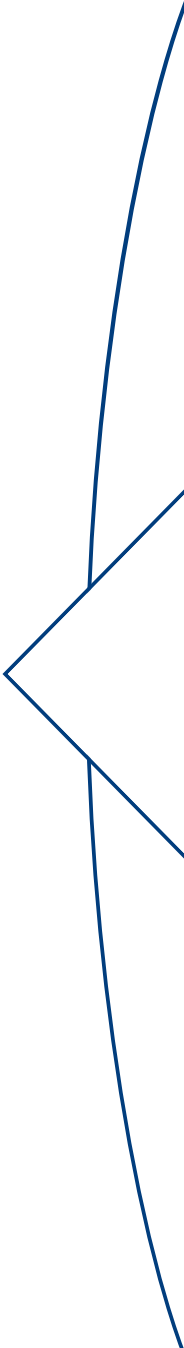


ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE
DELLA CONCORRENZA



1. DATI DI SINTESI

Nel corso del 2011, in applicazione della normativa a tutela della concorrenza, sono state valutate 532 operazioni di concentrazione, 8 intese, 7 possibili abusi di posizione dominante.

Attività svolta dall'Autorità	2010	2011
Intese (*)	11	8
Abusi (*)	13	7
Concentrazioni tra imprese indipendenti	502	532
Separazioni societarie (*)	7	5
Indagini conoscitive	-	-
Inottemperanze all'obbligo di notifica di concentrazioni	7	10

(*) Sono considerati i soli procedimenti istruttori

Distribuzione dei procedimenti conclusi nel 2011 per tipologia ed esito

	Non violazione di legge	Violazione di legge, autorizzazione condizionata, modifica degli accordi accettazione impegni	Non competenza o non applicabilità della legge	Totale
Intese	1	7	2	8 ^(*)
Abusi di posizione dominante	-	7	-	7
Concentrazioni fra imprese indipendenti	510	4	18	532

(*) Sono considerati i soli procedimenti istruttori

Le intese esaminate

Nel 2011 sono stati portati a termine 8 procedimenti istruttori in materia di intese¹.

In cinque casi esaminati, il procedimento si è concluso con l'accertamento della violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza: tre casi hanno avuto ad oggetto la violazione dell'articolo 101 del TFUE², mentre due casi hanno riguardato la violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90³.

¹ LOGISTICA INTERNAZIONALE, GARA D'APPALTO PER LA SANITÀ PER LE APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA, GUIDA REMUNERAZIONI TARIFFE 2009/2010 PER OPERATORI PUBBLICITARI, MANUTENZIONE IMPIANTI TERMICI COMUNE DI POTENZA, AUMENTO PREZZI BITUME, FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE), GESTIONE DEI RIFIUTI CARTACEI - COMIECO, GARE ASSICURATIVE ASL E AZIENDE OSPEDALIERE CAMPANE.

² LOGISTICA INTERNAZIONALE, GARA D'APPALTO PER LA SANITÀ PER LE APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA, GARE ASSICURATIVE ASL E AZIENDE OSPEDALIERE CAMPANE.

³ GUIDA REMUNERAZIONI TARIFFE 2009/2010 PER OPERATORI PUBBLICITARI, MANUTENZIONE IMPIANTI TERMICI COMUNE DI POTENZA.

In un caso, l'Autorità non ha riscontrato la sussistenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza⁴.

In altri due casi, i procedimenti hanno portato a decisioni adottate ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, con le quali l'Autorità ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati da una delle parti, senza accertare l'infrazione⁵.

In considerazione della gravità delle infrazioni commesse, nei cinque casi di violazione dell'articolo 101 del TFUE e dell'articolo 2 della legge n. 287/90, sono state comminate alle imprese sanzioni per un ammontare complessivo pari a oltre 95 milioni di euro.

Nel corso del 2011, l'Autorità ha altresì concluso un procedimento istruttorio di rideterminazione di una sanzione precedentemente comminata per un'intesa restrittiva della concorrenza⁶.

Al 31 dicembre 2011 risultano in corso otto procedimenti, dei quali sei ai sensi dell'articolo 101 del TFUE⁷ e due ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90⁸.

Intese esaminate nel 2011 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)

Settore prevalentemente interessato

Smaltimento rifiuti	1
Industria petrolifera	1
Sanità e altri servizi sociali	1
Attività ricreativa	1
Energia elettrica e gas	1
Assicurazione e fondi pensione	1
Logistica	1
Servizi pubblicitari	1
Totale	8

⁴ AUMENTO PREZZI BITUME.

⁵ FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE), GESTIONE DEI RIFIUTI CARTACEI - COMIECO

⁶ RICICLAGGIO DELLE BATTERIE ESAUSTE - RIDETERMINAZIONE SANZIONE.

⁷ MONDADORI ELECTA-RÉUNION DES MUSÉES NATIONAUX/JVCO, TARIFFE TRAGHETTI DA/PER LA SARDEGNA, SERVIZI DI AGENZIA MARITTIMA, INTESA NEL MERCATO DELLE BARRIERE STRADALI, COMUNE DI CASALMAGGIORE-GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS, CONSIGLI DEGLI ORDINI DEGLI AVVOCATI/DINIEGO ALL'ESERCIZIO DI AVVOCATO.

⁸ REPOWER ITALIA-PREZZO DISPACCIAMENTO ENERGIA ELETTRICA CENTRO SUD, ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BRESCIA.

Gli abusi di posizione dominante esaminati

In materia di abusi di posizione dominante, nel 2011 l'Autorità ha portato a termine sette procedimenti istruttori⁹.

In quattro casi, il comportamento è stato ritenuto in violazione dell'articolo 102 del Trattato CE¹⁰ ed è stata comminata una sanzione complessiva di oltre 50 milioni di euro.

Negli altri tre casi, il procedimento istruttorio ha condotto a una decisione ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, con la quale l'Autorità ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati da una delle parti, senza accertare l'infrazione¹¹.

Nel corso del 2011, l'Autorità ha altresì concluso un procedimento istruttorio avviato per la rideterminazione di una sanzione con una decisione di non applicabilità della legge¹².

Al 31 dicembre 2011 sono in corso 12 procedimenti, dei quali otto per presunta violazione dell'articolo 102 TFUE¹³, due per presunta violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90¹⁴, uno per presunta violazione dell'articolo 14-ter, comma 2 della legge n. 287/90¹⁵; uno, infine, concluso nel 2010, è stato riavviato dall'Autorità in ottemperanza a una sentenza del giudice amministrativo¹⁶.

Abusi esaminati nel 2011 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)

Settore prevalentemente interessato

Energia elettrica e gas	1
Editoria e stampa	1
Industria farmaceutica	1
Attività ricreative, culturali e sportive	2
Servizi postali	1
Radio e televisione	1
Totale	7

⁹ TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE, SAPEC AGRO/BAYER-HELM, SKY ITALIA/AUDITEL, COMUNI VARI -ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS, GIOCHI 24/SISAL, E POLIS/AUDIPRESS, FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE).

¹⁰ TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE, SAPEC AGRO/BAYER-HELM, SKY ITALIA/AUDITEL, COMUNI VARI -ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS.

¹¹ GIOCHI 24/SISAL, E POLIS/AUDIPRESS, FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE).

¹² ENI- TRANS TUNISIAN PIPELINE COMPANY - RIDETERMINAZIONE SANZIONE.

¹³ TELECOM ITALIA-GARE AFFIDAMENTO SERVIZI TELEFONIA FISSA E CONNETTIVITÀ IP, WIND-FASTWEB/CONDOTTE TELECOM ITALIA, RTI/SKY-MONDIALI DI CALCIO, RATIOPHARM/PFIZER, AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI NEL COMUNE DI MESSINA, COMUNE DI PRATO-ESTRA RETI GAS, ARENAWAYS-OSTACOLI ALL'ACCESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGIERI, SELECTA/POSTE ITALIANE.

¹⁴ ESSELUNGA/COOP ESTENSE, ESSELUNGA/UNICOOP TIRRENO-UNICOOP FIRENZE.

¹⁵ GARGANO CORSE/ACI.

¹⁶ PROCEDURE SELETTIVE LEGA CALCIO 2010/11 E 2011/12.

Le operazioni di concentrazione esaminate

Nel periodo di riferimento, i casi di concentrazioni esaminati sono stati 532. In 510 casi l'Autorità non ha riscontrato una violazione di legge, mentre 18 si sono conclusi per non applicabilità della legge.

In cinque casi l'Autorità ha condotto un'istruttoria ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/90, in uno di questi l'operazione è stata vietata¹⁷, in un altro è stata autorizzata¹⁸, mentre nei rimanenti tre casi l'Autorità ha subordinato la decisione di autorizzazione dell'operazione a misure correttive precedentemente imposte¹⁹.

L'Autorità ha condotto, inoltre, dieci istruttorie relative alla mancata ottemperanza dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione²⁰.

In sette casi è stata riscontrata la violazione dell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90²¹ e sono state comminate alle parti sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 65.000 euro.

Nel corso del 2011, l'Autorità ha inoltre concluso, non riscontrando violazione, un procedimento istruttorio per inottemperanza a misure correttive avviato ai sensi dell'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90²².

Al 31 dicembre 2011, risulta in corso un procedimento istruttorio per inottemperanza all'obbligo di notifica preventiva delle concentrazioni²³.

Separazioni societarie

Nel 2011, l'Autorità ha valutato cinque casi di separazione societaria, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-ter, della legge n. 287/90. In due di essi, a seguito di procedimento istruttorio, l'Autorità ha accertato una violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva, irrogando sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 45.000 euro²⁴. I rimanenti tre casi si sono invece conclusi con un'archiviazione²⁵.

Indagine conoscitive

Nel periodo di riferimento, l'Autorità non ha concluso alcuna indagine conoscitiva ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 287/90. Nel medesimo periodo sono state avviate tre indagini²⁶.

¹⁷ CVA-COMPAGNIA VALDOSTANA DELLE ACQUE /DEVAL-VALLENERGIE.

¹⁸ EDENRED ITALIA/RISTOCHEF, nel qual caso non è stata riscontrata violazione di legge.

¹⁹ INTESA SAN PAOLO/BANCA MONTE PARMA, ELETTRONICA INDUSTRIALE/DIGITAL MULTIMEDIA TECHNOLOGIES, MOBY/TOREMAR-TOSCANA REGIONE MARITTIMA.

²⁰ BRIDGEPOINT CAPITAL/HISTOIRE D'OR EUROPE, SL DIAGNOSTIC SERVICES ITALY/SAN GREGORIO, COMPAGNIA ITALIANA ENERGIA/AGENZIA PER L'ENERGIA DELLA PROVINCIA DI CUNEO, HENKEL NEDERLAND/PURBOND INTERNATIONAL HOLDINGS-PURBOND, HADLEIGH PARTNERS/MANZARDO, OVIESSE/RAMO DI AZIENDA DI F.LLI GIULIANI, MEDI & C., ESSELUNGA/BARBARA CONNELLA-EGISTA MARIA TOGNOTTI- DUECI (LUCCA), ESSELUNGA/PAGNI VINI (LA SPEZIA), ESSELUNGA-TALVERA-QUADRILATERO/8 PUNTI VENDITA (LIVORNO), FINIFAST/5 AREE DI SERVIZIO "CALAGGIO SUD"- "CAMPAGNOLA EST"- "SESIA EST"- "VALLE SCRIVIA"- "ARDA EST".

²¹ BRIDGEPOINT CAPITAL/HISTOIRE D'OR EUROPE, SL DIAGNOSTIC SERVICES ITALY/SAN GREGORIO, COMPAGNIA ITALIANA ENERGIA/AGENZIA PER L'ENERGIA DELLA PROVINCIA DI CUNEO, HENKEL NEDERLAND/PURBOND INTERNATIONAL HOLDINGS-PURBOND, HADLEIGH PARTNERS/MANZARDO, ESSELUNGA/BARBARA CONNELLA-EGISTA MARIA TOGNOTTI- DUECI (LUCCA), ESSELUNGA/PAGNI VINI (LA SPEZIA).

²² BANCA INTESA/SANPAOLO IMI.

²³ LIFE & LUXURY/OLLI RESORTS

²⁴ FERROVIA ADRIATICO SANGRITANA, RETE FERROVIARIA ITALIANA/BLUFERRIES.

²⁵ A.M.A.G./ALENERGY, TEA SEI/ELECTROTEA, ENTE GESTIONE ENERGIA E AMBIENTE/CARMAGNOLA ENERGIA.

²⁶ IMPIANTI DI DISTRIBUZIONE CARBURANTI INDIPENDENTI, INDAGINE CONOSCITIVA SUI COSTI DEI SERVIZI BANCARI, SETTORE DEL TELERISCALDAMENTO.

L'attività di segnalazione e consultiva

Le segnalazioni effettuate nel 2011 dall'Autorità ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90²⁷, in relazione alle restrizioni della concorrenza derivanti dalla normativa esistente o dai progetti normativi, sono state 106. Come negli anni passati, esse hanno riguardato un'ampia gamma di settori economici.

Attività di segnalazione e consultiva per settori di attività economica (numero degli interventi)

Settore	2011
Acqua	4
Assicurazioni e fondi pensione	4
Agricoltura e allevamento	1
Energia elettrica e gas	13
Costruzioni	2
Editoria e stampa	2
Industria farmaceutica	3
Attività ricreative, culturali e sportive	1
Servizi finanziari	2
Smaltimento rifiuti	10
Attività professionali e imprenditoriali	2
Servizi vari	13
Telecomunicazioni	3
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	17
Radio e televisione	2
Varia	2
Sanità e altri servizi sociali	5
Siderurgia e metallurgia	1
Industria petrolifera	3
Minerali non metalliferi	1
Istruzione	3
Altre attività manifatturiere	2
Materiale elettrico ed elettronico	2
Industria alimentare e delle bevande	3
Istruzione	3
Ristorazione	3
Turismo	1
Servizi postali	1
Totale	106

²⁷ A seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge n. 214 del 22 dicembre 2011, che ha aggiunto l'art. 21-bis alla legge n. 287 del 1990, l'Autorità può esprimere anche pareri motivati su atti delle pubbliche amministrazioni in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Nel corso del 2011, l'Autorità ha emanato un solo parere ai sensi dell'art. 21-bis, cfr. Appendice II.

2. L'ATTIVITÀ DI TUTELA DELLA CONCORRENZA

Le intese

I procedimenti conclusi nel 2011

GARE ASSICURATIVE ASL E AZIENDE OSPEDALIERE CAMPANE

Nel settembre 2011, l'Autorità ha concluso, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, un procedimento istruttorio nei confronti delle società HDI-Gerling Industrie Versicherung AG, Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni Spa, Navale Assicurazioni Spa e Primogest Srl, accertando la realizzazione di un'intesa unica e continuativa fra tali società, avente ad oggetto la ripartizione del mercato e l'alterazione del confronto concorrenziale nell'ambito delle procedure per l'affidamento dei servizi assicurativi Responsabilità Civile Terzi (RCT) e Responsabilità Civile verso prestatori d'Opera (RCO) in diverse Aziende Sanitarie Locali (ASL) e Aziende Ospedaliere (AO) campane.

Il procedimento, avviato nel maggio 2010 in base alle evidenze emergenti dalla documentazione di gara di tutte le Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Campania (di seguito anche ASL e AO), nonché dalla documentazione derivante direttamente da altri enti, quali SORESA (Società Regionale per la Sanità Campana), AO Moscati di Avellino e ASL Napoli2, ha consentito di accertare che le imprese parti del procedimento - Gerling, Faro, Navale e l'agenzia plurimandataria Primogest - avevano posto in essere un'unica e complessa intesa - che ha avuto inizio nel 2003 e si è protratta fino alla fine del 2008 - avente per oggetto la spartizione di varie procedure di affidamento di servizi assicurativi rami RCT/RCO nell'ambito dell'attività medica espletate da ASL e AO campane.

Nell'assicurazione sulla Responsabilità Civile verso Terzi (RCT) la compagnia assicurativa si obbliga a tenere indenne il contraente (che nei casi in esame è rappresentato dalla struttura sanitaria) da quanto questi sia tenuto a pagare quale parte civilmente responsabile a titolo di risarcimento di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, lesioni personali e danneggiamenti a cose, verificatisi in relazione all'attività svolta. Questo tipo di assicurazione prevede, di regola, anche la copertura: *i*) della responsabilità civile dell'Ente per fatti imputabili al personale dipendente; *ii*) della responsabilità Civile personale dei dipendenti per l'attività prestata nelle strutture gestite dall'Ente, in conseguenza dello svolgimento dell'attività dichiarata in polizza. Nell'assicurazione di Responsabilità Civile verso Operatori (RCO) la compagnia assicurativa si obbliga a tenere indenne il contraente da quanto questi sia tenuto a pagare quale parte civilmente responsabile per gli infortuni sofferti dai prestatori di lavoro da lui dipendenti e addetti all'attività per la quale è prestata l'assicurazione. La società assicuratrice si obbliga, quindi, a rifondere al contraente le somme richieste dall'INAIL a titolo di regresso, nonché gli importi richiesti a titolo di maggior danno patrimoniale dall'infortunato e/o dagli aventi diritto, per evento di morte o capitalizzazione di postumi invalidanti.

La domanda nel settore in esame è espressa dalle Aziende Sanitarie Locali e dalle Aziende Ospedaliere, le quali risultano distinte dalle altre Pubbliche Amministrazioni in ragione del fatto che la tipologia di copertura richiesta è fortemente legata all'attività svolta e caratterizzata da specifici fattori di rischio quali quelli collegati all'esercizio della professione sanitaria. Infine, per l'acquisizione dei servizi di cui trattasi, la PA è obbligata a rispettare le norme previste nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che consentono alla PA, stante il criterio generale della procedura di gara, di procedere con l'affidamento diretto (procedura negoziata con o senza pubblicazione del bando) solo in presenza di determinate circostanze, fra le quali l'ipotesi in cui, all'esito di una procedura, tutte le offerte presentate siano irregolari o inammissibili, ovvero non sia stata presentata nessuna offerta.

Il mercato del prodotto rilevante ai sensi della procedura è stato quindi individuato dall'Autorità nei servizi assicurativi RCT/RCO erogati alle ASL e AO a seguito di gara; tenuto conto delle caratteristiche degli enti banditori, le caratteristiche della domanda dei servizi assicurativi RCT/RCO delle ASL e delle AO sono state ritenute idonee a individuare per ciascuna gara ed ente un mercato rilevante distinto. In particolare, l'ambito dell'accertamento istruttorio è stato riferito a un totale di 18 procedure di gara realizzate fra il 2002 e il 2008 da diversi enti locali campani.

L'analisi istruttoria ha consentito di accertare la sussistenza di una collusione tra le imprese partecipanti alle suddette gare, realizzatasi attraverso una sostituzione dei "necessari" rischi concorrenziali con una ripartizione delle quote di partecipazione in gara o, successivamente alla stessa (attraverso lo strumento della coassicurazione), con lo scambio di lotti e/o di affidamenti in diversi enti banditori, la disdetta o il successivo subentro al fine di evitare il confronto competitivo.

L'attività di coordinamento veniva affidata all'agente plurimandatario Primogest, al quale spettava anche gestire la fase successiva in caso di disdetta o subentro, così da assicurare alle compagnie l'aggiudicazione in assenza di confronto competitivo, ripartendo tra le stesse le quote e/o ricercando nuove ripartizioni e subentri senza gara, con l'esito di mantenere il rapporto con l'ente ed estrarre le commissioni; ciò in un contesto di reciproca soddisfazione, tanto da parte delle compagnie - interessate a evitare offerte aggressive in gara e a condividere quanto più possibile i rischi ripartendosi quote dei servizi su più gare - quanto della stessa Primogest - intenzionata a massimizzare le provvigioni e a godere del diritto di prelazione su eventuali partecipazioni a future gare con le compagnie sopra indicate.

Il procedimento ha in particolare consentito di evidenziare un uso anticoncorrenziale dell'istituto della coassicurazione, laddove è risultato che le parti avevano concluso contratti di coassicurazione: *a)* prima della presentazione delle offerte con l'esplicita finalità di garantirsi quote del servizio escludendo il rischio di partecipazione competitiva in gara; *b)* dopo la presentazione delle offerte, e in un arco temporale prossimo alla stessa aggiudicazione, garantendosi l'aggiudicazione senza competizione e successivamente partecipando a una quota

nell'erogazione del servizio; c) al fine di subentrare negli affidamenti dopo che questi erano stati erogati da una compagnia, così da assicurare nel tempo una certa programmazione alternata dei servizi da parte di compagnie che invece avrebbero potuto competere nella loro offerta.

Con riguardo all'uso distorto della coassicurazione, lo stesso ISVAP, nel parere reso all'Autorità sulla bozza di provvedimento, ha sottolineato come i sistematici contatti fra le imprese per l'attuazione di forme di coassicurazione, tanto nelle fasi preliminari all'aggiudicazione, quanto in quelle a essa successive, eccedessero la fisiologia dei contatti di *routine* necessari alla ripartizione dei rischi in coassicurazione, e assumessero piuttosto la natura di indici rivelatori di uno strutturale e continuativo coordinamento tra le imprese, teso a influire sull'autonomia delle decisioni assunte da ciascuna di esse in merito alla partecipazione alle singole gare e, per tale via, a consentirne la spartizione senza il ricorso alla competizione.

Accanto a tali condotte, l'Autorità ha accertato che l'intesa complessa era stata attuata anche attraverso ulteriori forme restrittive della concorrenza, consistenti nel coordinamento nella partecipazione alle gare attraverso lo scambio di lotti, contatti/scambi di informazioni tra le compagnie. L'Autorità ha valutato tale intesa orizzontale tra tre compagnie assicurative e un'agenzia plurimandataria come molto grave, in ragione della natura della restrizione della concorrenza, del ruolo e della rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte, del lungo periodo temporale (più di cinque anni) in cui essa è stata posta in essere.

In ragione della gravità e della durata delle infrazioni accertate, l'Autorità ha comminato alle Società interessate sanzioni pecuniarie amministrative, che a seguito della ridefinizione dell'importo base per ciascuna impresa in ragione dell'esistenza di perdite di esercizio consistenti per alcune di esse, sono risultate essere pari per HDI Gerling a circa 5 milioni e ottocentomila euro, per Faro a circa 2 milioni di euro, per Navale (ora UGF) a più di 5 milioni di euro e, infine, per Primogest a circa 800mila euro; per tale ultima società la sanzione effettivamente comminata si è ridotta in realtà a circa 220mila euro, in virtù della necessità che la stessa sanzione non superasse il 10% del fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio.

MANUTENZIONE IMPIANTI TERMICI COMUNE DI POTENZA

Nel settembre 2011, l'Autorità ha concluso, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, un procedimento istruttorio nei confronti di Confartigianato Associazione degli Artigiani della Provincia di Potenza, Confindustria Basilicata, Confcooperative Basilicata, API Basilicata e UIL Basilicata, accertando la presenza di restrizioni della concorrenza derivanti da un Protocollo d'intesa sottoscritto dal Comune di Potenza con i rappresentanti locali delle suddette parti, volto alla determinazione del prezzo che ciascun titolare di utenza di gas presente sul territorio comunale sarebbe stato tenuto a corrispondere per la manutenzione obbligatoria dell'impianto termico. Il procedimento era stato avviato sulla base di una segnalazione presentata all'Autorità dall'Associazione Tutor dei Consumatori.

Tenuto conto delle informazioni e dei documenti acquisiti nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha accertato che l'intesa aveva avuto ad oggetto la fissazione delle condizioni economiche per lo svolgimento dell'attività di verifica del rendimento di combustione e di manutenzione degli impianti termici con potenza inferiore ai 35 Kw, attività interessate dall'applicazione di un Contratto tipo allegato al Protocollo d'intesa. L'effetto evidente di tale pratica è stato quello di limitare l'autonomo agire degli operatori all'interno del mercato rilevante, sostituendo a questo l'adozione di una strategia uniforme dal lato dell'offerta, ostacolando così il libero funzionamento del meccanismo di concorrenza nel mercato sopra menzionato.

L'Autorità ha, inoltre, ritenuto che la circostanza secondo cui il Protocollo d'intesa fosse stato sollecitato dal Comune di Potenza (pur non essendone obbligatoria l'adesione) non appariva idonea a incidere sull'imputabilità del comportamento alle associazioni, dal momento che queste potevano scegliere in piena libertà se aderire o meno al Protocollo d'intesa proposto dall'ente locale. Né l'Autorità ha ritenuto che potesse costituire giustificazione valida la tesi sostenuta dalle diverse Associazioni secondo cui l'accordo siglato sarebbe servito a contrastare una situazione di mercato nella quale operatori non professionisti applicavano prezzi eccessivi come corrispettivo della propria attività. Al riguardo, l'Autorità ha precisato che non esiste nessuna correlazione tra uniformità dei prezzi e qualità della prestazione offerta e che la prima sarebbe, invece, idonea a produrre effetti iniqui sul mercato e fuorvianti per le scelte dei consumatori.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che l'intesa in esame integrasse una violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90. Nel valutare l'ammontare della sanzione da irrogare alle parti, l'Autorità ha tenuto presente una serie di circostanze, tra le quali: l'attenuazione della gravità dovuta al fatto che l'accordo era stato sollecitato, promosso e avallato da un'autorità pubblica, ovvero il Comune di Potenza; il fatto che le Parti avessero adottato comportamenti concreti al fine di ripristinare una situazione concorrenziale sul mercato rilevante, sospendendo l'accordo dopo l'avvio del procedimento istruttorio e comunicando poi l'intenzione di non rinnovare, in via definitiva, l'accordo stesso; la circostanza, infine, che tutte le associazioni avessero riportato perdite nei bilanci degli ultimi anni.

L'Autorità ha quindi comminato a ciascuna delle Associazioni interessate - fatta salva la posizione di UIL Basilicata, in ragione del fatto che a tale organizzazione sindacale non aderivano imprese né artigiani - una sanzione pecuniaria simbolica pari a 500 euro.

GARA D'APPALTO PER LA SANITÀ PER LE APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA

Nell'agosto 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, accertando che le società Toshiba Medical Systems Srl, Philips Spa, Siemens Healthcare Diagnostics Srl e Alliance Medical Srl avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, avente ad oggetto la determinazione congiunta delle modalità di partecipazione

alla gara bandita, in data 17 giugno 2009, dalla Società Regionale Sanità - SORESA Spa per la fornitura di apparecchiature elettromedicali.

L'istruttoria era stata avviata a seguito di una segnalazione presentata da GE Medical Systems Italia Spa, società appartenente al gruppo General Electric, che denunciava un presunto accordo tra le suddette società, nell'ambito della citata gara, per l'acquisto e il noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica e relativi servizi per conto di quattro strutture sanitarie della Regione Campania.

Il settore interessato dal procedimento era quello della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini e della fornitura di assistenza e manutenzione post-vendita, settore caratterizzato da una struttura di mercato fortemente concentrata, in cui i primi cinque operatori multinazionali rappresentano circa il 70% del mercato. Nel mercato delle apparecchiature per la risonanza magnetica operano in Italia in particolare quattro imprese multinazionali (General Electric, Philips, Toshiba e Siemens), con quote, rispettivamente, pari al 28%, 44,5%, 3,5% e 20%. Dal punto di vista della domanda, il settore si caratterizza per due tipologie principali di clienti: la struttura sanitaria nazionale pubblica (ASL, aziende ospedaliere, ospedali a gestione diretta, istituti di cura e policlinici universitari, etc.) e la struttura sanitaria privata (case di cura, istituti privati, studi privati), che si differenziano essenzialmente per le modalità di acquisto, ossia gara d'appalto per la prima e trattativa privata per la seconda.

Nel caso di specie, considerata la fattispecie segnalata, l'Autorità ha ritenuto che il mercato rilevante dovesse ritenersi coincidente con la gara bandita da SORESA per l'acquisto e il noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che Toshiba, Philips, Siemens e Alliance avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA per la fornitura di apparecchiature elettromedicali in violazione dell'articolo 101 del TFUE. In particolare, l'istruttoria ha evidenziato che l'intesa tra le quattro società aveva tratto origine da una riunione tenutasi presso la sede di Alliance Medical nel luglio 2009, nel corso della quale erano state scambiate informazioni strategiche ed era stata decisa congiuntamente una strategia collusiva di partecipazione alla gara. Sulla base degli elementi acquisiti, è emerso infatti che inizialmente i rappresentanti delle società produttrici partecipanti all'incontro indetto da Alliance Medical avevano scambiato informazioni sensibili sulle valutazioni già effettuate internamente da ciascuna società in relazione alla possibile strategia da adottare in ordine alla gara SORESA. Nella seconda parte dell'incontro, gli stessi rappresentanti avevano concordato, con estremo dettaglio, le modalità di partecipazione alla gara in un'ottica ripartitoria della fornitura.

L'accordo prevedeva, in particolare, che, delle sette apparecchiature per la risonanza magnetica richieste dal bando, tre sarebbero state fornite da Siemens, che avrebbe partecipato in associazione temporanea d'impresa con

Alliance Medical, e le restanti quattro sarebbero state formalmente offerte da quest'ultima, che ne avrebbe acquistate, in sub-fornitura, due da Philips e due da Toshiba. L'accordo, inoltre: prevedeva un criterio di abbinamento delle apparecchiature alle strutture sanitarie ispirato alla preferenza espressa dalla stessa ASL, ovvero al rapporto di "fornitura storico" esistente con un determinato produttore; individuava la società che avrebbe partecipato in associazione temporanea con Alliance Medical e Siemens a cui sarebbero stati affidati i lavori e le opere relative all'installazione di tutte le apparecchiature; infine, stabiliva le modalità operative di attuazione dell'accordo, affidando compiti a ciascuna delle società partecipanti all'incontro.

L'Autorità ha ritenuto che lo scambio di informazioni strategiche e l'accordo concluso dai rappresentanti delle società nel corso della riunione avessero influito significativamente sull'autonomia decisionale delle società coinvolte nel processo di determinazione delle eventuali modalità di partecipazione alla gara. Philips e Toshiba, infatti, sicure di poter contribuire pro-quota alla fornitura nelle modalità concordate, avrebbero accantonato la possibilità di partecipare direttamente alla gara, evitando il confronto competitivo, mentre l'alleanza tra Alliance e Siemens, del pari, traeva origine dalla conoscenza delle strategie dei concorrenti e dall'assoluta certezza in ordine all'inerzia di Philips e Toshiba in relazione alla gara. L'Autorità ha quindi ritenuto che l'intesa avesse alterato le normali dinamiche competitive, determinando condizioni di concorrenza in sede di gara diverse da quelle che si sarebbero determinate in sua assenza.

L'Autorità ha considerato altresì che l'intesa in esame: presentava il carattere della consistenza, coinvolgendo imprese che cumulativamente detenevano, a livello nazionale, una quota aggregata pari a circa il 60% delle vendite; era risultata inoltre idonea a condizionare gli esiti della gara, di rilevanza comunitaria, bandita da SORESA e le condizioni finali di fornitura offerte alla stessa stazione appaltante; era suscettibile di pregiudicare i vantaggi di efficienza ricollegabili al processo di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici su tutto il territorio nazionale in corso da alcuni anni, di cui Soresa era espressione.

L'Autorità, dopo aver rigettato gli impegni presentati dalle società AM, Siemens e Toshiba in quanto manifestamente inidonei a far venire meno i profili anti-concorrenziali oggetto dell'istruttoria, ha ritenuto che le condotte contestate rappresentassero una grave restrizione della concorrenza, in quanto integranti un'intesa volta alla limitazione del confronto concorrenziale nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica.

Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, per la quale è stato considerato un arco temporale ricompreso tra il 6 luglio 2009 e il 16 ottobre 2009 (giorno in cui scadeva il termine per la presentazione delle offerte), l'Autorità ha irrogato sanzioni amministrative pecuniarie ad Alliance Medical per un importo pari a circa 340mila euro, a Siemens per un importo pari a circa 1 milione e 100mila euro, a Philips per un importo pari a circa 4 milioni di euro e a Toshiba Medical System per un importo pari a circa 141mila euro.

LOGISTICA INTERNAZIONALE

Nel giugno 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti delle società Agility Logistics Srl, Albini & Pitigliani Spa, Brigl Spa, Cargo Nord Srl, DHL Global Forwarding (Italy) Spa, Ferrari Spa, Francesco Parisi Casa di Spedizioni Spa, Gefco Italia Spa, Geodis Zust Ambrosetti Spa, I-DIKA-Spa., Italmondo - Trasporti Internazionali Spa, Italsempione - Spedizioni Internazionali Spa, ITK Zardini Srl, ITX Cargo Srl, Rhenus Logistics Spa, Saima Avandero Spa, Schenker Italiana Spa, S.I.T.T.A.M. - Spedizioni Internazionali Trasporti Terrestri Aerei Marittimi Srl, Transervice Europa Srl - T.S.E. Srl, Villanova Spa, DHL Express Srl, Geodis Wilson Italia Spa, Alpi Padana Srl, Spedipra Srl, Armando Vidale Spa, Trasporti Internazionali in Liquidazione e UBV Group Spa e dell'Associazione Fedespedi - Federazione Nazionale delle Imprese di Spedizioni Internazionali, accertando un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, avente per oggetto l'incremento concertato del prezzo delle spedizioni internazionali di merci su strada da e per l'Italia.

Il procedimento era stato avviato nel novembre 2009, a seguito della presentazione di una domanda semplificata in forma orale di trattamento favorevole da parte della società Deutsche Bahn AG, cui avevano fatto seguito altre domande di ammissione al programma di clemenza da parte delle società Agility Logistics International BV, Deutsche Post AG e, successivamente all'avvio del procedimento, anche della S.I.T.T.A.M. - Spedizioni Internazionali Trasporti Terrestri Aerei Marittimi. Tutti i *leniency applicant* sono stati ammessi al beneficio, condizionatamente al rispetto degli obblighi di collaborazione nel corso del procedimento.

Sulla base degli elementi istruttori acquisiti, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un coordinamento delle strategie commerciali, realizzato in ambito associativo, dei principali operatori del mercato delle spedizioni internazionali su strada di merci da e per l'Italia, rappresentativi della gran parte del mercato interessato.

In particolare, le condotte accertate risultavano finalizzate a un coordinamento degli aumenti del prezzo delle spedizioni internazionali via terra, giustificati dalle Parti da un andamento crescente di taluni costi di produzione, quali ad esempio i costi del gasolio, i costi dei pedaggi autostradali e i costi amministrativi.

Il coordinamento aveva avuto luogo nell'ambito di numerosi e regolari incontri, fissati con il contributo organizzativo dell'associazione di categoria Fedespedi, durante i quali le società si scambiavano informazioni sensibili relative alla struttura dei costi, allo scopo di concordare le modalità e l'entità degli incrementi di prezzo dei servizi offerti sul mercato.

L'istruttoria aveva altresì evidenziato come l'Associazione di categoria partecipasse attivamente all'attività di coordinamento, inviando circolari alle imprese associate e diffondendo annunci e comunicati stampa su quotidiani a tiratura nazionale. Ciò al fine di: *i*) agevolare l'attuazione degli aumenti, ingenerando nei clienti un'aspettativa in tal senso; *ii*) informare tutti gli operatori del settore delle decisioni assunte in ambito associativo.

