della società Target.

In particolare, il contratto di compravendita sottoscritto tra la società Alperia da un lato ed i soci di SUM dall'altro, prevede che ad esito dell'operazione, il capitale sociale della Target sarà così ripartito: Alperia (70%); Unindustria (15%) e SI (15%).

4. Il medesimo contratto disciplina la *corporate governance* di SUM, prevedendo, in particolare che:

- a) Alperia avrà il diritto di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di Amministrazione di SUM (che sarà composto di 3 membri);
- b) i soci di minoranza avranno il diritto di designare, congiuntamente, un membro del Consiglio di Amministrazione di SUM;
- c) soltanto le decisioni relative a operazioni straordinarie o ad aumenti di capitale saranno prese con il voto favorevole dei soci rappresentanti l'85% del capitale della società.

Nel complesso, pertanto, per effetto delle statuizioni contenute nel contratto di compravendita, Alperia sarà in grado di determinare autonomamente tutte le decisioni aziendali strategiche della Target.

5. Infine, ai sensi dell'art. 4 del contratto, l'operazione è subordinata al soddisfacimento di alcune condizioni sospensive, tra cui l'autorizzazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

6. L'operazione in esame, in quanto comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di SUM da parte di Alperia, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90.

7. L'operazione rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento (CE) n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 495 milioni di euro ed il fatturato realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da due delle imprese interessate è superiore a 30 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati rilevanti

8. I mercati interessati dall'operazione, in ragione dell'operatività dell'acquirente e dell'acquisita, devono essere individuati nella vendita al dettaglio di energia elettrica e gas. Per tali attività, la prassi decisionale dell'Autorità prevede una suddivisione in diversi mercati sulla base dei destinatari dell'attività di vendita¹. Per l'energia elettrica, in particolare, si distingue tra clienti domestici e non domestici e, tra questi ultimi, tra clienti allacciati in media/alta tensione e clienti allacciati in bassa tensione. Per il gas naturale si distingue tra clienti di piccole dimensioni (fino a 200.000 mc annui di consumo) e clienti di grandi dimensioni (oltre 200.000 mc annui), posto che le vendite a clienti termoelettrici rappresentano comunque un mercato a sé.

Sulla base dell'attività svolta dalla Target, i mercati rilevanti sono i seguenti:

- a) mercato della vendita di energia elettrica al dettaglio a clienti non domestici in bassa tensione;
- b) mercato della vendita di energia elettrica al dettaglio a clienti domestici in bassa tensione;

¹ Cfr., *ex multis*, provvedimento AGCM, del 27 giugno 2018, caso C12170 – Green Network/Ramo d'azienda di Burgo Energia.

- c) mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di medio-grandi dimensioni;
- d) mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni.

I mercati della vendita di energia elettrica al dettaglio a clienti in bassa tensione (sia domestici che non domestici) e gli effetti dell'operazione

9. L'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica sul libero mercato consiste nella commercializzazione, fornitura e consegna dell'energia ai clienti finali allacciati alla rete di distribuzione. La differenziazione in diversi mercati sulla base delle diverse categorie di clienti finali rifornite dipende da fattori quali i volumi e i profili di consumo, i costi di commercializzazione, la più o meno accentuata standardizzazione dei contratti di vendita, il diverso grado di mobilità e il diverso rischio di morosità².

10. I mercati della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti connessi in bassa tensione (sia domestici che non domestici), sono considerati nella prassi decisionale dell'Autorità di dimensione geografica locale, a causa della tuttora forte incidenza dei venditori collegati alla società di distribuzione, che dopo aver esercitato in monopolio la vendita ai clienti vincolati hanno comunque ereditato la posizione di fornitori in regime di maggior tutela. Tale incidenza è, evidentemente, maggiore nei contesti locali che coincidono con l'area di copertura della concessione di distribuzione, che di norma ha dimensione comunale. Ad ogni modo, data la posizione delle Parti, qualunque sia la definizione del mercato rilevante non muterebbe l'esito della valutazione. Infatti, posto che entrambe le società non avrebbero comunque un peso significativo a livello nazionale, stando alle informazioni fornite dalle parti, il gruppo della società acquirente è attivo nella distribuzione di energia elettrica (che dà diritto all'esercizio della vendita in maggior tutela) solo attraverso la controllata Edyna S.r.l.³. Quest'ultima risulta operare solo in provincia di Bolzano, nella quale è presente in 114 comuni su 118 totali⁴. Ciò conferisce, come si vedrà, al gruppo acquirente, una posizione di rilievo a livello locale nella vendita a clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione soltanto nei territori complessivamente ricompresi nell'ambito della provincia di Bolzano. La società acquisita invece, che non svolge attività di distribuzione, non ha posizioni di rilievo in nessun contesto locale, benché tenda a concentrare le sue vendite nei comuni della provincia di Treviso, nella quale è basata. In particolare, poi, la società acquisita ha una posizione solo marginale in tutti gli ambiti locali ricompresi nei confini della provincia di Bolzano, nei quali opera prevalentemente la società acquirente.

11. Quanto sopra si riflette nella osservazione delle quote a livello provinciale (il più ristretto ambito locale per il quale le parti forniscono informazioni) detenute dalle parti nella vendita al dettaglio di energia elettrica a clienti allacciati in bassa tensione, tanto che per la presente operazione non appare necessario, in nessuno dei due mercati, approfondire ulteriormente gli effetti della stessa attraverso un'analisi di dati ad un maggior livello di disaggregazione territoriale.

12. Per quanto riguarda il mercato della vendita al dettaglio a clienti non domestici connessi in bassa tensione, ancorché le parti risultino contemporaneamente presenti nei comuni di ben 73 province italiane, in nessuna di queste la società acquisita raggiungeva, nel 2017, il [1-5%]* del totale delle vendite (in volume), con l'eccezione di Venezia ([1-5%]) e Treviso ([1-5]), nelle quali

² Cfr. *ex multis*, caso C12170, cit..

³ Cfr. Organigramma del gruppo, Allegato 4 al formulario.

⁴ www.arera.it.

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

tuttavia era l'acquirente a non raggiungere l'1% del totale provinciale. Con particolare riguardo ai contesti locali della provincia di Bolzano, nei quali l'acquirente ha una notevole forza, con vendite in volume che nel complesso lo portano a raggiungere l'[80-85%] del totale provinciale, va osservato che le vendite di SUM nei medesimi contesti non raggiungono, sempre a livello provinciale, [inferiore all'1%] del totale. Appare dunque ragionevole concludere che l'apporto di SUM alla posizione di mercato dell'acquirente nella vendita a clienti non domestici connessi in bassa tensione sia marginale in tutti i contesti locali, e in particolare lo sia in quelli nei quali il gruppo Alperia detiene una quota molto elevata delle vendite.

13. Posto che la società acquisita concentra principalmente la propria attività nella vendita di energia a clienti non domestici, i mercati locali della vendita al dettaglio di energia elettrica a clienti domestici risultano incisi in misura ancor minore dall'operazione rispetto a quelli della vendita a clienti non domestici connessi in bassa tensione. Nel caso della vendita di energia elettrica a clienti domestici, infatti, la società acquisita è presente in mercati locali appartenenti a solo otto ambiti provinciali, in nessuno dei quali in misura tale da consentirle di raggiungere il [1-5%] del totale delle vendite (in volume) a livello provinciale. In particolare, la società acquisita non realizza alcuna vendita a clienti domestici siti nella provincia di Bolzano, e dunque non può fornire alcun contributo ai contesti locali nei quali, per via dell'esercizio della vendita in regime di maggior tutela, il gruppo acquirente detiene le più forti posizioni di mercato. Peraltro, la stessa Alperia risulta avere, nei propri contesti locali di maggior forza, comunque un peso molto minore per la vendita a clienti domestici di quello detenuto nella vendita a non domestici, riuscendo a realizzare, anche in provincia di Bolzano vendite a clienti domestici che le consentono di raggiungere solo il [25-30%], in volume, del totale provinciale.

I mercati della vendita al dettaglio di gas a clienti finali di medie/grandi dimensioni e di piccola dimensione e gli effetti dell'operazione

14. L'attività di vendita al dettaglio di gas consiste nella fornitura e la consegna di gas ai clienti finali allacciati alle reti di distribuzione o alla rete di trasporto del gas. Anche in questo caso la differenziazione in base alle categorie di clienti servite dipende da considerazioni attinenti le caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta.

Il mercato della vendita al dettaglio del gas comprende l'attività di fornitura e consegna ai clienti finali allacciati alle reti di distribuzione o alla rete di trasporto del gas, e si distingue come segue⁵:

a) mercato dei clienti finali di medie o grandi dimensioni con consumi superiori a 200.000 mc/anno, che ha dimensione nazionale;

b) mercato dei clienti finali di piccola dimensioni con consumi inferiori a 200.000 mc/anno, che ha dimensioni tendenzialmente inferiori a quella nazionale.

15. Con riferimento al mercato *sub a*), sulla base dei dati forniti dalle Parti, si osserva che le quote di mercato detenute singolarmente dal gruppo acquirente e dalla società acquisita sono poco significative e largamente inferiori al punto percentuale. Ne consegue che l'operazione, con riferimento al mercato nazionale della vendita di gas naturale a clienti di medio-grandi dimensioni, risulta neutra sotto il profilo concorrenziale, non essendo suscettibile di produrre alcun impatto sulle dinamiche competitive del mercato.

16. Le dimensioni geografiche del mercato *sub b*) sono state invece dall'Autorità ritenute ancora locali, o comunque subnazionali, alla luce della permanenza di posizioni di preminenza a livello locale, ancorché nel caso della vendita al dettaglio del gas naturale il percorso verso una apertura

⁵ Come detto, la vendita al dettaglio di gas naturale può essere effettuata anche nei confronti di una terza categoria di clienti (i termoelettrici) che costituiscono un mercato a sé il quale tuttavia non è interessato dalla presente operazione.

del mercato nazionale sia più avanzato rispetto all'energia elettrica, sia per la minore diffusione dell'integrazione verticale tra distribuzione e vendita, sia per le caratteristiche diverse, nel gas naturale, assunte dal servizio di maggior tutela, che non è riservato in esclusiva ad una società facente riferimento al titolare della concessione di distribuzione. Nel caso di specie, tuttavia, non è necessario adottare una definizione geografica precisa del mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a piccoli clienti in quanto l'esito della valutazione non cambierebbe.

17. Nel caso della vendita al dettaglio di gas naturale a piccoli clienti, infatti, posto che a livello nazionale la quota aggregata delle vendite delle due società raggiunge appena [*inferiore all'1%*], la società acquisita risulta essere attiva solo in 17 ambiti provinciali. Tra questi, soltanto in dodici è presente anche la società acquirente, ma le vendite congiunte delle due società superano il milione di metri cubi solo in tre casi e la miglior stima disponibile della quota sul totale delle vendite provinciali non supera mai, in nessuna delle dodici province nelle quali si realizza una sovrapposizione delle vendite, il [*1-5%*]⁶.

18. Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare idonea a determinare la costituzione di una posizione dominante o a modificare in misura significativa le condizioni di concorrenza in nessuno dei mercati rilevanti considerati.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

⁶ Come riferimento per i totali provinciali si è impiegato in prima approssimazione il totale delle quantità veicolate dalle reti di distribuzione in ciascuna provincia riportato in www.mise.it, che potrebbe sottostimare (in questo caso in maniera non significativa) la quota sulle vendite provinciali da attribuire alle parti.

C12203 - EUROCAR/DORIGONI*Provvedimento n. 27458*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO l'atto della società Eurocar S.r.l., pervenuto in data 19 novembre 2018;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Eurocar Italia S.r.l. (di seguito, Eurocar) è una società attiva nella distribuzione al dettaglio di autovetture (nuove e usate) e di veicoli commerciali leggeri (nuovi e usati) dei marchi del Gruppo VW, nonché di ricambi originali dei marchi del Gruppo VW in Italia, e nella relativa attività di riparazione e manutenzione. Eurocar è attiva in Italia in alcune province del Friuli Venezia Giulia (Gorizia, Udine e Trieste) e in Toscana (nella provincia di Firenze). A seguito delle acquisizioni recentemente autorizzate da parte della Commissione Europea (di seguito, la Commissione) di Bonaldi Motori S.p.A. e Bonaldi Tech S.p.A. (di seguito, insieme, Bonaldi)¹ e di Vicentini S.p.A. (di seguito, Vicentini)², è ora altresì attiva, tramite Bonaldi, in alcune province della Lombardia (Milano, Sondrio, Bergamo, Lecco) e, tramite Vicentini, nella provincia di Verona (Veneto).

Eurocar è indirettamente controllata da Porsche Holding Gesellschaft m.b.H., che è a sua volta indirettamente controllata da Volkswagen AG, società posta al vertice del gruppo Volkswagen. Volkswagen AG è una società costituita ai sensi del diritto tedesco le cui azioni sono quotate presso la borsa di Francoforte.

Nel 2017 il gruppo Volkswagen ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a circa 231,3 miliardi di euro, di cui circa [100-495]³ miliardi di euro per vendite nell'Unione Europea e circa [8-9] miliardi di euro per vendite in Italia.

2. Dorigoni S.p.A. (di seguito, Dorigoni) è una società attiva nella distribuzione al dettaglio di autovetture (nuove e usate) e di veicoli commerciali leggeri (nuovi e usati) dei marchi del gruppo Volkswagen, nonché di pezzi di ricambio originali dei marchi del gruppo Volkswagen in Italia, e nella relativa attività di riparazione e manutenzione. L'attività di Dorigoni è limitata al territorio italiano ed in particolare alla provincia di Trento, dove è attiva tramite tre filiali.

Il capitale sociale di Dorigoni è detenuto da persone fisiche (di seguito, i Venditori) e dalla stessa Dorigoni a titolo di azioni proprie.

Nel 2017 Dorigoni ha realizzato a livello mondiale un fatturato pari a circa 120,1 milioni di euro, di cui circa [100-495] milioni di euro per vendite nell'Unione Europea e circa [100-495] milioni di euro per vendite in Italia.

¹ Cfr. Decisione della Commissione del 1 agosto 2018, COMP/M.8963 – Eurocar/Bonaldi.

² Cfr. Decisione della Commissione del 10 settembre 2018, COMP/M.9070 – Eurocar/Vicentini.

³ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. Le Parti hanno sottoscritto un contratto di compravendita (di seguito, il Contratto) ai sensi del quale Eurocar si impegna ad acquistare tutte le azioni attualmente detenute dai Venditori, corrispondenti al 100% del capitale sociale (al netto delle azioni proprie).

Il Contratto prevede che ciascuno dei Venditori si impegni, per un periodo di 2 anni, a non svolgere, direttamente o indirettamente, alcuna attività in concorrenza con quella svolta dalla stessa Dorigoni (negli ultimi 5 anni) in Trentino Alto Adige, Lombardia, Veneto, Valle d'Aosta, Emilia Romagna e Friuli Venezia Giulia. Ai sensi dello stesso Contratto, i Venditori si impegnano, nel medesimo periodo, a non sollecitare l'assunzione di alcuno dei dipendenti della Target.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90.

5. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, così come modificato dall'articolo 1, comma 177, della legge 4 agosto 2017, n.124, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 495 milioni di euro e il fatturato realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 30 milioni di euro.

6. Il patto di non concorrenza sottoscritto dalle parti e descritto nel paragrafo precedente può essere ritenuto direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionale alla salvaguardia del valore dell'impresa acquisita, a condizione che esso sia limitato geograficamente all'area d'attività dell'impresa acquisita, e non impedisca ai venditori di acquistare o detenere azioni a soli fini di investimento finanziario⁴.