In conclusione, l'Autorità ha quindi ritenuto che i comportamenti posti in essere dalle società Agility, Albini & Pitigliani, Alpi Padana, Brigl, Cargo Nord, Dhl Global Forwarding, Dhl Express, Francesco Parisi, Gefco, Geodis Wilson, I-Dika, Italmondo, Italsempione, Itk Zardini, ITX Cargo, Rhenus, Saima, Schenker, Sittam, Spedipra, Villanova e Armando Vidale, nonché dall'Associazione di categoria Fedespediti, costituivano un'intesa unica e continuata, restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

In ragione della gravità e della durata delle infrazione accertata, protrattasi senza soluzione di continuità quanto meno dal mese di marzo 2002 fino all'autunno del 2007, l'Autorità ha comminato alle imprese interessate sanzioni per un ammontare complessivo di circa 76,5 milioni di euro, ripartito tra le singole società in funzione delle rispettive specificità di ciascuna, quali la dimensione relativa, l'effettiva rilevanza dell'attività svolta nel mercato interessato e la durata del periodo di effettiva partecipazione all'attività di coordinamento.

Ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/90, alla società Schenker Italiana è stato invece riconosciuto il beneficio dell'immunità, mentre alle società Agility Logistics, DHL Express, DHL Global Forwarding (Italy) e S.I.T.T.A.M. è stato riconosciuto il beneficio della riduzione della sanzione nella misura, rispettivamente, del 50%, del 49%, del 49% e del 10%.

GUIDA REMUNERAZIONI E TARIFFE 2009/2010 PER OPERATORI PUBBLICITARI

Nel giugno 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti dell'Associazione Consulenti Pubblicitari Italiani (ACPI) e dell'Associazione Italiana Pubblicitari Professionisti (TP), accertando la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, consistente nella predisposizione e diffusione di un tariffario, contenuto nella "Guida remunerazioni e tariffe 2009/2010" pubblicata dalle citate associazioni, applicabile ai servizi di consulenza pubblicitaria. Il procedimento era stato avviato nel giugno 2010 dopo che l'Autorità era venuta a conoscenza della citata Guida destinata ai professionisti, alle agenzie, agli operatori, agli utenti pubblicitari, diffusa congiuntamente da ACPI e da TP.

La Guida era suddivisa in tre parti: *i)* la prima parte conteneva alcuni contratti tipo (contratto di consulenza, conferimento di incarico) utilizzabili come modelli per la stesura di accordi contrattuali; *ii)* nella seconda parte erano riportati "modalità e valori per la remunerazione nelle diverse variazioni d'impegno" (remunerazione a ore, remunerazione a percentuale, remunerazione a periodo *articolo & copy*, remunerazioni specifiche per testi e grafica, quotazioni per attività e servizi di comunicazione e immagine all'impresa pubblica e privata); *iii)* nella terza parte era illustrata una guida sintetica con le cosiddette "quotazioni a colpo d'occhio" delle prestazioni più ricorrenti nell'ambito della creatività pubblicitaria (*advertising creativity*), identità di impresa (*corporate identity*), presentazione di prodotti (*product identity*).

In seguito all'avvio del procedimento istruttorio, entrambe le associazioni, ACPI e TP, hanno interrotto la diffusione della Guida, sostenendo, al contempo, come la stessa fosse comunque vincolante per gli associati soltanto in termini deontologici, per assicurare la trasparenza e la parità di informazioni nei rapporti tra controparti al momento della contrattazione.

In esito al procedimento istruttorio, l'Autorità ha accertato che le due Associazioni, tramite l'adozione del citato tariffario, diffuso a partire dal giugno 2009 sia tramite Internet (fino al giugno 2010), che tramite copie cartacee inviate agli iscritti, avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto la determinazione uniforme delle remunerazioni dei professionisti, delle agenzie e di tutti gli operatori del settore della comunicazione pubblicitaria in violazione dell'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/90. Tale intesa aveva limitato l'autonomia degli operatori del settore nell'individuazione dei prezzi delle proprie prestazioni professionali, vincolando gli stessi a uniformare i rispettivi comportamenti economici.

In considerazione della modesta rappresentatività delle due Associazioni, sia in termini di numero complessivo delle imprese che in ragione del peso economico effettivo delle stesse, vista inoltre la limitata diffusione del tariffario e in linea con il parere espresso dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'Autorità ha comminato alle Associazioni interessate una sanzione pecuniaria simbolica pari a 1.000 euro ciascuna.

AUMENTO PREZZI BITUME

Nell'aprile 2011, l'Autorità ha concluso un'istruttoria per una presunta violazione dell'articolo 101 TFUE nei confronti delle società Alma Petroli Spa, Api-Anonima Petroli Italiana Spa, ERG Petroli Spa, Eni Spa, Esso Italiana Srl, IES-Italiana Energia e Servizi Spa, Iplom Spa, Shell Italia Spa, Total Italia Spa, e TotalErg Spa²⁸.

L'istruttoria, volta ad accertare l'esistenza di un'eventuale intesa restrittiva della concorrenza nel settore della vendita all'ingrosso del bitume, era stata avviata a seguito di alcune segnalazioni relative a presunte anomalie negli andamenti dei prezzi del bitume stradale in alcune Regioni italiane a partire dall'estate 2008.

In particolare, come confermato dall'analisi condotta dall'Autorità in fase preistruttoria, i prezzi del bitume praticati dalle nove società petrolifere attive nella vendita di bitume stradale ex-raffineria; pur mantenendo tra loro un forte parallelismo, seguivano la quotazione internazionale di riferimento, il Platts dell'olio combustibile, nella fase di ascesa, mentre se ne discostavano verso l'alto nella successiva fase discendente. L'analisi preistruttoria non aveva consentito di fornire a tale fenomeno una spiegazione alternativa rispetto a quella di una collusione tra gli operatori, volta alla determinazione congiunta del livello dei prezzi e/o a una compartimentazione dei mercati.

²⁸ Nel corso del procedimento si è perfezionata la fusione per incorporazione di Total Italia Spa e ERG Petroli Spa, società distinte al momento dell'avvio dell'istruttoria.

Nel corso del procedimento la società ENI Spa ha presentato impegni volti a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali espresse nel provvedimento di avvio di istruttoria dall'Autorità, ritenuti tuttavia da quest'ultima inidonei a far venire meno tali profili anticoncorrenziali e pertanto rigettati. In particolare, l'Autorità ha ritenuto di procedere all'accertamento delle eventuali infrazioni contestate in quanto, in linea con l'ordinamento comunitario, le condotte oggetto di contestazione potevano rientrare tra le restrizioni più gravi della concorrenza.

Dalle risultanze istruttorie sono emersi elementi non noti in fase preistruttoria e caratterizzanti del settore, tra cui l'esistenza di una diffusa trasparenza del mercato relativamente sia alle decisioni di prezzo (e in misura minore delle quantità prodotte) delle imprese concorrenti, esito di un'intensa (e legittima) attività di *market intelligence* svolta dai rivenditori/clienti per conto delle società, sia alla mutua conoscenza delle condizioni di approvvigionamento e dunque di costo del bitume, derivante dalla molteplicità di rapporti commerciali esistenti tra le Parti (conti lavorazione, compravendite reciproche di prodotto). In un contesto di mercato oligopolistico, l'Autorità ha considerato che l'elevato grado di trasparenza delle condizioni commerciali praticate dalle società avesse rappresentato un presupposto in grado di consentire agli operatori di adeguare i rispettivi comportamenti di prezzo anche in assenza di un esplicito coordinamento.

Quanto al disallineamento tra quotazione Platts dell'olio combustibile e prezzi praticati, nel corso dell'istruttoria è altresì emerso che nel 2008 si era verificata una particolare fase congiunturale transitoria e del tutto anomala, caratterizzata da oscillazioni senza precedenti nelle quotazioni internazionali dei prodotti petroliferi, che aveva generato un'assoluta incertezza sugli andamenti del mercato anche a breve termine. Ciò aveva influenzato la dinamica dei prezzi di vendita del bitume, accentuando fenomeni di isteresi nell'adattamento degli stessi prezzi alle quotazioni internazionali sottostanti.

Inoltre, nella seconda metà del 2008 si era effettivamente verificata una situazione di carenza di prodotto sul mercato per la fermata in successione di importanti raffinerie. Al tempo stesso, la domanda di bitume aveva mostrato, nel periodo settembre-ottobre 2008, una fase di relativa vivacità legata principalmente alla consueta ciclicità stagionale dei consumi di bitume. Date queste condizioni congiunturali, il contemporaneo verificarsi di una riduzione dell'offerta del prodotto e di una fase ascendente del ciclo stagionale del consumo di bitume poteva aver accentuato una pressione uniforme per tutte le società verso un rialzo dei prezzi, in un contesto caratterizzato da notevole trasparenza e quindi dalla mutua consapevolezza circa le rispettive condizioni di offerta.

L'Autorità ha quindi ritenuto che le circostanze congiunturali, unitamente all'elevata trasparenza delle condizioni di vendita e di approvvigionamento del prodotto, potessero costituire una plausibile spiegazione alternativa all'ipotesi di un'intesa illecita. In tal senso, non è stato possibile escludere che l'osservata discontinuità nei comportamenti delle imprese nella seconda metà del 2008 derivasse da una sommatoria di decisioni autonome dei singoli operatori, ai quali, com'è noto, non può essere precluso di adattarsi intelligentemente e

reagire conseguentemente alla condotta, attuale o prevista, dei concorrenti. L'Autorità ha pertanto concluso il procedimento senza accertamento dell'illecito, ritenendo che non sussistessero le condizioni per contestare alle Parti un'intesa volta a restringere o alterare il gioco della concorrenza nei mercati interessati.

GESTIONE DEI RIFIUTI CARTACEI - COMIECO

Nel marzo 2011 l'Autorità ha concluso un'istruttoria nei confronti del Consorzio Nazionale Recupero e Riciclo degli Imballaggi a base Cellulosica (Comieco), accettando e rendendo obbligatori gli impegni presentati ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, senza accertare l'infrazione.

Comieco è un consorzio di diritto privato che svolge diverse funzioni, tra cui: la razionalizzazione e l'organizzazione, per quanto riguarda i rifiuti cartacei; la ripresa degli imballaggi usati; la raccolta dei rifiuti di imballaggi secondari e terziari su superfici private; il ritiro dei rifiuti di imballaggi e altri materiali a base cellulosica conferiti al servizio pubblico, su indicazione del CONAI, a fronte delle convenzioni stipulate da CONAI con le amministrazioni locali; il riciclaggio e il recupero dei rifiuti da imballaggio secondo criteri di trasparenza, efficacia, efficienza ed economicità. Le attività interessate dal procedimento sono state quelle della raccolta e riciclaggio dei rifiuti da imballaggio di origine cellulosica.

Il procedimento era stato avviato dall'Autorità ai sensi dell'articolo 101 del TFUE alla luce del peculiare sistema di assegnazione dei rifiuti cartacei alle cartiere associate al Consorzio. Comieco, infatti, ripartiva fra le cartiere associate il materiale cellulosico proveniente dalla raccolta effettuata nell'ambito delle convenzioni locali, sulla base di quote determinate in misura proporzionale alla quantità di imballaggi e/o materiali di imballaggio immessa al consumo nel territorio nazionale l'anno precedente.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva ritenuto che tale meccanismo avrebbe potuto rappresentare un'intesa restrittiva della concorrenza in quanto, attraverso di esso, gli associati Comieco *i)* stabilivano pro-quota le quantità di rifiuti cartacei (ossia di materia prima) di ciascuna cartiera, cristallizzando le quote di mercato, e *ii)* fissavano il corrispettivo di mandato uniformemente a livello nazionale.

Al fine di superare le criticità emerse, Comieco ha presentato nel corso del procedimento impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, che prevedevano la parziale modifica del sistema di assegnazione alle cartiere associate dei rifiuti cartacei.

In base a tali impegni, il 40% dei rifiuti da imballaggio allocati fino a quel momento dal Consorzio sulla base di un sistema amministrato (nel quale la totalità dei rifiuti raccolti veniva assegnata attraverso quote prestabilite in sede consortile) sarebbe stato assegnato alle cartiere attraverso aste competitive, un aspetto questo decisivo, che ha permesso di superare le preoccupazioni concorrenziali poste alla base del provvedimento di avvio. L'Autorità ha rilevato, infatti, che per effetto degli impegni presentati un'ampia quota di rifiuti cartacei gestiti da Comieco sarebbe stata assegnata con meccanismi

competitivi; l'Autorità ha altresì considerato come la quota del 60% che avrebbe continuato a essere assegnata pro-quota poteva ritenersi proporzionata con alcuni elementi di fatto che caratterizzavano il mercato, e in particolare con la circostanza per cui la percentuale di rifiuti cartacei in quel momento gestita dal Comieco era pari a circa 1/3 dei complessivi rifiuti cartacei raccolti in Italia, potendosi ritenere che i flussi di macero già affidati a dinamiche di mercato, e come tali nella disponibilità delle cartiere associate a Comieco come materia prima secondaria, rappresentassero una parte significativa e preponderante (circa 2/3) dei rifiuti cartacei complessivamente raccolti.

In tale contesto, atteso che a tale quota di mercato si sarebbe aggiunto l'ulteriore 40% che Comieco avrebbe assegnato attraverso aste competitive, l'Autorità ha ritenuto ragionevole che, a seguito dell'entrata a regime degli impegni, circa l'80% dei rifiuti cartacei complessivamente raccolti in Italia, per un valore di 482 milioni di euro tra il 1999 e il 2009, sarebbe circolato liberamente, rispondendo alle ordinarie dinamiche concorrenziali. In considerazione di ciò, l'Autorità ha accettato e reso obbligatori gli impegni presentati da Comieco e ha chiuso l'istruttoria senza accertare l'infrazione.

RICICLAGGIO DELLE BATTERIE ESAUSTE - RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE

Nel novembre 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio volto a rideterminare la sanzione irrogata al Consorzio obbligatorio batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi - COBAT e a sei società attive nel riciclaggio di batterie al piombo esauste (Ecobat Spa, Ecolead Srl, ESI-Ecological Scrap Industry Spa, ME.CA. Lead Recycling Spa, Piombifera Bresciana Spa e Piomboghe Srl) a conclusione di una pregressa procedura istruttoria, conclusasi nell'aprile del 2009 con l'irrogazione, rispettivamente, delle seguenti sanzioni: COBAT, 4.400.000 euro; Ecobat Spa, 4.588.350 euro; Ecolead Srl, 545.000 euro; ESI-Ecological Scrap Industry Spa, 903.500 euro; ME.CA. Lead Recycling Spa, 994.500 euro; Piombifera Bresciana Spa, 1.306.500 euro; Piomboghe Srl, 608.400 euro.

Tali sanzioni erano state inflitte in quanto l'Autorità aveva accertato che *i)* le condotte adottate dal Consorzio COBAT, consistenti in disposizioni contrattuali che avevano disincentivato le attività di raccolta e riciclaggio indipendenti rispetto a quelle amministrare dal Consorzio, nonché *ii)* la condotta posta in essere dalle sei società attive nel riciclaggio di batterie al piombo esauste, consistente nella determinazione congiunta delle rispettive quote di approvvigionamento, nonché nell'adozione di politiche comuni finalizzate a evitare mutamenti delle condizioni commerciali che ne avrebbero ridotto le rilevanti entrate economiche, costituivano intese restrittive della concorrenza in violazione dell'articolo 81 del Trattato CE (oggi 101 del TFUE).

Il procedimento di rideterminazione della sanzione è scaturito dalla necessità di ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato 20 maggio 2011, n. 3013, nella quale il giudice amministrativo aveva ritenuto che, con riferimento a COBAT, l'Autorità non avesse tenuto conto del fatturato annuale, ma delle

riserve patrimoniali complessive accumulate nel corso degli anni dal Consorzio e pari a 21,7 milioni di euro. Inoltre, con riferimento alle sei società di riciclaggio di piombo, il giudice aveva ritenuto che il provvedimento di chiusura del procedimento principale, nella parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata alle medesime società, fosse viziato da carenza di motivazione, essendovi incertezza assoluta quanto alla base di calcolo e alla percentuale delle sanzioni applicate. Infine, il giudice aveva stigmatizzato il provvedimento perché avrebbe preso a base i fatturati del 2007 anziché quelli del 2008, ultimo esercizio anteriore all'adozione del provvedimento sanzionatorio.

Nel corso del procedimento per la rideterminazione della sanzione, l'Autorità ha richiesto alle parti di fornire copia del bilancio regolarmente approvato relativo all'esercizio 2008 nonché, a esclusione di COBAT, l'indicazione del fatturato realizzato in Italia nel 2008 attraverso l'attività di riciclaggio di batterie al piombo esauste.

A esito dell'attività istruttoria, l'Autorità ha rideterminato le sanzioni delle sette parti del procedimento. In particolare, coerentemente con gli Orientamenti contenuti nella Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende nonché con le indicazioni della citata sentenza del Consiglio di Stato, per calcolare l'importo base della sanzione è stato preso a riferimento il valore delle vendite dei beni a cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato dalle parti in Italia nell'attività di riciclaggio di batterie esauste, nell'ultimo anno completo in cui è avvenuta l'infrazione, ossia il 2008. Sempre coerentemente con la citata Comunicazione della Commissione, tale importo base è stato aumentato del 30% in modo da tener conto della durata dell'infrazione: tale aumento non ha riguardato Ecolead, società che aveva fatto ingresso nel mercato soltanto nel 2007. I valori così ottenuti sono stati opportunamente adeguati per tener conto delle specifiche indicazioni della decisione del Consiglio di Stato in merito alla peculiare posizione, nell'ambito dell'intesa accertata, dei singoli riciclatori. Tenuto conto di ciò, l'Autorità ha quantificato l'ammontare definitivo delle sanzioni nei termini seguenti: COBAT, 3.468.962 euro; Ecobat Spa, 3.723.845 euro; Ecolead Srl, 147.040 euro; ESI-Ecological Scrap Industry Spa, 317.842 euro; ME.CA. Lead Recycling Spa, 199.717 euro; Piombifera Bresciana Spa, 1.270.386 euro; Piomboghe Srl, 470.826 euro.

I procedimenti avviati nel 2011

CONSIGLI DEGLI ORDINI DEGLI AVVOCATI/DINEGO ALL'ESERCIZIO DI AVVOCATO

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti dei Consigli degli Ordini degli Avvocati di Chieti, Roma, Milano, Latina, Civitavecchia, Tivoli, Velletri, Tempio Pausania, Modena, Matera, Taranto e Sassari, al fine di accertare l'eventuale esistenza di infrazioni al divieto di intese restrittive della concorrenza di cui all'articolo 101 del TFUE. Le condotte contestate riguardano presunti ostacoli frapposti dai citati Consigli degli Ordini all'accesso alla professione forense nei confronti di soggetti che hanno acquisito il titolo professionale di *abogado* in Spagna.

La Spagna è l'unico Paese dell'Unione Europea²⁹ dove l'accesso alla professione d'avvocato non è regolata, considerato che la normativa non prevede il superamento di un esame per l'accesso alla professione. Un laureato in legge italiano, così come di un altro Stato membro, può pertanto ottenere in Spagna il titolo di "abogado" sulla base della seguente procedura: su presentazione del titolo di laurea italiano, le autorità spagnole comunicano al candidato gli esami integrativi che egli deve sostenere presso università spagnole al fine di ottenere l'omologazione del titolo di laurea italiano con quello spagnolo, cioè la "licencia en derecho"; una volta acquisita la *licencia en derecho*, il candidato può, sulla base della presentazione di questo solo titolo, ottenere l'iscrizione all'Albo degli *Abogados*, acquisendo così il titolo di "abogado".

Il decreto legislativo n. 96/2001, in attuazione della direttiva 98/5, consente l'esercizio permanente in Italia della professione di avvocato ai cittadini degli Stati membri in possesso di un titolo corrispondente a quello di avvocato, conseguito nel Paese di origine. Il professionista che intenda esercitare la professione in Italia è tenuto a iscriversi come "avvocato stabilito" in una "Sezione Speciale" dell'Albo degli Avvocati dedicata agli avvocati stabiliti, che gli consente (con alcune limitazioni) l'esercizio professionale con il titolo acquisito nel paese di origine, indicato nella lingua ufficiale dello stato membro di origine. L'iscrizione è subordinata all'iscrizione dell'istante presso la competente organizzazione professionale dello Stato membro di origine. Successivamente, dopo tre anni di esercizio regolare ed effettivo nel Paese ospitante, e riguardante il diritto di tale Stato, l'avvocato può iscriversi all'albo degli avvocati ed esercitare la professione di avvocato senza alcuna limitazione. La richiamata procedura risulta pertanto fondata su un meccanismo pressoché automatico, in base al quale, nella prima fase (quella di iscrizione alla Sezione Speciale) l'istante deve limitarsi a produrre un attestato di iscrizione all'organizzazione professionale dello Stato di origine.

L'Autorità ha rilevato, in contrasto con tali previsioni, l'introduzione da parte degli Ordini sopra indicati di una serie di indebiti obblighi e oneri di vario genere, cui devono sottostare gli *abogados* che intendono iscriversi alla Sezione Speciale. In particolare, alcuni degli Ordini segnalati richiedono all'*abogado* istante di fornire prova dell'effettivo svolgimento di attività professionale e/o di un consistente percorso formativo in Spagna; altri richiedono il superamento di una prova attitudinale omologa di quella italiana, e/o di un test attitudinale di diritto italiano e una prova di lingua spagnola; altri Consigli, infine, esigono il pagamento di tasse di iscrizione alla Sezione Speciale manifestamente sproporzionate rispetto a quanto viene richiesto per l'iscrizione all'albo ordinario.

L'Autorità ha ritenuto che tali condotte, le quali possono essere ascritte sia a delibere o regolamenti di natura più generale che a provvedimenti di rigetto delle singole domande, mirano a introdurre, per gli *abogados* che intendano

²⁹ Dal 2011, con l'entrata in vigore della *ley* 34/2006, le regole relative all'accesso alla professione di avvocato in Spagna sono destinate a cambiare: sarà infatti necessario, oltre alla laurea in giurisprudenza, affrontare un periodo di formazione professionale specializzata e superare, come nel resto d'Europa, un esame. In forza del regime transitorio in vigore fino al 2013, sarà comunque consentito beneficiare del vecchio regime a tutti coloro che abbiano conseguito la laurea prima del 31 ottobre 2011, purché facciano richiesta di iscrizione all'Albo entro il 31 ottobre 2013.

iscrivere alla Sezione Speciale, requisiti non richiesti dalla normativa applicabile, e appaiono pertanto finalizzate a ostacolare l'esercizio della professione forense da parte di professionisti che intendono avvalersi della procedura prevista dal decreto legislativo 96/2001. In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che tali condotte, in quanto volte a impedire ai professionisti di usufruire di una forma di accesso alla professione forense espressamente prevista dalla normativa comunitaria e nazionale, possano configurare intese restrittive della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE. Al 31 dicembre 2011, l'istruttoria è in corso.

TARIFFE TRAGHETTI DA/PER LA SARDEGNA

Nel maggio 2011, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società Onorato Partecipazioni Srl, Moby Spa, Marinvest Spa, Investitori Associati SGR Spa, Grandi Navi Veloci Spa, SNAV Spa, Lota Maritime Sa e Forship Spa al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE nel settore del trasporto marittimo. Il provvedimento è stato successivamente esteso nei confronti delle società Clessidra SGR Spa e L19 Spa.

L'istruttoria, avviata a seguito di numerose segnalazioni pervenute sia da privati cittadini che da associazioni di consumatori, è volta ad accertare l'esistenza di un'eventuale intesa restrittiva della concorrenza, sotto forma di accordo e/o pratica concordata, nel settore del trasporto marittimo sui collegamenti da/per Civitavecchia, Livorno e Genova a/da Olbia-Golfo Aranci e Porto Torres. In particolare, le denunce hanno lamentato consistenti incrementi delle tariffe relative al periodo estivo 2011, praticati da tutti gli operatori attivi sulle tratte oggetto del procedimento.

Al 31 dicembre 2011 l'istruttoria è in corso.

COMUNE DI CASALMAGGIORE - GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS

Nel marzo 2011, l'Autorità ha avviato un'istruttoria per verificare un'eventuale violazione dell'articolo 101 del TFUE o dell'articolo 2 della legge n. 287/90 con riguardo alla gara, bandita nell'estate 2010, per l'affidamento della concessione di distribuzione del gas in otto comuni della provincia di Cremona (con il comune Casalmaggiore come capofila).

L'istruttoria è stata inizialmente avviata nei confronti delle società E.On Rete Srl e Linea Distribuzione Srl, gestori della distribuzione del gas uscenti nel territorio degli otto comuni interessati; successivamente, nel maggio 2011, il procedimento è stato esteso anche nei confronti delle società controllanti E.On Italia Spa e Linea Group Holding Srl.

L'ipotesi sottoposta a verifica istruttoria è quella di un coordinamento dei comportamenti di E.On Rete e Linea Distribuzione (insieme alle rispettive società controllanti), nella partecipazione in ATI alla gara in oggetto, partecipazione che, invece di rappresentare l'espressione di un'autonoma strategia competitiva, sembra essere stata l'esito di un coordinamento per la ripartizione del mercato volto a limitare la concorrenza. In particolare, le due

società E.On Rete e Linea Distribuzione hanno deciso la partecipazione in ATI pur avendo potuto partecipare autonomamente alla gara, disponendo ognuna dei requisiti tecnici, gestionali e finanziari richieste dal relativo bando. A un primo esame, dunque, non sembrerebbe esistere alcuna motivazione economica o tecnica tale da giustificare il ricorso all'ATI per le due imprese, decisione la quale potrebbe aver inciso in sede di gara sul confronto competitivo tra le stesse due imprese, riducendo il numero dei potenziali concorrenti e la possibilità di scelta per l'ente appaltante, con il risultato di compromettere il meccanismo di selezione delle migliori offerte e determinare un esito della gara inferiore per qualità e prezzo rispetto a quello che si sarebbe prodotto in assenza di concertazione. Al 31 dicembre 2011, il procedimento è in corso.

Gli abusi

I procedimenti conclusi nel 2011

TNT/POSTE ITALIANE

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Poste Italiane Spa (PI d'ora in avanti), accertando un'unica e complessa infrazione al divieto di abuso di posizione dominante di cui all'articolo 102 del TFUE, volta a ostacolare lo sviluppo dei mercati liberalizzati relativi al recapito a data e ora certa e alla notifica attraverso messo notificatore.

Nel corso del procedimento, avviato dall'Autorità nell'ottobre 2009 a seguito di denunce inoltrate dal concorrente TNT, la società PI ha presentato impegni che, anche in esito ai risultati del *market test*, sono stati tuttavia rigettati dall'Autorità, in quanto valutati inidonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali che avevano portato all'avvio dell'istruttoria.

In relazione all'individuazione dei mercati rilevanti nell'ambito del procedimento, questi sono risultati essere tanto i mercati relativi ai servizi postali oggetto del servizio universale, quanto i mercati relativi ai servizi in riserva legale sino al 31 dicembre 2010, nonché quelli la cui riserva legale è stata mantenuta anche a seguito del recepimento della terza direttiva postale comunitaria, con il decreto legislativo 58/2011; in questo contesto, particolare rilievo ha assunto il mercato di dimensione nazionale della posta massiva, relativo alla corrispondenza commerciale in grande quantità.

Con riguardo alla posizione di PI nei mercati individuati, si è osservato come tale società costituisca l'unico operatore attivo nella prestazione di tutti i servizi postali, verticalmente integrato e che può disporre sul territorio nazionale di una rete distributiva di circa 14.000 uffici postali, oltre che di una vasta struttura logistica articolata sul territorio (ad esempio, i centri di meccanizzazione postale). Inoltre, i mercati postali si caratterizzano per la presenza di piccoli operatori, frammentati e di natura spesso locale, in diversi casi partner commerciali della stessa PI e, quindi, con una capacità competitiva limitata rispetto a quest'ultima.

Con riguardo ai mercati relativi ai servizi offerti in regime di servizio universale, PI, impresa pubblica in crescita economica negli ultimi anni anche in virtù di un'ampia diversificazione dei propri servizi postali e finanziari (ivi incluso Bancoposta), tutti offerti mediante l'uso della rete postale utilizzata per l'erogazione del servizio universale, opera, in base a disposizioni di legge, in qualità di fornitore unico di tale servizio per un periodo di 15 anni. Sulla base di quanto appena richiamato, il procedimento istruttorio, in coerenza con i precedenti nazionali e comunitari, ha portato a definire in capo a PI la sussistenza di una posizione dominante nei mercati postali relativi al servizio universale e, in particolare, nel mercato nazionale della posta massiva.

Il mercato del servizio di recapito a data e ora certa, servizio a valore aggiunto fondato su un'applicazione tecnologica innovativa, sviluppato a partire dal 2007 da TNT, che ha effettuato negli anni investimenti volti a sviluppare una rete postale alternativa a quella di PI, ha dimensione nazionale ed è contiguo al mercato della posta massiva dove tale ultimo soggetto è dominante.

Nel corso del procedimento l'Autorità ha accertato una fattispecie abusiva, unica e complessa, escludente dei concorrenti e, in particolare, di TNT, consistente in una serie di condotte di PI relative tanto alle particolari modalità prescelte di restituzione della corrispondenza dei concorrenti rinvenuta nella propria rete postale, quanto a un'offerta selettiva e predatoria del servizio di recapito a data e ora certa commercializzato da PI, denominato PostaTime; nonché, infine, alla partecipazione di PI con offerte predatorie alle gare del Comune di Milano e di Equitalia. Tali condotte sono state considerate riconducibili a un'unica strategia basata sullo sfruttamento abusivo della rete postale, consistente nell'offrire i servizi liberalizzati (recapito a data e ora certa e servizio attraverso messo) a prezzi predatori senza imputare i costi connessi alla rete postale utilizzata per il servizio universale.

Tale sfruttamento abusivo della posizione dominante di PI, funzionale a mantenere la posizione dominante sui mercati postali tradizionali, ha ostacolato lo sviluppo dei mercati liberalizzati e a valore aggiunto di recapito a data e ora certa, nonché quello delle gare bandite dal Comune di Milano e da Equitalia, aventi a oggetto il servizio di notifica attraverso messo.

Con particolare riferimento alla condotta relativa alla corrispondenza dei concorrenti rinvenuta nella rete postale di PI, l'attività istruttoria ha evidenziato come tale società abbia sfruttato la propria posizione dominante (e la rete integrata su cui la stessa si fonda) al fine di ostacolare i concorrenti, in particolare contattando direttamente i clienti di questi ultimi, dei quali era stata intercettata la corrispondenza, e non l'operatore stesso, svolgendo attività di monitoraggio e reportistica su tali clienti, screditando così l'attività dei concorrenti, e chiedendo, per la restituzione ai clienti della posta, un corrispettivo economico che incorporava servizi non resi molto più alto rispetto a quello richiesto ai clienti di Poste Italiane stessa. Inoltre, l'attività istruttoria ha evidenziato come Poste Italiane, in alcuni casi, abbia posto in essere un'attività intenzionale di intercettazione della corrispondenza di clienti dei concorrenti.

La seconda condotta esaminata nel corso del procedimento ha avuto a oggetto l'offerta PostaTime, rivolta da PI a una nicchia di clienti determinata applicando la soglia quantitativa di un milione di pezzi, al fine di evitare la cannibalizzazione del servizio meno evoluto di posta massiva. Tale specifica offerta è stata inoltre rivolta selettivamente solo ai clienti a rischio concorrenza o a soggetti clienti di TNT, già destinatari della condotta precedentemente richiamata sul trattamento della corrispondenza dei concorrenti.

L'attività istruttoria ha anche evidenziato come l'offerta commerciale del servizio PostaTime fosse caratterizzata da predatorialità delle condizioni economiche applicate. In tal senso, nel corso del procedimento, è stata sviluppata un'analisi dei costi sostenuti da PI e, in linea con la consolidata prassi comunitaria e nazionale, la predatorialità di tali prezzi è stata valutata sulla base del test del costo incrementale di lungo periodo.

In linea generale, in base alla teoria economica e in linea con i criteri valutativi emergenti dalla prassi comunitaria³⁰, i costi incrementali di lungo periodo di un determinato prodotto vengono definiti come differenza tra i costi totali sostenuti dall'impresa per il complesso della propria produzione e i costi totali che sarebbero sostenuti dall'impresa in assenza di produzione del prodotto considerato, mantenendo costante la produzione degli altri prodotti. Tali costi includono dunque non solo quelli direttamente imputabili alla produzione del prodotto oggetto di analisi ma anche la relativa parte a essa imputabile dei costi comuni di produzione.

Nel procedimento in esame, in considerazione della specificità del settore postale, caratterizzato da una regolazione in materia di separazione contabile volta a distinguere i costi sostenuti per l'erogazione dei servizi in riserva e/o oggetto del servizio universale e quelli sostenuti per l'erogazione dei servizi liberalizzati, l'analisi della predatorialità ha preso le mosse dall'analisi della contabilità regolatoria che, annualmente certificata, è alla base del calcolo per l'erogazione del contributo pubblico all'onere del servizio universale ed è la più affidabile delle fonti disponibili sui costi sostenuti da PI per l'erogazione di ciascun servizio postale. Tale contabilità regolatoria, essendo definita sulla base del criterio dell'*Activity Based Costing*, costituisce inoltre un indicatore dei costi specificatamente sostenuti da PI per l'erogazione di ciascun servizio e vale a garantire che non siano attribuiti a quel servizio i costi connessi all'erogazione di altri servizi. Ciò ha acquisito particolare importanza nel caso in esame, considerato che PI fornisce una vasta gamma di servizi, sfruttando economie di gamma e scopo connesse all'uso della rete postale.

³⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali, in GUCE n. C 039 del 6 febbraio 1998. Cfr. anche la più recente Comunicazione della Commissione europea Linee guida sull'applicazione dell'art. 82 TCE del 9 febbraio 2009, C(2009) 864 definitivo: "Nelle situazioni in cui i costi comuni sono significativi, è possibile che debbano essere presi in considerazione per la valutazione della capacità di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti", punto 26. Sul punto rileva anche richiamare i casi della Commissione europea *Deutsche Post*, decisione del 20 marzo 2001, COMP/35.141, *Wanadoo Interactive*, decisione del 16 luglio 2003, COMP/38.233 e *Wanadoo Espana vs. Telefonica*, decisione del 4 luglio 2007, COMP/38.784.

Su tali basi, si sono quindi considerate nei costi incrementali di lungo periodo per la produzione del servizio Posta Time le seguenti voci: *i*) i costi per i palmari necessari all'erogazione del servizio di recapito a data e ora certa; *ii*) i costi del personale che è la voce più significativa di costo in tutte le fasi operative del servizio; *iii*) altri costi operativi complessivamente considerati.

L'analisi svolta nel corso del procedimento secondo la metodologia appena indicata ha portato quindi a stimare un costo incrementale di lungo periodo per la produzione del servizio PostaTime di valore superiore ai prezzi praticati da PI per tale servizio.

La condotta di PI in ordine all'offerta PostaTime, sia in ragione delle modalità con le quali è stata selettivamente rivolta ai soli clienti a rischio concorrenza, sia in ragione della predatorietà dei prezzi praticati, è stata valutata costituire un abuso della posizione dominante di tale società nei mercati postali tradizionali, escludente dei concorrenti e di ostacolo allo sviluppo del mercato del servizio a valore aggiunto di recapito a data e ora certa.

Alla luce delle evidenze documentali e delle analisi dei costi svolte, anche la partecipazione di PI alle gare del Comune di Milano e della gara di Equitalia è stata valutata integrare un abuso di posizione dominante da parte di tale operatore, escludente dei concorrenti dai mercati coincidenti con tali gare.

In particolare, l'abusività delle condotte sanzionate deriva dalla predatorietà delle offerte commerciali analizzate, grazie a un utilizzo abusivo della rete postale universale, senza imputazione dei costi connessi a quest'ultima (quali, ad esempio, quelli relativi al personale), nei termini sopra descritti.

In conclusione, l'insieme delle condotte di PI analizzate nel corso del procedimento è stato considerato integrare una violazione dell'articolo 102 TFUE volta a escludere i concorrenti e a ostacolare lo sviluppo dei mercati liberalizzati a valore aggiunto di recapito a data e ora certa e di quelli delle gare relative al servizio di notifica attraverso messo.

L'attività istruttoria compiuta ha consentito di accertare che l'unica e complessa infrazione sopra richiamata era iniziata nel 2007 ed era ancora in corso al momento di chiusura del procedimento.

In ragione della gravità e della durata della infrazione accertata, l'Autorità ha comminato a PI una sanzione pecuniaria amministrativa di importo pari a circa 39 milioni di euro.

COMUNI VARI - ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha deliberato la chiusura di un procedimento istruttorio, avviato nell'ottobre 2010 a seguito di due segnalazioni inviate dai Comuni di Roma e di Todi che denunciavano opposizioni da parte del concessionario uscente del servizio di distribuzione del gas naturale, la società Italgas, a fornire le informazioni necessarie alla predisposizione dei bandi di gara per il riaffidamento del servizio nei due Comuni accertando un abuso di posizione dominante di natura escludente in violazione dell'articolo 102 del TFUE da parte della suddetta società.

In particolare, sono stati valutati sotto il profilo *antitrust* i comportamenti dilatori e, limitatamente alla segnalazione del Comune di Todi, l'opposizione

di rifiuti da parte di Italgas a fornire informazioni acquisite in virtù di posizioni di monopolio originate da affidamenti diretti, che risultano necessarie agli enti locali per predisporre un bando di gara concorrenziale e ai concorrenti per formulare offerte competitive al fine di partecipare alle gare.

L'Autorità ha ritenuto i comportamenti posti in essere dalla società - da oltre 25 anni monopolista legale nei mercati rilevanti - gravi violazioni della disciplina a tutela della concorrenza, suscettibili di causare un pregiudizio significativo alle dinamiche competitive dei mercati della distribuzione del gas nei Comuni di Roma e Todi, nei quali l'unica forma di concorrenza possibile è rappresentata da quella per il mercato in sede di gara. Il comportamento di Italgas è infatti risultato idoneo a ostacolare e ritardare la realizzazione di procedure di gara competitive e ha consentito alla società di mantenere la propria posizione di monopolio. Le condotte contestate sono risultate quindi idonee a produrre effetti di natura escludente, alterando le dinamiche competitive delle gare e pregiudicando la partecipazione degli altri concorrenti nonché la loro effettiva possibilità di competere efficacemente per l'aggiudicazione del servizio, per la quale appare imprescindibile la disponibilità di un *set* informativo completo al pari dell'*incumbent*.

In ragione della gravità e durata delle infrazioni contestate l'Autorità ha comminato alla società Italgas Spa una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 4.671.447 euro, che rappresenta lo 0,4% del fatturato complessivo nel 2010 di Italgas. L'Autorità ha inoltre deliberato che Italgas ponesse immediatamente termine alla condotta nel Comune di Todi, trasmettendo all'ente locale i dati ancora mancanti sui contributi privati di allacciamento percepiti.

SKY ITALIA-AUDITEL

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti della società Auditel Srl, accertando la sussistenza di tre fattispecie abusive consistenti: *a)* nell'aver ingiustificatamente ostacolato, fino al mese di ottobre 2010, la pubblicazione giornaliera dei dati di ascolto televisivi relativi a ciascun canale, distinti per ciascuna piattaforma di trasmissione (analogica, digitale, satellitare e IPTV); *b)* nell'aver ostacolato, fino al mese di gennaio 2010, la pubblicazione giornaliera dei dati relativi alla voce 'ALTRE DIGITALI TERRESTRI'; *c)* nell'aver erroneamente attribuito i dati di ascolto rilevati nel *panel*, nella fase di espansione degli stessi, anche alla popolazione non dotata di apparecchi televisivi.

L'Autorità ha considerato che Auditel detiene una posizione dominante nel mercato italiano della rilevazione dell'ascolto televisivo sulla base della considerazione che la medesima società, sin dalla sua costituzione, è stata riconosciuta dai diversi attori del settore televisivo - la cui partecipazione caratterizza il modello organizzativo assunto dalla società - come l'unico soggetto cui è deputata la rilevazione e la diffusione di dati di *audience* attendibili e condivisi. Poiché la rilevazione dell'*audience* riveste un ruolo centrale nella definizione delle strategie delle emittenti, in particolare nella

predisposizione dei palinsesti, nelle decisioni di investimento pubblicitario, nonché nella negoziazione dei corrispettivi per la concessione in licenza di canali televisivi, i comportamenti posti in essere da Auditel sono stati ritenuti idonei a determinare effetti pregiudizievoli della concorrenza nel mercato della raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo, nel mercato della *pay tv*, nonché nel mercato dell'offerta all'ingrosso di canali televisivi.

Nel corso dell'istruttoria è emerso che, nel mese di aprile 2008, Sky aveva richiesto ad Auditel di introdurre nell'ambito dell'Indagine la pubblicazione giornaliera sia dei dati di ascolto di ciascun canale distinti per piattaforma trasmissiva, sia dei dati relativi alla voce 'ALTRE DIGITALI TERRESTRI' (quest'ultimi erano già pubblicati con cadenza mensile). Tali richieste avevano l'obiettivo di consentire, attraverso dati appunto giornalieri, una più approfondita analisi comparata degli ascolti delle diverse piattaforme e di valutarne, di conseguenza, le loro potenzialità come veicoli di distribuzione dei contenuti televisivi.

Con particolare riferimento alla pubblicazione giornaliera dei dati dei singoli canali suddivisi per piattaforma, Auditel, nonostante dal giugno 2009 fossero state superate le difficoltà tecniche che impedivano alle apparecchiature elettriche di rilevazione degli ascolti (*meter*) utilizzate di identificare la piattaforma dalla quale veniva trasmesso il segnale televisivo, ha continuato a opporsi alla pubblicazione di tali dati, ritenendo che gli stessi non costituivano informazioni rilevanti ai fini della pianificazione degli investimenti pubblicitari e che la pubblicazione giornaliera del dato dei canali per piattaforma avrebbe avuto l'effetto di ridurre in modo significativo l'affidabilità statistica della rilevazione.

In modo analogo, sosteneva Auditel, la pubblicazione giornaliera dei dati di ascolto relativi alla voce 'ALTRE DIGITALI TERRESTRI' avrebbe comportato la diffusione di dati di ascolto non sorretti da sufficienti numerosità campionarie.

L'Autorità, nel corso dell'istruttoria, ha accertato che, a causa del processo di digitalizzazione e dell'aumento del numero dei canali digitali, i dati di ascolto suddivisi per piattaforma assumono una rilevanza strategica per i diversi operatori del settore televisivo, consentendo un'analisi segmentata del pubblico che accede ai contenuti televisivi attraverso le diverse piattaforme. In particolare, il dato di ascolto ripartito per piattaforma assume valenza strategica sia per ottimizzare la composizione dei palinsesti dei singoli canali, sia per valutare la performance di un canale rispetto all'*audience* complessiva della piattaforma. Inoltre, la disponibilità del dato di ascolto ripartito per piattaforma consente di ponderare in modo più preciso gli investimenti di marketing e di pianificare meglio le campagne pubblicitarie.

Quanto alla contestata affidabilità statistica dei dati suddivisi per piattaforma e dei dati relativi alla voce 'ALTRE DIGITALI TERRESTRI', l'Autorità ha considerato che nell'ambito dell'Indagine Auditel già accade che le rilevazioni siano sorrette da scarsa numerosità campionaria (ad esempio, per alcune fasce orarie, per specifici target o per emittenti poco

seguite) e che tale circostanza non ha comunque impedito, a oggi, la pubblicazione del relativo dato, a seguito della necessaria fase di espansione dello stesso. Inoltre, è stato rilevato che anche l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nella delibera n. 55/07/CSP, in caso di stime riferite a “*piccole audience*”, non scoraggia la pubblicazione del dato, ma la prevede con la raccomandazione ad Auditel di fornire “*una informazione adeguata sull’‘errore campionario’ e sulla numerosità del campione sulla base del quale sono state elaborate le stime*”.

L’Autorità ha quindi ritenuto che le condotte di Auditel consistenti nella mancata pubblicazione sia dei dati giornalieri di ascolto dei canali per piattaforma che dei dati relativi alla voce ‘ALTRE DIGITALI TERRESTRI’ - pubblicazione necessaria per un pieno apprezzamento delle potenzialità delle diverse piattaforme di trasmissione televisiva - non fossero sorrette da oggettive giustificazioni e sostanziassero due distinti abusi.

L’Autorità ha ritenuto che la decisione, assunta da Auditel nell’ottobre 2010, di pubblicare con cadenza giornaliera i dati di ascolto suddivisi per piattaforma delle emittenti che ne facciano esplicita richiesta ha posto fine alla prima condotta abusiva, mentre la seconda condotta ha avuto termine nel gennaio 2010, quando è venuta meno l’opposizione da parte di Auditel all’introduzione di tale innovazione nella pubblicazione dei dati di ascolto.

In linea generale, l’Autorità ha valutato che i comportamenti adottati da Auditel, non consentendo di cogliere appieno l’impatto delle profonde trasformazioni che stanno interessando il settore televisivo sulle *performance* relative delle diverse piattaforme, fossero stati idonei a limitare fortemente sia le possibilità di crescita delle emittenti televisive che intendevano porre in essere strategie di erosione degli ascolti delle emittenti generaliste, sia le possibilità di diversificare le scelte di programmazione in funzione dei diversi comportamenti televisivi degli spettatori. Allo stesso tempo, le condotte contestate hanno avuto l’effetto di proteggere i canali delle principali emittenti generaliste, edite dai principali azionisti della società Auditel, tradizionalmente veicolate attraverso la piattaforma analogica e in fase di passaggio al digitale terrestre, dagli effetti negativi che sarebbero loro derivati dalla diffusione di informazioni sui dati di *audience* dei canali, che si stavano significativamente riducendo a causa dei cambiamenti in corso.

Per quanto concerne la terza condotta abusiva di Auditel, consistente nell’aver erroneamente attribuito i dati di ascolto rilevati nel *panel*, nella fase di espansione degli stessi, anche alla popolazione non dotata di apparecchi televisivi, l’Autorità ha accertato che nel gennaio 2008 è stata portata all’attenzione di Auditel l’opportunità di correggere tale errore e che dopo un iniziale infruttuoso tentativo di risoluzione, la questione non è più stata affrontata da Auditel fino a dicembre 2010. Pertanto, pur nella piena consapevolezza della sovrastima degli ascolti televisivi derivante dall’adozione di tale metodologia, Auditel ha ingiustificatamente ritenuto di non provvedere alla trattazione delle modifiche che sarebbero state necessarie per rendere la rilevazione più corretta da un punto di vista statistico.

L'Autorità ha considerato tale comportamento idoneo a produrre effetti discriminatori tra gli operatori partecipanti all'Indagine, alla luce del fatto che l'incremento artificiale dei dati di ascolto derivante da tale metodologia riguarda solo una parte delle emittenti, beneficiando in particolare le emittenti caratterizzate da maggiore *audience*, quali quelle afferenti ai principali azionisti della società. La condotta, ancora in corso al momento della conclusione del procedimento, è stata ritenuta configurare un comportamento abusivo idoneo a produrre effetti di natura discriminatoria e pregiudizievole nei confronti degli operatori attivi nei mercati sopra menzionati, il cui corretto funzionamento non può prescindere da una valutazione veritiera dell'*audience* televisiva.

In considerazione della natura ritenuta grave degli abusi contestati e della loro durata, l'Autorità ha irrogato ad Auditel una sanzione amministrativa pari a 1.806.604 euro.

FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE)

Nel giugno 2011 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della Federazione Italiana Sport Equestri (FISE), rendendo obbligatori gli impegni presentati dalla stessa ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990, senza accertare l'infrazione.

Il procedimento era stato originariamente avviato nel luglio 2007 per accertare l'esistenza di violazioni degli articoli 101 e 102 del TFUE, consistenti nel fatto che la FISE, abusando dei suoi poteri regolatori, avrebbe impedito o comunque limitato lo svolgimento di manifestazioni e attività equestri sia tramite condotte poste in essere nei confronti di associazioni concorrenti, sia attraverso l'applicazione nei confronti dei propri tesserati o affiliati di disposizioni statutarie federali che avrebbero impedito a tali soggetti di aderire "*ad altra associazione o ente nazionale che svolga attività ludica o sportiva nel campo degli sport equestri*". Con provvedimento del maggio 2008, l'Autorità aveva accettato alcuni impegni presentati dalla FISE al fine di far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. Poiché, a seguito del ricorso presentato da FISE, tale provvedimento era stato parzialmente annullato, nell'aprile 2010 l'Autorità ha disposto la riapertura d'ufficio del procedimento per una presunta intesa restrittiva della concorrenza e/o un presunto abuso di posizione dominante in violazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, contestualmente disponendo il rigetto degli impegni a suo tempo proposti dalla medesima Federazione.

L'Autorità aveva infatti ritenuto che la delibera di accoglimento degli impegni, così come parzialmente emendata dalla pronuncia del TAR del Lazio, successivamente confermata dal Consiglio di Stato, potesse avvalorare l'assunto che alla FISE fosse attribuibile un'ingiustificata esclusiva sulla disciplina dell'intera attività equestre - assunto a causa del quale era stato deliberato l'avvio dell'istruttoria nei confronti della società - e che conseguentemente gli impegni proposti dalla FISE non apparissero idonei al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali in relazione ai quali era stato avviato il suddetto procedimento.

Nel corso dell'istruttoria era emerso che la FISE, nell'esercizio di poteri di regolamentazione e coordinamento dell'attività equestre su tutto il territorio nazionale, deteneva una posizione dominante nell'ambito del mercato rilevante dell'organizzazione delle manifestazioni ippiche ed equestri e, più in generale, su tutte le attività economiche connesse all'utilizzo dei cavalli.

Al fine di rimuovere le problematiche di natura concorrenziale oggetto dell'istruttoria, nel febbraio 2011 FISE ha definitivamente formalizzato nuovi impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

Innanzitutto, la FISE ha proposto l'adozione di un regolamento sportivo che individuasse per ogni singola disciplina CIO/FEI (rispettivamente, Comitato Internazionale Olimpico e Federazione Equestre internazionale) la linea di demarcazione tra attività sportiva agonistica e attività sportiva amatoriale, in osservanza dei relativi parametri CIO/FEI. Nello specifico, la FISE si è impegnata formalmente a: *a)* delimitare il perimetro della propria esclusiva alle discipline equestri CIO/FEI ove svolte in forma agonistica, adeguando in tal senso i propri regolamenti ed eliminando qualsiasi riferimento ad attività esclusive che esulino da tale contesto; *b)* riconoscere come legittimo il libero svolgimento in forma amatoriale delle suddette discipline CIO/FEI anche da parte di enti e associazioni diversi dalla stessa, eventualmente anche con tesserati FISE e con l'attribuzione di classifiche e premi; *c)* riconoscere il libero svolgimento di tutte le altre discipline anche da parte di enti diversi dalla stessa; *d)* riconoscere come legittima l'iscrizione dei propri tesserati a enti diversi dalla stessa, non svolgenti attività agonistica CIO/FEI; *e)* regolamentare i rapporti fra i circoli affiliati FISE ed altri enti e/o associazioni, anche relativamente a manifestazioni in ambito CIO/FEI di natura non agonistica.

Alla luce delle osservazioni pervenute da parte dei segnalanti e dei terzi interessati, la FISE ha successivamente presentato alcune modifiche accessorie agli impegni, ribadendo innanzitutto il proprio impegno a individuare *“per ogni singola disciplina CIO/FEI la linea di demarcazione tra attività sportiva agonistica ed attività sportiva amatoriale in osservanza dei parametri CIO/FEI, attraverso l'adozione di un regolamento sportivo (adottato dal Consiglio federale) che sarà preceduto dalla necessaria modifica delle norme statutarie non coerenti con suddetta demarcazione e, in particolare, dell'attuale articolo 1, comma 2”* dello Statuto federale. Per quanto concerne la facoltà della Federazione di regolamentare gli standard agonistici delle discipline CIO/FEI, la FISE ha evidenziato che tale facoltà le era attribuita dalla sua affiliazione alla FEI e al CIO mentre, in merito alle modalità di regolamentazione del rapporto fra circoli affiliati alla FISE e altri enti e/o associazioni del settore, la FISE ha rilevato che tale regolamentazione e la relativa convenzione quadro *“non attribuisce la disponibilità giuridica degli impianti sportivi dei circoli affiliati né tanto meno ne limita la libertà [...] ma semplicemente disciplina gli aspetti relativi alla sicurezza dei cavalieri e dei cavalli partecipanti alle manifestazioni che presso i predetti impianti verranno svolte da enti terzi”*.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti da FISE fossero complessivamente idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali rilevati. Gli impegni, infatti, limitavano l'ambito di riserva della FISE alle sole discipline

equestri olimpiche e CIO/FEI svolte esclusivamente in forma agonistica e in base a ben individuate regole di natura tecnico-sportiva; consentivano al contempo che le medesime discipline fossero praticate da tutti gli operatori a livello amatoriale, eventualmente anche non tesserati FISE, e permettevano che le restanti discipline e/o attività equestri potessero essere liberamente svolte, con i medesimi criteri, senza alcun vincolo o limitazione di sorta. Inoltre, consentivano l'uso degli impianti dei circoli e club affiliati alla FISE ad altri enti o associazioni in base all'apposita "convenzione quadro", grazie alla quale anche i tesserati federali potevano partecipare in futuro a manifestazioni "terze", utilizzando le strutture affiliate alla federazione nazionale.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha reso obbligatori gli impegni proposti da FISE ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e ha chiuso l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione, imponendo a FISE di formalizzare definitivamente entro il mese di dicembre 2011 le modifiche alle proprie norme statutarie e regolamentari, previa convocazione dell'Assemblea generale e del Consiglio federale, tempestivamente rendendo noti gli esiti di tali eventi sociali all'Autorità.

GIOCHI24/SISAL

Nell'aprile 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti di Sisal Spa, accettando gli impegni da questa proposti ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione. Il procedimento era stato avviato al fine di accertare eventuali abusi nel mercato dell'accesso alla rete telematica dei giochi numerici a totalizzatore nazionale (SuperEnalotto e SuperStar), a seguito di una denuncia della società Giochi 24, la quale lamentava comportamenti abusivi da parte di Sisal consistenti nell'aver impedito l'accesso alla propria rete telematica, accesso necessario per operare nel mercato della raccolta *on line* dei giochi numerici a totalizzatore nazionale.

Ai sensi del relativo regime concessorio disciplinato dal decreto legislativo n. 159/2007, la distribuzione del gioco SuperEnalotto può essere effettuata sia attraverso la tradizionale rete fisica di punti vendita sia tramite la rete distributiva a distanza (c.d. raccolta *on line*). I punti vendita a distanza possono essere attivati non solo dal concessionario dei giochi numerici a totalizzatore nazionale (ossia Sisal), ma da qualsiasi soggetto - tra cui lo stesso segnalante - abilitato alla commercializzazione dei giochi pubblici. La peculiarità del ruolo di Sisal, che detiene una posizione dominante nel mercato dell'accesso alla rete telematica di giochi numerici a totalizzatore nazionale, emerge laddove si consideri che tale accesso rappresenta un passaggio obbligato per lo svolgimento *on line* dei medesimi giochi. Infatti soltanto la conoscenza del Protocollo di comunicazione - nella disponibilità di Sisal - permette agli operatori che volessero accedere alla rete telematica SuperEnalotto di connettere la propria infrastruttura informatica con quella di Sisal stessa. A ciò deve aggiungersi che - come previsto da un decreto dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato - lo svolgimento dell'attività di raccolta *on line* del SuperEnalotto non può prescindere dalla stipula di un contratto con Sisal.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva rilevato che la condotta di Sisal poteva aver determinato alcune distorsioni della concorrenza nel settore dei giochi e delle scommesse, e più nello specifico con riferimento ai giochi numerici a totalizzatore nazionale. Dagli elementi agli atti, era infatti emerso che Sisal aveva impedito l'accesso alla rete telematica in questione, non dando seguito a un'istanza del segnalante volta a ottenere il Protocollo di comunicazione necessario per l'avvio dell'attività di raccolta *on line* di tale tipologia di giochi. Tale comportamento era stato ritenuto suscettibile di avere l'effetto di impedire al segnalante di collegarsi alla rete telematica di Sisal e conseguentemente, di iniziare a svolgere l'attività di raccolta *on line* dei giochi di cui Sisal ha la concessione esclusiva. Viceversa, l'Autorità aveva rilevato che Sisal aveva iniziato a operare nell'attività di raccolta *on line* del SuperEnalotto, pubblicizzando tale attività sul proprio sito dedicato, e tale condotta sembrava aver fortemente condizionato le dinamiche concorrenziali sul mercato a valle della raccolta *on line* di giochi e scommesse, sul quale erano presenti altri operatori in competizione con Sisal, e sul quale Sisal è presente attraverso la controllata Match Point.

Nel dicembre 2009, l'Autorità, considerato che le previsioni che regolamentano la materia erano suscettibili di limitare l'iniziativa commerciale dei punti vendita a distanza diversi dal concessionario Sisal, determinando, in tal modo, una discriminazione tra Sisal e gli altri soggetti autorizzati alla raccolta *on line* dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, aveva ritenuto necessario ampliare l'oggetto dell'istruttoria ad alcune previsioni contenute nel Kit di marketing, nelle Specifiche di integrazione del punto vendita a distanza e nel Contratto Sisal/Punto vendita a distanza.

Nell'aprile 2010, Sisal, al fine di far venire meno i profili di criticità concorrenziale emersi nel corso dell'istruttoria, ha presentato alcuni impegni, successivamente integrati, volti ad agevolare l'accesso al mercato della raccolta a distanza dei giochi numerici a totalizzatore nazionale (GNTN) agli operatori autorizzati, riducendo le barriere all'ingresso.

La versione definitiva degli impegni, comprensiva delle modifiche e integrazioni apportate a esito del *market test*, prevedeva:

- (1) impegno relativo al sito Internet: Sisal si è impegnata a *“effettuare un collegamento tra il sito www.superenalotto.it e il sito www.giochinumerici.info, in modo che qualsiasi giocatore che digiti l'indirizzo www.superenalotto.it, acceda direttamente al sito www.giochinumerici.info”*;
- (2) impegno relativo all'utilizzo del trademark “superenalotto” sul motore di ricerca Google: Sisal si è impegnata a *“rinunciare nei rapporti con Google e con gli altri motori di ricerca all'uso esclusivo su internet del marchio ‘Superenalotto’ in modo da renderne disponibile l'utilizzo sui motori di ricerca da parte di tutti i soggetti autorizzati alla raccolta on-line dei GNTN”*;
- (3) impegno relativo alla possibilità per tutti gli operatori autorizzati di proporre nuove modalità di gioco: Sisal si è impegnata *“esclusivamente a raccogliere, qualora ve ne fossero, eventuali valutazioni tecniche da parte degli operatori autorizzati (punti di vendita on-line), in merito alle modalità di interazione tra*

il sistema del punto di vendita a distanza e il sistema piattaforma di gioco del concessionario. Previo autonomo esame delle sopra indicate proposte, Sisal potrà decidere di sottoporle ad AAMS, nell'ambito delle sue prerogative di concessionario, ove le ritenesse migliorative, motivandone le ragioni”;

(4) impegno relativo alla messa a disposizione delle informazioni relative alle giocate di cui Sisal dispone: Sisal si è impegnata a: *“fornire a tutti gli operatori autorizzati alla raccolta on line, oltre ai dati statistici sulle combinazioni di gioco elaborati per il sito internet istituzionale www.giochinumerici.info, su richiesta degli operatori, altre informazioni statistiche che siano disponibili e che, previo espletamento delle verifiche di legge in tema di privacy, saranno poi rese visibili a tutti gli operatori autorizzati”;*

(5) impegno relativo alle previsioni grafiche del kit marketing e delle specifiche di integrazione dei punti vendita: Sisal si è impegnata ad *“attivare entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento di chiusura della presente istruttoria un help desk dedicato alle richieste degli operatori autorizzati per quanto attiene alla messa in opera delle previsioni del Kit di Marketing e delle Specifiche di Integrazione”;*

(6) impegno relativo alle iniziative di carattere commerciale o promozionale del punto vendita a distanza: Sisal si è impegnata a modificare l'articolo 4, lettera p), del contratto Sisal/PVD. In particolare, Sisal si è impegnata: *“entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento di chiusura della presente istruttoria a presentare ad AAMS formale proposta di modifica dell'articolo 4, lettera p) del Contratto tra concessionario e punto vendita, affinché a fronte dell'odierna formulazione che dispone di osservare e attenersi alle indicazioni fornite dal Concessionario per la presentazione dei giochi numerici sul proprio sito web, concordando con il Concessionario qualsiasi adattamento degli elementi grafici utilizzati sul proprio sito e qualsiasi iniziativa di carattere commerciale, ivi comprese le iniziative promo-pubblicitarie, si adotti la previsione di osservare le indicazioni contenute nelle linee guida preventivamente fornite dal Concessionario e approvate da AAMS tanto per quanto attiene alla presentazione dei giochi numerici sul proprio sito web che per quanto attiene alle iniziative di carattere commerciale”;*

(6) bis: Sisal si è impegnata altresì *“ad astenersi nelle forme di comunicazione e pubblicità istituzionali dei GNTN, cui è tenuta per legge, da attività di promozione esclusiva dei siti di raccolta Sisal”;*

(7) Sisal si è impegnata *“entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento di chiusura della presente istruttoria a presentare ad AAMS formale proposta di modifica dell'articolo 7 del Contratto tra concessionario e punto vendita, affinché in alternativa alla garanzia fideiussoria di 50.000 euro, che deve essere prestata dai punti vendita a distanza autorizzati al concessionario, possa anche prevedersi un deposito cauzionale di pari importo”;*

(8) infine Sisal si è impegnata a *“garantire la piena applicazione degli impegni di cui al presente Formulario anche per le attività di raccolta a distanza dei GNTN attraverso il canale mobile”.*

L'Autorità ha considerato che, nel loro complesso, gli impegni proposti da Sisal, come successivamente integrati, apparivano in grado di rispondere alle preoccupazioni ipotizzate in sede di avvio e di estensione oggettiva del procedimento istruttorio in ordine alle condotte poste in essere da Sisal sul mercato dell'accesso alla rete telematica per la raccolta *on line* dei GNTN. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti, presupponendo la piena possibilità per i punti vendita a distanza concorrenti di Sisal di accedere alla rete telematica per la raccolta *on line* dei GNTN, avrebbero consentito di superare le preoccupazioni concorrenziali espresse nella misura in cui non solo avrebbero permesso l'accesso al mercato agli operatori autorizzati, anche riducendo le relative barriere all'ingresso, ma si sostanziano anche nella rinuncia, da parte di Sisal, ad alcune prerogative (tra le quali, l'utilizzo del marchio "superenalotto"), in tal modo determinando le condizioni per un confronto competitivo più intenso nella fase di raccolta a distanza dei GNTN.

In ragione di ciò, l'Autorità ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni presentati da Sisal ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e di chiudere l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione.

SAPEC AGRO/BAYER-HELM

Nel giugno 2011, l'Autorità ha concluso un'istruttoria nei confronti delle società Bayer Cropscience AG e Bayer Cropscience Srl (congiuntamente indicate come BCS), accertando una violazione dell'articolo 102 del TFUE da parte di tali società nel mercato dei fungicidi a base della sostanza attiva *fosetyl-aluminium*. L'istruttoria, avviata a seguito di una segnalazione della società Sapec Agro SA (di seguito Sapec), riguardava il presunto rifiuto di BCS, opposto a Sapec e alle altre società della European Union Fosetyl-Aluminium Task Force (di seguito Task Force), di consentire l'accesso a due studi (di seguito gli Studi) condotti da BCS medesima sugli effetti del *fosetyl-aluminium* sull'uomo e sull'ambiente. Gli Studi, per espressa disposizione normativa, risultavano necessari per rinnovare e/o ottenere *ex novo* l'autorizzazione all'immissione in commercio dei prodotti a base di tale sostanza e, in quanto condotti su animali vertebrati, risultavano non replicabili ai sensi della normativa vigente: essi potevano quindi, a tutti gli effetti, essere assimilati a un'*essential facility* per l'accesso ai mercati interessati. Il comportamento ostativo di BCS, pertanto, avrebbe causato la revoca delle autorizzazioni di Sapec e delle altre società della Task Force e la conseguente estromissione dal mercato delle stesse.

Le risultanze istruttorie hanno consentito, preliminarmente, di identificare il mercato rilevante per la valutazione della fattispecie nella produzione e commercializzazione, sul territorio nazionale, dei soli fungicidi per la cura della peronospora della vite a base di *fosetil*. E ciò in considerazione di numerosi fattori, fra i quali l'unicità delle caratteristiche del *fosetil*, l'assenza di un rapporto di sostituibilità tra quest'ultimo e altri principi attivi, pur appartenenti alla medesima classe degli endoterapici sistemici, l'andamento dei prezzi, dei costi effettivi di impiego e delle quantità vendute delle diverse tipologie di fungicidi per la peronospora.

La posizione dominante di BCS nel mercato rilevante così definito è stata quindi valutata sulla base dei seguenti elementi: *i*) una quota di mercato pari a circa il 46% nel 2007, anno di inizio dei comportamenti contestati e del [50-60%] nel 2010; *ii*) il fatto che BCS fosse l'unico produttore verticalmente integrato, dotato di ingenti risorse economiche e finanziarie, nonché di una forte reputazione; *iii*) l'esistenza di forti barriere all'entrata per l'accesso al mercato rilevante; *iv*) il controllo, da parte di BCS, dell'input essenziale per l'accesso al mercato (gli Studi); *v*) l'elevata autonomia delle politiche di prezzo dimostrata da BCS nel periodo 2007-2010.

Dalla documentazione acquisita nel corso del procedimento, è emerso con chiarezza come il comportamento adottato da BCS fosse stato sistematicamente e deliberatamente volto a ostacolare le negoziazioni relative all'accesso agli Studi, con ciò impedendo il raggiungimento di un accordo con la Task Force. È emerso inoltre che i comportamenti di BCS avevano condotto, anche attraverso la sostanziale sterilizzazione dello strumento della procedura di conciliazione, alla revoca delle autorizzazioni possedute dalle Task Force e alla loro conseguente uscita dal mercato italiano della produzione e commercializzazione dei fungicidi a base di *fosetil* utilizzati contro la peronospora della vite.

L'intento escludente di BCS è evidenziato dalla circostanza per cui, a dispetto dei noti obblighi di collaborazione che la normativa comunitaria poneva in capo al titolare degli Studi, irriplicabili in quanto condotti su animali vertebrati, BCS aveva subordinato l'avvio della negoziazione con la Task Force a pre-condizioni che, pur differenti nelle diverse fasi della trattativa, risultavano sempre funzionali all'unico obiettivo di non giungere a un accordo. E ciò nella piena consapevolezza della pretestuosità delle richieste avanzate, confermata da una serie di documenti in cui veniva manifestata soddisfazione per il successo della strategia finalizzata a escludere concorrenti dal mercato.

Ai fini della valutazione della natura anticoncorrenziale dei comportamenti di BCS, questi ultimi sono stati quindi letti alla luce della natura di *essential facility* degli Studi oggetto di richiesta della Task Force, e ricondotti nell'ambito delle strategie escludenti poste in essere dalle società *originator* di farmaci al fine di ritardare o impedire l'accesso al mercato delle specialità generiche. Al riguardo, sono stati quindi richiamati anche gli esiti della recente indagine della Commissione europea sulla concorrenza nel settore farmaceutico, ove si evidenzia la possibilità di considerare come abusivo - in talune circostanze - l'uso strumentale delle procedure amministrative, anche laddove a produrre l'effetto di tali condotte contribuiscano necessariamente le specifiche decisioni di autorità pubbliche come, nel caso di specie, la revoca delle autorizzazioni da parte del Ministero della Salute.

In considerazione di quanto previsto dall'articolo 14-ter della legge n. 287/90, nel corso dell'istruttoria BCS ha presentato alcuni impegni volti a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali dell'Autorità, ma essi, ritenuti inidonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, sono stati rigettati.

A esito del procedimento, l'Autorità ha quindi accertato che i comportamenti di BCS configuravano una fattispecie grave di abuso di posizione dominante,

in violazione dell'articolo 102 del TFUE, consistente in un rifiuto a contrarre idoneo a provocare l'uscita dei concorrenti dal mercato. Nelle condotte di BCS, in particolare, sono stati ravvisate: *i*) una concreta portata escludente, in considerazione del fatto che l'impedimento posto da BCS alla conclusione della trattativa con la Task Force aveva reso inevitabile la revoca delle autorizzazioni di quest'ultima da parte del Ministero della Salute; *ii*) l'assenza di valide giustificazioni alternative; *iii*) l'idoneità delle condotte stesse a provocare un danno ai consumatori, in termini di minore possibilità di scelta e di significativo incremento del prezzo di vendita dei prodotti ancora presenti sul mercato.

In ragione della gravità e durata dell'infrazione, alla società Bayer Cropscience è stata applicata una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva superiore a 5 milioni di euro.

E POLIS/AUDIPRESS

Nell'aprile 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio avviato nei confronti della società Audipress Srl per presunta violazione dell'articolo 102 del TFUE, accettando gli impegni presentati dalla parte ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e chiudendo dunque l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione.

Il presunto abuso di posizione dominante da cui aveva preso le mosse, nell'aprile del 2010, l'istruttoria nei confronti di Audipress - società la cui attività principale è la realizzazione di indagini campionarie allo scopo di stimare il numero dei lettori dei quotidiani e periodici - era stato individuato nell'adozione di una decisione del Consiglio di Amministrazione della suddetta società, del 27 gennaio 2009, in virtù della quale non si era provveduto alla pubblicazione né dei dati di lettura per il periodo 2008/II (secondo semestre dell'anno) né di quelli relativi ai due successivi semestri del 2009.