7. Il patto di non sollecitazione sottoscritto dalle parti e descritto nel paragrafo precedente può essere ritenuto direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionale alla salvaguardia del valore dell'impresa acquisita⁵.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato del prodotto

8. Da un punto di vista merceologico, i settori interessati dall'operazione in esame sono quelli in cui opera la società oggetto di acquisizione, ossia: *i)* la distribuzione al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e di veicoli commerciali nuovi e usati, *ii)* la distribuzione al dettaglio di ricambistica per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali e *iii)* i servizi post vendita di assistenza, manutenzione e riparazione di autoveicoli⁶.

⁴ Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.

⁵ Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.

⁶ Cfr., tra gli altri, provv. n. 26906 del 13 dicembre 2017, C12137 – PAG ITALY/RAMO DI AZIENDA DI STAREMILIA, provv. n. 22264 del 30 marzo 2011, C10979 – TT HOLDING/AUTOSTELLA e provv. n. 20359 del 1° ottobre 2009, C10265 – TT HOLDING/CAMAR; cfr. anche Decisione della Commissione del 1 agosto 2018, COMP/M.8963 – Eurocar/Bonaldi e Decisione della Commissione del 10 settembre 2018, COMP/M.9070 – Eurocar/Vicentini.

9. *i*) Il mercato in questione interessa l'attività di distribuzione degli autoveicoli e dei veicoli commerciali nuovi e usati da parte dei concessionari ai consumatori finali. Le case produttrici commercializzano infatti le proprie vetture attraverso imprese di distribuzione (società controllate o operatori terzi) le quali, a loro volta, si avvalgono di una rete di concessionari che svolgono attività di vendita alla clientela.

10. Nell'ambito di tale mercato possono individuarsi diversi segmenti, distinguendo tra autoveicoli e veicoli commerciali, veicoli nuovi e usati, in base alle prestazioni, alle dimensioni e al prezzo delle autovetture commercializzate. Tuttavia, frequentemente i concessionari distribuiscono diverse tipologie di prodotto (utilitarie, categoria media, categoria superiore, ecc.) e le differenze sono andate riducendosi negli anni in ragione della tendenza delle case automobilistiche ad offrire sempre più accessori anche per le auto di media e piccola cilindrata. Ai fini della presente operazione, comunque, non appare necessario addivenire ad una esatta delimitazione merceologica del mercato.

11. *ii*) Nell'ambito del settore della commercializzazione di parti ed accessori, del quale fa parte la ricambistica per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, è possibile individuare due tipologie di prodotti, quelli originali e quelli equivalenti (di qualità corrispondente). I pezzi di ricambio originali vengono commercializzati con il marchio della casa automobilistica; la ricambistica equivalente è invece fornita da operatori indipendenti del settore della componentistica, che possono anche rifornire le stesse case automobilistiche.

12. I prezzi delle parti di ricambio equivalenti presentano un livello significativamente inferiore, che varia anche a seconda della tipologia di ricambio considerato. Inoltre, le diverse tipologie di ricambi per autoveicoli (guarnizioni, pastiglie, ammortizzatori, cinghie, candele, filtri, fanaleria, ecc.) non sono tra loro sostituibili dal lato della domanda finale, che dipende evidentemente dall'intervento di manutenzione o riparazione da effettuare⁷.

Tuttavia, si registra, sempre dal lato della domanda, una significativa sostituibilità tra ricambi originali ed equivalenti (purché di qualità corrispondente), variabile in funzione dell'età e della classe economica di appartenenza del veicolo, nonché del tipo di ricambio. Dal lato dell'offerta, inoltre, i centri di assistenza delle case automobilistiche (generalmente concessionarie e officine autorizzate) possono distribuire al dettaglio ricambi sia originali che equivalenti. Sempre dal lato dell'offerta, infine, gli operatori distribuiscono generalmente un'ampia gamma di parti di ricambio.

13. *iii*) Il mercato dei servizi di assistenza post vendita per autoveicoli risulta caratterizzato da un'estrema polverizzazione dell'offerta. L'attività di riparazione e manutenzione viene infatti svolta da un'ampia gamma di operatori quali: officine e concessionari rivenditori autorizzati; officine indipendenti; stazioni di servizio; centri auto specializzati; servizi rapidi di assistenza (l'attività di assistenza in garanzia viene invece effettuata dagli stessi concessionari delle case automobilistiche ovvero da altri soggetti da queste autorizzati).

Il mercato geografico

14. Per quel che riguarda la rilevanza geografica, la dimensione dei mercati sub *i*), *ii*) e *iii*) può ritenersi locale. Tale ipotesi trae fondamento dai comportamenti di acquisto dei consumatori e, in particolare, dall'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti di vendita e assistenza. Nei diversi precedenti relativi ai mercati in questione, l'Autorità ha definito i mercati locali sulla base dei confini amministrativi, individuando mercati aventi dimensione tendenzialmente

⁷ Si segnala inoltre l'esistenza di una variegata gamma di modelli (profondità di gamma) all'interno di una stessa tipologia di ricambio, ognuno dei quali indicato per un determinato autoveicolo o serie di autoveicoli.

provinciale. Nel caso di specie, seguendo tale approccio, in considerazione dell'ambito di operatività della società oggetto di acquisizione, il mercato geografico rilevante potrebbe ritenersi circoscritto alla provincia di Trento.

15. In alternativa, è possibile definire gli ambiti locali tenendo conto della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e della propensione alla mobilità dal lato della domanda. A tale riguardo, la parte notificante, sulla base dei dati di vendita dei concessionari oggetto di acquisizione e della propria esperienza, ritiene che sia possibile ipotizzare l'esistenza di un bacino di utenza individuato dalle aree site intorno ai concessionari di Dorigoni oggetto di acquisizione percorribili in 40 ovvero 60 minuti di tragitto in macchina per il mercato *sub i*) e in 20 minuti di tragitto in macchina per i mercati *sub ii*) e *sub iii*) (di seguito, le isocrone).

Effetti dell'operazione

16. La società Dorigoni oggetto di acquisizione è attiva mediante tre concessionari ubicati in provincia di Trento (di cui due ubicati a Trento e uno a Rovereto), mentre l'acquirente Eurocar detiene vari concessionari ubicati in alcune province del Friuli Venezia Giulia (Gorizia, Udine e Trieste), della Toscana (Firenze) e, a seguito delle acquisizioni recentemente autorizzate da parte della Commissione di Bonaldi e di Vicentini, altresì, tramite Bonaldi, in alcune province della Lombardia (Milano, Sondrio, Bergamo e Lecco) e, tramite Vicentini, in una provincia del Veneto (Verona), cui vanno altresì aggiunti due concessionari Porsche controllati da Volkswagen AG e ubicati rispettivamente in una provincia della Lombardia (Milano) e in una provincia del Veneto (Padova). A livello provinciale, non si verificano quindi sovrapposizioni tra le attività delle Parti.

17. Nei mercati della distribuzione al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e di veicoli commerciali nuovi e usati, nella provincia di Trento, in cui non si verificano sovrapposizioni tra le attività delle Parti, le quote di Dorigoni sono inferiori al 2%, mentre, avendo a riguardo le isocrone, per ciascuno dei tre concessionari di Dorigoni oggetto di acquisizione, sia nella isocrona a 40 minuti che nella isocrona a 60 minuti le quote congiunte delle Parti sono minori del 5%⁸.

18. Nei mercati della distribuzione al dettaglio di ricambistica originale VW per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, della distribuzione al dettaglio di ricambistica non originale per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali⁹, nonché dei servizi post vendita di assistenza, manutenzione e riparazione di autoveicoli, nella provincia di Trento, in cui non si verificano sovrapposizioni tra le attività delle Parti, la quota di Dorigoni è, rispettivamente, pari al [40-45%], inferiore al 5% e inferiore al 5%, mentre, avendo a riguardo le isocrone, per ciascuno dei tre concessionari di Dorigoni oggetto di acquisizione, nelle isocrone a 20 minuti non si verificano sovrapposizioni tra le attività delle Parti e le quote di Dorigoni sono rispettivamente pari:

- nel mercato della distribuzione al dettaglio di ricambistica originale VW per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, al [50-55%] circa nell'isocrona relativa a Trento¹⁰ e al [45-50%] circa nell'isocrona relativa a Rovereto;
- nel mercato della distribuzione al dettaglio di ricambistica non originale per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, a meno del 5% sia nell'isocrona relativa a Trento sia nell'isocrona relativa a Rovereto;

⁸ Si precisa che nelle isocrone a 40 minuti non si verificano sovrapposizioni tra le attività delle Parti mentre nelle isocrone a 60 minuti si verifica una sovrapposizione tra le attività delle Parti solo in corrispondenza dell'isocrona relativa al concessionario ubicato a Rovereto.

⁹ Ricomprensive prodotti quali olio, lubrificanti, pneumatici nonché altre piccole parti di ricambio.

¹⁰ Si tratta in realtà di due distinte isocrone coincidenti in quanto relative a due distinti concessionari ubicati a Trento.

- nel mercato dei servizi post vendita di assistenza, manutenzione e riparazione di autoveicoli, a meno del 10% sia nell'isocrona relativa a Trento sia nell'isocrona relativa a Rovereto.

19. Sotto il profilo verticale, si rileva che:

a) il gruppo Volkswagen è altresì attivo nei mercati a monte della distribuzione all'ingrosso di autoveicoli per passeggeri e di veicoli commerciali nuovi e usati, ove detiene a livello nazionale quote inferiori al 13%; come si è visto, nei mercati a valle della distribuzione al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e di veicoli commerciali nuovi e usati, sia avendo a riguardo la provincia di Trento, sia avendo a riguardo le isocrone, le quote congiunte delle Parti saranno minori del 5%;

b) il gruppo Volkswagen è altresì attivo nel mercato a monte della distribuzione all'ingrosso di ricambistica originale VW per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, ove detiene a livello nazionale una posizione monopolistica; come si è visto, nel mercato a valle della distribuzione al dettaglio di ricambistica originale VW per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, le quote di Dorigoni sono pari al [40-45%] nella provincia di Trento, al [50-55%] nell'isocrona relativa a Trento e al [45-50%] nell'isocrona relativa a Rovereto.

20. Si osserva, al riguardo, che l'operazione non solleva preoccupazioni sotto il profilo di un'ipotesi di *input foreclosure* in ragione della stessa strategia distributiva del gruppo Volkswagen, che rende accessibili i ricambi originali anche ai riparatori indipendenti sia attraverso la società Volkswagen Group Italia S.p.A., attiva su tutto il territorio italiano, sia tramite una rete di *service partner* (distributori al dettaglio autorizzati di veicoli e ricambistica originale Volkswagen, come Dorigoni) presenti su tutto il territorio nazionale¹¹.

In virtù di quanto considerato, si ritiene che nei mercati di riferimento l'operazione non avrà effetti pregiudizievole per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali nella struttura concorrenziale degli stessi.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non determina, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

RITENUTO, altresì, che gli obblighi di non concorrenza intersocietari tra le parti sono accessori alla presente operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove ne sussistano i presupposti, i suddetti patti che si realizzino oltre i limiti ivi indicati;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

¹¹ Cfr. anche Decisione della Commissione del 1 agosto 2018, COMP/M.8963 – Eurocar/Bonaldi e Decisione della Commissione del 10 settembre 2018, COMP/M.9070 – Eurocar/Vicentini.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

C12204 - VEGA CARBURANTI/CARBURANTI 3.0*Provvedimento n. 27459*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società Vega Carburanti S.p.A., pervenuta il 19 novembre 2018;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Vega Carburanti S.p.A. è una società attiva nella distribuzione e commercializzazione di prodotti petroliferi per autotrazione, nonché in alcune attività ad essa connesse quali la somministrazione di alimenti e bevande, la rivendita di generi di monopolio (lotterie e tabacchi) e le attività di autolavaggio¹. Nel 2017, Vega Carburanti S.p.A. ha realizzato un fatturato pari a circa [100-495]* milioni di euro, interamente generato in Italia.

2. Carburanti 3.0 S.r.l. è una società attiva nella distribuzione e commercializzazione di prodotti petroliferi per autotrazione nonché, in maniera marginale, nel settore della somministrazione di alimenti e bevande e dell'autolavaggio². Carburanti 3.0 S.r.l. detiene inoltre una partecipazione del 40% nella società Energya S.p.A., attiva nell'approvvigionamento all'ingrosso, prevalentemente a favore dei propri soci, di prodotti petroliferi destinati alla commercializzazione in impianti di distribuzione su rete stradale. Carburanti 3.0 S.r.l. è attualmente interamente controllata da Coop Alleanza 3.0 Soc. Coop. Nel 2017, Carburanti 3.0 S.r.l. ha generato un fatturato pari a circa [100-495] milioni di euro, interamente realizzato in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione consiste nell'acquisizione, da parte di Vega Carburanti S.p.A., del 100% del capitale sociale di Carburanti 3.0 S.r.l., società attualmente controllata in via esclusiva da Coop Alleanza 3.0 Soc. Coop. A valle dell'operazione, Vega Carburanti S.p.A. deterrà quindi il 100% del capitale sociale di Carburanti 3.0 S.r.l. e, di conseguenza, il controllo esclusivo della società.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione comunicata comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, e dunque costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge

¹ Vega Carburanti S.p.a. è controllata in via esclusiva da una persona fisica, [omissis], con una partecipazione pari al 75,56% del capitale sociale. La restante parte del capitale sociale di Vega Carburanti S.p.a. è detenuta da Miloil S.r.l. (18,90%) ed è costituita da azioni proprie (5,54%).

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

² Il contratto preliminare di compravendita sottoscritto tra Vega Carburanti S.p.a. e Coop Alleanza 3.0 Soc. Coop. contempla l'obbligo di quest'ultima di acquisire, prima del closing dell'operazione oggetto della presente comunicazione, la partecipazione di minoranza che Carburanti 3.0 S.r.l. detiene attualmente nella società Par.Co S.p.a. (società non attiva nel settore dei carburanti), la quale quindi non rientra nel perimetro dell'operazione.

n. 287/90. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento n. 139/2004, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 495 milioni di euro e il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 30 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

5. Il mercato rilevante, in ragione dell'operatività della società acquirente e della società acquisita, è quello della mercato della distribuzione di carburanti per autotrazione su rete stradale ordinaria³.

Il mercato rilevante

6. Il mercato della distribuzione di carburanti per autotrazione su rete stradale è caratterizzato, dal lato dell'offerta, dalla presenza di un elevato numero di imprese di distribuzione convenzionate o direttamente controllate dalle principali società petrolifere attive sul territorio nazionale. Dal lato della domanda, il mercato risulta contraddistinto dalla presenza di un numero molto elevato di consumatori che effettuano frequenti acquisti di prodotto per quantità ridotte e che non trovano vantaggioso rifornirsi presso impianti di distribuzione situati lontano dal luogo in cui risiedono o svolgono la propria attività lavorativa.

7. Sulla base delle caratteristiche della domanda e dell'offerta, l'estensione geografica del mercato della distribuzione in rete stradale è stata tradizionalmente considerata di tipo locale, e coincidente prevalentemente con il territorio della provincia in cui sono situati gli impianti oggetto di acquisizione⁴. Tuttavia, nel caso *API/TotalErg*⁵, anche in considerazione della più recente prassi seguita su altri mercati rilevanti, l'Autorità ha svolto alcune ulteriori verifiche sulle condizioni di concorrenza a livello *sub*-provinciale, ipotizzando che il mercato possa essere definito in funzione dell'effettiva sostituibilità di ciascun punto vendita per i consumatori finali. Nel caso di specie la definizione geografica esatta del mercato può essere comunque lasciata aperta, in quanto non muta la valutazione concorrenziale dell'operazione comunicata.