I comportamenti descritti, in assenza di oggettive giustificazioni, erano stati infatti ritenuti, nel provvedimento di avvio, espressione di una strategia societaria, diretta a ostacolare, a partire dall'inizio del 2009, la diffusione dei dati di lettura di quotidiani e periodici in quanto informazioni idonee a consentire una valorizzazione aggiornata degli spazi pubblicitari offerti dalle testate, con rilevanti effetti anticoncorrenziali. La mancata disponibilità dei suddetti dati a partire dall'autunno 2008 poteva, infatti, aver prodotto effetti negativi nei confronti degli editori nuovi entranti e più in generale di quelli che, in virtù di un'offerta innovativa o dell'adozione di nuove modalità distributive, avevano realizzato una crescita nel mercato e si erano trovati tuttavia nell'impossibilità di capitalizzare i risultati ottenuti.

Con comunicazioni successive nel corso del procedimento, da ultimo nel gennaio 2011, Audipress presentava impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

In particolare, essi consistevano nell'introduzione di un nuovo articolo nel Regolamento dell'Indagine Audipress dal titolo "Sospensione e/o interruzione senza ripresa dell'indagine in corso" e nella conseguente

modifica del “Contratto Quadro” regolante i rapporti con gli Editori committenti dell’Indagine Audipress, e si sostanziano nell’adozione di una predeterminata e specifica procedura da seguire nei casi in cui, durante lo svolgimento dell’Indagine e in qualsiasi momento anteriore alla pubblicazione dei relativi dati, apparisse necessario sospendere o interrompere l’Indagine stessa. Secondo la società, la nuova procedura avrebbe avuto l’effetto di far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria, in quanto obbligava a individuare in maniera stringente i presupposti di fatto a fronte dei quali era possibile procedere alla sospensione e/o interruzione senza ripresa dell’Indagine, prevedeva oggettive verifiche di carattere tecnico circa l’effettiva esistenza dei suddetti presupposti di fatto cui risultava condizionata l’assunzione di delibere consiliari sull’argomento e infine assicurava che l’eventuale delibera di sospensione e/o interruzione senza ripresa dell’Indagine fosse assunta con un’ampia maggioranza dei consiglieri di amministrazione di Audipress, largamente rappresentativa delle sue varie componenti.

L’Autorità ha, in effetti, ritenuto che gli impegni presentati da Audipress, sottoposti a *market test* nel gennaio 2010 senza ricevere alcuna osservazione da parte di terzi, potessero rispondere alle preoccupazioni concorrenziali espresse in sede di avvio. Ciò non solo perché introducevano modifiche regolamentari che rendevano obbligatoria l’individuazione dei presupposti di fatto necessari (quale utilizzo di metodologie errate o errati strumenti di raccolta dei dati) perché potesse essere assunta una delibera di sospensione e/o interruzione dell’Indagine, ma anche perché prevedevano che la sussistenza dei suddetti presupposti dovesse essere attestata da conformi pareri tecnici emanati sia dagli istituti di ricerca incaricati dello svolgimento dell’Indagine, che dal soggetto indipendente incaricato di trasmettere all’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni una relazione tecnica di conformità della ricerca effettuata ai criteri metodologici adottati; pareri da sottoporsi al Consiglio di Amministrazione della società dal Comitato tecnico di Audipress, corredati dalle valutazioni e proposte di quest’ultimo organismo in merito alla sospensione e/o interruzione dell’Indagine. Infine, gli impegni prevedevano che l’eventuale delibera di sospensione e/o interruzione dell’Indagine dovesse essere assunta da almeno i tre quarti degli amministratori in carica, rendendo necessario il consenso dei consiglieri appartenenti a entrambe le componenti e garantendo, quindi, la più ampia condivisione possibile dell’iniziativa.

L’Autorità ha quindi ritenuto che gli impegni presentati da Audipress - avendo a oggetto l’introduzione di una disciplina, in precedenza assente, relativa ai presupposti e alle modalità di sospensione/interruzione dell’Indagine in un momento anteriore alla pubblicazione dei dati - costituissero una regolamentazione idonea a limitare comportamenti arbitrari da parte di Audipress, quali quelli contestati nell’avvio dell’istruttoria. Considerando, quindi, venute meno le preoccupazioni concorrenziali iniziali, ha accettato i suddetti impegni della parte, rendendoli obbligatori e chiudendo il procedimento senza accertare l’infrazione.

I procedimenti avviati nel 2011

PROCEDURE SELETTIVE LEGA CALCIO 2010/11 E 2011/12

Nel settembre 2011, l'Autorità ha disposto, in ottemperanza all'ordine del giudice amministrativo, la riapertura del procedimento A418 avviato nel luglio 2009 nei confronti della Lega Calcio per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 102 TFUE nell'attività di vendita collettiva dei diritti audiovisivi relativi alla Competizione di Serie A delle stagioni sportive 2010-2011 e 2011-2012.

Il procedimento era stato concluso dall'Autorità nel gennaio 2010 con l'accettazione degli impegni presentati dalla Lega Nazionale Professionisti ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e la chiusura dell'istruttoria senza accertamento dell'infrazione.

Nell'agosto 2010, tuttavia, il TAR Lazio, sez. I, con sentenza n. 10572/2010, aveva annullato il suddetto provvedimento e aveva disposto che l'Autorità fosse *“tenuta a riprendere il procedimento, nel pieno esercizio del potere a essa attribuito dalla legge, dal momento in cui lo stesso è stato illegittimamente interrotto”*. In particolare, i motivi di annullamento della suddetta sentenza sono consistiti: a) nella mancata pubblicazione degli impegni presentati il 28 dicembre 2009 da LNP e nella connessa violazione del principio del contraddittorio, b) nell'eccesso di potere nella valutazione degli impegni presentati da LNP, ritenuti non idonei a rimuovere le preoccupazioni anticoncorrenziali illustrate nell'avvio di istruttoria. Successivamente, il Consiglio di Stato, sezione VI, con sentenza n. 3230/2011, ha rigettato l'appello proposto dall'Autorità e dalla Lega Nazionale Professionisti e ha confermato la pronuncia del TAR Lazio, con conseguente annullamento della decisione dell'Autorità alla quale è stato ordinato di eseguire la sentenza.

Alla luce di ciò, considerata la necessità di dare esecuzione dell'ordine del giudice amministrativo, l'Autorità ha deliberato la riapertura del procedimento dal momento della presentazione dell'impegno del 28 dicembre 2009.

Al 31 dicembre 2011, il procedimento è in corso.

GARGANO CORSE /ACI

Nel maggio 2011, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Automobile Club d'Italia (di seguito ACI) per inottemperanza alla delibera dell'Autorità dell'11 giugno 2009 con la quale erano stati resi obbligatori gli impegni presentati dall'ACI e, contestualmente, era stato chiuso il procedimento senza accertamento dell'infrazione. In base alle misure proposte, e poi rese obbligatorie dall'Autorità, ACI si era impegnata a modificare l'articolo 17 del proprio Statuto, eliminando il riferimento all'approvazione del Regolamento CSAI da parte della stessa. Nello specifico, la modifica riguardava l'eliminazione di quanto previsto alla lettera n) dell'articolo 17 secondo cui *“Il Consiglio Generale dell'ACI approva i regolamenti di cui agli articoli 25 e 26”*.

L'istruttoria è stata avviata a seguito di una segnalazione pervenuta nell'aprile 2011 da parte della Federazione Italiana Karting - FIK, con la quale

sono state denunciate diverse condotte dell'ACI potenzialmente integranti fattispecie di inottemperanza agli impegni, tra le quali la presunta reintegra del testo originario dell'articolo 17 dello Statuto.

Sulla base degli elementi acquisiti, l'Autorità ha deliberato l'avvio del procedimento, ritenendo che la condotta in questione potesse costituire inottemperanza al provvedimento del giugno 2009. Con successiva delibera, l'Autorità nell'ottobre 2010 ha disposto un'integrazione oggettiva del procedimento, con particolare riguardo alla presunta, omessa modifica degli artt. 22, 25 e 31.1 del Regolamento CSAI nonché dell'art. 16 del regolamento sportivo CSAI, contestualmente procedendo alla proroga del termine di conclusione del procedimento. Al 31 dicembre 2011, l'istruttoria è in corso.

SELECTA/POSTE ITALIANE

Nel marzo 2011, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti della società Poste Italiane al fine di verificare l'esistenza di eventuali condotte abusive poste in essere nel mercato dei servizi di recapito di posta massiva. L'istruttoria è stata avviata sulla base delle segnalazioni pervenute dalla società Selecta, che svolge essenzialmente attività di gestione dati, stampa e imbustamento di comunicazioni rivolte dalla clientela *business* a grandi masse di destinatari, con le quali essa lamentava una serie di condotte di tipo escludente attraverso cui Poste Italiane avrebbe ostacolato, a vantaggio della propria controllata Postel Spa, l'attività di operatori indipendenti, tra cui la stessa Selecta, attivi nel settore dei servizi di intermediazione tra i clienti-mittenti e il fornitore del servizio di posta massiva. Le presunte condotte abusive sarebbero consistite, più in particolare, nell'adozione di specifiche modalità di regolazione e/o di esecuzione del rapporto contrattuale in essere tra Poste Italiane e Selecta - in particolare rispetto ai tempi di pagamento e alle esposizioni debitorie - per la fornitura del servizio di recapito, idonee a recare vantaggio alla controllata Postel. Tale servizio di recapito avviene tipicamente per mezzo del servizio c.d. di "posta massiva", che è stato prestato, sino al 31 dicembre 2010, in regime di esclusiva da parte di Poste Italiane Spa.

In tale contesto, l'Autorità nel provvedimento di avvio ha considerato che una condotta abusiva di tipo escludente, posta in essere da Poste Italiane, potrebbe essere ravvisata nel repentino cambiamento di strategia dell'operatore postale in relazione ai rapporti in essere con Selecta per l'erogazione dei servizi di recapito a valle dell'attività di posta massiva, tanto con riguardo alle modalità di rientro dal debito, quanto con riguardo ai tempi di pagamento.

Sotto il primo profilo, Poste Italiane, mentre avrebbe consentito nel tempo la creazione di una esposizione debitoria di Selecta pari a 65 milioni di euro nel 2008 e a 72,3 milioni di euro nel 2009, avrebbe richiesto, a partire da settembre 2010, un piano di rientro, pena la mancata erogazione del servizio e/o dietro pagamento contestuale. Ciò, secondo Selecta, a fronte di una politica di riduzione del debito di circa 21 milioni di euro nel periodo compreso tra gennaio 2010 e gennaio 2011. Al riguardo, l'Autorità ha considerato che la

mancata accettazione di piani di rientro presentati da Selecta potrebbe configurarsi quale condotta abusiva posta in essere da un operatore dominante che, proprio in una fase di liberalizzazione dei mercati, utilizza la leva della esposizione debitoria dei clienti nel mercato a valle del recapito per escludere, ostacolandone l'operatività, il concorrente Selecta nel mercato a monte della intermediazione dei servizi di posta massiva.

Con riguardo al secondo profilo, l'Autorità ha prestato rilievo alla circostanza che Poste Italiane avrebbe richiesto a partire dal dicembre 2010 il pagamento contestuale dei servizi, evento questo che, analogamente al rientro dal debito, costituisce un mutamento repentino rispetto alla situazione pregressa nella quale il pagamento poteva avvenire, in base alle condizioni contrattuali, nel termine di 75 giorni, spesso di fatto dilazionato. Anche tale condotta potrebbe avere carattere escludente, non essendo finanziariamente sostenibile, per un operatore come Selecta, una simile tempistica di pagamento. In tale contesto, è emersa inoltre la circostanza che Postel, primo operatore nel mercato dei servizi di intermediazione ove opera Selecta, non sarebbe stato sottoposto agli stessi cambiamenti nelle modalità di pagamento e di rientro dai debiti con Poste Italiane. L'Autorità ha ritenuto inoltre che una simile condotta comporterebbe un vantaggio per la stessa Poste Italiane, che potrebbe acquisire, tramite Postel, la quota di mercato attualmente detenuta da Selecta, con possibili riflessi sulle condizioni dell'offerta e conseguentemente con possibile pregiudizio per i consumatori, atteso che gli utenti del servizio di posta massiva vedrebbero ridursi la possibilità di rivolgersi a operatori diversi dalla società integrata nel Gruppo Poste Italiane.

Al fine di superare le criticità concorrenziali emerse in sede di avvio, Poste Italiane nel novembre 2011 ha presentato impegni ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, consistenti nel: *i)* portare il termine per il pagamento dei corrispettivi dovuti per affrancature, di cui all'articolo 4.3 delle Condizioni tecniche attuative del servizio di posta massiva «dagli attuali 60 a 90 giorni dalla data di emissione delle fatture»; *ii)* applicare, nei rapporti con Postel, le condizioni previste dall' *“accordo all'intermediazione del servizio di Posta Massiva [...] concernenti i meccanismi di tutela contrattuale attivabili in caso di ritardo nei pagamenti, secondo le modalità precisate [...]. PI si impegna a non applicare, nei rapporti con gli intermediari diversi da Postel, le condizioni previste dai contratti stipulati con questi ultimi, concernenti i meccanismi di tutela contrattuale attivabili in caso di ritardo nei pagamenti, secondo modalità meno favorevoli di quelle specificate dal presente impegno in relazione ai rapporti con Postel”*; *iii)* *“seguire la procedura specificata di seguito per la determinazione delle condizioni applicate all'affidamento su conto corrente intersocietario concesso a Postel. Al fine di determinare il tasso da applicare all'affidamento su conto corrente intersocietario concesso a Postel, tenuto anche conto dell'ammontare dell'affidamento stesso, PI invierà una richiesta formale di quotazione indicativa a due primari istituti bancari. Le condizioni rilevate tramite la sopra descritta procedura saranno aggiornate con periodicità semestrale. Le modalità di acquisizione e aggiornamento delle condizioni applicate all'affidamento saranno inserite nel contratto di conto*

corrente intersocietario concluso da PI e Postel. PI terrà a disposizione dell'Autorità e, su sua richiesta, le comunicherà le quotazioni ricevute dagli istituti bancari contattati e la documentazione attestante i tassi applicati all'affidamento su conto corrente intersocietario concesso a Postel".

L'Autorità ha disposto la pubblicazione dei suddetti impegni. Il procedimento di valutazione degli stessi si concluderà entro il 1° marzo 2012.

ESSELUNGA/COOP ESTENSE

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società COOP Estense Società Cooperativa a r.l. (di seguito Coop Estense) al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/90. Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione di Esselunga Spa, inviata in risposta a una specifica richiesta di informazioni dell'Autorità, relativa a presunti comportamenti anticoncorrenziali messi in atto da Coop Estense tesi a impedire o, quantomeno, fortemente ostacolare l'espansione di Esselunga nella distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo nella provincia di Modena.

Più in particolare, Coop Estense avrebbe messo in atto comportamenti ingiustificatamente ostruzionistici e dilatori al fine di condizionare l'iter amministrativo già iniziato per il rilascio di autorizzazioni all'avvio di attività commerciali da parte di Esselunga, prima nel Comune di Modena e poi nel Comune di Vignola, con la conseguenza di impedire e/o ritardare in modo significativo l'espansione di tale società nei mercati degli ipermercati e supermercati nella provincia di Modena.

L'Autorità ha ritenuto particolarmente emblematiche due circostanze. In primo luogo, nel Comune di Modena, l'acquisto, da parte di Coop Estense, di una porzione del 18% di un'area posseduta per il restante 72% da Esselunga e oggetto di un programma di riqualificazione urbana che prevedeva, tra l'altro, la presenza di un supermercato nella porzione più ampia di proprietà di quest'ultima. Tale acquisto, riferito a una superficie di scarsissima appetibilità commerciale ed effettuato a prezzi decisamente superiori a quelli di mercato, sarebbe stato effettuato con l'unico obiettivo di opporsi alla realizzazione del progetto di Esselunga.

In secondo luogo, nel Comune di Vignola, la tempistica della presentazione all'Amministrazione comunale, da parte di Coop Estense, di una dichiarazione di disponibilità a contribuire alla costruzione di un edificio scolastico in una specifica area del comune, ove era in corso di approvazione una variante al Piano Regolatore Generale (PRG) funzionale alla costruzione di un supermercato di Esselunga. A seguito dell'invio da parte di Coop Estense di tale dichiarazione, il giorno precedente alla prevista approvazione della variante al PRG, questa non sarebbe mai stata approvata, né peraltro sarebbe mai stato realizzato sull'area un progetto alternativo da parte di Coop.

Nel provvedimento di avvio del procedimento si è dato atto che i comportamenti segnalati sono avvenuti sui mercati degli ipermercati e dei

supermercati nella provincia di Modena, su cui è piuttosto agevole individuare la posizione dominante di Coop in ragione sia di elementi strutturali (tra cui rilevanti quote di mercato, forte radicamento territoriale e reputazione del marchio), sia di barriere amministrative all'insediamento di nuove attività commerciali.

Si è inoltre ritenuto che le condotte di Coop Estense denunciate si prestino a integrare un'ipotesi di condotta abusiva, in quanto, sulla base della documentazione agli atti, questi ultimi: *i*) appaiono idonei a escludere un concorrente altrettanto efficiente; *ii*) non sembrano presentare alcuna altra obiettiva giustificazione economica se non l'intento escludente; e *iii*) risultano in grado di arrecare potenziale danno ai consumatori.

Al 31 dicembre 2011, il procedimento è in corso.

ESSELUNGA/UNICOOP TIRRENO - UNICOOP FIRENZE

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società UNICOOP TIRRENO Società Cooperativa a r.l. (di seguito Unicoop Tirreno) al fine di accertare l'eventuale esistenza di violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/90. Il procedimento è stato avviato sulla base di una segnalazione trasmessa da Esselunga Spa in merito a un presunto comportamento anticoncorrenziale messo in atto da Unicoop Tirreno, consistente nell'acquisizione, tramite un'impresa comune appositamente costituita con Unicoop Firenze, dell'unica area ancora disponibile a uso commerciale nel comune di Livorno. In particolare, Unicoop Tirreno, nonostante le manifestazioni di interesse già presentate da Esselunga al gruppo proprietario dell'area e le lunghe trattative già intercorse tra i due soggetti sin dal 2008, acquistava il terreno con un'offerta presentata solo nel 2010 e di importo di gran lunga inferiore a quello offerto da Esselunga. Tale condotta di Unicoop Tirreno avrebbe ostacolato l'ingresso di un nuovo concorrente (Esselunga) e impedito il dispiegarsi di una effettiva concorrenza.

I comportamenti segnalati si sono realizzati sul mercato degli ipermercati e su quello dei supermercati nella provincia di Livorno, su cui l'Autorità ha individuato la presenza di una posizione dominante di Unicoop Tirreno, sia sulla base di elementi strutturali, sia in ragione del forte radicamento della cooperativa nel territorio provinciale, della sua reputazione, della forza del marchio, nonché della scarsità di aree destinate a uso commerciale.

L'Autorità ha quindi ritenuto che i comportamenti denunciati fossero suscettibili di integrare un'ipotesi di condotta abusiva da parte di Unicoop Tirreno, in quanto non risultavano evidenze di concreti piani di valorizzazione dell'area a fini di commercio alimentare al dettaglio da parte della stessa cooperativa. Il solo vantaggio economico derivante dalla transazione appariva quindi rappresentato dall'attesa di maggiori guadagni futuri in conseguenza del mancato ingresso di un concorrente altrettanto efficiente, quale Esselunga, che avrebbe, invece, potuto esercitare una forte pressione concorrenziale sull'*incumbent*. Al riguardo, nel provvedimento si è evidenziato come, sulla base delle informazioni agli atti, nei mercati in cui opera anche Esselunga, i

prezzi praticati dalle cooperative aderenti al sistema Coop risulterebbero inferiori del 10-20% rispetto a quelli praticati dalle stesse nelle aree in cui Esselunga non è presente.

Al 31 dicembre 2011, il procedimento istruttorio è in corso.

Le concentrazioni

I procedimenti conclusi nel 2011

ELETRONICA INDUSTRIALE/DIGITAL MULTIMEDIA TECHNOLOGIES

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha concluso un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 6 della legge 287/90, avente a oggetto l'acquisizione del controllo esclusivo di Digital Multimedia Technologies Spa (di seguito DMT) da parte di Elettronica Industriale Spa (di seguito EI), autorizzando la concentrazione condizionatamente al rispetto di alcune misure correttive.

EI è la società che si occupa della realizzazione, manutenzione e gestione delle reti con le quali sono diffusi la maggior parte dei servizi televisivi del Gruppo Mediaset, quest'ultimo integrato verticalmente nei mercati a valle del settore televisivo e in particolare nel mercato dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre in tecnica digitale, nel mercato della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo e nel mercato dei servizi televisivi a pagamento (*pay-tv*).

DMT è la *holding* del Gruppo DMT che opera nel settore della costruzione, installazione, gestione e manutenzione di infrastrutture dedicate all'ospitalità di impianti di diffusione televisiva e radiofonica, nonché di impianti di telecomunicazioni.

La concentrazione interessava il settore delle infrastrutture dedicate all'ospitalità di impianti radioelettrici ("*tower business*"), costituite dalle strutture verticali (torri, pali, tralicci), idonee a ospitare i sistemi radianti (le antenne) degli operatori e dai fabbricati opportunamente attrezzati per il ricovero degli apparati trasmettenti.

L'Autorità ha ritenuto che, ai fini della valutazione della concentrazione sotto il profilo orizzontale, andassero identificati mercati rilevanti distinti con riferimento alle infrastrutture per la radiodiffusione televisiva, alle infrastrutture per la radiodiffusione sonora e alle infrastrutture per le telecomunicazioni mobili. Inoltre, in considerazione della presenza del Gruppo Mediaset nei diversi livelli della filiera televisiva, l'operazione è stata valutata sotto il profilo degli effetti verticali anche considerando gli effetti sui mercati a valle dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre in tecnica digitale (DVB-T), della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo e dei servizi televisivi a pagamento (*pay-tv*).

In relazione ai mercati delle infrastrutture per la radiodiffusione sonora e al mercato delle infrastrutture per le telecomunicazioni mobili, l'operazione non è stata ritenuta idonea a determinare effetti di natura orizzontale o verticale problematici sotto il profilo concorrenziale.

Con riferimento alle infrastrutture per la radiodiffusione televisiva, gli effetti dell'operazione, consistente nell'acquisizione da parte di EI del controllo dell'unica *tower company* indipendente attiva su scala nazionale in Italia, sono stati valutati in primo luogo con riguardo alla sovrapposizione orizzontale nel mercato delle infrastrutture per il *broadcasting* televisivo, e quindi sotto il profilo verticale, in ragione dell'integrazione verticale del Gruppo Mediaset/RTI al quale afferisce EI.

Sotto il profilo orizzontale, la nuova entità EI/DMT deterrà un numero di postazioni per il *broadcasting* televisivo sull'intero territorio nazionale compreso tra 1.500 e 2.000 e una quota di mercato in valore stimabile superiore al 50%.

In considerazione della struttura di mercato, delle caratteristiche dei concorrenti, della presenza di elevati *switching cost* e di significative barriere all'entrata, l'Autorità ha ritenuto che EI/DMT debba qualificarsi come un operatore in posizione dominante nel mercato delle infrastrutture per il *broadcasting* televisivo.

Sotto il profilo verticale, l'analisi svolta nel corso del procedimento ha condotto a ritenere che EI/DMT, attraverso il controllo delle infrastrutture per la radiodiffusione televisiva acquisito all'esito dell'operazione, avrebbe tanto la capacità di escludere operatori di rete ovvero fornitori di servizi media concorrenti, quanto, in ragione dell'appartenenza al gruppo Mediaset - presente nei mercati a valle dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre in tecnica digitale (DVB-T), della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo e dei servizi televisivi a pagamento (*pay-tv*) - forti incentivi a porre in essere condotte preclusive all'accesso alle infrastrutture, al fine di ostacolare la concorrenza nei suddetti mercati a valle.

L'Autorità, ritenendo quindi l'operazione in esame idonea a determinare effetti escludenti nel mercato dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre in tecnica digitale (DVB-T) e nel mercato della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo, ha valutato che questa fosse suscettibile di autorizzazione solo in presenza di misure idonee a sterilizzarne gli effetti anticoncorrenziali, imponendo articolati obblighi di accesso e uso delle infrastrutture di trasmissione della nuova entità a favore di tutti gli operatori nazionali su frequenze terrestri in tecnica digitale, a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, nonché alcune misure relative alla *governance* della nuova entità.

In particolare, l'operazione è stata autorizzata solo a condizione che DMT dia accesso alle proprie infrastrutture a tutti gli operatori televisivi nazionali su frequenze terrestri, in tecnica digitale, che ne facciano richiesta, a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie. In particolare, DMT dovrà consentire la co-ubicazione o condivisione delle infrastrutture necessarie alla diffusione televisiva per la trasmissione agli utenti finali su frequenze terrestri in tecnica digitale. DMT è tenuta a concedere l'accesso alle infrastrutture anche laddove ciò comporti la realizzazione di investimenti per adeguare e/o ampliare le postazioni; in tali circostanze, la nuova entità dovrà realizzare i necessari investimenti secondo un'ottica commerciale propria di una *tower company indipendente*.

DMT dovrà, inoltre, offrire il servizio di gestione degli impianti trasmissivi - comprendente l'installazione nonché la manutenzione preventiva e correttiva degli impianti - a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, prevedendo appositi livelli di servizio garantiti da adeguate penali. Il servizio di gestione degli impianti trasmissivi potrà essere svolto anche dall'operatore di rete, in proprio o tramite soggetti terzi da esso espressamente delegati. DMT dovrà rendere pubblico un listino dove saranno indicati l'ubicazione dei punti di accesso, il prezzo base dei servizi di ospitalità e dei servizi accessori di base, nonché le condizioni contrattuali, i termini generali e le regole tecniche per l'erogazione dei servizi in questione. Il listino dovrà prevedere per i servizi di ospitalità e per i servizi accessori condizioni economiche eque e orientate ai costi. Sulla base del listino pubblico, DMT è tenuta a predisporre, in favore di ogni soggetto terzo che richieda la prestazione dei servizi di accesso e dei servizi connessi sulle infrastrutture di trasmissione per l'installazione e la gestione di una rete nazionale di diffusione televisiva su frequenze terrestri in tecnica digitale, un'offerta disaggregata relativa alle condizioni economiche e tecniche di fornitura dei servizi in questione.

E' stato inoltre previsto che, nel trattamento delle richieste di soggetti terzi e nella fornitura dei servizi di accesso e uso delle infrastrutture, DMT dovrà applicare le medesime condizioni e procedure applicate ai rapporti con le società a essa collegate o da essa controllate in situazioni equivalenti. DMT dovrà altresì fornire ai soggetti terzi le informazioni con le stesse modalità applicabili ai rapporti con le società a essa collegate o da essa controllate.

Ei e/o DMT predisporranno e manterranno per tutto il periodo di vigenza delle misure correttive un sistema di archiviazione che assicuri la tracciabilità delle richieste di accesso ricevute da operatori televisivi e dell'esito delle stesse, corredato da relativi giustificativi. Tale documentazione dovrà essere conservata per due anni a partire dalla data di formalizzazione della richiesta di accesso.

Quanto alla *governance*, le misure dispongono che nel consiglio di amministrazione della nuova entità non dovranno essere nominati consiglieri che siano legati alle società che controllano DMT o a quelle sottoposte a comune controllo ovvero agli amministratori delle suddette società da rapporti di lavoro autonomo o subordinato, o a altri rapporti di natura patrimoniale o professionale, tali da comprometterne l'indipendenza.

CVA-COMPAGNIA VALDOSTANA DELLE ACQUE /DEVAL-VALLENERGIE

Nell'agosto 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/1990 nei confronti delle società CVA - Compagnia Valdostana delle Acque Spa (di seguito CVA), DEVAL Spa (di seguito Deval) e VALLENERGIE Spa (di seguito Vallenergie), vietando l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione, da parte di CVA, del 51% del capitale sociale delle società Deval e Vallenergie. Poiché la rimanente parte del capitale sociale di tale società risultava detenuta da FINAOSTA - Finanziaria Regionale Valle D'Aosta Spa (di seguito Finaosta), società della Regione Valle d'Aosta che deteneva anche la totalità del capitale

sociale di CVA, l'acquisizione avrebbe comportato, per Deval e Vallenergie, il passaggio dal controllo congiunto di Enel e Finaosta al controllo esclusivo da parte di Finaosta, attraverso CVA.

L'operazione avrebbe prodotto effetti principalmente nei mercati della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione nella Regione Valle d'Aosta, ove l'acquisizione da parte di CVA dell'operatore attivo nell'ambito del servizio di maggior tutela (Vallenergie) avrebbe determinato la creazione di un sostanziale monopolio in capo a CVA. In particolare, l'entità post-merger avrebbe detenuto una quota di mercato, in termini di numero di punti di prelievo serviti, di poco inferiore al 95-100% sul mercato domestico e di oltre il 90-95% sul mercato non domestico connesso in bassa tensione. Diversamente, nei diversi mercati locali interessati relativi alla distribuzione di energia elettrica, l'operazione esaminata avrebbe determinato la mera sostituzione del monopolista locale (Deval) con l'impresa acquirente (CVA).

Sulla base delle risultanze istruttorie è emerso che i termini nei quali veniva esercitato il controllo congiunto di Finaosta ed Enel su Deval e Vallenergie erano tali da attribuire la gestione operativa delle due società pressoché esclusivamente a Enel. Il passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo di Deval e Vallenergie avrebbe dunque comportato una effettiva modifica delle relazioni tra le parti. Nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica, in particolare, sarebbe venuta meno l'indipendenza delle politiche commerciali di CVA e Vallenergie, il che avrebbe potuto modificare gli incentivi a competere di CVA, fino ad allora l'operatore di maggiore successo nel trasferire i clienti dal mercato tutelato al mercato libero.

Il rischio di un cambiamento degli incentivi di CVA a praticare politiche di prezzo aggressive si sarebbe inserito in un contesto in cui il mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica agli utenti domestici nella Regione Valle d'Aosta era caratterizzato dall'esistenza di un'agevolazione sulla tariffa concessa dalla Regione Valle d'Aosta ai residenti, tramite la sottoscrizione di una specifica Convenzione da parte delle società di vendita. Tale Convenzione risultava di fatto sottoscritta soltanto da CVA e Vallenergie in quanto, sulla base di quanto dichiarato dai principali concorrenti di CVA, essa configurava un importante ostacolo all'accesso ai mercati valdostani, richiedendo onerose modifiche al sistema di fatturazione e di gestione della fase post-vendita alle imprese di vendita non strettamente legate al territorio.

Tale barriera normativa contribuiva pertanto a rafforzare ulteriormente il notevole vantaggio competitivo di CVA, derivante dalla sua forte identità territoriale, e dalla considerevole reputazione di cui già la società godeva presso la comunità locale valdostana.

L'operazione, pertanto, appariva in grado di accrescere l'indipendenza di comportamento di CVA e la sua capacità di esercitare il proprio potere di mercato, anche in considerazione della possibilità di un peggioramento della sua politica commerciale sul segmento del mercato libero, a causa di una maggiore convenienza economica, garantita dalla regolamentazione, del regime della maggior tutela rispetto al segmento del mercato libero.

Al fine di rispondere alle criticità espresse nel provvedimento di avvio d'istruttoria, CVA ha presentato una proposta di misura correttiva di natura comportamentale tra cui, in particolare, l'impegno a non modificare la propria offerta commerciale per un periodo di due anni, prorogabile fino a un massimo di quattro anni. L'Autorità, tuttavia, ha ritenuto tale misura inidonea a rimuovere in maniera durevole gli effetti pregiudizievoli della concorrenza nei mercati interessati, e ha pertanto vietato l'operazione esaminata in quanto suscettibile di determinare, ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 287/90, la creazione di una posizione dominante in capo a CVA, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nei mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione in Valle d'Aosta.

MOBY/TOREMAR-TOSCANA REGIONALE MARITTIMA

Nel luglio 2011, l'Autorità ha deliberato la chiusura del procedimento istruttorio avviato ai sensi della legge 287/90 articolo 16, comma 4, per valutare se l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo esclusivo di Toremar Spa da parte di Moby Spa comportasse la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato in grado di eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

L'operazione di concentrazione valutata si inseriva nel quadro della privatizzazione del gruppo Tirrenia, del quale Toremar aveva fatto parte fino al 2009. In particolare, in tale contesto, la Regione Toscana, nel dicembre 2009, aveva dato avvio alla procedura a evidenza pubblica per la privatizzazione di Toremar e per l'affidamento dei servizi di cabotaggio marittimo di interesse regionale, deliberando, nel maggio 2011, l'aggiudicazione provvisoria di Toremar a Moby.

Sia Toremar che Moby erano attive nel settore del trasporto marittimo di linea di passeggeri, veicoli e merci. In particolare, Toremar era la società alla quale era stato affidato il soddisfacimento degli obblighi di servizio pubblico nei collegamenti marittimi tra l'Arcipelago Toscano e l'Italia peninsulare, al fine di assicurare la c.d. "continuità territoriale". Tali obblighi risultavano dettagliati nel contratto di servizio che l'aggiudicatario definitivo della gara per la privatizzazione di Toremar avrebbe firmato con la Regione Toscana.

L'operazione riguardava dunque il trasporto di passeggeri, veicoli e merci tra la terraferma e le isole dell'Arcipelago Toscano. In particolare, i mercati rilevanti per l'operazione sono stati identificati come segue: *i*) il mercato del trasporto di linea passeggeri mediante aliscafo sulla rotta Piombino- Cavo - Portoferraio (Isola d'Elba); *ii*) il mercato del trasporto di linea di passeggeri, con o senza veicoli, e *iii*) il mercato del trasporto merci su ciascuna delle seguenti rotte: a) Piombino - Portoferraio (Isola d'Elba), via traghetto; b) Piombino - Rio Marina (Isola d'Elba) - Isola di Pianosa; c) Piombino - Cavo, via traghetto - Portoferraio (Isola d'Elba); d) Porto S. Stefano - Isola del Giglio; e) Livorno - Isola di Gorgona - Isola di Capraia.

La rotta Piombino - Portoferraio rappresentava il 76% dei passeggeri e l'87% dei veicoli trasportati nell'Arcipelago, risultando anche quella su cui l'operazione avrebbe avuto maggiore impatto. Su detta rotta operavano, nel 2010, tre compagnie: Moby (con quote superiori al 55% in volume e al 59% in valore), Toremar e Blu Navy. La concentrazione tra Moby e Toremar avrebbe dato luogo a un operatore con quote non inferiori al 95% sia nel trasporto passeggeri e veicoli che nel trasporto merci.

Il terzo operatore Blu Navy aveva cominciato a operare nella stagione estiva 2010. Tale ingresso aveva avuto un certo impatto sulla quota di mercato degli operatori già presenti, e in particolare su quella di Toremar, che aveva perso tra il 2009 e il 2010 su tale rotta circa l'1,5%, sia nel segmento del trasporto passeggeri che in quello del trasporto veicoli. La contrazione della quota di Moby, invece, benché più consistente (2,4% nel trasporto passeggeri e 4% nel trasporto veicoli), sembrava aver risentito soprattutto dell'avvio del servizio traghetti per Cavo (svolto da Moby stessa), su cui si era trasferita parte della domanda.