Effetti dell'operazione

8. A livello nazionale, la quota di mercato congiunta delle parti nel mercato della distribuzione di carburanti al dettaglio su rete stradale ordinaria è pari a circa l'[1-5%] in termini di volumi di carburanti erogati. A livello locale, le attività delle parti sono sostanzialmente complementari e si sovrappongono nella sola provincia di Treviso, nella quale l'entità *post-merger* avrà comunque una quota di mercato inferiore al 15%. Per la provincia di Trento, la parte notificante ha anche svolto un'analisi delle condizioni concorrenziali presenti *post-merger* in funzione della sostituibilità di

³ Entrambe le parti sono attive nel mercato della somministrazione al pubblico di bevande e alimenti e dei servizi di autolavaggio, ma in maniera del tutto marginale (in particolare Vega Carburanti S.p.a. dispone, a livello nazionale, di 24 bar – tutti ceduti in gestione a terzi – e di 7 autolavaggi, mentre Carburanti 3.0 S.r.l. dispone di 16 bar, di cui solo uno gestito direttamente, e di 2 autolavaggi) e non vi è sovrapposizione tra le attività delle parti a livello provinciale; tali mercati quindi non rilevano ai fini della valutazione della presente operazione. Carburanti 3.0 S.r.l. è poi attiva, attraverso la società Energya S.p.a., nel mercato della distribuzione di prodotti petroliferi extra-rete all'ingrosso, con una quota pari a circa l'[1-5%] a livello nazionale, ma Vega Carburanti S.p.a. non è attiva in tale settore se non attraverso vendite occasionali a pompe bianche, in quantità trascurabili (con una quota di mercato a livello nazionale pari a circa lo [inferiore all'1%]; anche considerata la posizione dell'entità *post-merger* nel mercato a valle, tale mercato non appare dunque rilevante al fine dell'analisi degli effetti dell'operazione oggetto di comunicazione.

⁴ Cfr., tra i tanti, provvedimento dell'Autorità del 21 giugno 2016, n. 26082, caso C12053; Retitalia/Ramo di azienda di Esso Italiana, e, più in passato, provvedimento dell'Autorità del 25 giugno 2009, n. 20015, caso C10041, Erg Petroli/Restiani, par. 8.

⁵ Provvedimento del 20 dicembre 2017, caso C12131, API/TotalErg.

ciascun punto vendita per i consumatori finali; tale analisi dà atto dell'assenza di effetti sulle condizioni concorrenziali anche a livello *sub*-provinciale.

9. Considerata la posizione di mercato delle parti e la circostanza che nel mercato rilevante sono presenti numerosi concorrenti, tra cui alcune delle principali compagnie petrolifere attive a livello nazionale, l'operazione di concentrazione in esame non appare idonea a incidere negativamente sulle condizioni concorrenziali del mercato rilevante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati rilevanti, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

C12205 - TRENITALIA-TRASPORTO PASSEGGERI EMILIA ROMAGNA/SOCIETÀ FERROVIARIA PROVVISORIA EMILIA ROMAGNA

Provvedimento n. 27460

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione delle società Trenitalia S.p.A. e Trasporto Passeggeri Emilia-Romagna S.p.A., pervenuta in data 21 novembre 2018;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Trenitalia S.p.A. (di seguito, Trenitalia), interamente controllata da Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. (di seguito, FS) - società *holding* dell'omonimo Gruppo, il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - è un'impresa ferroviaria attiva nel settore del trasporto ferroviario passeggeri a media e lunga percorrenza, nel trasporto regionale e metropolitano. Nel 2017, il fatturato consolidato del Gruppo FS, al netto dei fatturati infra-gruppo, risulta pari a circa [9-10]* miliardi di euro, di cui circa [7-8] miliardi di euro realizzati per vendite in Italia¹.

2. Trasporto Passeggeri Emilia-Romagna S.p.A. (di seguito, TPER), partecipata da diversi Enti pubblici territoriali², è una società attiva nel settore del trasporto ferroviario e automobilistico di passeggeri in Emilia Romagna³. Nel 2017, TPER ha realizzato un fatturato pari a circa [100-495] milioni di euro, interamente conseguito in Italia.

3. Società Ferroviaria Provvisoria Emilia-Romagna S.c.a.r.l. (di seguito, SFP o "società consortile") è la società consortile costituita, il 18 giugno 2016, da Trenitalia e TPER all'esito dell'aggiudicazione della gara indetta da Ferrovie Emilia Romagna S.r.l. (di seguito, FER), su indicazione della Regione Emilia-Romagna, per la gestione dei servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, nonché dei servizi automobilistici sostitutivi, di competenza della Regione Emilia-Romagna⁴. All'avvio dei servizi oggetto del Contratto, sottoscritto da FER e SFP

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹ I valori considerati si riferiscono a dati consolidati al netto dei fatturati infra-gruppo.

² Nel dettaglio, la società TPER è partecipata per il 46,13% dalla Regione Emilia-Romagna, per il 30,11% dal Comune di Bologna, per il 18,79 dalla Città Metropolitana di Bologna, per il 3,06% dall'azienda consorziale Trasporti-ACT di Reggio Emilia, per l'1,01% dalla Provincia di Ferrara; per lo 0,65% dal Comune di Ferrara, per lo 0,04% da Ravenna Holding S.p.A., per lo 0,04% dalla Provincia di Parma. Il restante 0,16% del capitale è detenuto da TPER stessa, mediante azioni proprie.

³ La società gestisce in particolare i seguenti servizi: i. unitamente a Trenitalia, mediante il Consorzio Trasporti Integrato (CTI), il trasporto ferroviario di passeggeri nel territorio di competenza della Regione; ii. il trasporto passeggeri su gomma nei bacini provinciali di Bologna e Ferrara e nel bacino urbano di Bologna; iii. la sosta in alcune aree pubbliche car e bike sharing nel bacino urbano di Bologna.

⁴ La gara è stata indetta il 5 ottobre 2013 ed è stata aggiudicata in via definitiva con determina del Direttore generale di FER n. 32 del 6 luglio 2015, al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Trenitalia, impresa mandataria, e

il 29 giugno 2016, quest'ultima assumerà il ruolo di gestore unico del trasporto pubblico ferroviario regionale in Emilia-Romagna.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione comunicata consiste nel passaggio di SFP da impresa comune cooperativa a impresa comune "a pieno titolo"⁵, a fronte della realizzazione di diverse condizioni - indicate nel bando di gara per l'aggiudicazione del servizio ferroviario nella Regione Emilia Romagna - che ne determineranno la capacità operativa sul mercato. Tali condizioni consistono, in particolare, nel: *i.* conseguimento della licenza ferroviaria rilasciata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ai sensi dell'art. 7 del Decreto Legislativo n. 112/2015; *ii.* conseguimento del certificato di sicurezza rilasciato dall'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie ("ANSF") ai sensi dell'art. 14 del d. lgs. N. 162/2007; *iii.* conseguimento delle certificazioni del sistema di gestione per la qualità aziendale UNI EN ISO 9001:2008, del sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori OHSAS 18001:2007, del sistema di gestione ambientale conforme alla norma UNI EN ISO 14001:2004; *iv.* acquisizione in disponibilità dei beni funzionali alla gestione del servizio, secondo i quantitativi, i modi e i termini indicati nella documentazione di gara. SFP ha proceduto a richiedere il rilascio di tutti titoli abilitativi sopra indicati⁶, il cui ottenimento segnerà, contestualmente all'avvio del servizio di trasporto a partire dal 1° gennaio 2019⁷, il passaggio della società consortile a impresa comune "a pieno titolo", sulla quale le società madri eserciteranno il controllo congiunto. Nonostante la maggioranza assoluta delle quote della società consortile sia detenuta da Trenitalia, infatti, i patti parasociali, sottoscritti in data 11 dicembre 2017 dalle imprese madri, prevedono che le decisioni strategiche relative alla gestione sociale siano adottate di comune accordo tra le Parti.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

5. L'operazione comunicata, in quanto comporta la costituzione di un'impresa comune "a pieno titolo", controllata congiuntamente dalle imprese madri, costituisce una concentrazione ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera c), della legge n. 287/90⁸. L'operazione comunicata, inoltre, rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, in quanto, pur superando le soglie previste dallo stesso, le imprese interessate realizzano oltre i due terzi del fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro. 5. L'operazione è, altresì, soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima Legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 495 milioni di euro e quello realizzato a livello nazionale da entrambe le imprese interessate è stato superiore a 30 milioni di euro.

TPER, impresa mandante; l'aggiudicazione è divenuta pienamente efficace ed è stata comunicata il successivo 24 agosto 2015.

⁵ Cfr. Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 95/01).

⁶ Allo stato, la prima condizione risulta soddisfatta, in quanto, in data 2 febbraio 2018, il competente ufficio del MIT ha rilasciato la licenza n. 25/N, mentre il soddisfacimento delle ulteriori tre condizioni è atteso entro la fine del mese di dicembre 2018.

⁷ Si tenga conto che la scadenza dell'attuale contratto di servizio pubblico affidato a CTI – Consorzio Trasporti Integrato è fissata al 31 dicembre 2018.

⁸ Cfr. Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 95/01).

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato rilevante

6. L'operazione in esame interessa l'offerta di servizi di trasporto pubblico ferroviario regionale di passeggeri in Emilia Romagna.

7. Sulla base del consolidato orientamento dell'Autorità⁹, sotto il profilo merceologico, il trasporto pubblico ferroviario regionale di passeggeri presenta caratteristiche tali da individuare un mercato del prodotto distinto rispetto alle altre modalità di trasporto pubblico locale. La domanda di tale tipologia di trasporto è rappresentata da utenti che esprimono esigenze di mobilità a carattere continuativo - su specifiche tratte collocate in un'area geografica più o meno circoscritta, in determinate fasce orarie delle giornate feriali (trasporto di tipo pendolare di studenti e lavoratori) - oltre che esigenze di mobilità a carattere saltuario su tratte secondarie.

8. Dal punto di vista geografico, sulla base dei precedenti dell'Autorità¹⁰, nell'ambito del TPL i mercati rilevanti vengono identificati con i bacini di traffico in relazione ai quali viene effettuato dagli Enti competenti l'affidamento dei servizi.

9. Ai fini della presente operazione, il mercato geografico rilevante è dato dal bacino di utenza individuato dal contratto di servizio pubblico sottoscritto da FER e SFP il 29 giugno 2016 ad esito della gara. Tale contratto disciplina la prestazione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia di competenza della Regione Emilia-Romagna (incluse le direttrici di traffico ricadenti nel territorio di altre regioni limitrofe ma di competenza della Regione Emilia-Romagna) e dei servizi autobus sostitutivi, secondo gli obiettivi e le condizioni indicate nella documentazione di gara e l'offerta presentata dall'aggiudicatario.

10. In particolare, il bacino dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri affidati a SFP coincide con l'intero bacino regionale dei servizi ferroviari, siano essi prestati sulla rete nazionale (di competenza di Rete ferroviaria Italiana S.p.A.) o su quella di proprietà regionale (gestita da FER).

V. EFFETTI DELL'OPERAZIONE DI CONCENTRAZIONE

11. Il servizio di trasporto pubblico locale di passeggeri per ferrovia di competenza della Regione Emilia-Romagna è attualmente gestito da CTI – consorzio costituito da Trenitalia e TPER – in forza del contratto di servizio pubblico sottoscritto il 31 marzo 2008, all'esito di una procedura di gara bandita dalla stessa Regione (bando pubblicato in GUCE l'8 aprile 2005)¹¹. L'attuale assetto del mercato prevede dunque la presenza di CTI quale gestore dei servizi in oggetto fino alla scadenza del relativo contratto di servizio al 31 dicembre 2018 ovvero fino all'avvio dei servizi affidati a SFP.

12. A decorrere dal 1° gennaio 2019, SFP assumerà il ruolo di gestore unico dei servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri nonché dei servizi autobus sostitutivi di competenza della

⁹ Cfr. Provvedimento dell'Autorità n. 23175 del 21/12/2011, C11395 – ATC/FERROVIE EMILIA ROMAGNA, in Boll. 52/2012; Provvedimento dell'Autorità n. 22355 del 28/04/2011, C11018 - TRENITALIA-FERROVIE NORD MILANO/TRENITALIA-LENORD, in Boll. 17/2011; Provvedimento dell'Autorità n. 21366 del 14/07/2010, C10663 – RATP/TRANSDEV ITALIA, in Boll. 28/2010; Provvedimento dell'Autorità n. 26598 del 4/05/2017, C12080 – FERROVIE DELLO STATO ITALIANE/METRO 5, in Boll. 19/2017.

¹⁰ Cfr. Provvedimento dell'Autorità n. 22355 del 28/04/2011, C11018 - TRENITALIA-FERROVIE NORD MILANO/TRENITALIA-LENORD, in Boll. 17/2011; Provvedimento dell'Autorità n. 24016 del 23/10/2012, C11749 –BUSITALIA – SITA NORD – CAP AUTOLINEE COOPERATIVA AUTOTRASPORTI PRATESE – AUTO GUIDOVIE ITALIANE/ATAF GESTIONI, in Boll. 43/2012; Provvedimento dell'Autorità n. 23175 del 21/12/2011, C11395 – ATC/FERROVIE EMILIA ROMAGNA, in Boll. 52/2012.

¹¹ Il 28 luglio 2016, CTI e FER (per conto della Regione) hanno concluso un contratto di servizio ponte per garantire la prosecuzione del servizio fino all'avvio effettivo dei servizi oggetto della gara. In data 31 marzo 2018 la prosecuzione dei servizi fino al 31 dicembre 2018, che garantisce

Regione Emilia-Romagna, così come individuati nell'ambito del contratto di servizio sottoscritto il 29 giugno 2016, ad esito dell'aggiudicazione della procedura di gara ad evidenza pubblica indetta da FER (bando pubblicato in GUUE il 5 ottobre 2013). Il Contratto di servizio pubblico ha una durata di quindici anni a decorrere dalla data di avvio del servizio, salvo l'eventuale proroga per un massimo di 7 anni e sei mesi, al verificarsi di una serie di condizioni, che vengono enumerate nel "Capitolato" alla Lettera di invito.

13. In relazione al caso in esame occorre evidenziare che, in linea con la normativa nazionale e comunitaria in materia, la Regione Emilia Romagna, nell'esercizio delle proprie prerogative e competenze, ha fatto ricorso, sia nel 2005 che nel 2013, a procedure concorsuali per la scelta del gestore in esclusiva dei servizi pubblici locali di passeggeri per ferrovia e di quelli sostitutivi, garantendo in tal modo la contendibilità dell'accesso al mercato - *i.e.* concorrenza per il mercato - quale unico strumento di competizione fra operatori potenzialmente interessati.

14. Alla luce delle precedenti considerazioni, l'operazione comunicata non appare tale da poter produrre alcun effetto pregiudizievole per la concorrenza.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non determina, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato interessato, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1551 - OSTACOLI NELL'INSTALLAZIONE DI IMPIANTI DI TELECOMUNICAZIONE MOBILE E BROADBAND WIRELESS ACCESS E ALLO SVILUPPO DELLE RETI DI TELECOMUNICAZIONE IN TECNOLOGIE 5G

Roma, 21 dicembre 2018

Senato della Repubblica
Camera dei Deputati
Presidenza del Consiglio dei Ministri
Ministero dello Sviluppo Economico
Conferenza Unificata Stato–Regioni, Città e Autonomie Locali
Presidente della Regione Abruzzo
Presidente della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia
Presidente della Regione Lombardia
Presidente della Regione Marche
Presidente della Regione Autonoma Valle d'Aosta
Presidente della Provincia Autonoma di Bolzano
Presidente della Provincia Autonoma di Trento
Associazione Nazionale Comuni Italiani

L'Autorità, nell'adunanza del 12 dicembre 2018, ha deliberato di inviare, ai sensi dell'art. 21 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, una segnalazione relativa agli ostacoli all'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e *broadband wireless access* presenti nelle normativa locale (comunale e provinciale), regionale e nazionale. Si tratta in particolare di previsioni normative locali o regionali le quali fissano limiti e divieti all'installazione di impianti di telecomunicazione o stabiliscono procedure amministrative di autorizzazione all'installazione degli impianti difforni rispetto a quanto previsto dal quadro normativo statale.

Tali ostacoli restringono ingiustificatamente la concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni e rischiano di determinare ricadute negative rilevanti sui livelli di servizio erogati ai consumatori e alle imprese, nonché sulla competitività dell'Italia nei confronti di altri Paesi. Le criticità concorrenziali derivanti da queste restrizioni sono destinate ad accentuarsi nell'attuale fase di transizione alle tecnologie 5G, che rischia di subire un rallentamento, andando a vanificare l'impegno che l'Italia ha profuso con riguardo alle tecnologie 5G, muovendosi in anticipo rispetto ad altri Paesi europei nell'assegnazione delle frequenze.

In particolare, il mercato delle telecomunicazioni mobili in Italia è stato interessato dall'entrata di diversi operatori, infrastrutturati e virtuali, che hanno incrementato negli scorsi anni i servizi erogati, soddisfacendo così le esigenze di connettività mobile del Paese. Allo stesso modo, i servizi di *broadband wireless access* (BWA) hanno permesso di connettere aree del territorio svantaggiate, precedentemente non raggiunte da connessioni fisse ad alta velocità. Appare quindi prioritario il mantenimento e l'ampliamento della concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni mobili e fisse, rimuovendo gli ostacoli non necessari e riducendo i costi e le tempistiche dei procedimenti amministrativi, così da ridurre le barriere all'entrata e la discriminazione tra operatori storici e nuovi operatori, nonché tra tecnologie pre-esistenti e nuove tecnologie.

La tecnologia 5G rappresenta un'opportunità di crescita della competitività del Paese e un fattore di innalzamento dei livelli di concorrenza. Infatti, tale tecnologia permetterà l'erogazione di nuovi servizi che, oltre alle comunicazioni interpersonali, interesseranno diversi comparti industriali, quali energia e *utilities*, manifatturiero, trasporti, sanità, agricoltura, automazione, servizi finanziari. Studi recenti stimano che questa tecnologia potrà determinare un impatto sul prodotto globale del 4-5%¹. Ne consegue che appare indispensabile favorirne lo sviluppo mediante l'eliminazione di restrizioni ingiustificate e non necessarie, nonché attraverso la definizione di *best practice* per le amministrazioni locali volte ad indirizzare la propria azione amministrativa ai principi di efficienza ed efficacia.

La Direttiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, recante "*misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*", ha evidenziato la necessità di attuare politiche che permettano di abbattere i costi dell'installazione della banda larga sull'intero territorio dell'Unione, anche attraverso una corretta pianificazione, un corretto coordinamento e la riduzione degli oneri amministrativi². Infatti, una parte preponderante di tali costi è imputabile a inefficienze nel processo di posa delle infrastrutture (ad esempio, installazioni di antenne, tralicci e altre strutture di supporto), a rallentamenti legati al coordinamento delle opere civili, a procedure amministrative farraginose di rilascio delle autorizzazioni, che comportano rilevanti ostacoli finanziari, in particolare nelle zone rurali. L'articolo 7 della suddetta Direttiva, in particolare, prevede che le autorità competenti rilascino, o rifiutino, le autorizzazioni entro quattro mesi dalla data di ricevimento di una richiesta completa di autorizzazione. Inoltre, la Direttiva individua altri strumenti da implementare nel processo di autorizzazione, quali la previsione di uno "*sportello unico*" e la messa a disposizione di informazioni minime che devono essere rese agli operatori di telecomunicazioni.

Il quadro normativo

Al fine di analizzare le criticità riscontrate nelle attività di installazione degli impianti di telecomunicazione mobile, occorre preliminarmente esaminare il quadro normativo nazionale, di derivazione europea, nonché i principi giurisprudenziali consolidatisi in materia.

Il Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*", agli articoli 87 e ss., ha inteso favorire un'applicazione univoca e uniforme del regime autorizzatorio degli impianti di telecomunicazione mobile su tutto il territorio nazionale, definendo modalità e tempistiche del procedimento di autorizzazione, nonché le amministrazioni preposte al rilascio delle autorizzazioni.

¹ Cfr. IHS, 2017, *The 5G economy: How 5G technology will contribute to the global economy*.

² Cfr. Direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, GUCE [2014] L155/1, considerato n. 4.

Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche qualifica gli impianti di telefonia come “*opere di urbanizzazione primaria*” (articolo 86, comma 3) e ne riconosce la natura di pubblica utilità (articolo 90). In tal senso si è altresì espressa la giurisprudenza la quale ha riconosciuto che l’installazione sul territorio non costituisce un interesse privato delle imprese, ma un preciso interesse primario della collettività: “*le opere di urbanizzazione primaria, in quanto tali, risultano in generale compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e, dunque, con ogni zona del territorio comunale, sottolineandosi che la disposizione dell’articolo 86, comma 3, del d.lgs. n. 259/1993 ha in tal modo evidenziato il principio della necessaria capillarità della localizzazione degli impianti relativi ad infrastrutture di reti pubbliche di comunicazioni*”³.

In secondo luogo, quanto alle caratteristiche dell’iter autorizzatorio, il Codice delle Comunicazioni Elettroniche: *i)* introduce l’istituto del “silenzio assenso”, con l’obiettivo di definire tempi certi di risposta da parte delle Pubbliche Amministrazioni; *ii)* stabilisce forme di semplificazione per l’installazione di impianti di telecomunicazione a bassa potenza e *iii)* prevede un procedimento semplificato per le modifiche non sostanziali delle caratteristiche trasmissive degli impianti per mera manutenzione o semplice ammodernamento degli stessi⁴. Inoltre, l’articolo 35, commi 4 e 4-bis, del Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modifiche dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111, sancisce ulteriori previsioni di semplificazione per talune categorie di impianti emittenti⁵.

Le misure relative al rispetto delle emissioni elettromagnetiche sono invece disciplinate dalla Legge 22 febbraio 2001, n. 36, recante “*Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*” (nel seguito anche “*Legge Quadro*”) e dal D.P.C.M. 8 luglio 2003 recante “*Fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione della popolazione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed*

³ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 1° agosto 2017, n. 3853.

⁴ Nel dettaglio, gli articoli 87 e ss. del Codice delle Comunicazioni Elettroniche stabiliscono che l’installazione di infrastrutture trasmissive per le comunicazioni elettroniche e la modifica delle caratteristiche di emissione delle stesse sono soggette al rilascio di autorizzazione da parte degli enti locali competenti, previo accertamento, da parte delle Agenzie Regionali per la Protezione dell’Ambiente (ARPA/ARTA), in merito alla compatibilità dell’impianto con i limiti alle emissioni elettromagnetiche.

L’articolo 87 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche prevede, in sintesi, che l’autorizzazione comunale sia rilasciata a seguito di un procedimento avviato con il deposito, presso gli uffici territorialmente competenti del Comune e dell’ARPA, di un’istanza corredata da una serie di documenti e informazioni finalizzati ad attestare la conformità dell’impianto ai diversi obblighi applicabili. Tale istanza si intende accolta qualora non sia stato comunicato un provvedimento di diniego da parte del Comune o un parere negativo da parte dell’ARPA entro i successivi 90 giorni. Procedure semplificate per alcune fattispecie (ad esempio, installazione o modifica di impianti con determinate caratteristiche) sono stabilite dall’articolo 87-bis del Codice delle Comunicazioni Elettroniche che, nel caso di installazione o modifica degli apparati per la trasmissione di tecnologie UMTS/3G o sue evoluzioni (ad esempio, LTE/4G), ha previsto la possibilità di presentare una segnalazione certificata di inizio attività (“SCIA”), che sarà priva di effetti solamente qualora, entro i successivi trenta giorni dalla sua presentazione, sia stato comunicato un provvedimento di diniego da parte del Comune o un parere negativo da parte dell’ARPA. Infine, l’articolo 87-ter dispone che, nel caso di modifiche delle caratteristiche degli impianti già provvisti di titolo abilitativo, che comportino aumenti delle altezze non superiori a un metro e aumenti della superficie di sagoma non superiori a 1,5 metri quadrati, sia sufficiente un’autocertificazione descrittiva della variazione dimensionale e del rispetto dei limiti, dei valori e degli obiettivi di cui all’articolo 87, da inviare contestualmente all’attuazione dell’intervento ai medesimi organismi che hanno rilasciato i titoli.

⁵ In particolare, ai sensi di queste disposizioni “*Al fine di agevolare la diffusione della banda ultralarga in qualsiasi tecnologia e di ridurre i relativi adempimenti amministrativi, sono soggette ad autocertificazione di attivazione, da inviare contestualmente all’attuazione dell’intervento all’ente locale e agli organismi competenti ad effettuare i controlli di cui all’articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, le installazioni e le modifiche, ivi comprese le modifiche delle caratteristiche trasmissive degli impianti di cui all’articolo 87-bis del codice di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, degli impianti radioelettrici per trasmissione punto-punto e punto-multipunto e degli impianti radioelettrici per l’accesso a reti di comunicazione ad uso pubblico con potenza massima in singola antenna inferiore o uguale a 10 watt e con dimensione della superficie radiante non superiore a 0,5 metri quadrati [...] Ai medesimi fini indicati al comma 4, l’installazione e l’attivazione di apparati di rete caratterizzati da una potenza massima trasmessa in uplink inferiore o uguale a 100 mW, e da una potenza massima al connettore di antenna, in downlink, inferiore o uguale a 5 W, e aventi un ingombro fisico non superiore a 20 litri, possono essere effettuate senza alcuna comunicazione all’ente locale e agli organismi competenti ad effettuare i controlli di cui all’articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36”.*

elettromagnetici generati a frequenze comprese tra 100 kHz e 300 GHz". La Legge Quadro, in particolare, stabilisce le competenze dei diversi livelli di governo⁶ e regola, all'articolo 7, la costituzione del catasto nazionale delle sorgenti fisse e mobili dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, che opera in coordinamento con i catasti regionali di cui all'articolo 8, comma 1, lettera d), della medesima legge.

Infine, il D.P.C.M. 8 luglio 2003, in esecuzione della citata Legge Quadro, stabilisce: l'ambito di applicazione (articolo 1) – che riguarda i campi elettromagnetici generati da sorgenti fisse con frequenza compresa tra 100 kHz e 300 GHz ad eccezione delle sorgenti non riconducibili ai sistemi fissi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi (a cui si applicano le restrizioni di cui alla Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999⁷) e di impianti radar e ad esposizioni pulsate (a cui si applica un differente D.P.C.M.) – le unità di misura (articolo 2), i limiti di esposizione e valori di attenzione (articolo 3), gli obiettivi di qualità (articolo 4), le norme in materia di esposizioni multiple (articolo 5), la definizione delle tecniche di misurazione e di rilevamento dei livelli di esposizione (articolo 6).

Le principali criticità riscontrate a livello comunale, provinciale e regionale

L'analisi dei procedimenti che regolano l'installazione degli impianti di telecomunicazione ha portato alla luce diverse criticità concorrenziali, derivanti dalla regolamentazione locale (comunale e provinciale) o regionale, che hanno l'effetto di rallentare o ostacolare la realizzazione delle reti di telecomunicazione mobile e di *fixed wireless access*, comportando una copertura incompleta, incrementando i costi amministrativi e determinando una discriminazione tra operatori storici e nuovi operatori, nonché tra tecnologie pre-esistenti e nuove tecnologie. Al riguardo, si ricorda peraltro che l'Autorità ha, in molteplici occasioni, riconosciuto l'importanza di una corretta azione amministrativa al fine di favorire l'infrastrutturazione tecnologica del Paese⁸.

⁶ Lo Stato esercita (articolo 1) le funzioni relative: "a) alla determinazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità [...]; c) all'istituzione del catasto nazionale delle sorgenti fisse e mobili dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici e delle zone territoriali interessate, al fine di rilevare i livelli di campo presenti nell'ambiente; [...] e) all'individuazione delle tecniche di misurazione e di rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico; [...] h) alla determinazione dei parametri per la previsione di fasce di rispetto per gli elettrodotti; all'interno di tali fasce di rispetto non è consentita alcuna destinazione di edifici ad uso residenziale, scolastico, sanitario ovvero ad uso che comporti una permanenza non inferiore a quattro ore".

Sono di competenza delle Regioni (articolo 8, commi 1-5), "nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità nonché dei criteri e delle modalità fissati dallo Stato, fatte salve le competenze dello Stato e delle autorità indipendenti: a) l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti per radiodiffusione, ai sensi della legge 31 luglio 1997, n. 249, e nel rispetto del decreto di cui all'articolo 4, comma 2, lettera a), e dei principi stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 5; [...] c) le modalità per il rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti di cui al presente articolo, in conformità a criteri di semplificazione amministrativa, tenendo conto dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici preesistenti; d) la realizzazione e la gestione, in coordinamento con il catasto nazionale di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c), di un catasto delle sorgenti fisse dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, al fine di rilevare i livelli dei campi stessi nel territorio regionale, con riferimento alle condizioni di esposizione della popolazione; [...] 2. Nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, lettere a) e c), le regioni si attengono ai principi relativi alla tutela della salute pubblica, alla compatibilità ambientale ed alle esigenze di tutela dell'ambiente e del paesaggio. [...] 4. Le regioni, nelle materie di cui al comma 1, definiscono le competenze che spettano alle province ed ai comuni, nel rispetto di quanto previsto dalla legge 31 luglio 1997, n. 249".

I comuni (articolo 8, comma 6) "possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici".

⁷ Cfr. Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999 relativa alla limitazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici da 0 Hz a 300 GHz (1999/519/CE) in GUCE 30 luglio 1999, n. L 199.

⁸ Cfr. *ex multis* Segnalazione del 31 gennaio 2013 ai sensi dell'articolo 21 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 caso AS1028 – Comune di San Filippo del Mela (ME) – Regolamento per l'installazione e l'esercizio degli impianti per la telefonia mobile e per le trasmissioni in standard DVB-H, in boll. n. 11/2013; Parere motivato del 31 ottobre 2017 ai sensi dell'articolo 21-bis della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 caso AS1464 – Avviso esplorativo per manifestazione di interesse dell'azienda ospedaliera S. Camillo Forlanini, in boll. n. 1/2018.

La prima tipologia di criticità deriva dalla circostanza che numerosi regolamenti comunali adottati ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della Legge Quadro presentano criteri di localizzazione che precludono e/o fortemente limitano l'installazione di impianti di telecomunicazione in ampie porzioni del territorio comunale.

La maggior parte dei regolamenti comunali, infatti, prescrive criteri di localizzazione degli impianti che non tengono conto delle esigenze tecniche legate all'architettura della rete e agli obiettivi di copertura del servizio offerto dagli operatori, risultando non proporzionati in quanto non permettono, in molti casi, l'installazione degli impianti e, quindi, impediscono la copertura di rete. Non è infrequente infatti riscontrare divieti di installazione in ampie zone del territorio, soprattutto nelle aree a destinazione residenziale, che restringono fortemente gli ambiti in cui gli operatori possono di fatto collocare i propri impianti, inibendo così lo sviluppo, se non addirittura, la realizzazione stessa della rete.