Nei mercati interessati, il prezzo è stato considerato un'importante variabile competitiva, ma non sufficiente a spostare le scelte di un numero significativo di consumatori in assenza di un'adeguata offerta di un numero minimo di viaggi A/R. Infatti, il consumatore risultava particolarmente sensibile al tempo di attesa e alla complessiva durata del tempo di viaggio. D'altra parte, l'organizzazione di un regolare servizio di linea economicamente sostenibile richiede la disponibilità di un numero minimo di *slot* (c.d. "dimensione minima efficiente"), appropriatamente distanziati nel corso della giornata. Grande rilievo è stato pertanto dato, nella valutazione degli effetti della concentrazione, alla circostanza che la nuova entità sarebbe arrivata a detenere oltre l'80% degli *slot* di partenza disponibili per il servizio su tale rotta e che solo una parte degli *slot* rimanenti avrebbero potuto essere usati per costruire un programma di corse giornaliere tecnicamente fattibile ed economicamente valido. Ciò avrebbe impedito non solo l'entrata di un altro concorrente, ma anche lo sviluppo dell'offerta del concorrente esistente.

In conclusione, le risultanze istruttorie hanno evidenziato come, nel suo complesso, l'operazione fosse in grado di conferire alla nuova entità una posizione strutturale di assoluto rilievo sia in termini di passeggeri, veicoli e merci trasportate, che in termini di disponibilità di *slot*, un input produttivo essenziale per operare nei mercati interessati. A ciò si aggiungeva l'acquisizione, da parte di Moby, del controllo delle scelte di offerta e delle informazioni relative al riempimento della capacità di Toremar, circostanza che avrebbe allentato i vincoli concorrenziali esercitati da Toremar, rafforzando la capacità già mostrata da Moby di esercitare un certo potere di mercato.

La nuova entità, quindi, a seguito dell'operazione, avrebbe acquisito quel grado di indipendenza di comportamento dai concorrenti e dai clienti che caratterizza la posizione dominante.

La concentrazione esaminata avrebbe altresì consentito a Moby e Toremar di realizzare importanti sinergie sul piano della razionalizzazione delle corse e dell'acquisto di vari input e servizi. Tuttavia, in assenza di una significativa

pressione concorrenziale, non vi erano ragioni per ritenere che tali incrementi di efficienza venissero trasferiti ai consumatori.

Per tali motivi l'Autorità ha autorizzato l'operazione di concentrazione, prescrivendo a Moby il rispetto di una serie di condizioni, tra le quali:

a) il rilascio fino a 6 *slot* sulla rotta Piombino - Portoferraio, con vincolo di destinazione su tale rotta, a favore di compagnie diverse da Moby o da soggetti da essa controllati, a fronte di richieste motivate che pervenissero prioritariamente da compagnie che avevano già fatto richiesta all'APP (Autorità Portuale di Piombino) nella stagione precedente, oppure da nuovi concorrenti;

b) l'impossibilità per ciascuna compagnia concorrente della nuova entità, a seguito del rilascio di cui in a), di detenere un numero di *slot* in partenza da Piombino sulla rotta in questione superiore al numero residuo di *slot* detenuti dalla sola Moby;

c) in caso di messa a disposizione di nuovi *slot* da parte dell'APP, una riduzione degli obblighi di rilascio di Moby solo nella misura in cui la quota detenuta dalla nuova entità non avesse superato i due terzi del totale degli *slot* disponibili;

d) un obbligo di scambio, su richiesta dei concorrenti, di *slot* temporalmente adiacenti al fine di consentire ai concorrenti di creare programmi di esercizio tecnicamente ed economicamente validi, a patto di non comportare lo scadimento della validità tecnica e commerciale dei programmi di Moby sugli *slot* residui;

e) il divieto, per la nuova entità risultante dalla concentrazione, di partecipare al primo round delle aggiudicazioni organizzate dall'APP per gli *slot* residui e/o nuovi, a meno che il numero di *slot* non fosse superiore a 5 e comunque solo per la porzione eccedente tale minimo.

f) l'obbligo di operatività delle misure relative al rilascio degli *slot* (le cui relative richieste, da effettuarsi a Moby, avrebbero dovuto essere inviate all'Autorità) a partire dalla stagione 2011, ove tecnicamente possibile, e comunque almeno a partire dal 1° gennaio 2012 fino alla stagione 2016 inclusa;

g) l'invio ogni 12 mesi all'Autorità di una relazione in merito al rilascio degli *slot*, in corrispondenza dell'assegnazione definitiva degli *slot* per la stagione successiva da parte dell'APP.

Tali condizioni sono state ritenute sufficienti ad assicurare la possibilità di entrata e di sviluppo di uno o più concorrenti, con una dimensione pari ad almeno quella minima efficiente e con la possibilità di offrire un programma di corse di adeguata qualità. Esse sono state ritenute proporzionate a tale scopo, in quanto non avrebbero comportato né la riduzione di Moby al di sotto della dimensione minima efficiente né una sua eccessiva penalizzazione.

INTESA SANPAOLO/BANCA DEL MONTE DI PARMA

Nel marzo 2011, l'Autorità ha autorizzato un'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo di Banca del Monte di Parma Spa da parte di Intesa Sanpaolo Spa condizionatamente al fatto che Intesa Sanpaolo Spa desse piena ed effettiva esecuzione a tutte le misure prescritte nel provvedimento dell'Autorità C8027, deliberato in data 20 dicembre 2006, nonché alle iniziative

di cui al provvedimento dell'Autorità C8027B, del 18 febbraio 2010, sottoposte all'Autorità da Intesa Sanpaolo Spa e da Crédit Agricole SA. Inoltre, l'autorizzazione dell'operazione era condizionata a che Intesa Sanpaolo Spa si impegnasse a far pervenire all'Autorità, entro il 30 giugno 2011, una prima relazione in merito all'esecuzione delle suddette misure e, successivamente, a inviare tempestivamente e progressivamente dettagliate informative sulle modalità con le quali sarebbe stata adottata ciascuna misura sopra indicata.

L'operazione comunicata aveva a oggetto l'acquisizione da parte di ISP di una partecipazione pari ad almeno il 51% del capitale sociale di BMP, detenuto a titolo di proprietà dalla Fondazione Monte di Parma, partecipazione suscettibile di aumentare nell'ipotesi in cui i soci di BMP diversi dalla Fondazione Monte di Parma avessero deciso di vendere tutte o parte delle loro azioni a ISP ed essendovi un impegno di ISP ad acquistare tali azioni; in ogni caso, tale quota del 51%, anche alla luce dei quorum partecipativi e deliberativi richiesti, avrebbe comportato l'acquisizione, da parte di ISP, del controllo esclusivo di BMP.

L'operazione in oggetto - che aveva un impatto su diversi mercati ricompresi nel settore bancario tradizionale, nel settore del risparmio gestito, nonché in quello assicurativo - è stata valutata nei suoi effetti concorrenziali anche alla luce dei legami esistenti tra la società acquirente (ISP) e il Gruppo Credit Agricole, in ragione dei quali quest'ultimo risultava azionista di Intesa Sanpaolo Spa, con circa il 5% del capitale sociale, e presente nella *governance* di Intesa Sanpaolo Spa avendo nominato, in data 30 aprile 2010, un proprio rappresentante nell'attuale Consiglio di Sorveglianza.

Nel procedimento istruttorio in esame, l'Autorità ha quindi ritenuto che l'operazione - comportando l'acquisizione da parte di ISP di uno dei principali e storici operatori nelle aree geografiche rilevanti e in un contesto caratterizzato dalla presenza di un operatore, Crédit Agricole, non qualificabile, allo stato, come concorrente effettivo a pieno titolo di ISP - determinasse la creazione di una posizione dominante collettiva in capo a Intesa Sanpaolo e Crédit Agricole in una serie di mercati, quali quello della raccolta, degli impieghi alle famiglie consumatrici, degli impieghi alle famiglie produttrici, della distribuzione di servizi di risparmio gestito e di prodotti assicurativi nelle province di Parma e Piacenza. L'Autorità è pervenuta a tale conclusione in ragione dei legami strutturali e personali tra Intesa Sanpaolo e Crédit Agricole, della posizione di mercato dei due gruppi, della assenza di concorrenti dotati di altrettanto potere di mercato, nonché della possibilità di reazione su altri mercati.

L'Autorità ha quindi ritenuto che gli effetti restrittivi dell'operazione in esame potessero essere superati dalla piena attuazione di misure che avessero assicurato la terzietà di Crédit Agricole rispetto a ISP e, a tal fine, ha considerato idonee le iniziative assunte da Intesa Sanpaolo Spa e Crédit Agricole Sa nell'ambito del procedimento di inottemperanza C8027B, avviato in data 14 maggio 2009, ritenute dalle stesse imprese volte a “*garantire la necessaria indipendenza tra Crédit Agricole e la nuova banca [ISP]*”, ai sensi del punto b) della delibera del 20 dicembre 2006, n. 16249”, autorizzando quindi la concentrazione subordinatamente al pieno rispetto delle suddette misure.

Inottemperanze: i procedimenti conclusi e quelli avviati nel 2011

BANCA INTESA/SAN PAOLO IMI

Nel luglio 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento ai sensi dell'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 nei confronti della società Intesa Sanpaolo Spa, ritenendo che le iniziative sottoposte da Intesa SanPaolo e Crédit e l'accordo sottoscritto tra le stesse parti fossero idonei a garantire, laddove pienamente ed effettivamente eseguite, il rispetto delle misure di cui al provvedimento C8027 - Banca Intesa/SanPaolo IMI, del 20 dicembre 2006, n. 16249, e a garantire l'eliminazione dei legami esistenti tra le due banche.

L'istruttoria era stata avviata nel maggio 2009 al fine di accertare l'eventuale inottemperanza da parte di Intesa Sanpaolo Spa alla delibera dell'Autorità del 20 dicembre 2006 n. 16249, con la quale era stata autorizzata l'operazione di concentrazione consistente nella fusione per incorporazione di Sanpaolo IMI Spa in Banca Intesa Spa, subordinatamente alla piena ed effettiva esecuzione di alcune misure.

In particolare, in relazione alla prescritta misura di cessione di 551 sportelli della nuova entità *post merger* a Crédit Agricole, soggetto già individuato da Banca Intesa Spa come acquirente in base a un preesistente accordo fra le parti, l'Autorità aveva osservato che, conformemente ai principi *antitrust* nazionali e comunitari, la cessione degli sportelli doveva essere effettuata a un soggetto terzo, idoneo a esercitare un'effettiva pressione competitiva sull'entità *post merger*, e che, a tali fini, era necessario che l'acquirente fosse un valido concorrente attuale o potenziale, indipendente e non collegato alle parti. A tale riguardo, si era osservato che Crédit Agricole non rispondeva ai requisiti di terzietà e di possesso di incentivi a competere con la nuova entità, in quanto oltre a essere un azionista di rilievo in Banca Intesa, aveva in corso *joint ventures* (CAAM e AGOS) sia nel settore del risparmio gestito sia nel credito al consumo, nonché accordi di varia natura anche in relazione al *leasing* e al *factoring*. Inoltre tra Banca Intesa e Crédit Agricole risultava l'esistenza di numerosi legami personali.

Al fine, quindi, di consentire all'Autorità di considerare la cessione degli sportelli a Crédit Agricole una misura utile a risolvere i problemi concorrenziali dell'operazione di fusione, Banca Intesa e SanPaolo IMI si erano impegnate a che l'entità *post merger* recidesse i legami strutturali, personali e commerciali con Crédit Agricole, e l'Autorità aveva quindi stabilito che la concentrazione potesse essere autorizzata a condizione che Banca Intesa Spa, in quanto società incorporante di SanPaolo IMI - oltre a varie misure strutturali aventi a oggetto, tra l'altro, la cessione di circa 200 sportelli e l'adozione di diverse modifiche nella governance - cedesse i 551 sportelli indicati a Crédit Agricole entro il 12 ottobre 2007. Ciò doveva avvenire nel rispetto di specifiche condizioni volte a garantire la necessaria indipendenza tra Crédit Agricole e la nuova banca, e consistenti, in particolare: *a)* nella riduzione della partecipazione detenuta da Crédit Agricole nel capitale sociale ordinario della nuova banca al 5% entro il 31 dicembre 2007; *b)* nella previsione che nel Consiglio di Sorveglianza e nel Consiglio di Gestione della nuova banca, così come in ogni altro suo organo di gestione/amministrazione, non fossero presenti membri di espressione diretta

o indiretta di Crédit Agricole, ovvero aventi con quest'ultimo legami personali diretti o indiretti; c) nella previsione che Crédit Agricole non partecipasse a eventuali patti di sindacato relativi alla nuova banca.

Dalle informazioni successivamente acquisite, è risultato tuttavia che Intesa SanPaolo (ISP) aveva ceduto le reti sportelli non rispettando le condizioni volte a garantire la necessaria indipendenza tra Crédit Agricole e ISP.

E' emerso, infatti, in primo luogo, il possesso di una partecipazione da parte di Crédit Agricole in ISP superiore al limite indicato nel dispositivo dell'Autorità; in secondo luogo, il mancato rispetto della condizione volta a garantire che nella *governance* di ISP non fosse presente Crédit Agricole, a fronte della stipula di un accordo fra tale società e la società Assicurazioni Generali Spa per la gestione coordinata delle rispettive partecipazioni in ISP, che consentiva a Crédit Agricole, già alla data di sottoscrizione dell'Accordo, di essere presente nella *governance* di ISP attraverso i componenti del Consiglio di Sorveglianza e Consiglio di Gestione nominati su indicazione o candidatura di Generali. La presenza, negli organi sociali di Intesa SanPaolo, di membri espressione di Crédit Agricole, con conseguente assunzione di ruoli nella suddetta *governance*, risultava idonea a incidere sugli assetti competitivi dei vari mercati del settore bancario, nei quali la stessa Crédit Agricole operava a seguito dell'acquisizione degli sportelli oggetto delle misure dell'Autorità.

Infine, sempre in relazione alle previsioni del summenzionato accordo fra Crédit Agricole e Generali, l'Autorità aveva riscontrato il mancato rispetto dell'impegno a far sì che Credit Agricole non partecipasse a eventuali patti di sindacato relativi a ISP, laddove l'accordo prevedeva, in occasione della nomina dell'intero Consiglio di Sorveglianza di ISP, la presentazione di liste comuni di candidati, l'indicazione di quattro candidati ciascuno, e la votazione con tutte le azioni di ISP di tempo in tempo possedute da Crédit Agricole e Generali. Ciò anche considerando che per la nomina del Consiglio di Gestione di ISP era prevista la consultazione tra Crédit Agricole e Generali per esprimere candidature comuni e al fine di concordare preventivamente un nominativo, se una delle due società fosse stata chiamata a esprimere una o più candidature alla carica di Consigliere di Gestione di ISP.

Nel gennaio 2010, l'Autorità aveva deliberato di ampliare l'oggetto della contestazione per inottemperanza, relativamente al superamento della partecipazione di Crédit Agricole nel capitale di Intesa SanPaolo oltre il 2%, limite che doveva essere raggiunto entro il 31 dicembre 2009 come misura prevista per l'autorizzazione condizionata nel provvedimento del 20 dicembre 2006.

Nel corso del procedimento di inottemperanza, l'Autorità ha esaminato alcune nuove iniziative presentate da Intesa SanPaolo (ISP) e Crédit Agricole (CA), ritenendole idonee, se pienamente attuate, a eliminare i legami esistenti tra le due banche e dunque a garantire che CA potesse essere considerato, ai fini *antitrust*, un operatore terzo, indipendente da ISP. In primo luogo, è stato sospeso e poi completamente superato l'accordo tra CA e Generali. Inoltre, e più in particolare, CA ha comunicato di avere depositato, attraverso la propria filiale CACEIS Investor Services, l'intera partecipazione del 3,819% detenuta in ISP

su due conti titoli separati presso Clearstream. Nel primo conto (c.d. “conto vincolato”) è stata depositata una quota cospicua del capitale ordinario ancora detenuto, nel secondo la minima parte residua. Per le azioni detenute sul conto vincolato CA ha impartito a Clearstream istruzioni irrevocabili per impedire che si possano esercitare i diritti di voto. In particolare il mandato prevede:

i) un divieto espresso di ritirare i titoli dal deposito - salvo in caso di vendita a terzi diversi dai soggetti collegati - senza che l’Autorità abbia previamente comunicato a ISP la propria autorizzazione a procedere in tal senso;

ii) l’ordine di non eseguire istruzioni di CA di depositare le azioni per il voto alle assemblee di ISP o comunque di esercitare i diritti di voto a esse connessi;

iii) l’ordine di fornire a ISP e all’Autorità qualsiasi informazione richiesta riguardante la partecipazione.

Per la minima quota residua, depositata sul secondo conto, CA si è impegnata a non presentare liste di candidati per la nomina del Consiglio di Sorveglianza di ISP, a non partecipare alle votazioni relative al rinnovo del Consiglio di Sorveglianza, comunque a non nominare o esprimere, negli organi di sorveglianza, gestione o di amministrazione di ISP, esponenti aziendali di CA o altri soggetti a essa collegati in via diretta o indiretta. A sua volta ISP ha sottoposto all’Autorità le modalità di attuazione delle iniziative presentate. La banca dovrà fare pervenire all’Autorità la documentazione relativa al rispetto, da parte di CA, dei vincoli relativi alla *governance*.

L’Autorità ha ritenuto che l’insieme delle iniziative sottoposte da CA e da ISP fossero idonee, laddove pienamente attuate, a garantire il superamento dei legami tra le due banche e quindi assicurare il rispetto delle misure; non riscontrando l’inottemperanza al proprio precedente provvedimento, ha deciso pertanto di non irrogare sanzioni a ISP.

MONITORAGGIO POST-CONCENTRAZIONE/COMPAGNIA AEREA ITALIANA/ALITALIA LINEE AEREE ITALIANE/AIR ONE

Nel novembre 2011, l’Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell’articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti della società Alitalia - Compagnia Aerea Italiana Spa per le finalità di cui all’articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 recante “*Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*” come convertito, con modificazioni, in legge dall’articolo 1, comma 1, della legge 27 ottobre 2008, n. 166.

L’operazione di concentrazione in esame - avvenuta nel dicembre 2008 - era consistita nell’acquisizione da parte della società CAI, all’uopo costituita, di taluni beni e rapporti giuridici del Gruppo Alitalia, allora in amministrazione straordinaria, e del controllo esclusivo delle società del Gruppo Air One. L’operazione, rientrando nell’ambito di applicazione del citato decreto-legge n. 134/2008, era stata esclusa dalla necessità dell’autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Ai sensi dello stesso decreto-legge, tuttavia, le parti erano state, comunque, tenute a notificare preventivamente l’operazione all’Autorità, unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente

gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione. L'Autorità, con propria deliberazione adottata nel dicembre 2008, aveva reso vincolanti le suddette misure con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie e aveva definito altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi avrebbero dovuto cessare.

Sulla base delle informazioni fornite dalla parte notificante nel 2008, a seguito dell'operazione di concentrazione in oggetto, si registrava una sovrapposizione fra le attività delle imprese del Gruppo Alitalia e quelle del Gruppo Air One su una serie di rotte nazionali e internazionali. Su tali rotte, le frequenze cumulativamente detenute dal Gruppo Alitalia e dal Gruppo Air One, nella stagione IATA precedente all'operazione di concentrazione, variavano, con poche eccezioni, tra il 60% e il 100%. Pertanto, Alitalia-CAI era divenuto l'unico vettore a offrire servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose rotte, tra cui alcune fra le più importanti in termini di trasportato, mentre su altre rotte era risultata fortemente ridotta la presenza di operatori concorrenti.

In considerazione della peculiarità dell'operazione in oggetto - notificata nel novembre 2008 ai sensi dell'articolo 1, comma 10, del citato decreto-legge n. 134/2008 -, il procedimento avviato dall'Autorità nel novembre 2011 è volto a valutare, previo accertamento della posizione dominante acquisita da Alitalia-CAI su alcuni mercati rilevanti a seguito dell'operazione di concentrazione del 2008, l'eventuale persistenza di tali posizioni dominanti. In particolare, l'operazione sembra suscettibile di aver determinato la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in capo ad Alitalia-CAI con riferimento alla quasi totalità delle rotte da/per Milano Linate e da/per Roma Fiumicino, nonché sui due collegamenti da Napoli per Torino e Venezia.

Al fine di accertare l'attuale persistenza di tali posizioni dominanti assume particolare rilievo la necessità di valutare l'esistenza, o l'eventuale sopravvenienza, di vincoli concorrenziali costituiti da altri operatori del trasporto aereo passeggeri ovvero da forme di concorrenza intermodale. Il termine entro il quale dovranno essere rimosse le situazioni di monopolio o di dominanza, eventualmente accertate a conclusione della presente istruttoria, è fissato al 28 ottobre 2012, data di inizio della stagione IATA "Winter 2012/2013". Al 31 dicembre 2011, il procedimento è in corso.

Le separazioni societarie

I procedimenti conclusi nel 2011

RFI-BLUFERRIES

Nel novembre 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società RFI - Rete Ferroviaria Italiana Spa, accertando la violazione dell'articolo 8, commi 2-bis e 2-ter della legge n. 287/90, e comminando una sanzione pecuniaria.

RFI è il gestore dell'infrastruttura ferroviaria italiana in virtù dell'atto di concessione di cui al D.M. 31 ottobre 2000, n. 138T che disciplina i rapporti fra lo Stato e la stessa RFI. Quest'ultima risulta, dunque, un'impresa che esercita *ex lege* la gestione di un servizio di interesse economico generale, ovvero opera in regime di monopolio sul mercato ai sensi dell'art. 8 citato, ed è tenuta, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*bis* della legge, a operare mediante società separate in mercati diversi da quelli in cui è titolare dell'esclusiva, nonché a darne preventiva comunicazione all'Autorità, ai sensi del comma 2-*ter* della medesima disposizione di legge.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che RFI svolgeva direttamente l'attività di trasporto marittimo veloce via aliscafo di soli passeggeri sulle tratte Messina/Reggio Calabria-aeroporto e Messina/Villa San Giovanni, senza fare ricorso a società separata, in occasione della partecipazione alla gara indetta dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti per l'affidamento del servizio di trasporto sulle suddette tratte. Al novembre 2011, infatti, non risultava ancora operativa la società separata Blufferries, costituita al fine di operare nell'offerta di servizi di trasporto marittimo di persone, automezzi e merci sullo stretto di Messina. Conseguentemente, l'Autorità ha ritenuto che lo svolgimento in via diretta della citata attività di trasporto marittimo veloce di passeggeri integrasse una violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90.

L'Autorità ha altresì accertato che RFI aveva violato il comma 2-*ter* dell'articolo 8, in quanto, non avendo proceduto alla separazione societaria, aveva conseguentemente violato gli obblighi di comunicazione preventiva previsti dalla norma; la società aveva comunicato all'Autorità la costituzione di Blufferries solo in data 19 novembre 2010.

Alla luce del dettato dell'art. 8, comma 2-*bis* - secondo cui le imprese di cui al comma 2 "*qualora intendano*" svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui operano ai sensi dell'articolo 8, comma 2, agiscono mediante società separate - l'Autorità ha rilevato che l'espressione "*prima dell'inizio dell'attività*" contenuta nella "*Comunicazione sugli adempimenti relativi alle operazioni ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 1990/287*" non può che essere intesa in senso "sostanziale", imponendo all'impresa di ottemperare agli obblighi di separazione societaria e di relativa comunicazione prima che essa acceda al mercato, ossia prima che si realizzi il confronto competitivo con i suoi concorrenti effettivi o potenziali.

L'Autorità ha ritenuto che, qualora l'accesso al mercato avvenga tramite gara, il momento in cui tale confronto competitivo si realizza è quello della presentazione delle offerte. Peraltro, l'interpretazione sostanziale della norma è stata confermata da un recente orientamento giurisprudenziale (Cfr. sentenza TAR Lazio n. 5843/2011 "*Ferrovia Adriatico Sangritana/Rami D'azienda Di S.T.A.F.*"; sentenza TAR Lazio n. 30460/10 "*Aeroporti di Roma/attività cargo Fiumicino*), secondo cui le violazioni agli obblighi stabiliti dall'art. 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, non vanno considerate infrazioni oggetto di un mero accertamento formale, ossia concernente la semplice inottemperanza all'obbligo di una

comunicazione preventiva, ma, al contrario, conseguono a un accertamento sostanziale che non differisce, nella sostanza logica e di merito tecnica, da quella svolta nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante e concentrazioni restrittive della concorrenza.

Avendo riguardo all'elemento soggettivo delle infrazioni, le circostanze accertate hanno indotto a escludere l'esistenza di una volontà diretta a eludere dolosamente il controllo dell'Autorità. Tuttavia, l'Autorità ha accertato sia la colpevole prestazione da parte di RFI, direttamente, di attività in mercati diversi da quelli in cui operava in regime di monopolio legale, sia la colpevole omissione della comunicazione preventiva all'Autorità della costituzione di società separata. Ciò, a maggior ragione, considerato non solo che un'impresa di grandi dimensioni, quale RFI, disponeva di conoscenze e risorse tali da consentirle di essere consapevole del carattere di infrazione della sua condotta, quanto, soprattutto, che la stessa RFI in passato era già stata ritenuta colpevole, e sanzionata, per violazione dell'articolo 8, comma 2-ter, legge 287/90 (caso n. SP/95 *RFI/attività di traghettamento sullo stretto di Messina*).

Infine, in merito alla durata della violazioni, con riferimento alla violazione dell'obbligo di separazione societaria, le evidenze istruttorie hanno consentito di accertare che essa era stata perpetrata a partire dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte (ottobre 2008) nell'ambito della gara indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; per quanto concerne, invece, l'omessa comunicazione preventiva, la violazione aveva avuto una durata pari al periodo compreso tra la data citata di scadenza per la presentazione delle offerte e la data di comunicazione - 4 novembre 2010 - dell'avvenuta costituzione della società Blufferies Srl.

Sulla base della gravità e durata delle violazioni contestate (mancata separazione societaria e omessa comunicazione preventiva) l'Autorità ha quindi comminato due distinte sanzioni alla società per un totale complessivo di 25mila euro.

FERROVIA ADRIATICO SANGRITANA

Nel marzo 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Ferrovia Adriatico Sangritana Spa (FAS) ai sensi dell'articolo 8, comma 2-sexies della legge n. 287/90, accertando l'inottemperanza agli obblighi di cui ai commi 2-bis e 2-ter del medesimo articolo. FAS è concessionaria in via esclusiva di una serie di servizi di TPL nella regione Abruzzo ed è, dunque, impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 8, comma 2 della l. 287/1990. Pertanto, essa è tenuta, ai sensi dell'articolo 8, commi 2-bis e 2-ter della legge, ove intenda svolgere attività in mercati diversi rispetto a quelli in cui è concessionaria, a operare mediante società separata, nonché a darne preventiva comunicazione all'Autorità.

L'istruttoria ha avuto origine da una denuncia inviata all'Autorità nel maggio 2010, nella quale si segnalava che FAS continuava a svolgere direttamente e, dunque, in assenza di separazione societaria, attività di noleggio

da rimessa con conducente e gestione di agenzie di viaggio e turismo, nonostante la pronuncia contenuta nel provvedimento dell'Autorità 17 maggio 2007 n. 16837, con la quale era già stata contestata a FAS la violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter* della legge n. 287/90, ed era stata comminata una sanzione pecuniaria pari a 10 mila euro.

Dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria, è emerso che FAS continuava effettivamente a operare in mercati diversi da quelli in cui era concessionaria senza aver proceduto né alla separazione societaria, né alla comunicazione preventiva previste dalla legge.

L'Autorità ha quindi valutato la gravità delle suddette violazioni, tenendo conto, da un lato, della persistenza delle violazioni stesse anche a seguito del citato provvedimento del 2007, dall'altro, della marginalità delle quote di mercato detenute da FAS nei settori in cui operava in regime di concorrenza, nonché della costituzione, nel corso del procedimento istruttorio, di una società separata attraverso la quale esplicare le attività non operate in regime di esclusiva.

Con specifico riferimento all'omessa comunicazione preventiva, l'Autorità ha considerato quali specifici elementi di gravità la circostanza che l'omissione fosse conseguenza diretta della violazione dell'obbligo di operare mediante società separata, nonché la consapevolezza, da parte di FAS, dell'illegittimità del proprio comportamento.

L'Autorità ha quindi ritenuto che sussistessero i presupposti per l'irrogazione a carico della società FAS della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 8, comma 2-*sexies*, della legge n. 287/90, comminata nella misura di diecimila euro per la violazione dell'obbligo di separazione societaria e di ulteriori diecimila euro per l'omessa comunicazione preventiva.

Le indagini conoscitive

I procedimenti avviati nel 2011

SETTORE DEL TELERISCALDAMENTO

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha deliberato l'avvio di un'indagine conoscitiva sul settore del teleriscaldamento, anche a seguito dell'analisi di numerose segnalazioni relative a tale settore, riguardanti aspetti quali il livello delle tariffe, i vincoli relativi alla scelta di connettersi o meno alla rete di teleriscaldamento, le modalità di affidamento della gestione del servizio.

In particolare, i primi elementi disponibili sulle caratteristiche tecniche e regolamentari dell'offerta dei servizi di teleriscaldamento evidenziano come tale attività non sia soggetta a regolamentazione delle condizioni di fornitura da parte dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, nonché il fatto che i prezzi dei servizi siano generalmente determinati dagli operatori in modo che il costo del servizio fornito dal teleriscaldamento risulti equivalente al costo che si dovrebbe sostenere per avere lo stesso servizio attraverso il gas naturale.

Inoltre, la possibilità di scelta tra il servizio di teleriscaldamento e modalità alternative di produzione del calore e dell'acqua calda appare dipendere dalla disponibilità o meno, nelle vicinanze dell'utente, di una rete alternativa a quella di teleriscaldamento. In diversi casi le reti di teleriscaldamento vengono costruite contestualmente alla realizzazione di nuovi complessi residenziali o commerciali e i comuni impongono l'allacciamento alla rete di tutti gli edifici costruiti in un'area circostante l'impianto di produzione dei fluidi. Anche laddove una rete alternativa esista, i costi di disconnessione e di passaggio a un differente sistema di produzione di calore appaiono tali da rendere la scelta iniziale pressoché irreversibile.

L'Autorità ha ritenuto che tali caratteristiche organizzative del mercato potessero presentare significative criticità dal punto di vista concorrenziale - in particolare con riferimento al livello delle tariffe per il servizio di teleriscaldamento e alle possibili restrizioni alla *interfuel competition* - e ha perciò ritenuto opportuno procedere a un'indagine conoscitiva sul settore. Al 31 dicembre 2011, l'indagine è in corso.

INDAGINE CONOSCITIVA SUI COSTI DEI SERVIZI BANCARI

Nel marzo 2011, l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge, n. 287/90, un'indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari.

L'Autorità aveva già riscontrato, nell'ambito di una precedente indagine conoscitiva, conclusa nel febbraio 2007 e prodromica a successivi interventi di segnalazione e di *enforcement* antitrust, l'esistenza di varie criticità concorrenziali relativamente a servizi bancari, quali il conto corrente e i servizi a esso collegati di incasso e pagamento, i quali costituiscono i principali prodotti attorno ai quali si instaurano i rapporti fra le banche e la clientela.

In particolare, l'Autorità aveva riscontrato: una evidente superiorità del prezzo praticato in Italia per i servizi di conto corrente e per le commissioni di altri servizi connessi rispetto a quelli applicati a livello europeo; l'esistenza di pratiche fidelizzanti la clientela *retail*; un insoddisfacente livello delle informazioni fornite sul contenuto e sui prezzi dei vari servizi, ancora non facilmente e immediatamente utilizzabili dalla domanda in quanto non sintetiche e non comparabili; l'esistenza di costi economici, burocratici e di tempistica per la chiusura e trasferimento di molti servizi bancari (quali il conto corrente e i mutui), tali da ostacolare la mobilità della domanda e quindi la concorrenza tra imprese.

Successivamente, nonostante i cambiamenti intervenuti negli assetti di mercato e nelle politiche adottate dagli operatori a seguito di alcune operazioni di concentrazione coinvolgenti istituti di credito, nonché delle riforme della normativa secondaria in materia di trasparenza e informativa sui servizi bancari, numerose denunce pervenute all'Autorità, così come alcune analisi di settore mostravano il permanere di ostacoli al pieno dispiegarsi di un confronto competitivo, come, ad esempio, l'introduzione e/o l'aumento delle commissioni su taluni servizi bancari (prelievo del contante allo sportello, pagamenti eseguiti

allo sportello, bonifici bancari compresi quelli *on line*), e di altre commissioni che l’Autorità auspicava si riducessero o azzerassero per ragioni di efficienza del sistema (quali le commissioni sui prelievi Bancomat presso ATM di altre banche).

L’Autorità ha valutato tali condotte meritevoli di approfondimento e ha ritenuto opportuno procedere a una nuova indagine conoscitiva volta ad accertare le tipologie, l’entità e la dinamica dei prezzi applicati alla clientela per i servizi bancari, quali il conto corrente e i servizi di incasso e pagamento, al fine di verificare l’eventuale permanenza di criticità competitive relativamente all’offerta di tali servizi.

Inoltre, l’indagine è finalizzata a esaminare la presenza di ostacoli che renderebbero difficoltosa la mobilità della domanda, limitando il dispiegarsi del confronto competitivo mediante la sostituzione della propria banca.

IMPIANTI DI DISTRIBUZIONE CARBURANTI INDIPENDENTI

Nel marzo 2011, l’Autorità, ha avviato, ai sensi dell’articolo 12, comma 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, un’indagine conoscitiva di natura generale nel settore della distribuzione dei carburanti in rete, con particolare riferimento all’attività degli impianti di distribuzione carburanti indipendenti in Italia e al ruolo delle principali società petrolifere verticalmente integrate, nonché all’utilizzo delle quotazioni internazionali elaborate dalla società Platt’s come riferimento per la formazione dei prezzi dei carburanti nelle diverse fasi della filiera distributiva.

A fronte di un livello assoluto del prezzo industriale di benzina e gasolio per autotrazione costantemente al di sopra della media europea, il panorama della distribuzione di carburanti in rete in Italia sembra essere stato di recente interessato da fenomeni che parrebbero in grado di accrescerne il livello di concorrenza. Le società petrolifere verticalmente integrate hanno cessato di fissare prezzi raccomandati unici per tutto il territorio nazionale e sono passate a politiche di prezzo articolate, spesso mirate sul singolo bacino o addirittura sulla singola stazione di servizio. Si è, poi, assistito a una espansione della modalità di vendita *self service*, che ha contribuito a un abbassamento del prezzo di vendita.