Si deve osservare che divieti di installazione possono comportare un aumento delle emissioni elettromagnetiche, ponendosi in antitesi con gli obiettivi di minimizzazione dell'esposizione. Ciò in quanto l'inserimento di prescrizioni aggiuntive rispetto a quelle previste dalla normativa nazionale potrebbe determinare una inefficienza della rete degli operatori che si traduce nella necessità per questi ultimi di installare un maggior numero di impianti per compensare l'impossibilità di installare gli stessi in determinate zone del Comune⁹.

Tali restrizioni sono state ritenute illegittime sia dalla giurisprudenza costituzionale, sia dalla giurisprudenza amministrativa, in quanto si traducono in un divieto *tout court* di installazione in ampie zone del territorio, senza alcun bilanciamento puntuale e concreto dei differenti interessi pubblici da tutelare, in violazione del disposto di cui all'articolo 86, comma 3, del Decreto Legislativo n. 259/2003, il quale ha assimilato gli impianti di comunicazioni elettroniche alle opere di urbanizzazione primaria e a carattere di pubblica utilità¹⁰.

Inoltre, alcuni regolamenti comunali e alcune ARPA fissano in modo ingiustificato limiti alle emissioni elettromagnetiche e di potenza, in difformità rispetto ai limiti stabiliti dalla normativa nazionale, ostacolando così ingiustificatamente l'installazione di impianti di telecomunicazione nel territorio di cui trattasi. A tale riguardo, si rileva che i valori delle emissioni da rispettare sono fissati dal D.P.C.M. 8 luglio 2003, ispirato a principi di minimizzazione alle esposizioni e di precauzione. Inoltre, in materia di inquinamento elettromagnetico, la Legge Quadro affida in via esclusiva allo Stato la determinazione degli "obiettivi di qualità", al fine di uniformare i livelli di tutela della salute umana su tutto il territorio nazionale e garantire una efficiente gestione degli impianti di telecomunicazione¹¹.

Un'ulteriore criticità riguarda la violazione o la erronea applicazione delle procedure autorizzatorie previste dal Codice delle Comunicazioni. In proposito si segnala innanzitutto che – in contrasto con l'obiettivo fissato dal Codice delle Comunicazioni e dalla Legge Quadro di definire un

⁹ Sul punto si veda TAR Bolzano, sentenze n. 183/2016, 201/2016 e 210/2016.

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, 1° agosto 2017, n. 3853; 3 agosto 2017, n. 3891; 21 aprile 2008, n. 1767. Si veda altresì Corte Costituzionale, sentenze n. 331/2003 e n. 307/2003.

¹¹ Si ricorda, inoltre, che secondo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati: "è illegittimo un regolamento comunale in tema di fissazione dei criteri per la localizzazione delle SRB laddove l'ente territoriale si sia posto quale obiettivo (non dichiarato, ma evincibile dal contenuto dell'atto regolamentare) quello di preservare la salute umana dalle emissioni elettromagnetiche promananti da impianti di radiocomunicazione, essendo tale materia attribuita alla legislazione concorrente Stato-Regioni dell'art. 117 Cost., come riformato data L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3". Pertanto, fermo restando il riconoscimento indiscusso del potere regolamentare comunale (ai sensi dell'articolo 8 della Legge Quadro), esso non può spingersi fino al punto di ritenere che al Comune sia consentito di introdurre limiti di esposizione ai campi elettromagnetici diversi da quelli previsti dallo Stato (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2128 del 24 settembre 2010; sentenza n. 8103 del 16 dicembre 2009; TAR Toscana Firenze, sentenza n. 664 del 15 maggio 2018).

processo di autorizzazione specifico, unitario, semplificato e con tempi certi – molti Comuni continuano a imporre agli operatori la presentazione del permesso a costruire sebbene, come previsto dagli articoli 86 e ss. del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e confermato dalla giurisprudenza¹², l'installazione di impianti di telecomunicazione non è assoggettabile alle procedure previste per il rilascio di concessione edilizia di cui al Testo Unico sull'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

Inoltre, alcuni regolamenti locali prescrivono una documentazione da allegare alle istanze per l'installazione di impianti per telecomunicazioni ulteriore e più dettagliata rispetto a quella prescritta dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (es. perizia giurata), in contrasto non solo con i principi, di derivazione europea, di semplificazione e non aggravamento del procedimento amministrativo¹³, ma anche con quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'Amministrazione non può esigere documenti diversi da quelli di cui all'allegato 13, modello A o B del Codice delle Comunicazioni Elettroniche¹⁴.

Infine, le amministrazioni spesso impongono il pagamento dei diritti di segreteria e/o di istruttoria, il cui mancato versamento è motivo sospensivo e/o ostativo per il rilascio delle autorizzazioni necessarie. Tali richieste di pagamento sono state ritenute illegittime dalla giurisprudenza, che ha affermato, sia con riferimento ai regolamenti locali sia alle leggi regionali, l'inapplicabilità di qualsiasi onere aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla legge statale per i suddetti procedimenti di autorizzazione¹⁵. Questa ricostruzione è confermata dall'interpretazione autentica del comma 2 dell'articolo 93 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, operata dall'articolo 12, comma 3, del Decreto Legislativo 15 febbraio 2016, n. 33, il quale precisa che la norma in parola deve essere interpretata nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 dell'articolo 93 del Decreto Legislativo n. 259/2003¹⁶.

Inoltre, ulteriori criticità derivano dalla circostanza che i procedimenti amministrativi di autorizzazione all'installazione di impianti di telecomunicazione risultano eterogenei e farraginosi. In particolare, con riferimento alle modalità di presentazione dell'istanza di autorizzazione, spesso i moduli utilizzati sono difforni rispetto a quelli previsti dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche, le modalità di presentazione delle domande sono eterogenee (via PEC, in modalità cartacea, tramite sportello unico) e, in alcuni casi, non vengono individuati gli Uffici preposti a

¹² Cfr., *ex multis*, TAR Napoli, 10 febbraio 2014, n. 922, Consiglio di Stato, 21 aprile 2008, n. 1767

¹³ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 450/2006.

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 9 luglio 2018, n. 4189; TAR Campania Napoli, sentenza del 28 marzo 2008, n. 1630.

¹⁵ Con riferimento ai diritti di segreteria e ai diritti di istruttoria, *“la relativa imposizione contrasta con l'art. 93, comma 2, del D.lgs. n. 259 del 2003, che vieta di subordinare il rilascio delle autorizzazioni in materia di telecomunicazioni ad oneri economici diversi rispetto a quelli individuati dal legislatore statale e non rientranti nell'ambito dell'elencazione ammessa dal Codice delle telecomunicazioni”* (cfr. TAR Pescara n. 511/2013; TAR Cagliari n. 119/2010). La Corte costituzionale, con sentenza del 10 febbraio 2015, n. 47, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14 della L.R. Piemonte 3 agosto 2004, n. 19 in quanto, *“l'articolo in esame, imponendo il pagamento di spese per attività istruttorie per il rilascio delle autorizzazioni all'installazione e modifica di impianti per telecomunicazioni non previste dalla legge statale, si pone in contrasto con l'art. 93 del D.lgs. n. 259/2003, espressione di un principio fondamentale della materia “ordinamento della comunicazione” e il quale prevede che “Le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni non possono imporre per l'impianto di reti a per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge”*.

¹⁶ Attuativo della Direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 e recante *“misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità”*. Il comma 3, dell'art. 12 recita: *“L'articolo 93, comma 2, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 della medesima disposizione.”*

gestire il processo di autorizzazione. Ciò comporta una dilatazione dei tempi del procedimento amministrativo, in violazione dei principi di economicità e buon andamento, nonché degli obiettivi fissati dal Codice delle Comunicazioni. Sul punto si apprezza il modello implementato dalla Regione Sardegna, la quale prevede che le richieste di autorizzazione vengano trasmesse al SUAP (sportello unico attività produttive) il quale riunisce tutte le amministrazioni interessate che adottano un provvedimento unico, garantendo certezza dei tempi. Tale modello, quindi, appare in linea con gli strumenti individuati dalla Direttiva 2014/61/UE. Altri esempi virtuosi sono rappresentati dai protocolli tra operatori e amministrazioni locali stipulati per la sperimentazione del 5G, volti a individuare uffici e procedure di coordinamento con altre amministrazioni, a promuovere l'utilizzo del patrimonio edilizio degli enti locali e a creare canali di comunicazione che agevolano l'interlocuzione con gli operatori di telecomunicazione.

In tema di attività svolta dalle ARPA regionali per la verifica del rispetto dei limiti elettromagnetici, si è osservato che – in alcuni casi – le stesse ARPA hanno autorizzato gli operatori esistenti per valori di potenza nominali superiori rispetto a quelli effettivamente erogati in servizio; in questo modo, spesso, i limiti elettromagnetici sono ritenuti saturati sebbene – andando a considerare il valore reale e non nominale/teorico – vi sarebbe spazio per l'installazione di un impianto presso lo stesso sito. Inoltre, nella presentazione delle istanze di autorizzazione, alcune ARPA non forniscono le informazioni riguardanti le caratteristiche elettromagnetiche e/o le schede tecniche degli impianti preesistenti. Per tale motivo gli operatori devono stimare il campo elettromagnetico, aumentando la probabilità di errore e, quindi, di diniego, quando le ARPA dispongono già della mappatura completa degli impianti preesistenti e, quindi, di una misurazione certa senza necessità di stime. Su questo punto, un esempio virtuoso è quello dell'ARPA Friuli Venezia Giulia, la quale ha costituito una piattaforma *web* contenente i dati degli impianti di tutti gli operatori.

Le specifiche criticità riscontrate nei regolamenti regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano

Nel corso dell'esame delle problematiche relative all'installazione di impianti di telecomunicazione sono state rilevate altresì alcune criticità presenti nelle previsioni normative di talune Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano. In particolare, in merito alle criticità derivanti dalla difformità dei procedimenti di autorizzazione rispetto a quelli previsti dalla normativa nazionale, si deve segnalare:

Abruzzo. La Legge Regionale 13 dicembre 2004, n. 45, recante "*Norme per la tutela della salute e la salvaguardia dell'ambiente dall'inquinamento elettromagnetico*" in diversi articoli relativi all'installazione e al risanamento degli impianti di telecomunicazione e radiotelevisivi (articoli 9-11, 13, 15, 21) prevede l'acquisizione di un parere endoprocedimentale da parte dell'ASL¹⁷, in contrasto con la Legge Quadro che attribuisce all'ARTA Abruzzo il controllo delle emissioni elettromagnetiche. L'onere aggiuntivo comporta un allungamento dell'iter autorizzatorio, in contrasto con la normativa nazionale ed europea citata in precedenza.

Provincia Autonoma di Bolzano. Il Decreto del Presidente della Provincia 13 novembre 2013, n. 36, recante "*Regolamento sulle infrastrutture delle comunicazioni con impianti ricetrasmittenti*", agli articoli 10 e 11 prevede procedure di autorizzazione difformi rispetto a quelle previste dagli

¹⁷ Cfr. TAR Pescara, sentenza 248/2017.

articoli 87, 87-bis e 87-ter del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e più onerose per gli operatori¹⁸.

Provincia Autonoma di Trento. Il Decreto del Presidente della Provincia 20 dicembre 2012, n. 25-100/Leg., recante “*Disposizioni regolamentari concernenti la protezione dall’esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici generati a frequenze comprese tra 100 kHz e 300 GHz (articolo 61 della legge provinciale 11 settembre 1998, n. 10 e articolo 5-ter della legge provinciale 28 aprile 1997, n. 9)*”, all’articolo 6, presenta procedure di autorizzazione difformi rispetto a quelle previste dagli articoli 87, 87-bis e 87-ter del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e più onerose per gli operatori.

Friuli Venezia Giulia. La Legge Regionale 18 marzo 2011, n. 3, recante “*Norme in materia di telecomunicazioni*”, in particolare l’articolo 16, comma 6, prevede che la Giunta comunale trasmetta al Ministero per i Beni e le Attività Culturali e ai suoi uffici periferici il piano di sviluppo della rete degli operatori, qualora quest’ultimo interessi beni culturali. Tuttavia, ciò dovrebbe avvenire solo al momento della presentazione della richiesta di autorizzazione per il singolo sito, come previsto dal Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice del Paesaggio). Pertanto, la norma comporta la duplicazione del nulla osta da parte degli enti preposti alla tutela dei beni culturali, il quale viene richiesto sia in fase preliminare, sia in fase di specifico intervento. In tal modo si dilatano i tempi di autorizzazione, in contrasto con le previsioni del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e con gli obiettivi definiti dall’articolo 7 della Direttiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Valle d’Aosta. La Legge Regionale 4 novembre 2005, n. 25, recante “*Disciplina per l’installazione, la localizzazione e l’esercizio di stazioni radioelettriche e di strutture di radiotelecomunicazioni. Modificazioni alla legge regionale 6 aprile 1998, n. 11 (Normativa urbanistica e di pianificazione territoriale della Valle d’Aosta), e abrogazione della legge regionale 21 agosto 2000, n. 31*” prevede (articolo 11, comma 3, lett. b) l’autorizzazione e il parere dell’ARPA per tutti gli impianti di telecomunicazione mobile, quindi anche quelli con potenza fino a 10 Watt, in contrasto con l’articolo 35, comma 4, del Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modifiche dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111 (citato in precedenza). Ciò comporta altresì il pagamento degli oneri per l’ottenimento del parere previsti dall’articolo 64 della Legge Regionale n. 221/2015. Inoltre, l’articolo 13, comma 1, della L.R. 4 novembre 2005, n. 25 prevede l’utilizzo della SCIA solo per impianti fino a 20 Watt, in contrasto con l’articolo 87-bis del Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

Inoltre, altre norme regionali prevedono restrizioni all’installazione degli impianti di telecomunicazione più stringenti rispetto a quelli definiti dalla normativa nazionale, in particolare:

Marche. La Legge Regionale 30 marzo 2017, n. 12, recante “*Disciplina regionale in materia di impianti radioelettrici ai fini della tutela ambientale e sanitaria della popolazione*”, all’articolo 10 vieta “*d) la localizzazione di impianti per emittenza radiofonica e televisiva sugli edifici destinati a permanenze di persone non inferiore a quattro ore [...]; e) la localizzazione degli impianti disciplinati da questa legge su immobili vincolati con specifico provvedimento ai sensi della Parte Seconda del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio,*

¹⁸ Sul punto si ricorda che, secondo la sentenza della Corte Costituzionale n. 312 del 15 ottobre 2003, “*l’art. 117, comma terzo, della Costituzione ha attribuito alla competenza legislativa regionale concorrente l’ordinamento delle comunicazioni e tale attribuzione di competenza si deve estendere, in virtù dell’art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, anche alla Provincia di Bolzano, alla quale, invece, resta precluso dall’art. 8 n. 4 dello statuto l’esercizio della potestà legislativa esclusiva in ordine alla facoltà di impiantare stazioni radiotelevisive. Ciò significa che le attività che possono essere sviluppate dalla Provincia di Bolzano nel settore delle comunicazioni debbono rispettare i principi fondamentali stabiliti in materia da una serie di leggi statali [...]*”.

ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137) [...]". Tali disposizioni si traducono in un divieto assoluto di installazione in ampie aree territoriali e, in particolare, su tutti gli edifici in cui la permanenza di persone è superiore a quattro ore. Ciò risulta in contrasto con la normativa nazionale, la quale non prescrive divieti assoluti di installazione, ma unicamente limiti rigorosi alle emissioni elettromagnetiche (obiettivi di qualità). Di conseguenza, la copertura della rete non è garantita, soprattutto con riferimento ad intere aree urbane, dove la quasi totalità degli edifici è destinata alla permanenza umana superiore alle quattro ore. Inoltre, tali previsioni introducono un divieto di localizzazione sui beni soggetti alla tutela del Codice del Paesaggio, in contrasto con gli articoli 21 e seguenti dello stesso codice, i quali prevedono specifici procedimenti autorizzativi. Peraltro, la legge in questione non prevede meccanismi correttivi, quali deroghe ai suddetti divieti o la messa a disposizione di siti alternativi dove installare gli impianti. Ne consegue che la norma in esame non garantisce la localizzazione degli impianti e la copertura di rete.

Parimenti, la Legge Regionale 11 maggio 2001, n. 11 della regione Lombardia, recante "*Norme sulla protezione ambientale dall'esposizione a campi elettromagnetici indotti da impianti fissi per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione*" all'articolo 4 ha introdotto un divieto, senza alcuna deroga, di installazione di impianti con potenza superiore a 7W nelle aree ad alta densità abitativa; ciò potrebbe risultare incompatibile con le esigenze di corretto sviluppo e pianificazione della rete, non assicurando l'erogazione del servizio di telecomunicazione e, comportando, in taluni casi, l'installazione di un numero di impianti superiori rispetto a quelli che sarebbero stati necessari in assenza di tali restrizioni.

Le criticità relative al quadro normativo-regolamentare nazionale

In merito alle criticità riscontrate in relazione al quadro normativo regolamentare nazionale, si deve osservare che – in primo luogo – sarebbe auspicabile l'adozione di un indirizzo nazionale al fine di uniformare l'iter autorizzativo da seguire in caso di realizzazione di impianti di telecomunicazione, definendo chiaramente le procedure e i moduli da utilizzare e specificando le disposizioni che possono dar luogo a dubbi interpretativi e applicativi che determinano le problematiche suindicate.

In secondo luogo, si osserva che i problemi di installazione degli impianti di telecomunicazione mobile saranno accentuati con l'avvento del 5G in relazione alla presenza di limiti elettromagnetici estremamente ridotti rispetto alla media degli altri Paesi europei, nonché di quanto stabilito dalla Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999¹⁹ e dal parere della Commissione internazionale per la protezione dalle radiazioni non ionizzanti (ICNIRP²⁰). Tali limiti, infatti, potrebbero essere incompatibili con l'installazione di impianti di telecomunicazione 5G, soprattutto con riferimento all'obiettivo di qualità di 6V/m, previsto dal D.P.C.M. 8 luglio 2003, che è di gran lunga inferiore ai limiti stabiliti dalla Commissione ICNIRP (compresi tra 39V/m e 61 V/m) e utilizzati da altri Paesi europei (ad esempio, Francia, Germania, Regno Unito, Spagna). Peraltro, il D.P.C.M. 8 luglio 2003 (articolo 1) prevede che tali limiti si applichino esclusivamente ai campi elettromagnetici generati da sorgenti fisse, con frequenza compresa tra 100 kHz e 300 GHz, escludendo le sorgenti non riconducibili ai sistemi fissi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi.

¹⁹ Cfr. Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999 relativa alla limitazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici da 0 Hz a 300 GHz (1999/519/CE) in GUCE 30 luglio 1999, n. L 199.

²⁰ International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection.

Infine, si osserva che, con riferimento ai criteri di misurazione dei campi elettromagnetici di cui al D.P.C.M. 8 luglio 2003, non sono ancora state recepite le nuove metodologie di stima delle emissioni elettromagnetiche, secondo i criteri denominati IEC 62232:2017²¹. Tali specifiche tecniche sono infatti necessarie per tenere conto delle caratteristiche elettromagnetiche di alcune nuove tipologie di impianti emittenti.

Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte sopra, l'Autorità rileva che gli ostacoli ingiustificati all'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e *broadband wireless access* precedentemente individuati, restringono la concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni con rilevanti ricadute sui livelli di servizio erogati ai consumatori e alle imprese, nonché sulla competitività dell'Italia nei confronti di altri Paesi.

Tali restrizioni, inoltre, presentano ulteriori conseguenze sui processi di installazione di nuovi impianti, in particolare: i) discriminando gli operatori nuovi entranti e le nuove tecnologie; ii) compromettendo l'assolvimento degli obblighi di copertura e iii) depauperando la qualità e la tipologia di servizi erogabili ai consumatori finali e alle imprese.

È pertanto indispensabile che il quadro normativo regolamentare esistente, a tutti i livelli di governo, abbia come obiettivo la rimozione di ostacoli non necessari e la riduzione dei costi e tempi amministrativi, così da mantenere e ampliare i livelli di concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni mobili e fisse, nonché la definizione di *best practice* per le amministrazioni locali volte a informare e indirizzare la propria azione amministrativa ai principi di efficienza ed efficacia.

L'Autorità auspica, di conseguenza, che tutte le amministrazioni interessate dai processi anzi descritti predispongano azioni concrete al fine di rendere più efficiente ed efficace il procedimento autorizzatorio per l'installazione di impianti di telecomunicazione.

Quanto ai regolamenti locali (comunali, provinciali) e regionali, l'Autorità auspica che le amministrazioni interessate definiscano i propri procedimenti amministrativi secondo i seguenti indirizzi generali:

- eliminare le restrizioni ingiustificate all'installazione di impianti di telecomunicazione che sono state peraltro ritenute illegittime dalla costante giurisprudenza costituzionale e amministrativa²², quali a titolo di esempio:

- i. divieti di installazione generalizzata su ampie aree, sia per tutti gli impianti che per specifiche tipologie di impianti;
- ii. limiti alle emissioni più restrittivi di quelli previsti dalla normativa nazionale;
- iii. instaurazione di procedimenti non previsti dalla normativa nazionale e, nello specifico, dagli artt. 87-*bis* e 87-*ter* del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e dall'articolo 35, commi 4 e 4-*bis*, del Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modifiche dalla legge 15 luglio 2011, n. 111;
- iv. richieste di pareri e certificazioni non previsti dalla normativa nazionale;
- v. imposizione di oneri economici esclusi dalla normativa nazionale;

²¹ International Electrotechnical Commission, *Determination of RF field strength, power density and SAR in the vicinity of radiocommunication base stations for the purpose of evaluating human exposure*.

²² Si vedano: Corte Costituzionale, sentenze nn. 307/2003 e 331/2003, nonché *ex multis* Consiglio di Stato sentenze nn. 3891/2017, 3853/2017, 2073/2017, 1361/2014, 3282/2010, 1767/2008, 3156/2007, 3452/2006, 3098/2002; Corte Costituzionale, sentenza n. 47/2015; TAR Pescara n. 511/2013; TAR Cagliari n. 119/2010.

vi. imposizione di obblighi asimmetrici e discriminatori che valgono solamente per le nuove installazioni, con effetti pregiudizievoli sui nuovi operatori e sulle nuove tecnologie;

- mettere a disposizione degli operatori di telecomunicazione tutte le informazioni relative agli impianti installati e alle loro caratteristiche/schede tecniche, con indicazione dei dati tecnici effettivi e non nominali, nonché relativi alle aree in cui è possibile la localizzazione degli impianti;

- prevedere meccanismi che permettano la localizzazione degli impianti di telecomunicazione, che hanno la qualità di opere di urbanizzazione primaria, anche mediante meccanismi di deroga ai criteri di localizzazione degli impianti e meccanismi di proposta di siti alternativi. Inoltre, si ritiene auspicabile che i regolamenti locali individuino esclusivamente criteri preferenziali di localizzazione e non, al contrario di quanto riscontrato nell'esperienza, di obblighi e limiti alla localizzazione;

- prevedere meccanismi di semplificazione dei procedimenti di autorizzazione all'installazione di impianti, con la previsione di uno sportello unico tramite il quale far transitare tutte le istanze, individuando ruoli di coordinamento tra gli uffici della medesima amministrazione e tra amministrazioni diverse, anche utilizzando a tal fine l'istituto della conferenza dei servizi di cui agli articoli 14 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, e strumenti quali i protocolli di intesa tra amministrazioni e operatori di telecomunicazione.

Peraltro, in relazione a singoli casi, l'Autorità si riserva di utilizzare i poteri di cui all'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, al fine di richiedere la rimozione di eventuali restrizioni non giustificate, idonee a incidere negativamente sulle dinamiche concorrenziali.

Si auspica, inoltre, che le Regioni Abruzzo, Friuli Venezia Giulia, Marche, Lombardia e Valle d'Aosta, nonché le Province Autonome di Trento e Bolzano, rimuovano le specifiche restrizioni individuate, seguendo gli indirizzi generali suindicati.

Quanto alla normativa nazionale, l'Autorità auspica che il Parlamento adotti misure per semplificare l'iter autorizzativo per l'installazione di *small cell*, anche in considerazione degli esiti del processo di adozione di misure di implementazione, avviato dalla Commissione Europea in data 6 novembre 2018, concernenti "*Light deployment regime for small-area wireless access points*"²³ e che il Governo e il Ministero dello Sviluppo Economico valorizzino e rendano pienamente operativo lo strumento del SINFI (catasto delle infrastrutture), al fine di fornire le informazioni necessarie per l'installazione di impianti, la messa a disposizione delle informazioni relative alla localizzazione degli impianti e le loro caratteristiche tecniche²⁴. Si auspica, infine, una verifica, con l'ausilio delle competenti commissioni scientifiche, quali l'Istituto Superiore della Sanità, l'Organizzazione Mondiale della Sanità e la Commissione internazionale per la protezione dalle radiazioni non ionizzanti, della validità degli attuali limiti elettromagnetici e degli *standard* di misurazione, previsti dal D.P.C.M. 8 luglio 2003, alla luce delle nuove tecnologie e dei nuovi strumenti in via di adozione.

²³ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5660684>.

²⁴ In tal senso, si ritiene che una *best practice* possa essere la piattaforma *web* dell'ARPA Friuli Venezia Giulia.

La presente segnalazione sarà pubblicata nel Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

AS1553 - LEGGE DI BILANCIO 2019 - OSSERVAZIONI IN MERITO AGLI ARTICOLI 41-BIS E 51 DEL DISEGNO DI LEGGE AC 1334

Roma, 13 dicembre 2018

Senato della Repubblica Italiana
Camera dei Deputati

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 12 dicembre 2018, ha inteso svolgere alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, in merito ai problemi concorrenziali e di tutela del consumatore derivanti dalle previsioni contenute nell'art. 41-bis, in materia di "Pubblicità sanitaria", e nell'art. 51, rubricato "Modifica al testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175", del disegno di legge AC 1334 del 31 ottobre 2018 (Legge di Bilancio 2019).

Sull'art. 41-bis in materia di pubblicità sanitaria

Secondo l'art. 41-bis del DDL AC 1334 "Le comunicazioni informative da parte delle strutture sanitarie private di cura e degli iscritti agli albi degli Ordini delle professioni sanitarie di cui al capo II della L. 11 gennaio 2018, n. 3, in qualsiasi forma giuridica svolgano la loro attività, comprese le società di cui all'art. 1, comma 153, L. 4 agosto 2017, n. 124, possono contenere unicamente le informazioni di cui all'art. 2, comma 1, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (...), funzionali a garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari, escluso qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo, nel rispetto della libera e consapevole determinazione del paziente, a tutela della salute pubblica, della dignità della persona e del suo diritto a una corretta informazione sanitaria" (comma 1).

"In caso di violazione delle disposizioni sulle comunicazioni informative sanitarie di cui al comma 1, gli ordini professionali sanitari territoriali, anche su segnalazione delle rispettive Federazioni, procedono in via disciplinare nei confronti dei professionisti o delle società iscritti e segnalano tali violazioni all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai fini dell'eventuale adozione dei provvedimenti sanzionatori di competenza. Tutte le strutture sanitarie private di cura sono tenute a dotarsi di un direttore sanitario iscritto all'albo dell'ordine territoriale competente per il luogo nel quale hanno la loro sede operativa entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge" (comma 2).

L'articolo in questione, che si applica quindi a tutte le professioni sanitarie, siano esse esercitate a titolo individuale che in forma societaria¹, solleva criticità in relazione ai limiti posti al contenuto

¹ In particolare, il CAPO II della legge n. 3/2018 annovera fra le professioni sanitarie quelle di: medici-chirurghi e odontoiatri, veterinari, farmacisti, biologi, fisici, chimici, professioni infermieristiche, ostetrica, tecnici sanitari di radiologia medica, professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione, professioni socio-sanitarie, osteopata, chiropratico, biologo e psicologo, ingegneri biomedici e clinici. A tale elenco si devono aggiungere le strutture sanitarie private di cura, comprese le società odontoiatriche di cui alla legge 124/2017.

della pubblicità sanitaria, alla ripartizione delle competenze in materia di vigilanza sulla pubblicità, nonché all'introduzione di restrizioni all'esercizio dell'attività di direttore sanitario.

Al riguardo, l'Autorità ricorda che la possibilità per i professionisti che esercitano attività regolamentate, anche nel settore sanitario, di pubblicizzare le proprie prestazioni professionali è stata introdotta dal D.L. n. 223/06² (c.d. "riforma Bersani"), il cui art. 2, lett. b), pur richiamato nella norma in esame, ha abrogato il divieto di pubblicità informativa dei professionisti intellettuali prima vigente. A mente del citato art. 2, lett. b), infatti, "*in conformità al principio comunitario di libera concorrenza e a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:[...] b) il divieto, anche parziale, di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni; [...]*" (enfasi aggiunta). A garanzia dell'effettiva liberalizzazione così introdotta, il successivo comma 3 ha imposto a Ordini e Collegi professionali di adeguare i rispettivi codici deontologici ai nuovi principi in materia di pubblicità professionale³.

Il processo di liberalizzazione è proseguito con l'entrata in vigore del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011 (conv. in L. 14 settembre 2011, n. 148), della legge n. 183 del 12 novembre 2011 (legge di stabilità 2012), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "Salva Italia", conv. in L. 22 dicembre 2011, n. 214), del D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012 (decreto liberalizzazioni o Cresci-Italia, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27) e del D.P.R. n. 137 del 7 agosto 2012, recante la riforma degli ordinamenti professionali a norma dell'art. 3, comma 5, D.L. n. 138/11.

In particolare, l'art. 3, comma 5, del citato D.L. n. 138/11 prevede una serie di principi guida per la riforma degli ordinamenti professionali, disponendo alla lettera g) che "*la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni, è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli, denigratorie*".

L'art. 4 del D.P.R. 137 del 7 agosto 2012, attuativo della delegificazione disposta dalla L. n. 183/11, all'art. 4 prescrive: "*È ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni. (comma 1). La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria (comma 2). La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145. (comma 3)*"⁴.

² Convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248.

³ La Corte di cassazione ha successivamente confermato che la nuova disciplina introdotta dalla "riforma Bersani" è incompatibile con qualsiasi divieto, anche parziale, di pubblicità informativa. Ciò anche con riferimento alla legge n. 175/92, che prevedeva numerose restrizioni in materia di pubblicità sanitaria (cfr. sent. della Corte di cassazione del 9 marzo 2012, n. 3717).

⁴ L'art. 4 della L. 11 gennaio 2018, n. 3, recante "*Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie (...)*", non è intervenuta a disciplinare ulteriormente la pubblicità professionale in materia sanitaria.