Infine, si sono ulteriormente sviluppati soggetti non verticalmente integrati nelle attività di raffinazione (o nella logistica primaria), che hanno introdotto nel gioco concorrenziale una variabile dinamica in grado di influenzare gli equilibri tradizionalmente esistenti tra le società petrolifere. Tali soggetti operano attraverso “impianti indipendenti”, che non sono convenzionati con le principali società petrolifere attive in Italia e, pertanto, non ne espongono i marchi. Tali impianti si approvvigionano sul mercato c.d. extra-rete, ovvero acquistando i carburanti dalle società petrolifere o da altri grossisti e facendosi carico dei costi della logistica secondaria (per il trasporto dei prodotti raffinati al deposito secondario e ai singoli punti vendita); quanto alla politica commerciale, essi si distinguono per i prezzi di vendita particolarmente convenienti rispetto a quelli praticati dagli impianti di distribuzione che espongono i principali marchi petroliferi. A fronte dell’importante funzione di stimolo concorrenziale che

possono svolgere i punti vendita senza marchio, di essi non si conoscono né il numero esatto né la localizzazione geografica, con la conseguenza che risulta difficile individuare quali siano le precondizioni strutturali necessarie al loro sviluppo (quali, ad esempio, la prossimità di raffinerie e/o depositi costieri o le caratteristiche della domanda).

In tal senso, l'Autorità ha ritenuto opportuno procedere a un'indagine conoscitiva di natura generale, nell'ambito della quale approfondire il fenomeno degli "impianti indipendenti" procedendo a una loro quantificazione, all'individuazione dei meccanismi di stimolo concorrenziale sull'attività dei punti vendita che espongono i marchi delle società petrolifere verticalmente integrate, a una valutazione delle possibilità di diffusione e a un'indagine sugli eventuali ostacoli allo sviluppo. Per tale attività, l'Autorità si avvale della collaborazione del Nucleo Speciale Tutela Mercati della Guardia di Finanza, utilizzando, inoltre, come base di partenza una banca dati trasmessa da detto Nucleo, che fornisce una prima approssimazione del numero e della localizzazione degli impianti indipendenti.

Al tempo stesso, oggetto dell'indagine conoscitiva sono il più generale assetto del sistema distributivo dei carburanti in Italia, nonché l'attività delle principali società petrolifere verticalmente integrate. Inoltre, l'indagine consentirà di approfondire l'utilizzo della quotazione *Platt's* come riferimento per la definizione dei prezzi dei carburanti nelle diverse fasi della filiera distributiva italiana, al fine di verificare congruità, adeguatezza e trasparenza di tale prassi. Al 31 dicembre 2011, l'indagine è in corso.

3. L'ATTIVITÀ DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Agricoltura e attività maifatturiere

Prodotti agricoli e alimentari

ORGANISMI PRIVATI DI CONTROLLO DELLA QUALITÀ SU PRODOTTI DOP E IGP

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

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

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

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

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

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

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

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

FORMAZIONE DEI PREZZI ALL'INGROSSO NEL SETTORE CUNICOLO

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

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

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

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

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

REGIONE LOMBARDIA-ACCORDI FILIERA LATTIERO-CASEARIA.

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

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

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

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

Prodotti farmaceutici

NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI FARMACI BIOSIMILARI

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

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

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

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

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

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

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

Altre attività manifatturiere

CONSIP/GARA ARREDI PER UFFICIO

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

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

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

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

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

Energia elettrica e gas naturale

Energia elettrica

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

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

Sulla base della documentazione concernente la gara che il Ministero intendeva bandire tramite Consip Spa, l'Autorità ha riscontrato che il contenuto del Bando e il relativo Disciplinare risultavano sostanzialmente in linea con gli orientamenti espressi nei precedenti pareri e nelle proprie segnalazioni. Tuttavia, l'Autorità ha osservato che le previsioni relative all'affidamento del subappalto contenute nel disciplinare di gara non apparivano conformi alle previsioni di cui all'articolo 38 del d. lgs. n. 163/2006 "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", come novellato dall'articolo 3, comma 1, della legge n. 166/2009, laddove espressamente stabilivano che il divieto di subappalto non avrebbe operato "*tra imprese controllate o collegate ai sensi dell'articolo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alcune misure riguardanti il settore della vendita al dettaglio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gas naturale

PROVINCIA DI LUCCA - SERVIZIO DI VERIFICA DEGLI IMPIANTI TERMICI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REALIZZAZIONE IMPIANTO DI RIGASSIFICAZIONE DI GNL NEL PORTO DI BRINDISI

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

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

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

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

Servizi idrici e gestione dei rifiuti

Servizi idrici

AFFIDAMENTO IN HOUSE DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PROVINCIA DI ROVIGO - SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

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

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

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

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

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

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

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

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

Gestione dei rifiuti

GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI NELLA REGIONE SICILIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COMUNE DI AVEZZANO - SERVIZIO DI IGIENE URBANA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SMALTIMENTO RIFIUTI SANITARI

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

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

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

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

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

RECUPERABILITÀ DEGLI IMBALLAGGI MEDIANTE COMPOSTAGGIO E BIODEGRADAZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SERVIZIO DI IGIENE URBANA DELLA REGIONE SICILIA

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

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

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

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

Commercio all'ingrosso e al dettaglio

SALVAGUARDIA SALDI DI FINE STAGIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Distribuzione farmaceutica

VINCOLI IN MATERIA DI APERTURA DI PARAFARMACIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LIMITI MINIMI ALLA CHIUSURA ESTIVA DELLE FARMACIE

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

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

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

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

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

Distribuzione dei carburanti in rete

NORMATIVA REGIONALE IN MATERIA DI DISTRIBUZIONE CARBURANTI - REGIONE LOMBARDIA

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

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

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

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

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

RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA DI DISTRIBUZIONE DEI CARBURANTI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trasporti

Trasporti su strada

REGIONE ABRUZZO - SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO SU GOMMA

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

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

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

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

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

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

COMUNE DI ROMA - NUOVO IMPIANTO TARIFFARIO DEI TAXI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DIRITTI E OBBLIGHI DEI PASSEGGERI NEL TRASPORTO FERROVIARIO

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

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

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

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

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

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

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

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

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AUTOTRASPORTO

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

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

L'Autorità ha inteso ribadire, in primo luogo, i contenuti già espressi in una precedente segnalazione concernente la normativa in tema di autotrasporto, laddove si evidenziava che la previsione di accordi volontari di settore conclusi tra le organizzazioni associative di vettori rappresentati nella Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica, volti all'individuazione di 'costi minimi di esercizio', finendo per tradursi nella fissazione di tariffe minime, non costituisce uno strumento idoneo per garantire il soddisfacimento di *standard* qualitativi e di sicurezza del servizio, risultando, piuttosto, uno strumento per assicurare condizioni di redditività anche a coloro che offrono un servizio inefficiente e di qualità non elevata.

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

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

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

Trasporti ferroviari

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

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

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

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

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

ULTERIORI MISURE URGENTI PER LA STABILIZZAZIONE FINANZIARIA E LO SVILUPPO

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

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

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

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

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

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

Trasporti marittimi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trasporto pubblico locale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SERVIZIO “AMICO BUS” IN SARDEGNA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REGIONE CAMPANIA - DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TRASPORTO SCOLASTICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Telecomunicazioni

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REGOLAMENTAZIONE DEI SERVIZI DI ACCESSO ALLE RETI DI NUOVA GENERAZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Servizi postali

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diritti televisivi, editoria e servizi pubblicitari

TUTELA DEI CONTENUTI EDITORIALI SU INTERNET.

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

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

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

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

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

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

PUBBLICAZIONE DELLA DOMANDA PER LA DICHIARAZIONE GIUDIZIALE DI MORTE PRESUNTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Servizi assicurativi e fondi pensione

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI DA PARTE DEI COMUNI.

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

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

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

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI ASSICURATIVI DA PARTE DEGLI ISTITUTI SCOLASTICI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Servizi finanziari e credito

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

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

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

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

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

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO DELLE SOMME DOVUTE ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

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

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

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

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

Attività professionali e imprenditoriali

Attività professionali

ACCESSO AL MONDO DELLE PROFESSIONI DEI LAUREATI IN BIOTECNOLOGIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Servizi vari

COMUNE DI TERAMO - AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

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

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

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

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

COMUNE DI AVEZZANO (AQ)-COMPATIBILITÀ CARICHE

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

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

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

REMUNERAZIONE SPETTANTE AL CONCESSIONARIO DEL SERVIZIO DI RISCOSSIONE DELLE ENTRATE COMUNALI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO - SERVIZIO DI MARCATURA DELLE PARTITE TAVOLARI

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

L’Autorità ha in via preliminare ricordato che l’impianto e la tenuta del libro fondiario è espressione dell’esercizio della funzione pubblica volta a garantire la pubblicità del sistema tavolare, riservata in via esclusiva alla Regione Trentino Alto Adige dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5 e il cui esercizio è stato dalla Regione stessa delegato alla Provincia Autonoma di Bolzano.

In tale contesto, l'Autorità ha osservato che il servizio di marcatura delle partite tavolari, consistente nel monitoraggio di tutte le variazioni quotidiane che possono riguardare i beni immobili associati ad un determinato nominativo, con la previsione di un avviso automatico per l'utente abbonato al servizio citato, si configurava come attività aggiuntiva rispetto al conseguimento del bene pubblico da parte della comunità, rappresentato, nel caso di specie, dall'accesso ai dati contenuti nel Libro fondiario.

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

COMUNE DI SULMONA (AQ) - GESTIONE DEI SERVIZI CIMITERIALI

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

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

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

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

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

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

Attività educative, ricreative, culturali e sportive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sanità

PROCEDURA DI GARA PER LA FORNITURA DI APPARECCHIATURE DI TELEPATOLOGIA

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

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

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

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

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

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

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

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

L'Autorità ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze fossero sostanzialmente conformi agli orientamenti espressi all'Autorità in materia di bandi di gara predisposti da CONSIP. L'Autorità ha peraltro osservato che le previsioni relative all'affidamento del subappalto contenute nel disciplinare di gara potevano non risultare conformi alle previsioni di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006, come novellato dall'articolo 3, comma 1, della legge n. 166/2009, laddove espressamente stabilivano che il divieto di subappalto nei confronti di imprese singolarmente in grado di soddisfare i requisiti di partecipazione non opera *“tra imprese controllate o collegate ai sensi dell'articolo 2359 c.c. e comunque tra imprese che rappresentano, ai fini della partecipazione alla gara, un unico centro decisionale”*.

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

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

Nel luglio 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Regione Lazio e al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano in merito alle distorsioni della concorrenza prodotte dalle disposizioni di cui alla legge della Regione Lazio n. 4/2003 *“Norme in materia di autorizzazione alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie, di accreditamento istituzionale e di accordi contrattuali”* e al decreto legislativo n. 502/1992 *“Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”*. L'Autorità ha ricordato di essere già intervenuta in passato con una specifica segnalazione³⁹ in relazione allo schema di decreto legislativo in materia di riforma del Servizio Sanitario Nazionale approvato dal Consiglio dei Ministri il 14 aprile 1999. In quell'occasione, l'Autorità si era soffermata sulla previsione che sottoponeva le strutture sanitarie e socio sanitarie private ad un regime di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio (divenuto articolo 8-ter del decreto) da parte del Comune, subordinatamente alla verifica di compatibilità del progetto da parte della Regione, da effettuarsi, quest'ultima, in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PROCEDURE ADOTTATE DALLA REGIONE CALABRIA PER LA REALIZZAZIONE DI QUATTRO PRESIDOSPEDALIERI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Istruzione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESTRIZIONI NELL'ASSEGNAZIONE DEI FINANZIAMENTI PER I PROGETTI DI RICERCA DI INTERESSE NAZIONALE (C.D. PRIN)

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

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

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

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

INTERVENTI A FAVORE DEL CONSORZIO PER LA SCUOLA MOSAICISTI DEL FRIULI

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

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

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

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

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

Appalti pubblici

COMUNE DI LECCE - AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI DEL PARCO ARCHEOLOGICO

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

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

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

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

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

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

SEGNALAZIONE CONCERNENTE LE ATTIVITÀ DI AFFIDAMENTO DEL POLIGRAFICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

professionali dei candidati e sulla loro precedente esperienza in materia.

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

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

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

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

Varie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² Vedi *supra*, Capitolo I, Par. 2.

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

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

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

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

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

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

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

4. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Introduzione

Nell'ultimo anno solare (gennaio - dicembre 2011) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza.

I giudici amministrativi hanno avuto modo di pronunciarsi su alcune rilevanti questioni, sia attinenti a profili di valutazione sostanziale delle fattispecie *antitrust*, sia relative a problematiche di natura procedurale.

Più in particolare, si segnalano le decisioni in cui i giudici si sono pronunciati sulla nozione di impresa ai sensi della normativa antitrust e sull'esenzione applicabile alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale; sui profili probatori delle intese restrittive della concorrenza; sulla generale applicabilità della procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90; sulla finalità dei programmi di clemenza e l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dai *leniency applicant*; sull'istituto degli impegni e sulla legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, ivi comprese le decisioni di rigetto degli impegni.

232

Profili sostanziali

Primato del diritto comunitario sul diritto nazionale

Nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio ha richiamato il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale “*accolto a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 della Corte Costituzionale*”, secondo il quale “*i due ordinamenti, comunitario e statale, sono “distinti e al tempo stesso coordinati” e le norme del primo vengono, in forza dell’art. 11 della Costituzione, a ricevere diretta applicazione nel secondo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali. L’effetto di tale diretta applicazione -ha puntualizzato la Corte- non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie oggetto della sua cognizione, che, pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario*”.

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante

Il giudice amministrativo ha avuto modo di ribadire la nozione di mercato rilevante, con ciò intendendosi “*quella zona geograficamente circoscritta dove,*

dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza” (sentenze del Consiglio di Stato n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana* e n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*; sentenza del TAR Lazio n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Il Consiglio di Stato ha anche nuovamente chiarito che *“nelle ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all’individuazione dell’intesa, in quanto sono l’ampiezza e l’oggetto dell’intesa a circoscrivere il mercato su cui l’abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell’ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall’illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell’illecito”* (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*; n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*; nello stesso senso, TAR Lazio, sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, sentenze non definitive nn. 8945, 8947, 8949, 8950, 8952, 8953, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici* e sentenza n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Mercato merceologico

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 3013 del 20 maggio 2011, relativa al caso *Riciclaggio delle batterie esauste*, ha condiviso la definizione del mercato merceologico rilevante adottata dall’Autorità (mercati della raccolta di batterie al piombo esauste e del riciclaggio di batterie al piombo esauste) ritenendo che, se in astratto, e secondo una nozione merceologica, le batterie al piombo esauste non sono un “prodotto” ma un “rifiuto pericoloso”, è anche vero che in concreto, anche a causa dell’aumento del costo del piombo, tale “rifiuto” è divenuto un *“bene contendibile sul mercato, oggetto di scambio”*, mediante la raccolta e la successiva vendita agli *smelters*.

Mercato geografico

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, relativa al caso *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, per individuare l’estensione del mercato geografico rilevante, occorre tenere conto delle *“indicazioni di massima relative alla distribuzione delle quote di mercato delle parti e dei loro concorrenti nonché alla stregua di una prima analisi della politica dei prezzi e delle differenze di prezzo a livello nazionale o della Comunità; quindi, occorre verificare quanto emerso sulla scorta degli elementi indicati scandagliando le caratteristiche della domanda (tra cui, in specie, l’importanza delle preferenze nazionali o locali, le abitudini d’acquisto correnti dei consumatori, differenziazione e marche dei prodotti, altri fattori), al fine di verificare se le imprese operanti in aree diverse costituiscano realmente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori”*.

Il Consiglio di Stato ha inoltre rilevato che il mercato geografico rilevante, se, di regola “non può coincidere con una qualsiasi operazione economica”, può d’altro canto essere costituito anche da “una porzione ristretta del territorio nazionale ... ove in essa abbia luogo l’incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata”. Il Giudice ha quindi ritenuto corretta la definizione del mercato geografico rilevante operata dall’Autorità, coincidente con il porto di Livorno.

Intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ribadito che “i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato”. Il Collegio ha altresì rilevato che “nella logica dell’art. 2, l. n. 287/1990, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l’effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l’effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827; Cons. St., VI, 20 marzo 2001 n. 1671)”.

Nozione di pratica concordata

Nella citata sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha dapprima ricordato che “mentre la fattispecie dell’accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza”.

Con particolare riferimento alla pratica concordata, il Consiglio ha poi ribadito che il concetto di “pratica” si riferisce a condotte di più soggetti e implica che “- vi siano comportamenti di più imprese; - tali comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; - i medesimi comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; - gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale; - gli stessi siano, normalmente anche se non necessariamente, reiterati nel tempo”. Il giudice ha poi rimarcato che nella pratica concordata manca o non è

evidentemente rintracciabile un accordo espresso, posto che “*gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto*”.

Oggetto ed effetti dell'intesa

Il giudice di appello ha richiamato il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, per la sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche, necessariamente, dell'effetto; infatti “*a fronte della prova dell'esistenza di un accordo teso alla comune definizione delle strategie di prezzo, l'ulteriore dimostrazione del parallelismo di comportamenti risulta superfluo, atteso che l'illiceità della condotta già discende dalla oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza*” (sentenze del Consiglio di Stato n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Elemento soggettivo dell'intesa

Con riguardo all'elemento soggettivo dell'intesa oggettivamente anticoncorrenziale, nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio ha evidenziato che “*affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, essendo, in definitiva, l'intesa anticoncorrenziale, un illecito di mera condotta*”.

Prova dell'intesa

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/ Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ricordato il proprio consolidato orientamento in materia di prova dell'intesa restrittiva, secondo il quale “*la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun o bleeding hand) ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: - la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti; - l'esistenza di incontri tra le imprese; - gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; - i segnali e le informative reciproche; - il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate*”.

Il giudice di appello, nella citata pronuncia, ha poi ricordato che la giurisprudenza comunitaria e nazionale “*distingue tra parallelismo naturale e*

parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, o sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale (Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 102, Prezzo del latte per l'infanzia)." Quanto all'onere della prova dell'intesa, il Consesso ha rilevato che nel primo caso (elementi di prova endogeni) la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, nel secondo caso (elementi di prova esogeni) l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

Infine, con specifico riguardo all'intesa composta da una molteplicità di condotte, nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011 e n. 5171 del 16 settembre 2011 rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha ritenuto, in linea con i propri precedenti, che *"in presenza di un'intesa unitaria e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrare e collocate nel contesto complessivo della concertazione, dovendo essere considerate come "tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza". Ciò soprattutto se, come nel caso di specie, nessuna delle imprese ricorrenti non solo non si è mai dissociata dall'oggetto delle riunioni, ma ha tenuto condotte conformi a quanto in esse emerso"*.

Prova dell'intesa e unicità della condotta

Con riguardo alla possibilità che anche un singolo episodio possa costituire un'intesa restrittiva, nella citata sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il giudice di appello ha chiarito che *"se, di regola, nella pratica concordata i comportamenti si ripetono costantemente nel tempo, e non sono meramente episodici, tuttavia anche un singolo episodio non reiterato nel tempo può integrare un'intesa restrittiva, in quanto la mancata reiterazione dei comportamenti contestati non può di per sé sola precludere la configurazione in astratto della ipotizzata intesa anticoncorrenziale, atteso che la reiterazione dei comportamenti nel tempo costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa"*.

Prova dell'intesa e scambio di informazioni

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *"in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte"*.

Inoltre, nelle pronunce n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, il giudice di appello ha ritenuto che le riunioni delle imprese produttrici della pasta secca di semola, coinvolte nel procedimento dell’Autorità, non risultavano “*finalizzate esclusivamente al confronto sulle modalità con cui affrontare la crisi del settore*” ma avevano avuto “*un chiaro oggetto anticoncorrenziale. Le imprese si riunivano per discutere di prezzi e, in particolare, per concordare le strategie da seguire nella loro fissazione, confrontandosi sull’entità degli aumenti da attuare, fissando, oltre alla misura percentuale, anche la data a partire dalla quale tali aumenti avrebbero dovuto essere comunicati alla GDO*”. Obiettivo di tali riunioni era, continua il Giudice, “*eliminare ogni ragionevole incertezza in merito alla politica di prezzo di tutti i partecipanti alle stesse, coniugando la politica di aumenti dei prezzi con la ragionevole tranquillità che l’applicazione di tali aumenti non avrebbe comportato l’esclusione dal mercato delle imprese o la perdita di significative quote di mercato, data l’esistenza di generale consenso*”. Rileva inoltre il Giudice che le informazioni che le imprese si scambiavano, e di cui discutevano durante i diversi incontri, non riguardavano dati storici (ossia aumenti di prezzi già applicati), ma per lo più aumenti ancora da determinare, oppure già annunciati ma non ancora in vigore.

Prova dell’intesa e documentazione acquisita presso terzi

Il Consiglio di Stato ha ribadito il principio ormai pacifico in base al quale “*i documenti di cui è accertata l’attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili*”, posto che è difficile che “*un’impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni*” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Prova dell’intesa e rappresentanza dei soggetti cui è attribuibile la documentazione a sostegno dell’intesa

Il Consiglio di Stato, nelle decisioni n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, ha riaffermato il principio consolidato ai sensi del quale sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza, in quanto “*deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società*”.

Partecipazione alle riunioni

Con riguardo alle partecipazioni alle riunioni aventi un oggetto anticoncorrenziale, il giudice di appello ha ritenuto che “*ove risulti provato che un’impresa abbia partecipato a riunioni durante le quali sono stati*

*conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza essersi manifestamente opposta, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro. Diversamente, il fatto stesso di approvare tacitamente una iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi rappresenta una modalità di partecipazione all'intesa, idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo, anche qualora l'impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*; nello stesso senso anche sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*).*

Tuttavia, nella citata sentenza n. 2921 del 13 maggio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Collegio ha altresì rilevato che la partecipazione passiva ad un'unica riunione deve essere valorizzata dall'Autorità al fine di differenziare la posizione della società da quella delle altre imprese partecipanti.

Durata delle intese

Nella sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha chiarito che la durata dell'intesa “non deve essere valutata in funzione del periodo durante cui un accordo è in vigore, ma in funzione di quello durante il quale le imprese incolpate hanno adottato un comportamento vietato dall'articolo 81 CE” (*Tribunale di primo grado, sent. 12 dicembre 2007, T-101/05 e T-11/05- Basf, punto 187*). Pertanto, la durata “va apprezzata avendo riguardo a tutte le condotte delle imprese che risultino connotate da anticoncorrenzialità”.

Intese restrittive e disparità di trattamento

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che “il vizio di disparità di trattamento è configurabile solo a fronte di situazioni del tutto identiche”.

Intese sui prezzi

Con riguardo alla gravità delle intese sui prezzi, il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare “la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese)”. Sono di conseguenza vietate, rileva il Giudice, “non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Inoltre, secondo il giudice di appello, anche in presenza di un aumento dei costi della materia prima *“sebbene risponda ad una ordinaria regola di condotta delle imprese aumentare i prezzi in conseguenza degli aumenti dei costi della materia prima, traslandoli sui consumatori, tuttavia in un mercato concorrenziale non è lecito che “siffatto aumento dei prezzi sia frutto di una decisione concertata tra le imprese concorrenti, anziché di una scelta individuale, che potrebbe anche essere diversa dalla rigida traslazione dell’aumento dei costi” (decisione del 23 giugno 2006, n. 4017, Imballaggi metallici)*. Infine, l’eventuale modifica al ribasso, anziché al rialzo, dei prezzi di vendita a valle non è una circostanza rilevante, in quanto *“in ogni cartello esiste un incentivo per le imprese che vi partecipano a fingere di aderire all’intesa per poi sfruttare le politiche di prezzi elevati dei concorrenti per conquistare quote di mercato. In ogni caso, anche l’impresa “deviante” ha un interesse a che l’intesa si realizzi e agisca efficacemente, perché solo così sarà in grado di accrescere le proprie vendite, oppure, come nel caso di Nestlé, di tentare di contenerne il declino”*.

Difesa dell’ “herding behaviour”

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la teoria del c.d. *“herding behaviour”*, o *“comportamento del gregge”* - invocata dall’appellante per giustificare comportamenti emulativi a base irrazionale - si riferisce *“alla condotta di massa di singoli individui, o piccoli investitori, id est soggetti di cultura e diligenza medio - bassa”* e non può applicarsi per spiegare il processo di *decision making* di un imprenditore professionale, *“ossia un soggetto che ha o dovrebbe avere diligenza, accortezza e senso critico in misura superiore alla media”* (sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*).

Applicabilità dell’ esenzione di cui all’ art. 81.3 Trattato CE e dell’ art. 4 legge 287/90

Nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’esistenza della crisi nel settore della pasta non potesse rappresentare una condizione legittimante l’intesa restrittiva *“atteso che la presenza della crisi non può certo comportare l’applicazione automatica dell’ esenzione, in mancanza delle condizioni previste cumulativamente dall’ art. 81.3 del Trattato”*.

Inoltre, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, il TAR Lazio ha ricordato che la valutazione in merito alla eventuale esenzione di un’intesa restrittiva ai sensi dell’ art. 4 della legge n. 287/90 è rimessa alla discrezionalità dell’ Autorità, e che, in ogni caso, l’esenzione *“non appare suscettibile di espansione anche con riferimento alle intese i cui effetti si siano esauriti”*.

Pregiudizio al commercio tra Stati Membri

Nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza nazionale e comunitaria secondo cui *“i) l’ idoneità di*

un'intesa ad incidere sul commercio tra Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), non occorrendo dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo; ii) un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato; iii) non vi è alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (Cons. Stato, sez. VI 17 gennaio 2008, n. 102)".

Anche il TAR Lazio, nella sentenza non definitiva n. 8951 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha ritenuto che il pregiudizio al commercio tra Stati Membri è soddisfatto *“quando l'intesa appare comunque idonea ad influire, anche solo potenzialmente, sulle correnti di scambio tra Stati membri e la limitazione del confronto concorrenziale nel richiamato settore merceologico all'interno di un singolo Stato membro sembra in grado di poter arrecare tale pregiudizio, anche tenuto conto delle dimensioni sopranazionali dei gruppi di cui fanno parte alcune delle imprese interessate”*.

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Con specifico riguardo alla nozione di posizione dominante nel mercato dei servizi di terminazione sulle reti mobili, il Consiglio di Stato ha confermato le valutazioni espresse dall'Autorità, in linea con gli orientamenti comunitari, in base a cui *“se è vero che sussistono tanti mercati dei servizi di terminazione quante sono le reti mobili, è inevitabile che ciascun MNO [Mobile Network Operator] debba essere considerato dominante con riferimento alla propria rete”*. Inoltre, continua il giudice di appello *“in caso di mercati integrati, o comunque collegati, l'illiceità di un comportamento tenuto nel mercato “a monte” non può essere esclusa per il solo fatto della mancanza di una posizione dominante in quello “a valle””* (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*). Anche in tali ipotesi, infatti, il potere di leva può essere sfruttato per “estendere” sul mercato a valle la posizione detenuta nel mercato a monte.

Abuso di posizione dominante e “condotte difensive”

Nella citata sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il Consiglio di Stato, in relazione alla teoria della *meeting competition defence*, ha ritenuto che *“perché (...) l'azione contestata all'impresa in posizione dominante possa essere considerata in termini di allineamento difensivo è necessario che la stessa sia rivolta contro gli autori dell'aggressione, non già, come pacificamente si è verificato nel caso di specie, in danno di operatori terzi”*.

Abuso di posizione dominante e potere contrattuale dei clienti

Il Consiglio di Stato ha infine ritenuto che, nel caso *Tele2/TIM-Vodafone-Wind* al suo esame, anche laddove fosse stata ipotizzabile l'esistenza di un potere contrattuale esercitato dalla clientela dell'operatore dominante *“non*

risulta[va]no certo esclusi né ridimensionati gli effetti dell'abuso contestato alle società appellanti in danno degli operatori concorrenti, discriminati 'a monte' per effetto dello sfruttamento posto in essere dai c.d. MNO del vantaggio competitivo correlato alla proprietà dell'infrastruttura di rete mobile" (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011).

Disciplina antitrust e normative settoriali

Con riferimento ai rapporti tra normativa a tutela della concorrenza e la disciplina relativa alle professioni intellettuali e professionali, il TAR Lazio ha ritenuto che *"la questione inerente l'applicabilità della normativa antitrust (...) deve essere riguardata e decisa in coerente coordinamento con il quadro normativo generale, il quale (...) non conduce a ritenere la prevalenza della disciplina dettata con riferimento alle professioni intellettuali e professionali, anche a livello codicistico, rispetto alla disciplina antitrust, la quale, nel recepire la disciplina comunitaria, trova applicazione trasversale a tutti i settori di relativa rilevanza"* (sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, relativa al caso *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*).

Riparto di competenze tra Autorità antitrust e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, ha ribadito il principio secondo il quale *"i compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione"*. Con specifico riguardo a tale ultimo obbligo di motivazione, il Collegio ha osservato che *"le valutazioni dell'Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina e alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In entrambi i casi l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1187)"*.

Concentrazioni

Fase I della valutazione delle operazioni di concentrazione

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama*, ha evidenziato che, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, la fase pre-istruttoria ha la funzione di accertare se la presunzione di infrazione al divieto di concentrazione

lesiva abbia fondamento. In questo quadro, “*considerato che non vi è ragione per escludere l’attivazione della preistruttoria anche per la verifica delle operazioni di concentrazione, non vi è altresì motivo per ritenere che tale fase debba avere in questo caso contenuto diverso da quello per essa previsto in linea generale e perciò svolgersi necessariamente in modo sommario*”, dovendosi chiudere con espresse “*conclusioni nel merito*” e svolgersi attraverso una “*completa valutazione dell’operazione di concentrazione*”, sulla base di comunicazioni preventive recanti “*tutte le informazioni*” e gli “*allegati ed elementi essenziali*” per la suddetta valutazione.

Nella medesima sentenza, inoltre, il Collegio ha escluso che, nello svolgimento della pre-istruttoria, debba considerarsi vietata l’assunzione, da parte del soggetto dell’operazione, di impegni come quello di cedere punti vendita, quale “*parte integrante dell’operazione*”, poiché “*da un lato, in nessuna parte della normativa risulta espresso tale divieto, e, dall’altro, non si motiva perché l’assunzione di siffatte misure debba essere riservata all’atto formale della eventuale autorizzazione*”.

Anche il TAR Lazio, nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, ha ricordato che la fase pre-istruttoria, “*proprio in quanto può concludersi con l’accertamento dell’assenza di profili di anticoncorrenzialità, non deve essere sommaria, ma deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell’istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse*”.

Operazione di concentrazione e dominanza

Nella citata sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, il TAR Lazio, richiamando gli “*Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*”, elaborati in sede comunitaria, ha evidenziato che “*occorre presumere l’esistenza di una quota di mercato dominante quando la stessa sia pari o superiore al 50% e l’inesistenza di una concentrazione in grado di ostacolare una concorrenza effettiva quando la quota di mercato delle imprese interessate non supera il 25%, sicché qualora la quota di mercato dell’entità postmerger sia compresa tra il 25% e il 50% bisogna far riferimento anche ad altri fattori di valutazione*”.

Restrizioni accessorie alle operazioni di concentrazione

Ancora nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, il TAR Lazio ha richiamato gli orientamenti comunitari in materia di restrizioni “*direttamente connesse e necessarie*” alla realizzazione di operazioni di concentrazione, contenuti nella Comunicazione della Commissione 2005/C 56/03, nei quali è previsto che “*la Commissione si pronunci espressamente nei soli casi che presentano quesiti nuovi o non risolti, che danno adito a reale incertezza*” mentre in tutti gli altri casi spetta alle stesse imprese interessate valutare se e fino a che punto gli accordi da esse conclusi possano essere considerati accessori alla concentrazione” (e pertanto

automaticamente autorizzati dalla decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune). Il giudice ha quindi ritenuto che, gli accordi accessori all'operazione di concentrazione al suo esame, contenenti obblighi di acquisto e fornitura, non dovessero essere previamente notificati all'Autorità e non presentassero alcun profilo critico sul piano antitrust.

L'articolo 8 della legge n. 287/1990

Nozione di impresa ai sensi dell'articolo 8, comma 1, della legge n. 287/1990

Con riguardo alla nozione di impresa cui è applicabile la normativa antitrust ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 287/90, nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la “*la tesi, basata sul puro dato letterale, secondo cui l'organismo di diritto pubblico non rientrerebbe nel campo di applicazione della disciplina antitrust è smentita dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria*”, posto che la nozione di impresa “*abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro*”. Pertanto, secondo il giudice, non risultava rilevante, nel caso al suo esame, l'astratta configurabilità del COBAT (Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi) come organismo di diritto pubblico, dovendosi verificare in concreto il modo in cui esso aveva operato.

Anche il TAR Lazio, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, richiamando la rilevante giurisprudenza comunitaria, ha ricordato che “*nell'interpretazione dell'art. 8, comma 1, della legge 287/1990, va ... adottata l'ampia accezione di impresa ormai consolidata nella giurisprudenza formatasi sugli artt. 81 e 82 (ex artt. 85 e 86) del Trattato*”, che ricomprende “*qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dal suo statuto giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*”.

Infine, nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il giudice di primo grado, confermando il provvedimento dell'Autorità, ha ritenuto che anche gli esercenti le professioni intellettuali devono essere considerati imprese ai fini della normativa a tutela della concorrenza “*dal momento che la loro attività consiste nell'offerta sul mercato dietro corrispettivo di prestazioni suscettibili di valutazione economica, mentre i relativi ordini professionali devono essere ritenuti associazioni di imprese, direttamente contemplate dall'art. 2, comma 1, della legge n. 287 del 1990 tra i soggetti destinatari dei divieti, da tale legge previsti, di accordi o pratiche restrittive della concorrenza*”. Il giudice ha inoltre escluso, sulla base dei principi dell'ordinamento comunitario, che le finalità pubblicistiche perseguite dagli ordini professionali valgano a sottrarli alla disciplina antitrust, non rilevando “*la diversità di natura, pubblicistica o privata, non solo delle imprese (come statuito dall'art. 8 della legge), ma anche di ogni altro organismo in grado di influire sul comportamento delle medesime... Ne discende che, in*

ragione del dato sostanziale dell'attitudine delle determinazioni dell'ente esponenziale ad orientare il comportamento degli appartenenti alla categoria, anche il comportamento del Consiglio nazionale di un ordine professionale può assumere rilievo ai fini dell'applicazione della legge n. 287, allorché lo stesso ponga in essere comportamenti che risultino idonei a orientare il comportamento economico dei professionisti di riferimento”.

Esenzione per le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale

Nella citata sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha altresì confermato che l'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 “*introduce una deroga al principio generale della piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese pubbliche e private, applicabile alle sole imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operino in regime di monopolio legale, ma comunque limitatamente a quanto “strettamente necessario per la missione affidata”, senza che siffatta condizione possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la “stretta necessità”*”. Il Collegio pertanto, ribaltando la decisione del giudice di primo grado, ha condiviso la ricostruzione condotta dall'Autorità, da cui si evinceva che COBAT avesse posto in essere condotte anticoncorrenziali sanzionabili ai sensi della normativa antitrust.