Il quadro normativo sopra illustrato definisce, quindi, molto chiaramente quali sono i limiti della pubblicità anche nel peculiare e delicato settore sanitario, già contemperando l'interesse generale di tutelare la concorrenza con le incomprimibili esigenze di tutela della salute e del consumatore.

L'Autorità ha accolto con favore tale spinta liberalizzatrice, dalla stessa supportata con molteplici interventi di *advocacy*, da sempre evidenziando l'importanza della pubblicità nelle dinamiche concorrenziali, quale cruciale leva competitiva, soprattutto per giovani professionisti, interessati ad accedere e ad affermarsi nell'offerta dei servizi professionali. Nello specifico settore delle professioni, inoltre, la pubblicità ha l'indispensabile ruolo di colmare parte di quelle asimmetrie informative che consentono al consumatore di scegliere consapevolmente il servizio di cui necessita⁵.

L'Autorità ritiene che la disciplina di cui all'art. 41-*bis* del DDL AC 1334 reintroduce ingiustificate limitazioni all'utilizzo della pubblicità nel settore delle professioni sanitarie, rimosse dai richiamati interventi di liberalizzazione.

In particolare, il comma 1 dell'art. 41-*bis* richiama l'art. 2 del Decreto Bersani per "*escludere qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo*" che invece la disposizione di liberalizzazione aveva proprio inteso legittimare, al punto da richiedere che i Codici deontologici fossero modificati in tal senso.

Inoltre, circoscrivere il contenuto legittimo di una "*comunicazione informativa*" all'unico fine di "*garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari*" come previsto dal comma 1 dell'art. 41-*bis* rende inefficace e inutile lo strumento pubblicitario. Si rileva, innanzitutto, che non è la pubblicità che garantisce la sicurezza dei trattamenti sanitari, quanto piuttosto le misure in tal senso concretamente adottate dai professionisti nell'esercizio della propria attività, misure peraltro imposte dalla disciplina di settore e dalla dovuta diligenza professionale. Inoltre, il suddetto riferimento ("*garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari*"), quale parametro vincolante di valutazione delle comunicazioni informative, risulta talmente vago nella sua effettiva applicazione da generare incertezza nei professionisti circa la legittimità dell'impiego dello strumento promozionale. La formulazione dell'emendamento in questione, quindi, svuota di efficacia tale strumento e ne disincentiva l'utilizzo da parte dei professionisti, potendoli esporre a qualsiasi intervento disciplinare degli Ordini. Pertanto, la disposizione in esame è idonea a limitare

⁵ Si richiamano gli interventi di *advocacy* Indagine conoscitiva IC34, *Il settore degli Ordini professionali*, in boll. 9/2009; AS988 del 28 settembre 2012 e AS 1137 del 4 luglio 2014, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anni 2013 e 2014, nonché Indagine conoscitiva IC15, *Settore degli Ordini e dei Collegi professionali* del 9 ottobre 1997; AS316, in boll. 45/2005, con cui è stata trasmessa ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei Ministri la relazione dell'Autorità su *Liberalizzazione dei servizi professionali* del 18 novembre 2005. Al riguardo, si ricorda che già nella comunicazione n. 2004/83 "Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali", la "*Commissione europea ha formalmente richiesto ai governi nazionali, alle autorità di concorrenza, agli ordini professionali e ai tribunali nazionali di intervenire per eliminare quelle restrizioni che impediscono al sistema economico e agli utenti in particolare di beneficiare dei vantaggi della concorrenza*". Essa ha, quindi, descritto numerose fattispecie di restrizioni ritenute non "*giustificate dal perseguimento di un interesse generale, che costituiscono un potenziale disincentivo alla ricerca del miglior rapporto qualità-prezzi da parte dei professionisti e alla libera scelta da parte dei consumatori. Le limitazioni individuate fanno riferimento alla fissazione di prezzi minimi per le prestazioni professionali, al divieto di pubblicizzare i servizi offerti, ai parametri numerici per l'accesso alla professione, al divieto di svolgere pratiche multidisciplinari, come quello di istituire una società tra professionisti o di esercitare la professione nella forma societaria. (...) Il secondo divieto, che viene rimosso, alla lettera b), è quello di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto ed il prezzo delle prestazioni. Il fine specifico di tale intervento è di favorire la trasparenza del mercato e la conoscibilità delle diverse alternative da parte degli utenti*". In tal senso, si richiamano altresì precedenti interventi dell'Autorità, proprio riguardo all'applicazione della previgente disciplina (L. n. 175/1992) all'attività sanitaria di esercizio delle farmacie, dove l'Autorità ha rilevato che "*In un mercato nel quale la regolamentazione pone già molti vincoli all'esplicitarsi della libera concorrenza, la possibilità di utilizzare lo strumento pubblicitario rappresenterebbe per gli operatori un mezzo di particolare importanza per differenziarsi agli occhi del consumatore*" (Cfr. la segnalazione AS144 dell'11 giugno 1998, Regolamentazione degli esercizi farmaceutici, in Boll. n. 23/1998).

ingiustificatamente il ricorso alla pubblicità, che, come detto, rappresenta una tra le più importanti leve concorrenziali a disposizione dei professionisti.

Più in generale, considerare illegittime le “*comunicazioni informative*” che presentino “*qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo*” implica, di fatto, vietare ogni forma di pubblicità delle professioni sanitarie, andando ben oltre i parametri di cui all’art. 4 del D.P.R. 137 del 7 agosto 2012.

Ad avviso dell’Autorità, quindi, l’art. 41-*bis*, comma 1, ove approvato nei termini proposti, determina una ingiustificata inversione di tendenza rispetto all’importante e impegnativo processo di liberalizzazione delle professioni sopra descritto, e non risulta motivato, né proporzionato all’interesse generale di tutelare la sicurezza del consumatore.

A questo riguardo, l’art. 41-*bis*, comma 2, nell’attribuire all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni una competenza a vigilare sul rispetto dell’informativa sanitaria introduce un diverso plesso di attribuzioni in materia di comunicazioni informative sanitarie suscettibile di determinare una commistione confliggente di competenze tra le due Istituzioni, in violazione della competenza generale dell’Autorità a vigilare sul rispetto delle disposizioni introdotte nel Codice del Consumo, in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori.

Al riguardo si ricorda che il legislatore italiano, con l’art. 1, comma 6, lettera *a*), del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 (attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori), ha introdotto il comma 1-*bis* all’art. 27, Codice del Consumo, secondo cui: «*[a]nche nei settori regolati, ai sensi dell’articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell’Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta (..)*».

La norma, dunque, ha ribadito che sussiste la competenza esclusiva dell’Autorità a valutare le fattispecie di pratiche commerciali scorrette in tutti i settori, compresi quelli regolati; competenza da ultimo confermata anche dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 13 settembre 2018 (cause riunite C-54/17 e C-55/17)⁶. Del resto, la legge istitutiva dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base della quale l’art. 41-*bis*, comma 2, attribuisce alla medesima la competenza a conoscere delle violazioni di cui al comma 1 del medesimo articolo, fa salva la competenza, in materia di pubblicità, attribuita dalla legge a diverse Autorità, quale, *in primis*, l’Autorità per la concorrenza ed il mercato (art. 1, comma 6, lett. b, n. 3, legge n. 249/1997).

Come sopra rappresentato, il D.P.R. n. 137 del 2012 aveva correttamente attribuito all’Autorità la competenza a vigilare in materia di rispetto dei criteri di trasparenza e correttezza della pubblicità informativa nel settore sanitario, stabilendo che le violazioni del comma 2 dell’art 4 dello stesso D.P.R. costituissero “*una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145. (comma 3)*”.

Infine, il comma 2 dell’art. 41-*bis* richiede che il direttore sanitario delle strutture sanitarie private di cura sia iscritto all’Ordine territoriale nel cui ambito ha sede la struttura in cui opera.

L’Autorità rileva che anche tale previsione costituisce una ingiustificata restrizione della concorrenza nell’offerta dei servizi professionali in ambito sanitario non supportata da obiettive

⁶ Cfr. ECLI:EU:C:2018:710.

esigenze di interesse generale. La previsione, infatti, non appare volta a garantire, ad esempio, prestazioni sanitarie più sicure a tutela dei consumatori. Al riguardo, è sufficiente rilevare che l'accesso alla professione sanitaria (ad esempio di odontoiatra o di medico chirurgo) avviene a seguito di un percorso e con l'acquisizione di un titolo di studio, nonché di un'abilitazione riconosciuti a livello nazionale, aperti anche ai cittadini degli altri Stati Membri in regime di libera prestazione di servizi. Il professionista, infatti, una volta iscritto all'Albo può esercitare l'attività sanitaria (ad esempio di odontoiatra o di medico chirurgo) su tutto il territorio nazionale, nel rispetto delle normative di settore vigenti in tutto il territorio. Non è chiara pertanto la *ratio* sottesa alla norma che limita l'individuazione del direttore sanitario da parte di una struttura sanitaria privata a coloro che sono iscritti all'Ordine territoriale in cui è ubicata la struttura.

Né tale previsione potrebbe essere giustificata dalla eventuale necessità di esercitare un più efficace potere di vigilanza e disciplinare da parte dell'Ordine territoriale di appartenenza. E' significativo al riguardo che lo stesso art. 1, comma 153, della L. n. 124/2017, recante "*Legge annuale della concorrenza e del mercato*", richiamato nel citato art. 41-bis, richiede che il direttore sanitario delle strutture che esercitano l'attività odontoiatrica sia "*iscritto all'albo degli odontoiatri*", senza porre alcuna limitazione territoriale. Del resto, rispetto alle altre professioni protette, *in primis*, quella degli avvocati, l'iscrizione all'ordine professionale prescinde dal luogo di effettivo esercizio dell'attività.

Pertanto, l'Autorità ritiene che la nuova previsione, facendo coincidere l'ambito geografico di iscrizione all'Albo con quello di esercizio dell'attività di direttore sanitario, finisce per segmentare il mercato e si traduce in un'ingiustificata barriera all'accesso e all'esercizio della stessa.

In definitiva, l'art. 41-bis del DDL AC 1334 del 31 ottobre 2018 ha l'effetto di sottrarre un intero comparto (quello delle professioni sanitarie) dalla possibilità di ricorrere alla leva pubblicitaria, limitando in tal modo la concorrenza tra professionisti sanitari, in assenza di giustificate ragioni imperative di interesse pubblico. Inoltre, la norma non risulta giustificata sotto il profilo della tutela dei consumatori e viola le disposizioni di rango comunitario e nazionale che attribuiscono all'Autorità la competenza esclusiva a vigilare sulla correttezza e trasparenze delle comunicazioni informative e promozionali anche in ambito sanitario. La norma, infine, introduce ingiustificati vincoli all'esercizio della figura del direttore sanitario.

Sull'art. 51 recante modifiche al Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica

L'articolo 51 del DDL AC 1334 prevede alcune modifiche all'ambito di applicazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (c.d. TUSPP⁷), che appaiono limitare fortemente l'efficacia della riforma sulle società partecipate, già in parte compromessa dalle numerose esclusioni previste dallo stesso TUSPP e da quelle stabilite con il ricorso a deroghe *ad hoc*.

Innanzitutto, la norma autorizza le amministrazioni pubbliche, tenute alla liquidazione delle partecipazioni societarie, a non procedervi fino al 31 dicembre 2021, nel caso di partecipazioni in società che abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente⁸.

⁷ Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*".

⁸ In particolare, l'art. 51 prevede che, all'art. 24 del TUSPP, venga inserito il comma 5-bis, secondo cui: "*a tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche, fino al 31 dicembre 2021 le disposizioni di cui ai commi 4 e 5 non si applicano nel caso in cui le società partecipate abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione. L'amministrazione pubblica, che detiene le partecipazioni, è conseguentemente autorizzata a non procedere all'alienazione*".

Tale disposizione disapplica dunque, fino al 31 dicembre 2021, i commi 4 (obbligo di alienazione entro un anno dalla ricognizione straordinaria) e 5 (divieto per il socio pubblico di esercitare i diritti sociali e liquidazione coatta in denaro delle partecipazioni) dell'art. 24 del TUSPP, in caso di società partecipate che abbiano conseguito un utile nei tre anni antecedenti alla ricognizione. In presenza di tali circostanze, si consente all'amministrazione pubblica di mantenere le partecipazioni anche in società che non rispondono ai vincoli e ai requisiti stabiliti dagli artt. 4, 5, commi 1 e 2, e 20, comma 2, del TUSPP.

Il rischio dell'introduzione di tale norma è quello di consentire il mantenimento non giustificato di numerose partecipazioni pubbliche per il solo fatto che le società interessate non risultino in perdita, in disaccordo con l'esigenza di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e della spesa pubblica posta alla base della riforma. Rimuovendo l'obbligo, se pur in via transitoria, di alienare le partecipazioni in società che registrino un utile, si assume infatti che la sola giustificazione sufficiente al mantenimento della partecipazione sia la circostanza che la società produca risultati positivi, indipendentemente dal suo svolgimento di attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione.

Si osserva a riguardo che il mantenimento di partecipazioni in società che offrono servizi in regime di libero mercato e che non si connotano per il raggiungimento di un prevalente interesse pubblico appare, almeno in linea di principio, suscettibile di determinare un indebito vantaggio concorrenziale per gli operatori che offrono tali servizi e idoneo ad alterare le dinamiche concorrenziali dei settori interessati⁹. Le attività a carattere commerciale dovrebbero pertanto essere oggetto di dismissione, in quanto generalmente non rientranti tra i servizi necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico.

La previsione dell'art. 51 collide altresì con la *ratio* della gara ad evidenza pubblica, volta a consentire all'amministrazione di individuare l'impresa "migliore", vale a dire quella maggiormente rispondente alle esigenze di pubblico interesse per l'espletamento di un determinato servizio. In tal modo si riduce ingiustificatamente anche la funzione della gara e con essa il ruolo della concorrenza *per* il mercato.

Analoghe considerazioni valgono per l'ulteriore disposizione prevista dall'art. 51 del DDL AC 1334, come emendato in data 3 dicembre 2018, secondo la quale le disposizioni del TUSPP non si applicano, salvo espressa previsione contraria, alle società quotate e alle società da queste controllate¹⁰. Le medesime disposizioni si applicherebbero, dunque, diversamente da quanto attualmente previsto, anche alle società partecipate dalle società quotate che sono a loro volta partecipate/controllate direttamente o indirettamente dalla pubblica amministrazione.

L'attuale versione dell'art. 1, comma 5, del TUSPP, prevede infatti che le società partecipate dalle società quotate - che siano altresì controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche, non per il tramite di società quotate - sono soggette all'ambito di applicazione del TUSPP.

La proposta in esame, pertanto, pur estendendo la disciplina normativa del TUSPP a tutte le società partecipate (e non controllate) dalle società quotate, ne esclude l'ambito di applicazione a *tutte* le

⁹ Come osservato dal giudice amministrativo, uno dei postulati fondamentali per il corretto funzionamento delle regole di concorrenza è il principio di pari trattamento tra imprese pubbliche e imprese private; corollario di tale principio è quello della separazione tra attività di impresa e attività "protetta" da privilegi pubblici, allo scopo di evitare che l'impresa possa utilizzare i vantaggi che le derivano dall'essere considerata, a determinati fini, una pubblica amministrazione ovvero dal godere di particolari agevolazioni in un mercato diverso in cui compete con altri operatori economici. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. consultiva, parere n. 968 del 16 marzo 2016, sullo schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

¹⁰ È previsto infatti che "All'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, le parole «partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche» sono sostituite dalla seguente: «controllate»".

società controllate dalle quotate, ancorché partecipate dalla pubblica amministrazione. Tale esclusione non sembra trovare alcuna giustificazione coerente con i principi sopra richiamati, ma appare volta a creare un ulteriore gruppo di società non soggette all'applicazione del TUSPP, indipendentemente dal perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente che le partecipa.