Il TAR Lazio, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, richiamando la giurisprudenza comunitaria, ha dapprima evidenziato che occorre distinguere tra l'ipotesi in cui lo Stato agisca esercitando il potere d'imperio e quella in cui svolga attività economiche di natura industriale o commerciale. In proposito “*non ha rilevanza il fatto che lo Stato agisca direttamente tramite un organo che fa parte della Pubblica Amministrazione, ovvero tramite un ente cui abbia conferito diritti speciali o esclusivi: piuttosto occorrendo esaminare l'indole delle attività svolte dalla pubblica impresa o dall'ente al quale lo Stato ha conferito diritti speciali o esclusivi. Né la circostanza che ad un soggetto siano attribuiti taluni compiti di interesse generale può impedire che le attività di cui trattasi siano considerate attività economiche*”. Il Giudice ha quindi sottolineato che l'esenzione di cui all'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 opera soltanto nella misura in cui il comportamento in esame “*nella sua specifica manifestazione e in rapporto alla concreta fattispecie ... risulti l'unico e comprovato mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente*”. In virtù di tali principi il Giudice di primo grado ha condiviso le valutazioni dell'Autorità, secondo le quali le delibere di contingentamento adottate dal Consorzio Grano Padano avevano per oggetto ed effetto la limitazione della concorrenza tra i consorziati, identificabili con la quasi totalità dei produttori.

Nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio si è poi pronunciato in merito alle deliberazioni del Consiglio dell'ordine dei geologi, richiamando la Comunicazione della Commissione del 9 febbraio

2004 sui servizi professionali e affermando che “... le restrizioni alla concorrenza, specificatamente quelle relative al settore dei servizi professionali, devono trovare diretta giustificazione nel perseguimento dell’interesse pubblico cui la restrizione è finalizzata nei limiti discendenti dal principio di proporzionalità... ai sensi del quale... le regole devono risultare oggettivamente necessarie per raggiungere un obiettivo di interesse generale e devono costituire la misura meno restrittiva della concorrenza idonea a raggiungere tale interesse”. Il Giudice ha quindi condiviso le valutazioni dell’Autorità, secondo cui la finalità della uniformità dei compensi professionali costituisce un significativo ostacolo concorrenziale per coloro che entrano nel mondo del lavoro “i quali, costretti a tenere comportamenti economici uniformi, sono tenuti a richiedere compensi identici a quelli dei professionisti già presenti sul mercato e, quindi, presumibilmente più affermati, con la conseguenza che la protezione del prezzo identico non favorisce una migliore qualità della prestazione, ma disincentiva il professionista dal cercare di erogare prestazioni di più elevata qualità”.

Disciplina applicabile al procedimento ex articolo 8, commi 2-bis e 2-ter

Nella sentenza n. 5843 del 4 luglio 2011, *Ferrovia Adriatico Sangritana/Rami d’azienda di S.T.A.F.*, il TAR Lazio ha confermato il proprio orientamento, secondo il quale “la procedura di cui all’art. 14 [della legge n. 287/90] assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale” e pertanto deve essere estesa anche ai procedimenti volti all’accertamento delle violazioni contemplate dai commi 2-bis, 2-ter dell’art. 8 della legge n. 287/90, i quali presuppongono un’attività di accertamento che “non differisce, nella sostanza logica e di merito tecnico, al di là della concreta complessità fattuale, da quella svolta nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante e concentrazione restrittiva della concorrenza”.

Secondo il giudice, infatti, “solo esigenze puntuali (...) legate a fattispecie che, nell’ambito del settore degli illeciti concorrenziali, hanno una peculiarità autonomamente disciplinata dalla legge, possono giustificare una disciplina procedimentale diversa”, quale quella contenuta nella legge n. 689 del 1981 (richiamando, in proposito, le fattispecie di cui all’art. 15, comma 2, e all’art. 19, comma 2, della legge n. 287/90), posto che, nella procedura di cui all’art. 14 della legge n. 287/90 “le prerogative di difesa e di intervento della parte [sono] più consistenti e maggiormente aperte al contraddittorio di quanto non preveda il procedimento disciplinato dalla legge n. 689 del 1981”.

Impegni

Discrezionalità nella valutazione degli impegni

Nella sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, ai sensi del tredicesimo considerando del Regolamento CE 1/2003, le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda irrogare un’ammenda, restando comunque in capo alla Commissione un notevole margine di discrezionalità in tale valutazione. In proposito, “la valutazione preliminare di

“gravità” dell’abuso costituisce unicamente un limite di opportunità da apprezzare nel valutare se adottare la decisione con impegni, non già, viceversa, un vincolo imposto ex lege, la Commissione e le ANC disponendo di ampia discrezionalità nell’individuazione delle proprie priorità di intervento”.

Valutazione degli impegni rebus sic stantibus

Il giudice di prime cure, nella pronuncia n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, ha evidenziato che la decisione in ordine all’accettazione o meno degli impegni *“è adottata rebus sic stantibus sulla base di un giudizio prognostico e non definitivo circa la persistenza di profili di sussistenza e di gravità dell’intesa”.*

Decisioni di accettazione di impegni e azioni risarcitorie

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare che *“la decisione con impegni non comporta ... alcuna immunità sul piano civilistico ma rende solo più difficile il proficuo esperimento delle azioni risarcitorie”* (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*).

Termine per la presentazione degli impegni

Il TAR Lazio, nella sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011, *Conto TV/Sky Italia*, ha confermato il proprio orientamento secondo il quale il termine per la presentazione degli impegni ha carattere *“meramente sollecitatorio”*, in quanto *“la funzione dell’istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee, dall’altro, che l’Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 febbraio 2010, n. 3077)”.*

Obbligo del market test

Con riguardo all’obbligo di effettuare il c.d. *market test*, nella sentenza n. 3230 del 30 maggio 2011, *Procedure Selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, il Consiglio di Stato, confermando le pronunce di primo grado, ha sottolineato che *“l’accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale, nell’ambito della quale gli interessati possono presentare le loro osservazioni. La violazione di tale forma di pubblicità dà luogo, quindi, ad un vizio procedimentale in grado ex se di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni”.*

Programmi di clemenza

Il TAR Lazio ha espresso alcuni importanti principi in materia di programmi di clemenza, nelle sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*.

Finalità dei programmi di clemenza

In primo luogo, il giudice ha rilevato che, in via generale, i c.d. *leniency program* costituiscono un “*efficace mezzo di destabilizzazione dei “cartelli” tra imprenditori*”. Secondo il Giudice “*le imprese che partecipano ad un cartello (...) in un clima di incertezza in ordine ai comportamenti altrui, si trovano di fronte ad una scelta strategica, vale a dire mantenere gli impegni che nel lungo periodo massimizzano l’utile di tutti i membri, confidando che anche gli altri lo facciano, ovvero tradire gli impegni preferendo una logica di massimizzazione del profitto individuale nel breve periodo, sicché la stabilità di un cartello dipende dal grado di coesione e di fiducia reciproca che si crea tra i suoi partecipanti*” (sentenze non definitive del TAR Lazio nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Natura delle dichiarazioni dei leniency applicant

Il TAR Lazio ha altresì rilevato che le dichiarazioni fornite dalle imprese collaboranti hanno natura non solo “*eteroaccusatoria*”, ma anche “*confessoria*”, e un possibile tentativo di indurre in errore l’amministrazione procedente potrebbe far dubitare della sincera e completa cooperazione del richiedente, mettendo in pericolo la possibile applicazione del beneficio. Conseguentemente “*se nella trattazione delle domande di clemenza è comunque opportuno agire in modo cauto, è sicuramente erroneo presumere la loro scarsa genuinità in quanto l’impresa collaborante ha un interesse diretto a rispettare le regole al fine di ottenere concretamente il beneficio per il quale si è indotta a fornire elementi che, si ribadisce, non sono solo eteroaccusatori, ma sono anche confessori della partecipazione ad un’intesa illecita*” (sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Efficacia probatoria delle dichiarazioni dei leniency applicant

Con riguardo all’efficacia probatoria delle dichiarazioni dei *leniency applicant* e dei relativi riscontri da questi forniti, il TAR Lazio ha sottolineato che “*è ben difficile che i partecipanti ad un accordo illecito lascino “prove scritte” da cui dedurre in modo certo e obiettivo l’esistenza e il funzionamento dell’accordo stesso, per cui non è possibile pretendere che il collaborante il quale confessi l’intesa debba fornire un riscontro probatorio vasto e del tutto corroborante le proprie affermazioni, che verosimilmente non esiste, perché in tal modo si porrebbero nel nulla le possibilità applicative della norma e si vanificherebbe la loro ratio, mentre deve ritenersi sufficiente che alle dichiarazioni si accompagni un qualche elemento documentale idoneo a fungere da indizio preciso e concordante con le dichiarazioni rese e soprattutto, anche in assenza di questi ultimi, deve ritenersi comunque necessario che sia l’Autorità, sulla base della propria articolata istruttoria, a vagliare l’attendibilità delle dichiarazioni*” (richiama, in proposito, la propria precedente sentenza n. 36126 del 13 dicembre 2010). Pertanto “*la sola*

dichiarazione del leniency applicant, ove non supportata da concludenti e concordanti elementi di prova, non è sufficiente alla dimostrazione dell'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, fermo restando che detti elementi di prova non devono essere necessariamente forniti dagli stessi collaboranti, atteso che la loro ricerca fa carico all'Autorità procedente e, anzi, costituisce il proprium dell'attività di indagine rimessa alla stessa". (sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Nel caso specifico, il giudice ha evidenziato che il provvedimento impugnato dava conto di come le società collaboranti avessero fornito elementi documentali a supporto delle proprie dichiarazioni. Ha aggiunto inoltre che “a prescindere dalle fisiologiche differenze che possono sussistere nel dettaglio della ricostruzione dei fatti tra l'uno e l'altro dichiarante, le dichiarazioni, nel loro “nucleo forte”, sono tendenzialmente coincidenti, per cui anche eventuali incongruenze non possono incidere sul fatto che tutte e tre le imprese hanno evidenziato la sussistenza di un'intesa riguardante il territorio nazionale tra i principali produttori attivi nel settore dei cosmetici venduti attraverso il canale retail”).

Ammissibilità delle censure relative all'applicazione dei programmi di clemenza

Con riguardo alle censure relative all'applicazione dei programmi di clemenza, il giudice di prime cure ha ritenuto che le stesse “sono senz'altro ammissibili laddove tendano a dimostrare che la loro illegittimità si è tradotta in un nocumento per l'impresa ricorrente. In altri termini, le doglianze afferenti alla concreta applicazione dei programmi di clemenza sono ammissibili solo ove, attraverso di esse, l'impresa ricorrente miri a dimostrare un rapporto di causalità diretta tra l'illegittimità dell'azione amministrativa e la lesione della sua posizione giuridica derivante dal provvedimento affittivo, mentre non sono ammissibili per carenza di interesse laddove, ferma restando la responsabilità della ricorrente accertata nel provvedimento, mirino unicamente a dimostrare l'illegittima applicazione delle misure premiali alle denunciati” (sentenze non definitive nn. 8946 e 8948 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Istanza di ammissione al programma di clemenza e accesso agli atti

Quanto alla possibilità di presentare domanda di clemenza anche successivamente all'accesso agli atti del fascicolo istruttorio, il giudice di primo grado ha specificato che “l'eventuale domanda di clemenza effettuata dall'impresa che abbia già effettuato l'accesso al fascicolo istruttorio non può ritenersi di per sé non accoglibile” (sentenza non definitiva n. 8947 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Dichiarazioni dei rappresentanti delle imprese

Con riguardo all'assenza di una testimonianza resa all'Autorità direttamente dai responsabili commerciali che hanno partecipato ai giri di tavolo dell'intesa restrittiva, il TAR Lazio ha ritenuto che tale circostanza “non può costituire vizio di legittimità del provvedimento in quanto la possibilità che le

dichiarazioni confessorie possano essere rese dai “rappresentanti” dell’impresa è espressamente prevista dal par. 10 della comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell’art. 15 l. 287/1990 (...) Né può rinvenirsi la sussistenza di un obbligo per l’amministrazione procedente di convocare in audizione i testimoni diretti dei fatti, atteso che di tale obbligo non vi è traccia nelle fonti normative di settore” (sentenze non definitive nn. 8948, 8952 e 8954 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Diffida

Diffida generica

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la diffida generica è “sufficiente e pienamente legittima”, considerato che, ai sensi del proprio precedente n. 926/2004: “a) la diffida “per l’eliminazione dell’infrazione” costituisce atto dovuto da parte dell’Autorità, in quanto la finalità della diffida non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell’intesa, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali dell’intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro; b) la diffida ha quindi anche lo scopo di intimare alle imprese di astenersi dagli accertati comportamenti anticoncorrenziali per il futuro; c) se l’Autorità si limita ad impartire una diffida del tutto generica senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento da tenere con riguardo ai rapporti in essere con un soggetto terzo rispetto all’illecito, non può che prevalere una interpretazione letterale della diffida nel senso di intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati, senza che dalla diffida possa essere interpretata nel senso di comprendere comportamenti che le imprese devono tenere nei confronti di un soggetto terzo”.

Sanzioni

Gravità

Il Consiglio di Stato, ricordando che la valutazione di gravità deve essere fondata “sulla natura dell’infrazione, sull’importanza degli operatori coinvolti, sul contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati nonché sugli effetti restrittivi determinati dalla concertazione”, ha sottolineato che le intese orizzontali di prezzo sono considerate tra le restrizioni più gravi della concorrenza “poiché ne ostacolano la capacità di garantire l’efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile” (sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Inoltre, nella sentenza n. 710 del 31 gennaio 2011, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, il giudice di appello ha ritenuto che la gravità del comportamento al suo esame fosse “ulteriormente sottolineata dal fatto che esso è stato posto in essere dalla concessionaria dell’Amministrazione, quindi da un soggetto che nonostante la sua configurazione privatistica partecipa dei poteri autoritativi di quest’ultima e che, come quest’ultima, è assoggettata all’obbligo di imparzialità”.

Consapevolezza e intenzionalità dell'infrazione

Il Consiglio di Stato ha ribadito l'orientamento nazionale e comunitario sulla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito *antitrust*, sostenendo che “*a fondare il giudizio di “intenzionalità” di un’infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza è sufficiente la constatazione che la società non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza, senza che sia anche richiesta la sicura consapevolezza di trasgredire le norme indicate (Cons. St., n. 926/2004 e le decisioni ivi richiamate, Corte Giust. CE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ, punto 45; Trib. Ce, 6 aprile 1995, causa T-141/89, Trefileurope, punto 176, e 14 maggio 1998, causa T-310/94, Gruber + Weber, punto 259; 12-7-2001, British Sugar cit. punto 127)*” (sentenza del Consiglio di Stato n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*).

Similmente, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, il TAR Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva “*senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della legge 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l’onere di provare di aver agito senza colpa*”.

Infine, con la sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il Giudice di prime cure ha sostenuto che la gravità dell'intesa valutata fosse rafforzata dal fatto che era stata posta in essere in un contesto normativo “*che ha determinato l'ampia liberalizzazione del settore dei servizi professionali, del quale l'Ordine era ampiamente consapevole*”.

Sanzioni amministrative pecuniarie per inottemperanza al divieto di concentrazione o all'obbligo di notifica

Con riguardo alle sanzioni amministrative irrogate per inottemperanza al divieto di concentrazione o all'obbligo di notifica, *ex art. 19 della legge n. 287/1990*, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2742 del 9 maggio 2011, *Parmalat/Eurolat* ha evidenziato che “*la disposizione normativa di cui al citato art. 19, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, àncora il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (arg. ex art. 3 l. 24 novembre 1981, n. 689), l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza*”. Nel caso di ritardo nell'adempimento alle prescrizioni dell'Autorità, l'impresa imputata, secondo il Giudice, “*dovrà, in particolare, provare - in modo pieno e rigoroso - di aver adottato tutte le misure esigibili secondo la miglior scienza ed esperienza da un operatore di mercato del settore, idonee ad ottemperare, nel termine prefissato, alla*

prescrizione dell’Autorità, e della non prevenibilità, secondo lo stesso metro di giudizio, del ritardo nell’adempimento, imputabile a fattori imprevedibili e inevitabili estranei alla sua sfera di responsabilità (ad es., imprevedibili sviluppi del mercato, comportamenti di terzi, ecc.)”.

Criteri di quantificazione della sanzione

In relazione ai criteri adottati dall’Autorità nella quantificazione della sanzione, il Consiglio di Stato ha espresso “*l’auspicio che in futuro l’Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all’importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l’ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati (secondo le indicazioni già date all’Autorità da Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, Lottomatica), in modo da consentire al Collegio una migliore e più celere comprensione dei fatti di causa*” (sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*).

Base di calcolo del fatturato

Nella pronuncia n. 6525 del 13 dicembre 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il Consiglio di Stato ha ricordato che l’art. 23, paragrafo 2, lett. a) del Regolamento CE n. 1/2003, “*consente (...) che nella determinazione dell’importo di base dell’ammenda sia utilizzato il valore dei beni o servizi anche indirettamente riferibili all’infrazione*”.

Fatturato degli enti di tipo associativo

Con riguardo alla base di fatturato degli enti associativi, il TAR Lazio ha rilevato che “*come già affermato dalla Sezione (sentenza 11 marzo 2005 n. 1809), deve ritenersi corretta la determinazione della sanzione da irrogarsi, ai sensi dell’art. 15 della legge n. 287 del 1990, a carico di un ente di tipo associativo assumendo quale base di computo le entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto*” (sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*).

Circostanze aggravanti

Circa il ruolo organizzativo e di promozione avuto da alcune imprese in un’intesa restrittiva, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “*il grado di partecipazione all’intesa non va misurato e valutato in ragione della quota di mercato detenuta da ciascuna impresa, ma in ragione del ruolo da essa concretamente svolto*” (sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Quanto alla configurabilità dell’aggravante della recidiva, nella pronuncia n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il giudice di appello ha osservato che “*non è necessario che emerga l’assoluta identità di specie degli illeciti commessi, quanto piuttosto la relativa riconducibilità alla stessa tipologia di illecito antitrust*”.

Circostanze attenuanti

Nella sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha condiviso l'applicazione delle attenuanti concesse dall'Autorità nel provvedimento impugnato, consistenti, in particolare: in “*iniziative assunte (...) in corso di istruttoria (...) idonee ad attenuare le conseguenze dell'infrazione commessa*”, nel “*comportamento tenuto in sede di audizione finale, nel corso della quale [la società] ha dimostrato di voler attenuare ulteriormente le conseguenze dell'infrazione commessa, attraverso l'attuazione di nuove politiche commerciali*” e in “*una situazione deficitaria risultante dall'aver registrato perdite ingenti per almeno tre esercizi*”, mentre ha escluso che potessero costituire circostanze attenuanti “*quanto fatto dalle imprese in attuazione di obblighi legislativamente previsti*” e “*la quota marginale .. detenut(a) nel mercato rilevante*”.

Non è stata, inoltre, considerata circostanza idonea ad attenuare la sanzione “*la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza*”, specialmente per un monopolista legale che “*è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito*” (Consiglio di Stato, sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*). Nella stessa pronuncia, il giudice di appello ha altresì ritenuto che la collaborazione dell'impresa con l'Autorità durante il procedimento non potesse rappresentare di per sé circostanza attenuante, “*specie se gli effetti dell'intesa perdurano durante il procedimento*”.

Con riguardo, infine, all'attuazione di impegni rigettati dall'Autorità, nella sentenza n. 451 del 18 gennaio 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il TAR Lazio ha chiarito che “*l'attuazione di parte degli impegni proposti ex art. 14-ter l. 287/1990 (segnatamente, la rinuncia al ricorso proposto al TAR Campania n. 2960/2008), respinti dall'amministrazione procedente, [non può] essere considerata una condotta volta ad eliminare o attenuare le conseguenze della violazione*”.

Profili procedurali

Disciplina applicabile al procedimento antitrust

Nella sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, *Groupe Adeo/Castorama Italia*, il Consiglio di Stato ha confermato il principio, già espresso dalla stessa Sezione, in base al quale la procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90 “*assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale, nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l'Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell'art. 14 stesso*” (Cons. Stato,

Sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307)”. Pertanto, la procedura prevista dalla norma sarà applicabile tanto ai casi di intese restrittive e abusi di posizione dominante, quanto alle concentrazioni di cui all’art. 5, laddove l’Autorità ritenga che l’operazione sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell’art. 6.

Poteri istruttori

Quanto all’utilizzo di elementi istruttori nei confronti di imprese non destinatarie dell’avvio del procedimento, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5171 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, ha precisato che l’art. 8 del d.P.R. n. 217/1998 (poteri istruttori dell’Autorità), se pure impedisce all’Autorità di esercitare poteri istruttori nei confronti di imprese che non hanno ancora ricevuto la notifica dell’avvio del procedimento “*certo non preclude all’Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l’assenza nei loro confronti di significativi indizi*”. In sintesi, “*se nel corso di un accertamento ispettivo presso un’impresa già destinataria della notificazione, si rinvenivano documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento*”.

Contenuti della comunicazione di avvio del procedimento

Con riferimento alla definizione del mercato rilevante delineata nella delibera di avvio del procedimento istruttorio, il TAR Lazio ha evidenziato che “*non può ritenersi immodificabile l’ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione d’avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le coordinate generali, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive*” (sentenza n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*). Ciò vale soprattutto se si considera che “*nemmeno la definizione del mercato geografico rilevante contenuta nella comunicazione delle risultanze istruttorie (C.R.I.) ha valenza vincolante*” (richiama in proposito, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5864 del 29 settembre 2009).

Anche nelle sentenze non definitive, nn. 8945, 8952, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Giudice di prime cure ha sottolineato che la comunicazione di avvio del procedimento deve riportare gli elementi essenziali della contestazione: “*l’analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l’esito della fase istruttorio, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili delle condotte delle imprese oggetto dell’indagine, al fine di mettere in grado le stesse di poter proficuamente partecipare all’istruttoria*”. Il TAR ha quindi ritenuto che una nuova comunicazione di avvio del procedimento non è necessaria per una più specifica indicazione dell’arco temporale in cui la violazione ha avuto luogo.

Accesso agli atti del fascicolo istruttorio

Nella sentenza del TAR Lazio, n. 8944 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il giudice ha dapprima sottolineato che la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, lamentata dalla ricorrente, “*avrebbe dovuto essere fatta valere con l’apposita azione per l’accesso ai documenti amministrativi prevista dall’art. 116 c.p.a., mentre, in assenza di specifica richiesta durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l’eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al principio del contraddittorio e al diritto di difesa*”. Inoltre, secondo il Giudice, “*la parte che deduce l’esistenza di un vizio procedimentale riguardante la segretezza di documenti non può limitarsi ad una doglianza generica e astratta, ma deve indicare i fatti o le circostanze posti a base del provvedimento, da essa non conosciuti, e le conseguenze effettivamente subite*”. In altri termini “*al fine di dimostrare la consistenza delle censure, gli interessati hanno l’onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta*”.

Comunicazione delle risultanze istruttorie

Con la sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) costituisce “*la finale contestazione degli addebiti con la delimitazione dell’imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l’imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale*”. Le parti, dopo la CRI, “*hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa, contestando l’imputazione e fornendo prove a discarico*”.

Motivazione del provvedimento

Il TAR Lazio, nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, ha ricordato il principio più volte affermato secondo il quale “*l’obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi non impone un’analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza*” (cfr. altresì sentenza del TAR Lazio n. 8944 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Cooperazione tra Autorità nazionale e Commissione europea

Con riguardo ai rapporti di cooperazione tra l’Autorità e la Commissione europea, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6525 del 13 dicembre 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha rilevato che “*il Regolamento CE n. 1/2003 detta regole di raccordo tra Autorità nazionali e Commissione europea, introducendo e modulando oneri e facoltà di*

informazione e consultazione, ma non priva la prima della funzione che le è propria, salvo nell'ipotesi prevista dall'art. 11.6".

Profili processuali

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha richiamato il proprio consolidato orientamento in materia di legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, secondo il quale *“il soggetto denunciante che partecipa al procedimento antitrust e ha un interesse qualificato avendo subito una lesione dei propri interessi, lesione imputabile alla condotta anticoncorrenziale, è un controinteressato in senso tecnico, che in quanto tale ha la legittimazione e l'interesse ad impugnare in giudizio i provvedimenti “assolutori” dell'Autorità (di archiviazione della denuncia)”*.

Particolarmente rilevante è poi la sentenza del Consiglio di Stato n. 4393 del 20 luglio 2011, *Carte di credito*, che, riformando la pronuncia di primo grado, ha escluso che le decisioni di rigetto degli impegni possano essere autonomamente impugnate.

In primo luogo, il giudice ha affermato che *“nell'ambito del tratto endoprocedimentale caratterizzato dalla presentazione e dell'esame sulla proposta di impegni, l'Autorità (pur non dismettendo la titolarità e l'esercizio di prerogative di stampo pubblicistico) coopera con i soggetti privati secondo modalità ispirate al dialogo, alla leale collaborazione e alla partecipazione procedimentale, con la conseguenza che appare sistematicamente incongruo (lo si ripete, anche a fronte di opzioni interpretative di carattere alternativo in astratto parimenti plausibili) anticipare in via sistematica le occasioni di esito contenzioso (sempre che -scil. - ciò non venga reso necessario da arresti procedurali ovvero da preclusioni al prosieguo dell'istruttoria, che comunque non sono individuabili nel caso del rigetto degli impegni)”*. Il Giudice ha infatti sostenuto che la possibilità di ottenere una tutela piena ed effettiva in sede giudiziaria sia riconosciuta in sede di impugnazione del provvedimento finale, ritenendo che *“le eventuali illegittimità inerenti la fase dell'esame degli impegni siano idonee a riverberarsi con effetto viziante su quest'ultimo (con esclusione delle violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento e, in via mediata, un contenuto provvedimento di carattere diverso)”*.

In secondo luogo, il Collegio ha evidenziato un motivo di carattere “formale” che porta ad escludere l'autonoma impugnabilità della delibera di rigetto degli impegni. In particolare, rileva il giudice, *“l'esame della pertinente normativa (...) depone nel senso del carattere non immediatamente lesivo dell'atto con cui l'A.G.C.M. respinge la proposta di impegni presentata dai*

soggetti sottoposti ad indagine per violazione degli articoli 2 e 3 della legge e, in via mediata, nel senso della sua non diretta impugnabilità nella sede giurisdizionale, stante l'assenza di un interesse concreto e attuale alla sua rimozione". Inoltre, "l'attività valutativa sottesa alla pronuncia in tema di impegni solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale, non potendosi ritenere che fra l'esito della prima fase (la decisione sulla proposta di impegni) e quello del procedimento complessivo sussista un nesso di presupposizione necessaria".

In virtù di quanto sopra "l'atto di rigetto degli impegni (in sè, sprovvisto di un autonomo carattere di lesività) non risulta idoneo ad incidere in modo diretto e immediato sulla posizione giuridica del soggetto sottoposto ad istruttoria (se non in base a un mero dato probabilistico, ex se inidoneo a giustificare il carattere di diretta impugnabilità)".

Peraltro, nelle sentenze del giudice di prime cure nn. 6165, 6169, 6171, 6172, 6173, 6174, 6175, 6176 e 6177 dell'11 luglio 2011, nel medesimo caso Carte di credito, il TAR Lazio ha ribadito il proprio orientamento circa l'immediata impugnabilità della decisione di rigetto degli impegni, "pur nell'attesa di conoscere le (evidentemente non omogenee) conclusioni alle quali è diversamente pervenuto il Giudice d'appello". Inoltre, il giudice, annullando il provvedimento finale dell'Autorità, ha ritenuto che "fra determinazione di rigetto degli impegni e provvedimento conclusivo del procedimento "principale" volto ad accertare la presenza di un'infrazione antitrust [vi sia] un rapporto di consequenzialità ad effetto (meramente) viziante".

Limiti del sindacato del giudice amministrativo

Il TAR Lazio e il Consiglio di Stato hanno in più occasioni affermato che "il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia, attendibile secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge" (sentenze del Consiglio di Stato n. 896 del 9 febbraio 2011 e n. 5171 n. 5172, Listino Prezzi della Pasta; n. 3013 del 20 maggio 2011, Riciclaggio delle batterie esauste; n. 2925 del 13 maggio 2011, Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana; n. 4385 del 20 luglio 2011, Rifornimenti aeroportuali; sentenze del TAR Lazio n. 3252 del 14 aprile 2011, Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci; n. 10180 del 24 dicembre 2011, Mercato del cartongesso).

Inoltre, con specifico riguardo alla discrezionalità tecnica dell'Autorità, nella sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, Groupe Adeo/Castorama Italia, il Giudice di appello ha evidenziato che "il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di

potere (logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative) ma anche con la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla P.A. quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati", precisando che "resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile (ex multis: sez. V, 5 marzo 2010, n. 1274; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; 4 settembre 2007, n. 4635; Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201)".

Anche il TAR Lazio, nelle sentenze non definitive n. 8945, 8947, 8949, 8950, 8952, 8953, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha evidenziato che *"la giurisprudenza ha altresì chiarito che al giudice amministrativo è consentito sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'individuazione del mercato rilevante, potendo valutare sia la correttezza delle scelte tecniche dalla stessa compiute, sia l'esattezza dell'interpretazione e applicazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta"*.

Infine, relativamente alle determinazioni dell'Autorità in materia di sanzioni amministrative, il giudice di prime cure ha ricordato che *"il giudice amministrativo esercita giurisdizione estesa al merito, prima ai sensi dell'art. 23 l. 689/1981, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 l. 287/1990, ora, ai sensi dell'art. 134, co. 1, lett. c), d.lgs. 104/2010"* e pertanto *"il provvedimento non può essere annullato per difetto di motivazione, dovendo il giudice compiere direttamente, sulla base degli elementi disponibili, tutti gli apprezzamenti del caso, pervenendo egli stesso, se ritiene fondate le relative censure, alla riforma o alla sostituzione in parte qua dell'atto"* (sentenza n. 451 del 18 gennaio 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri Del Mediterraneo*).

5. RAPPORTI INTERNAZIONALI

Commissione europea

Le attività nell'ambito dell'European Competition Network

Il rapporto con la Commissione nell'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - che, come noto, si esplica all'interno della rete ECN - si è articolato nell'anno 2011 in varie attività.

L'Autorità ha informato la rete delle proprie decisioni di avvio di procedimenti istruttori sulla base della normativa antitrust europea (in numero pari a 6) e preventivamente informato la Commissione - ai sensi dell'articolo 11.4 del Regolamento n. 1/2003 - delle linee di azione seguite in relazione alle 15 decisioni finali assunte nel periodo considerato in relazione ad infrazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato. Per altro verso la Commissione ha informato l'Autorità, ai sensi dell'articolo 11.6 del medesimo Regolamento, di 11 procedure avviate formalmente dalla stessa. L'Autorità ha inoltre ricevuto dalla Commissione gli *Statement of Objections* e *Preliminary Assesment* che la stessa ha inviato alle Parti nell'anno 2011, ha assistito alle audizioni con le Parti e ha partecipato ai comitati preventivamente consultati dalla Commissione in relazione alle 8 decisioni finali assunte.

La cooperazione che si esplica all'interno dell'ECN, finalizzata a garantire l'efficiente allocazione dei casi così come la coerenza dell'*enforcement*, risulta particolarmente necessaria laddove diverse autorità della concorrenza intervengano su condotte che interessano diversi paesi europei. Ad esempio, l'intervento *antitrust* nel settore dei prodotti per l'igiene ha visto coinvolte, seppure con tempistiche differenti, sia la Commissione che alcune autorità nazionali. La Commissione nel 2011 ha concluso un procedimento avente ad oggetto la concertazione segreta posta in essere da 6 produttori di detersivi per la casa volta alla concertazione dei prezzi e alla stabilizzazione delle rispettive posizioni di mercato. D'altro canto l'Autorità Italiana e quella Spagnola, al termine di procedimenti parallelamente condotti, hanno accertato e sanzionato accordi segreti aventi ad oggetto, rispettivamente, i prezzi di vendita dei prodotti per l'igiene personale e quelli dei prodotti per la cura dei capelli. Tutti e tre i procedimenti hanno avuto origine da una domanda di immunità dalla sanzione presentata dalla multinazionale Henkel.

Nel corso del 2011, l'Autorità ha inoltre partecipato ai gruppi di lavoro istituiti in ambito ECN. In particolare, tra i gruppi settoriali nel periodo in esame è risultato particolarmente attivo quello relativo al settore agro-alimentare, in ragione della crucialità che tale tema riveste nell'agenda della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza. Infatti, a fronte della considerevole volatilità che i prezzi alimentari hanno registrato negli ultimi anni, che per alcuni prodotti, in particolare, si è manifestata con importanti trend di crescita dei prezzi, numerose autorità hanno intrapreso iniziative (sia di *enforcement*, che di

segnalazione o di studio settoriale) nella prospettiva di individuare gli eventuali deficit di concorrenza che potrebbero pregiudicare il funzionamento dei mercati in cui si articola l'intera catena alimentare. Tali esperienze sono state diffusamente discusse e confrontate nell'ambito del gruppo di lavoro dedicato al settore alimentare in ambito ECN, che per il prossimo futuro ha in programma la predisposizione di un report sulle attività delle autorità nazionali in materia.

Inoltre, l'Autorità ha partecipato alle attività degli altri gruppi di lavoro settoriali attivi in ambito ECN, in particolare i gruppi dedicati ai settori dell'energia, dell'ambiente, dei servizi finanziari, alimentare, farmaceutico e telecomunicazioni contribuendo alla discussione sull'attività di *enforcement* delle singole autorità e di regolamentazione delle istituzioni europee.

Tra i gruppi dedicati a questioni di carattere orizzontale, nel periodo esaminato hanno proseguito le proprie attività, con il coinvolgimento dell'Autorità, sia il Gruppo Cartelli, sia il Gruppo *Cooperation Issues and Due Process*, nei quali gli Stati Membri e la Commissione hanno avuto modo di discutere di problemi specifici e tematiche generali concernenti l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e la cooperazione nella rete.

L'Autorità ha inoltre contribuito ai lavori del Gruppo *Mergers*. Nel periodo in esame il gruppo ha messo a punto un documento recante le "Migliori pratiche per la cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza nell'esame delle concentrazioni", formalmente adottato il 9 novembre 2011 dai Presidenti delle Autorità nazionali di concorrenza e dalla Commissione europea.

Infine l'Autorità ha contribuito all'attività del Gruppo di Lavoro sulle ispezioni informatiche, anche organizzandone nella propria sede il secondo incontro, che si è svolto il 22 settembre 2011.