In conclusione, entrambe le disposizioni di cui all'art. 51 appaiono ridurre significativamente la portata del TUSPP, ponendosi in contrasto con il processo di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche cui è ispirato l'intero impianto del Testo Unico.

Alla luce di quanto sopra riportato, l'Autorità auspica che le considerazioni sopra svolte siano tenute in adeguata considerazione nel prosieguo dell'iter legislativo di approvazione del disegno di legge AC 1334 del 31 ottobre 2018, recante "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*" (Legge di Bilancio 2019).

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS11264 - MEVOSTORE CLICCATISSIMO-VENDITE ONLINE

Provvedimento n. 27483

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, e la Parte III, Titolo III, Capo I, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS11264 del 29 novembre 2018, volto a verificare l’esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera *b*), 24 e 25, lettera *d*), e 49, comma 1, lettere *h*), *n*) e *v*), 54 e 56 del Codice del Consumo;

CONSIDERATO quanto segue:

I. FATTO

1. Secondo numerose segnalazioni pervenute in Autorità nel periodo maggio - novembre 2018 - sia da parte di consumatori che di loro associazioni rappresentative (Federconsumatori) - e la documentazione acquisita d'ufficio ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, la società Cliccatissimo S.r.l.s. (di seguito, il professionista e/o Cliccatissimo e/o la Parte) avrebbe posto in essere presunte pratiche commerciali scorrette consistenti nell’offerta di prodotti *on line* per il tramite del sito *www.mevostore.it/* attraverso la mancata consegna dei prodotti acquistati e l’omissione del rimborso del corrispettivo versato dal consumatore a fronte dell’annullamento dell’ordine o dell’esercizio del diritto di recesso.

2. In particolare, il professionista avrebbe diffuso informazioni non veritiere circa la disponibilità ed i tempi di consegna dei prodotti offerti sul proprio sito, opposto difficoltà di varia natura ai consumatori, rispetto all’esercizio di taluni loro diritti contrattuali, nonché violato alcuni degli obblighi informativi relativi al diritto di recesso, alla garanzia legale di conformità ed alla piattaforma per la risoluzione extragiudiziale delle controversie.

3. Sulla base delle informazioni acquisite in atti, in data 29 novembre 2018, è stato avviato il procedimento istruttorio PS11264, ai sensi dell’art. 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell’art. 6 del Regolamento, al fine di verificare l’esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera *b*), 24 e 25, lettera *d*), e 49, comma 1, lettere *h*), *n*) e *v*), 54 e 56 del Codice del Consumo.

4. Parti del procedimento sono Cliccatissimo S.r.l.s., in qualità di professionista, e Federconsumatori, in qualità di segnalante.

5. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, il professionista è stato invitato, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 10 giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria delle pratiche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

6. In sintesi, i comportamenti oggetto di contestazione come "pratiche commerciali" consistono nel proporre in vendita, attraverso il proprio sito *web*, alcuni prodotti indicandoli come disponibili, ovvero impegnandosi ad inviarli entro un determinato termine, salvo successivamente ometterne la consegna. In diversi casi il professionista imputa il ritardo nella consegna a generiche difficoltà e problemi insorti con la *logistica* e/o a causa di ritardi nell'evasione degli ordini, offrendo comunque garanzie sulla bontà della consegna dei prodotti ordinati e regolarmente pagati o mostrandosi disponibile alla restituzione del prezzo pagato, salvo poi non ottemperare a quanto promesso.

7. I segnalanti riferiscono inoltre di non aver ottenuto la restituzione del prezzo pagato a fronte della mancata consegna dei prodotti ordinati - anche a distanza di mesi dalla ricezione dell'ordine da parte del professionista - nonostante specifica richiesta di annullamento e/o rimborso e/o esercizio del diritto di recesso, evidenziando l'adozione di tecniche dilatorie consistenti nel fornire ai propri clienti risposte standardizzate del tutto generiche, evasive e non soddisfacenti. Peraltro, dalla documentazione in atti, risulta che il professionista, procede alla chiusura dell'account del consumatore nel caso in cui questo rilasci recensioni (*feedback*) negative sull'esperienza di acquisto con Cliccatissimo.

Infine, dall'esame del sito *www.mevostore.it/*, risulta che il professionista, in caso di recesso, preveda particolari oneri procedurali consistenti nella necessità di adottare specifiche modalità per l'esercizio del diritto dallo stesso imposte, nonché ometta: **i)** di mettere a disposizione dei consumatori il modulo tipo per l'esercizio di tale diritto; **ii)** di fornire il promemoria in tema di garanzia legale di conformità nel corso del processo di acquisto *on line*; **iii)** di predisporre il *link* alla piattaforma per la risoluzione extragiudiziale delle controversie¹.

8. Il professionista non ha fornito alcun riscontro nonostante la comunicazione di avvio del procedimento sia stata correttamente notificata tramite Posta Elettronica Certificata (prot.n. 0079379 del 29 novembre 2018).

II. VALUTAZIONI

9. Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, gli elementi sopra descritti inducono a ritenere sussistenti *prima facie* le pratiche commerciali descritte, in violazione degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera b), 24 e 25, lettera d), e 49, comma 1, lettere h), n) e v), 54 e 56 del Codice del Consumo.

10. In base agli elementi acquisiti, la condotta che appare più rilevante si sostanzia nella mancata consegna dei prodotti ordinati e pagati che poi si trasforma nel mancato rimborso ai consumatori che, a seguito di una serie di solleciti e di reclami, procedono all'annullamento dell'ordine.

11. In proposito, infatti, si rileva che nel sito del professionista sono fornite informazioni non rispondenti al vero in merito alla disponibilità e ai tempi di consegna dei prodotti ivi commercializzati. Inoltre, come risulta dalle molteplici segnalazioni pervenute, i consumatori trovano notevoli ostacoli nell'esercitare i loro diritti contrattuali, in particolare la mancata

¹ Come noto, la procedura di risoluzione alternativa delle controversie e gli organismi che la curano sono disciplinati organicamente a livello comunitario dalla Direttiva UE 2013/11 (Direttiva ADR) e dal Regolamento 524/2013 sulle procedure di on line dispute resolution (Regolamento ODR). Direttiva e Regolamento introducono un insieme coordinato ed omogeneo di regole e procedure per la risoluzione alternativa delle controversie attraverso l'utilizzo di una piattaforma web on line (<https://webgate.ec.europa.eu/odr/>) unica per tutta la UE.

restituzione di quanto pagato a seguito dell'annullamento dell'ordine per mancata consegna e/o dell'esercizio del diritto di recesso. In tali circostanze, il professionista non dà seguito alle istanze dei consumatori adottando tecniche dilatorie consistenti nel fornire risposte standardizzate evasive e generiche.

12. Tali condotte potrebbero configurarsi del tutto illegittime perché ostruzionistiche e con l'effetto di limitare in modo rilevante l'esercizio dei diritti contrattuali da parte dei consumatori.

13. Inoltre, sempre da quanto emerge dalle segnalazioni, il comportamento del professionista è connotato da una particolare gravità e scorrettezza stante il fatto che lo stesso percepisce immediatamente, già al momento in cui il consumatore effettua l'ordine, l'importo da pagare (principalmente tramite bonifico bancario) ancor prima di effettuare la spedizione del prodotto e, di conseguenza, anche in quei casi in cui il prodotto non risulta in seguito disponibile o la cui reperibilità richiede molto tempo. In tali casi, pertanto, Cliccatissimo si avvantaggerebbe e lucrerebbe sull'immediata disponibilità dell'importo pagato dal consumatore riversando sullo stesso il rischio della mancata disponibilità del bene.

14. Sotto il profilo del *periculum in mora*, vale osservare che le condotte sopra descritte, sono caratterizzate da un elevato grado di offensività in quanto il sito www.mevostore.it/ è ancora attivo e come tale idoneo, nelle more del procedimento, anche in considerazione della crescita esponenziale delle vendite *on-line* e delle caratteristiche dell'offerta pubblicizzata dal professionista (tra gli altri, prodotti di elettronica, informatica, casa e cucina, ecc.) a raggiungere un elevato numero di consumatori che potrebbero acquistare i prodotti, pagarne il prezzo, non ricevere la merce e non riuscire a vedersi restituiti gli importi pagati.

15. Alla luce di tutto quanto sopra, tenuto conto dell'attualità delle condotte descritte, il sito *internet* in esame risulta idoneo, nelle more del procedimento, ad indurre i visitatori dello stesso ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non prenderebbero, quale quella di effettuare acquisti nella convinzione di ricevere in breve tempo i prodotti acquistati, con la conseguenza di pagare un importo per prodotti che potrebbero non essere consegnati e per i quali risulta particolarmente difficile e complessa la restituzione delle somme pagate.

RITENUTO, pertanto, che dall'esame degli atti del procedimento emergono elementi tali da avvalorare la necessità di provvedere con particolare urgenza al fine di impedire che le pratiche commerciali sopra descritte, continuino ad essere poste in essere nelle more del procedimento di merito;

DISPONE

ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 1, del Regolamento, che la società Cliccatissimo S.r.l.s.:

- a) sospenda provvisoriamente ogni attività diretta alla commercializzazione e alla vendita di prodotti non disponibili o comunque non realmente pronti per la consegna;
- b) comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro dieci giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le misure adottate.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei

casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

PS11281 - SOTTOCOSTO.ONLINE/PROMOTIONAL TRADE - PROBLEMI VARI

Provvedimento n. 27484

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, e la Parte III, Titolo III, Capo I, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS11281 del 29 novembre 2018, volto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, 24, 25, lettere *d*) ed *e*), 49, comma 1 lettera *h*), e 56, comma 1, del Codice del Consumo, poste in essere dalle società Promotional Trade S.r.l. e Mega Trade S.r.l.;

CONSIDERATO quanto segue:

I. FATTO

1. Secondo le segnalazioni pervenute in Autorità a partire dal mese di ottobre 2018, ed alcune informazioni acquisite d'ufficio ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, le Parti avrebbero posto in essere pratiche commerciali scorrette nell'offerta di prodotti *on line* per il tramite del sito *www.sottocosto.online*, attraverso la mancata consegna dei prodotti acquistati e l'omissione del rimborso del corrispettivo versato dal consumatore a fronte dell'annullamento dell'ordine o dell'esercizio del diritto di recesso.

2. Dalle ulteriori verifiche effettuate sul sito *web* in esame sono state rilevate alcune omissioni degli obblighi informativi precontrattuali, gravanti sui professionisti nel caso di contratti negoziati a distanza, idonee a indurre i consumatori ad assumere decisioni commerciali che, altrimenti, non avrebbero preso. In particolare, l'esame delle condizioni generali di contratto pubblicate sul sito dei professionisti ha consentito di verificare che (i) non è presente alcun modulo per l'esercizio del diritto di recesso; (ii) le modalità di comunicazione della volontà di avvalersene prevedono ingiustificati oneri a carico dei consumatori (invio raccomandata A/R “*eventualmente anticipata tramite fax*”).

3. Sulla base delle informazioni acquisite in atti, in data 29 novembre 2018, è stato avviato il procedimento istruttorio PS11281, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, al fine di verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, 24, 25, lettere *d*) ed *e*), 49, comma 1 lettera *h*), e 56, comma 1, del Codice del Consumo.

4. Parti del procedimento, in qualità di professionisti, sono: Promotional Trade S.r.l. e Mega Trade S.r.l..

5. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, le Parti sono state invitate, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 10

giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria delle pratiche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

6. In sintesi, i comportamenti oggetto di contestazione come “*pratiche commerciali*” consistono in: i) mancata consegna dei prodotti acquistati; ii) omissione del rimborso del corrispettivo versato dal consumatore a fronte dell'annullamento dell'ordine o dell'esercizio del diritto di recesso; iii) omissioni, sul sito *web* dei professionisti, degli obblighi informativi precontrattuali.

7. I professionisti non hanno fornito alcun riscontro nonostante la comunicazione di avvio del procedimento sia stata correttamente notificata tramite Posta Elettronica Certificata (prot. n. 0079381 del 29 novembre 2018).

II. VALUTAZIONI

8. Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, gli elementi sopra descritti inducono a ritenere sussistenti *prima facie* le pratiche commerciali descritte, in violazione degli artt. 20, 24, 25, lettere *d*) ed *e*), 49, comma 1 lettera *h*), e 56, comma 1, del Codice del Consumo, in particolare avuto riguardo alla condotta che appare quantitativamente più rilevante e che si sostanzia nella mancata consegna dei prodotti ordinati e pagati che poi si trasforma nel mancato rimborso dopo che i consumatori, a seguito di una serie di solleciti e di reclami procedono all'annullamento dell'ordine. Potrebbe trattarsi di condotte ostruzionistiche del tutto illegittime e aventi l'effetto di limitare in modo rilevante l'esercizio dei diritti contrattuali da parte dei consumatori.

9. Inoltre, sempre da quanto emerge dalle segnalazioni, il comportamento dei professionisti è connotato da una particolare gravità e scorrettezza stante il fatto che i medesimi percepiscono immediatamente, già al momento in cui il consumatore effettua l'ordine, l'importo da pagare, ancor prima di effettuare la spedizione del prodotto e, di conseguenza, anche in quei casi in cui il prodotto non risulta in seguito disponibile o la cui reperibilità richiede molto tempo. In tali casi, pertanto, i professionisti si avvantaggerebbero e lucrerebbero sull'immediata disponibilità dell'importo pagato dal consumatore riversando sullo stesso il rischio della mancata disponibilità del bene.

10. Sotto il profilo del *periculum in mora*, vale osservare che le condotte sopra descritte, sono caratterizzate da un elevato grado di offensività in quanto il sito *www.sottocosto.online* è ancora attivo e come tale idoneo, nelle more del procedimento, anche in considerazione della crescita esponenziale delle vendite *on-line* e delle caratteristiche dell'offerta pubblicizzata dai professionisti (tra gli altri, apparecchiature elettroniche ed elettrodomestici, *videogames*, ecc.) a raggiungere un elevato numero di consumatori che potrebbero acquistare i prodotti, pagarne il prezzo, non ricevere la merce e non riuscire a vedersi restituiti gli importi pagati.

11. Alla luce di tutto quanto sopra, tenuto conto dell'attualità delle condotte descritte, il sito *Internet* in esame risulta idoneo, nelle more del procedimento, a indurre i visitatori dello stesso ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non prenderebbero, quale quella di effettuare acquisti nella convinzione di ricevere in breve tempo i prodotti acquistati, con la conseguenza di pagare un importo per prodotti che potrebbero non essere consegnati e per i quali risulta particolarmente difficile e complessa la restituzione delle somme pagate.

RITENUTO, pertanto, che dall'esame degli atti del procedimento emergono elementi tali da avvalorare la necessità di provvedere con particolare urgenza al fine di impedire che le pratiche commerciali sopra descritte, continuino a essere poste in essere nelle more del procedimento di merito;

DISPONE

ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 1, del Regolamento, che le società Promotional Trade S.r.l. e Mega Trade S.r.l.:

- a) sospendano provvisoriamente ogni attività diretta alla commercializzazione e alla vendita di prodotti non disponibili o comunque non realmente pronti per la consegna;
- b) comunichino all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 10 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le misure adottate.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura dei professionisti e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXVIII- N. 49 - 2018

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

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

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

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