Attività della Commissione in materia di intese e abusi

Nel corso del 2011 la Commissione ha portato a termine 8 procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Tabella 1 - Decisioni relative agli articoli 101 e 102 del Trattato

Numero	Nome caso	Data decisione	Fattispecie (Norme applicate)	Esito
IV.39600	Refrigeration compressors	14/12/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV.39692	IBM/Maintenance services	13/12/2011	Abuso escludente (art. 102)	Impegni
IV.39592	Standard and Poor's	15/11/2011	Abuso di sfruttamento (art. 102)	Impegni
IV.39605	CRT glass bulbs	19/10/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV.39482	Exotic fruit	12/10/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39525	Telekomunicaja Polska	22/06/2011	Abuso escludente (Art. 102)	Sanzione
IV39579	Consumer detergents	14/04/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39387	Long term electricity contracts in Belgium	03/02/2011	Abuso di sfruttamento (art. 102)	Chiusura del procedimento

Fonte: rielaborazioni interne

Le condotte censurate si ripartiscono, in egual misura, tra violazioni dell'articolo 101 del TFUE - tutte riscontrate in casi di cartelli segreti volti al coordinamento dei prezzi, all'allocazione della clientela, al controllo della produzione e ripartizione dei mercati - e abusi di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del TFUE.

Con riguardo ai casi di cartello, se da un lato la relativa numerosità degli interventi conferma che la lotta a questo tipo di condotte, inequivocabilmente dannose per i consumatori, continua a rappresentare una priorità nella *policy* della Commissione, dall'altro lato, sotto il profilo procedurale, nello svolgimento dei casi hanno assunto un ruolo di rilievo le procedure di *leniency* e di *settlement*. Infatti, tutti i procedimenti di cartello venuti a conclusione nel corso del 2010 hanno preso inizio in applicazione della prima, ad ulteriore conferma dell'importanza di tale strumento nell'individuazione dell'infrazione. In ciascun caso l'impresa che per prima ha presentato la *leniency application* ha beneficiato dell'immunità; mentre le altre imprese successivamente aderenti al programma hanno potuto beneficiare di riduzioni di sanzione variabili tra il 20% e il 50%. Inoltre, in tre delle quattro istruttorie di cartello concluse nel periodo in esame è stata adottata la procedura dei *settlement*, che, prevedendo la possibilità di uno sconto di pena (fino ad un massimo del 10%) per le imprese che riconoscono integralmente gli addebiti della Commissione e rinunciano ad alcuni determinanti diritti di difesa, comporta un importante snellimento della procedura amministrativa.

Alle 14 imprese complessivamente coinvolte nei procedimenti di cartello considerati la Commissione ha applicato sanzioni che ammontano a poco più di 600 milioni di euro, un risultato che, in termini di valore medio della sanzione, conferma la tendenza emersa nell'anno precedente.

L'articolo 102 del TFUE è stato applicato nel corso del 2010 in relazione a quattro decisioni, di cui una (Telekomunicaja Polska) conclusa con una decisione ai sensi dell'articolo 7 del Regolamento n. 1/2003 che ha imposto una sanzione all'impresa responsabile dell'illecito e due (IBM e Standard and Poor's) concluse con decisioni che, ai sensi dell'articolo 9 del medesimo Regolamento, rendono vincolanti gli impegni offerti dalle parti. A queste si è poi aggiunta una decisione di conclusione dell'istruttoria avviata nel 2007 nei confronti di Suez S.A. al fine di verificare se i contratti di lunga durata per la fornitura di energia che la stessa concludeva con i consumatori finali in Belgio comportassero restrizioni della concorrenza.

Con la decisione Telekomunicaja Polska, la Commissione è intervenuta nella prospettiva di aprire alla concorrenza il mercato polacco delle comunicazioni a mezzo internet, già oggetto di un'istruttoria di portata più ridotta da parte dell'autorità nazionale, che tuttavia nel 2008 era giunta alla conclusione che non sussistessero motivi per intervenire. La decisione comunitaria, in particolare, censura le condotte volte ad ostacolare l'accesso di concorrenti nei mercati della vendita di servizi di connessione internet a banda larga ai consumatori finali, poste in essere dell'*incumbent* polacco verticalmente integrato, dal quale soltanto dipendeva la fornitura all'ingrosso dei medesimi servizi di accesso. Avendo provato che il comportamento di

Telekomunikacja Polska nel mercato all'ingrosso era tale da determinare restrizioni della concorrenza sul mercato al dettaglio, con ripercussioni negative per gli utilizzatori finali - testimoniate dalla scarsa penetrazione della banda larga, nonché dalle deteriorate condizioni di fruizione di tale servizio, in termini di prezzi e velocità di connessione - la Commissione ha sanzionato tale operatore per un ammontare pari a circa 128 milioni di euro.

Con la decisione Standard and Poor's la Commissione è intervenuta nel settore finanziario, il quale, in virtù del ruolo cardine che ricopre nell'intero sistema economico, si colloca in cima alle priorità nell'*enforcement* a livello comunitario delle norme antitrust, nella prospettiva di contribuire alla promozione di un contesto competitivo integrato, nonché stabile, equo ed efficiente. La decisione in questione si è in particolare concentrata sul mercato dei dati finanziari, che costituiscono un input estremamente importante per consentire agli operatori finanziari di valutare le condizioni di mercato, nonché per erogare in maniera efficiente i servizi di *trading* e *clearing*.

Standard and Poor's (S&P) è l'agenzia nazionale incaricata, negli Stati Uniti, di applicare gli International Securities Identification Numbers (ISINs), sviluppati secondo lo standard internazionale ISO 6166, per l'univoca identificazione dei titoli finanziari nelle transazioni internazionali. Essi sono impiegati nelle comunicazioni interbancarie, nelle attività di *clearing* e di *settlement*, nella predisposizione di informative alle autorità settoriali, nonché nella gestione, da parte delle istituzioni finanziarie, di *data-base* con informazioni sui titoli che esse detengono in portafoglio.

Standard & Poor's detiene una posizione di monopolio nell'attribuzione dei codici ISINs ai titoli di nuova emissione negli Stati Uniti, nonché nella distribuzione mondiale dei medesimi codici. A fronte delle preoccupazioni formulate dalla Commissione sulla natura eccessivamente onerosa delle *royalties* applicate per consentirne l'utilizzo alle banche e agli operatori specializzati nella fornitura di informazioni finanziarie (*information service providers*), la compagnia statunitense si è impegnata a modificare la propria politica tariffaria in Europa in modo tale da distribuire i codici ISINs ad un prezzo massimo di 15.000 dollari/anno sia agli *information service providers* che li ridistribuiscono in Europa, sia alle istituzioni finanziarie che se ne approvvigionano direttamente. Inoltre Standard & Poor's si è impegnata ad abolire qualsiasi commissione a carico degli utilizzatori finali che ricevono i codici per il tramite degli *information service providers*.

Con la decisione IBM la Commissione è intervenuta nel settore dell'IT, con specifico riguardo alle relazioni contrattuali che legano le grandi imprese produttrici di hardware e i loro clienti, con le quali le stesse si trovano in rapporto di concorrenza nel mercato dei servizi di manutenzione. Nel caso in esame, in particolare, la Commissione aveva ritenuto che la prassi di IBM di imporre a tali clienti/concorrenti condizioni di fornitura irragionevoli per determinati pezzi di ricambio e informazioni tecniche destasse preoccupazioni concorrenziali, per fugare le quali l'impresa si è impegnata a garantire la tempestiva disponibilità di detti input secondo termini e condizioni ragionevoli e non discriminatori.

Attività della Commissione in materia di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione

Per quanto riguarda l'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, nel 2011 la Commissione ha ricevuto 309 notifiche in applicazione del Regolamento n. 139/2004, delle quali 9 sono state ritirate in fase I e 1 in fase II. Tale dato conferma la ripresa dell'attività di *Merger and Acquisition* registrata nel 2010 (274 notifiche), rispetto al 2009 anno in cui si era registrato un calo del numero di operazioni notificate rispetto agli anni precedenti, riflettendo le condizioni di incertezza economica. L'incremento delle notifiche nel 2011 appare riflettere complessi processi di ristrutturazione e consolidamento in diversi settori industriali tra i quali il settore dell'*information technology*.

Tabella 2 - Attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione

Numero totale notifiche in applicazione del Regolamento n. 139/2004	309
Rinvio pre-notifica dalla Commissione a SM di concentrazioni di dimensione comunitaria (art. 4.4)	10
Rinvio pre-notifica da SM alla Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	17
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	2
Rinvio parziale o totale (9.3)	2
Rifiuto di rinvio (9.3)	0
Richieste di rinvio ritirate	0
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	2
Decisioni in fase I: numero totale	312
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	299
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 6.2)	4
Concentrazioni ritirate in fase I	9
Decisioni in fase II: numero totale	7
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	4
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 8.2)	1
Concentrazioni vietate (8.3)	1
Concentrazioni ritirate in fase II	1

Fonte: rielaborazioni interne

Come evidenzia la tabella 2, la maggior parte delle operazioni notificate ed esaminate nel 2011 non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale, sicché 299 operazioni sono state autorizzate in fase I, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera b. Laddove le operazioni presentavano aspetti problematici la Commissione, ancor prima di procedere all'avvio della fase II, ha esaminato e adottato impegni ai quali è stata subordinata l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2 del regolamento. Tale soluzione è stata adottata per 4 operazioni nel 2011. Si conferma la tendenza della Commissione a risolvere i dubbi concorrenziali sollevati in fase I mediante l'adozione di *remedies* solo se sufficientemente definiti, preferibilmente di carattere strutturale, consistenti in cessioni di impianti, personale, licenze, brevetti, marchi e relative attività, in grado di rimuovere interamente le riserve concorrenziali, efficaci e idonei ad assicurare la certezza dell'implementazione e la possibilità di un efficace monitoraggio.

Un esempio significativo della rilevanza accordata dalla Commissione all'obiettivo di preservare una concorrenza dinamica tra le imprese è costituito dagli impegni accettati in fase I nel caso Intel/McAfee. L'operazione, coinvolgendo mercati contigui dell'IT, è stata valutata dalla Commissione in relazione ai suoi possibili effetti conglomerati. In particolare, in questo caso la preoccupazione concorrenziale della Commissione è stata che l'ingresso di Intel sul mercato delle cd. soluzioni di *Security Technology* avrebbe potuto comportare un'esclusione degli operatori indipendenti a causa delle difficoltà di accesso a informazioni essenziali relative ai microprocessori di Intel. In questo caso, gli impegni presentati dalle Parti in fase I sono stati accettati dalla Commissione, in quanto valutati idonei ad assicurare l'interoperabilità tra i prodotti dei concorrenti e i microprocessori di Intel.

L'attività della Commissione in Fase II è stata particolarmente intensa registrando l'avvio di ben 9 casi rispetto ai 4 dell'anno precedente. In alcuni casi i dubbi sollevati in fase I sono stati risolti nel corso di una più approfondita analisi. Infatti, nel corso del 2011, la Commissione è giunta ad un'autorizzazione in fase II ai sensi dell'art. 8(1) per ben 4 operazioni. Nello stesso anno la Commissione ha adottato *remedies* in fase II, ai sensi dell'art. 8(2), in un unico caso.

Di particolare interesse risultano le concentrazioni comunitarie M/6217-Seagate/ Samsung e M/6203-Western Digital/Hitachi. La prima operazione si è conclusa con la decisione di autorizzazione dell'operazione ai sensi dell'articolo 8(1) del Regolamento n. 139/2004, mentre nella seconda la Commissione ha subordinato l'autorizzazione dell'operazione al pieno adempimento dei rimedi proposti dalle parti. I casi si caratterizzano per alcuni aspetti, sia procedurali che sostanziali, di rilievo: 1) le due operazioni sono state notificate alla Commissione a distanza di un giorno e ciò ha richiesto che la Commissione si esprimesse riguardo allo scenario controfattuale da adottare, adottando la c.d. *priority rule*. In particolare, la Commissione ha scelto di non effettuare la valutazione simultanea delle due operazioni di concentrazione, ma di adottare un criterio basato sulla priorità, secondo il quale la valutazione della seconda operazione (Western Digital/Hitachi) ha considerato come già effettuata la concentrazione Seagate/Samsung; 2) per 2 dei 6 mercati rilevanti degli *Hard Disk Drive* le due operazioni hanno comportato l'evoluzione della struttura, già oligopolistica, in duopolio; 3) i *remedies* strutturali adottati nel caso Western Digital/Hitachi sono stati ritenuti in grado di consentire sia l'affermazione di un terzo operatore sul mercato - e perciò condizionati alla misura dell'*up-front-buyer* - sia la caratterizzazione dell'acquirente idoneo in modo da assicurare non tanto e non solo una concorrenza effettiva statica, ma l'insorgenza di una concorrenza dinamica sui mercati considerati.

Nel corso del 2011 e dei primi mesi del 2012, inoltre, due procedimenti si sono conclusi con un divieto (Olympic Airways/Aegean Airways e Deutsche Börse/NYSE), e un terzo caso con il ritiro dell'operazione (SCJohnsons/Sara Lee). Tale dato risulta significativo, tenuto conto che tradizionalmente il numero dei casi di divieto ai sensi dell'art. 8(3) è estremamente contenuto.

In tutti e tre i casi sopra menzionati le Parti avevano proposto diverse versioni di impegni (in fase I e in fase II), volti a risolvere i dubbi concorrenziali

sollevati dalla Commissione. Ciò nonostante, la Commissione non ha ritenuto che i rimedi fossero tali da superare le preoccupazioni concorrenziali.

Più in dettaglio, nel gennaio 2011, la Commissione ha dichiarato incompatibile con il mercato comune l'operazione di concentrazione Olympic Airways/Aegean Airways in quanto idonea a produrre restrizioni sostanziali della concorrenza sul mercato del trasporto aereo passeggeri greco. I rimedi proposti, consistenti essenzialmente nella cessione di *slot*, non sono stati valutati idonei a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali in assenza di una congestione a livello aeroportuale e in presenza di altri fattori, tra i quali l'affermazione del marchio Olympic e la circostanza che entrambi gli operatori coinvolti avessero Atene come base aeroportuale. Tali elementi, infatti, rendevano altamente improbabile l'ingresso di altri operatori sulle rotte nazionali greche.

Nel caso SCJohnsons/Sara Lee gli impegni, presentati dalle Parti in fase I, sono stati valutati inadeguati a superare le preoccupazioni concorrenziali derivanti dalla valutazione degli effetti orizzontali, unilaterali, sui mercati di diversi tipi di insetticidi, in Spagna, Francia, Belgio, Grecia e Repubblica Ceca. Nel maggio del 2011, nel corso della Fase II, le Parti hanno ritirato l'operazione notificata.

Il 1 febbraio del 2012, inoltre, la Commissione ha vietato l'operazione Deutsche Börse/NYSE in quanto idonea a generare restrizioni significative della concorrenza su un certo numero di mercati europei dei derivati finanziari (su tassi di interesse europei, titoli azionari europei e indici azionari europei) scambiati in borsa. La decisione si basa sulla constatazione che Eurex e Liffe, controllate rispettivamente da Deutsche Börse e NYSE, sono le più importanti piattaforme mondiali per la negoziazione di derivati basati su titoli e indici europei. L'operazione avrebbe, quindi, generato su tali mercati una situazione di quasi-monopolio, sopprimendo completamente la concorrenza tra gli operatori in termini di prezzo e innovazione. Allo stesso tempo, la Commissione ha analizzato altri fattori, tra i quali l'integrazione verticale delle Parti tra attività di negoziazione e di *clearing* (cd. "silo"), idonei a generare rilevanti barriere all'ingresso sui mercati dei derivati finanziari europei. Secondo la Commissione tali barriere sarebbero state ulteriormente rafforzate dall'operazione di concentrazione proposta in modo da impedire l'ingresso anche di operatori in grado di offrire servizi simili, come ad esempio Chicago Mercantile Exchange (CME). La decisione della Commissione si basa tra l'altro anche su una accurata valutazione dei guadagni di efficienza derivanti dall'operazione di concentrazione. Anche in questo caso le Parti hanno proposto *remedies* che prevedevano: 1) una parte strutturale consistente nella cessione delle attività di trading svolte dalla piattaforma di NYSE Euronext riguardo a derivati azionari sui *single stock* e 2) una parte comportamentale consistente nella possibilità per i terzi indipendenti di avere accesso alla struttura di *post trading* della entità *post merger* (*clearing house* e *margin pool*) limitatamente ai 'nuovi' contratti relativi a derivati sui tassi di interesse e di derivati sugli indici. La Commissione ha ritenuto che, anche alla luce dei risultati dei due *market test* condotti, gli impegni proposti non fossero idonei a garantire un sufficiente grado di concorrenza sui mercati tale da consentire ai possibili guadagni di efficienza (derivanti dal consolidamento tra le due piattaforme) di ricadere sugli utilizzatori e tradursi in un vantaggio per i consumatori.

Consultazione pubblica della Commissione Europea sul Single Market Act

Nel febbraio 2011, nell'ambito della sua attività di collaborazione con altre Amministrazioni dello Stato, l'Autorità ha risposto alla richiesta di parere formulata dal Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie in merito alla Consultazione Pubblica sulla Comunicazione della Commissione dal titolo "Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato" (d'ora in avanti Single Market Act).

Tra le proposte contenute nel documento in consultazione, l'Autorità ha espresso una preferenza, in termini di priorità di intervento, per proposte ritenute idonee a far fronte a criticità concorrenziali e a deficit di tutela dei consumatori. In particolare, tra di esse le proposte finalizzate a migliorare l'attuale assetto normativo in materia di diritti di proprietà industriale e di diritti di autore; l'attuazione della Direttiva servizi; le proposte volte ad aggiornare le norme europee sugli appalti pubblici e sulle concessioni di servizi; la proposta della Commissione di adottare, entro il 2011, una nuova Comunicazione sui servizi di interesse generale; la proposta della Commissione relativa alla definizione di principi generali in materia di azioni collettive.

Gran parte delle posizioni espresse dall'Autorità hanno trovato accoglimento nel documento predisposto dal Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie ai fini della partecipazione alla predetta Consultazione.

Consultazione pubblica della Commissione Europea sul Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici.

Nel corso del 2011 l'Autorità ha partecipato al processo di consultazione riguardante il Libro Verde sulla "Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", pubblicato nel gennaio 2011 dalla Direzione Generale Mercato Interno della Commissione europea.

L'Autorità, condividendo il presupposto del Libro Verde che una vivace dinamica concorrenziale tra imprese nella partecipazione alle gare d'appalto svolga un ruolo essenziale per raggiungere un miglior rapporto qualità/prezzo dei beni e servizi e, conseguentemente, una maggiore efficienza della spesa pubblica, ha espresso l'esigenza di pervenire ad un miglioramento della normativa comunitaria per promuovere una maggiore concorrenza nello svolgimento delle gare di appalto. A tal fine, dunque, sono state svolte alcune considerazioni e avanzate delle proposte, tra cui: la necessità di mantenere specifiche previsioni relative agli appalti aggiudicati dai gestori di servizi di pubblica utilità; l'opportunità di chiarire le procedure di selezione dei partecipanti e di circoscrivere l'apertura verso forme di gara maggiormente basate sul "dialogo" con le imprese; la possibilità che la suddivisione in lotti degli appalti possa facilitare la ripartizione collusiva delle diverse sezioni dell'appalto tra le imprese partecipanti alla gara; l'opportunità di prevedere esplicitamente altri requisiti, alternativi a quello del fatturato, che forniscano adeguate garanzie all'ente appaltante (quali il deposito di adeguata documentazione attestante la

capacità economico finanziaria, da parte della stessa impresa, o specifiche referenze bancarie rilasciate da un primario istituto di credito); l'importanza di introdurre previsioni normative che limitino il ricorso all'istituto del subappalto a favore delle sole imprese che non siano in grado di formulare un'offerta autonomamente in concorrenza con le altre partecipanti alla gara; l'opportunità di circoscrivere il ricorso alle associazioni temporanee di impresa (ATI) per partecipare alle gare, subordinandolo a specifiche condizioni, ossia che: *i*) le imprese siano prive delle dimensioni e delle capacità necessarie per partecipare individualmente alla procedura concorsuale; *ii*) le imprese prequalificatesi singolarmente non abbiano in seguito raggiunto un accordo per costituire un raggruppamento, così scambiandosi le relative informazioni sulle future offerte; *iii*) nell'ambito della stessa gara, un'impresa non si presenti in ATI con composizioni diverse in diversi lotti dell'appalto. Si è auspicato, infine, l'inserimento tra le cause di esclusione dalle gare, previste dall'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, di una previsione relativa alle imprese che siano state destinatarie di provvedimenti di accertamento di illeciti antitrust in sede di gara.

Consultazione pubblica della Commissione Europea in materia di ricorsi collettivi

L'Autorità ha presentato osservazioni in merito al documento "Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi" relativo alla consultazione pubblica indetta dalla Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea il 4 febbraio 2011. L'introduzione di norme in materia è volta a consentire a cittadini e imprese, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), di far rispettare, se violati, i diritti conferiti dalla normativa comunitaria, così da rendere effettive le opportunità offerte dal Mercato Unico e dallo Spazio Europeo di Giustizia. In tal senso, l'Autorità condivide la posizione espressa nel documento di consultazione secondo cui, ogni qualvolta risultano lesi i diritti di un numero elevato di cittadini o di imprese, le azioni legali a livello individuale non risultano un mezzo efficace per far cessare le pratiche illecite o per ottenere il risarcimento dei danni, in quanto l'entità del danno potenzialmente risarcibile risulta inferiore ai costi di un eventuale contenzioso da parte del singolo.

In primo luogo, in relazione al valore aggiunto dei ricorsi collettivi, l'Autorità ha riconosciuto la complementarità tra *private* e *public enforcement*, essendo lo scopo del *collective redress* l'equa compensazione di richieste risarcitorie legittime, obiettivo diverso da quello demandato alle Autorità pubbliche, primariamente repressivo. Inoltre, l'Autorità ha sottolineato che, da un lato, lo sviluppo di alcuni profili procedurali riguardanti il *private enforcement* (ad esempio, l'accesso e la tutela delle dichiarazioni rese nell'ambito dei programmi di *leniency*) deve essere effettuato in piena coerenza con l'esigenza di preservare l'efficacia di strumenti di *public enforcement* e che, dall'altro, per l'accertamento di alcuni illeciti (come i cartelli) il *public enforcement* continua a caratterizzarsi come strutturalmente più adatto rispetto al *private enforcement*.

In secondo luogo, secondo l'Autorità, il coinvolgimento delle Autorità nazionali preposte al *public enforcement* potrebbe essere definito in un parere

obbligatorio ed eventualmente vincolante, che il giudice dovrebbe acquisire prima di dare ulteriore corso all'azione di risarcimento.

In terzo luogo, l'Autorità ha evidenziato che dovrebbero essere introdotti nei procedimenti giudiziari nazionali meccanismi disincentivanti azioni ingiustificate, quali l'addebito delle spese processuali alle parti soccombente, salvo eventuale decisione di compensazione rimessa ad una decisione equitativa del giudice; la possibilità di definire a livello nazionale liste di soggetti dotati di legittimazione attiva; la possibilità di adottare un sistema improntato all'*opt-in* con alcuni contemperamenti.

Best practices relative alla procedura della Commissione nell'ambito dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE

Nel corso del 2011 l'Autorità ha altresì contribuito all'elaborazione della "Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE" (d'ora in poi *Best Practices*). Con tale Comunicazione la Commissione ha inteso perseguire due obiettivi complementari: 1) codificare le soluzioni operative che la Commissione stessa intende utilizzare in sede di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, a fini di maggiore trasparenza del proprio operato; 2) innovare la prassi antitrust vigente, con l'obiettivo di rafforzare il principio del contraddittorio e i diritti di difesa delle Parti.

Le principali innovazioni apportate dalle *Best Practices* riguardano tre aspetti specifici del procedimento: a) la fase di avvio del procedimento (*opening of proceedings*); b) gli incontri con le parti (*state of play meetings*); c) alcune procedure speciali di accesso ai documenti.

Le *Best Practices* chiariscono che la decisione di *opening of proceedings* deve essere comunicata alle parti del procedimento, nonché pubblicata "a meno che tale pubblicazione non possa pregiudicare lo svolgimento delle indagini". Con riferimento agli *state of play meetings*, le novità più rilevanti riguardano: *i*) l'introduzione di un obbligo di verbalizzazione e acquisizione al fascicolo del relativo verbale; *ii*) l'impegno della Direzione Generale della Concorrenza ad "offrire, di propria iniziativa o su richiesta, alle parti oggetto del procedimento ampie possibilità di prendere parte a dibattiti aperti e franchi - tenendo conto della fase dell'indagine - e di rendere note le rispettive opinioni" (cd. riunioni bilaterali); *iii*) in via eccezionale, la possibilità di svolgere con le Parti oggetto del procedimento, ed eventualmente anche con denunciante e/o terzi, una cd. riunione «triangolare». Regole specifiche, tuttavia, sono previste nei procedimenti riguardanti cartelli, in cui i diritti di audizione sono più ridotti. Infine, in materia di accesso ai fascicoli, le *Best Practices* delineano soluzioni alternative alla procedura tradizionale.

Le Best Practices di cooperazione fra le ANC in materia di operazioni di concentrazione multi-giurisdizionali

In data 9 novembre 2011, nel corso del *Directors' General Meeting* dell'ECN, è stato approvato un documento che definisce le *Best Practices* in materia di cooperazione tra ANC per operazioni di concentrazione multi-

giurisdizionali. L'obiettivo del documento è quello di favorire la cooperazione tra ANC nell'esame di quelle operazioni di concentrazione che non si qualificano come di dimensione comunitaria e che richiedono una valutazione parallela da parte di più Stati membri. Si tratta di un fenomeno che, sebbene ridotto a seguito dell'entrata in vigore del sistema dei rinvii in pre-notifica con il Regolamento n. 139/2004, tuttora riguarda un numero consistente di casi e che implica un aggravio dei costi di notifica a carico delle imprese, nonché il rischio di giungere a decisioni incoerenti da parte delle diverse ANC.

Le *Best Practices* auspicano che le parti agevolino la cooperazione tra ANC nel trattare operazioni multi-giurisdizionali evidenziando i vantaggi di tale cooperazione e segnatamente: *i*) la riduzione degli oneri attualmente ricadenti sulle parti coinvolte nell'operazione di concentrazione e sui terzi; *ii*) l'aumento della trasparenza del processo autorizzatorio; *iii*) la semplificazione dell'iter per i casi non problematici; *iv*) un'analisi più efficiente e spedita nei casi problematici; *v*) il raggiungimento di rimedi coerenti per tali ultimi casi.

Considerato che la cooperazione tra ANC è possibile solo laddove sia concretamente ammesso lo scambio di informazioni, le *Best Practices* auspicano che le parti notificanti acconsentano al rilascio di una liberatoria allo scambio di informazioni (c.d. *waivers*).

Il documento incoraggia le parti a prendere contatti già in fase di pre-notifica con le ANC allo scopo di favorire il coordinamento tra le procedure e rendere così la cooperazione più efficiente. Il documento, inoltre, incoraggia le parti a rilasciare un *waiver* già allo stadio della pre-notifica, così come a fornire le informazioni relative ai tempi previsti per la notifica dell'operazione nelle diverse giurisdizioni.

Le ANC si impegnano a cooperare attivamente in tutte le fasi della valutazione dell'operazione mediante lo scambio di informazioni non confidenziali e, se del caso, di informazioni confidenziali, laddove consentito dagli ordinamenti o in presenza di un *waiver* rilasciato dalle Parti e nei limiti da tale *waiver* definiti.

In tal senso, l'Autorità, nel corso del 2011, ha pubblicato alcune modifiche: a) per la fase di prenotifica, alla "comunicazione concernente alcuni aspetti procedurali relativi alle operazioni di concentrazione di cui alla legge n. 287/90" e b) per la fase di notifica, al Prospetto B. Operazione di concentrazione, Sezione I. Obbligo di comunicazione, lettera (d) "Ulteriori comunicazioni ad altri organismi esteri o internazionali di controllo" del formulario, auspicando che le Parti notificanti autorizzino lo scambio di informazioni con le altre autorità competenti.

La rete internazionale della concorrenza (ICN)

Dal 18 al 20 maggio 2011 si è tenuta a l'Aja la decima riunione plenaria della Rete Internazionale della Concorrenza (*International Competition Network - ICN*), organizzata dall'autorità della concorrenza olandese. La conferenza ha rappresentato l'occasione di fare un bilancio dei primi dieci anni

di attività della Rete e di analizzarne le prospettive per il prossimo decennio. In particolare sono stati individuati quattro obiettivi che la Rete dovrebbe perseguire: *i)* il miglioramento dell'azione delle autorità nei confronti del comportamento anticoncorrenziale delle imprese; *ii)* il miglioramento dell'azione nei confronti delle restrizioni ingiustificate derivanti da norme e regolamenti; *iii)* la minimizzazione di esiti contrastanti nell'azione delle diverse giurisdizioni; *iv)* la riduzione dei costi e degli oneri non necessari derivanti da procedure incoerenti o che si sovrappongono. A tal fine la Rete, nel corso del suo secondo decennio, intende incoraggiare la diffusione delle esperienze e delle migliori pratiche nel campo della concorrenza, formulare proposte di convergenza procedurale e sostanziale, dare sostegno all'attività di segnalazione e facilitare la cooperazione internazionale.

A l'Aja sono stati presentati e discussi i temi trattati nei gruppi di lavoro operanti nell'ambito della Rete.

Il Gruppo di lavoro sulle concentrazioni ha svolto una discussione sulle principali tendenze in materia di controllo sulle concentrazioni, con particolare riferimento alla crescente importanza delle concentrazioni multi-giurisdizionali e ai problemi legati alla loro valutazione, quali la possibilità di adozione da parte di diverse giurisdizioni di provvedimenti contraddittori e la necessità di un maggiore coordinamento nel disegno dei rimedi. Il gruppo ha inoltre presentato una valutazione complessiva sull'uso e sull'efficacia del materiale prodotto dal gruppo negli ultimi 10 anni, condotta sulla base di una consultazione che ha interessato i membri della Rete. L'analisi ha consentito di individuare le aree di lavoro da sviluppare ulteriormente, tra le quali emerge in particolare la predisposizione di pratiche raccomandate nell'analisi sostanziale delle operazioni di concentrazione.

Per quanto riguarda il Gruppo di lavoro sui cartelli, la discussione si è concentrata principalmente sull'efficacia delle tecniche investigative e sulla politica adottata nel perseguimento dei cartelli, con particolare riferimento alle iniziative volte a consumatori e imprese. A tale riguardo il Gruppo di lavoro, nel corso dell'anno, aveva favorito lo scambio di esperienze tra autorità di concorrenza che hanno di recente prodotto materiale in varie forme - opuscoli, video, pubblicità - volto a informare il grande pubblico, le imprese e i consumatori sugli effetti dei cartelli e sulla relativa normativa antitrust. Il Gruppo di lavoro sui cartelli ha presentato un documento sui metodi per migliorare l'analisi dei casi di cartello.

Il Gruppo di lavoro sulle condotte unilaterali, che sta predisponendo un manuale dedicato all'analisi di questa fattispecie, ha presentato il capitolo sulla definizione del mercato rilevante e la valutazione della dominanza. Il manuale prevede l'analisi tanto degli aspetti generali quanto delle singole condotte. In particolare il lavoro del Gruppo nell'ultimo anno si è focalizzato sull'analisi degli sconti fedeltà, i cui effetti anti-concorrenziali sono particolarmente difficili da valutare.

Il Gruppo di lavoro sull'*advocacy* ha presentato la prima parte di un manuale volto a fornire ausilio alle autorità di concorrenza nell'attività di segnalazione, in cui sono affrontate questioni quali la selezione degli ambiti di intervento, i rapporti con i soggetti destinatari delle segnalazioni e l'attuazione

e il monitoraggio dell'attività di segnalazione. Il Gruppo ha prodotto, inoltre, uno studio volto a fornire alle autorità di concorrenza strumenti per il miglioramento delle tecniche di conduzione delle indagini conoscitive.

Il Gruppo di lavoro sull'efficacia dell'attività delle autorità di concorrenza, istituito nel 2009, ha presentato il primo capitolo di un manuale volto a migliorare gli aspetti organizzativi e di gestione delle autorità di concorrenza.

Nel corso della decima riunione plenaria, all'Autorità italiana è stata confermata la rappresentanza nello *Steering Group*, l'organismo direttivo della Rete che indirizza le scelte strategiche della Rete ed esamina le tematiche organizzative di impatto trasversale, oltre a garantire il coordinamento dei gruppi di lavoro. L'Autorità è stata altresì confermata a presiedere, insieme all'Autorità della concorrenza canadese, il gruppo di lavoro sullo Statuto dell'ICN (*Operational Framework Working Group*), che svolge il compito di applicare e aggiornare il Regolamento di funzionamento dell'ICN, predisposto dopo la prima conferenza annuale. All'Autorità, inoltre, a partire da quest'anno, è stata attribuita la responsabilità di presiedere, con il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti e con l'Autorità di concorrenza irlandese, il gruppo di lavoro sulle concentrazioni.

Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)

Nel 2011, il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha proseguito, attraverso la predisposizione di studi e l'organizzazione di tavole rotonde, la propria attività di approfondimento delle tematiche relative al diritto e alla politica della concorrenza al fine di promuovere la convergenza e la cooperazione tra i Paesi membri.

In particolare, la tavola rotonda sulla "Quantificazione del danno da parte delle Corti e delle Autorità antitrust" ha consentito di confrontare le esperienze dei vari Paesi sia nella quantificazione del danno all'economia che nella quantificazione dei danni nei casi di risarcimento privato derivanti dalle condotte anticoncorrenziali. In merito alla quantificazione del danno all'economia sono emerse differenze tra Paesi in cui tale valutazione viene effettuata (ad esempio gli Stati Uniti) e Paesi, come l'Italia, in cui tale tipo di analisi non viene svolta. Per quanto riguarda i Paesi che effettuano tale tipo di valutazione è emersa una sostanziale uniformità di vedute in merito alle metodologie adottate.

In generale, dalla discussione è emerso che, nel misurare gli effetti di condotte anticoncorrenziali, va ben tenuta presente la differenza tra il danno economico alla concorrenza e i danni individuali. Ciò limita la possibilità di immediata utilizzazione, in sede di contenzioso privato, delle quantificazioni svolte nell'ambito di procedimenti amministrativi. Mentre per quanto riguarda i cartelli, gli effetti, dal punto di vista teorico, sono relativamente ben definiti, lo sono meno nei casi di condotte escludenti, in particolare quando è presente

una dimensione verticale nella condotta. Il maggior fattore di complicazione per i casi di condotte escludenti è che anche i concorrenti, oltre ai consumatori, sono direttamente danneggiati. Per quanto riguarda i metodi empirici utilizzati nella stima dei danni non appare possibile stabilire delle *routine* automatiche da utilizzare per tutti i casi. Tutti i metodi sembrano presentare un *trade-off* tra accuratezza e praticabilità che va tenuto presente nella scelta della metodologia appropriata. In particolare perché l'analisi quantitativa, soprattutto se econometrica, possa risultare efficace, occorre una chiara definizione delle procedure, dei principi giuridici e della possibilità di ottenere informazioni in merito ai dati e alle metodologie utilizzate.

Nella tavola rotonda su come promuovere il rispetto delle norme sulla concorrenza una prima parte della discussione è stata dedicata alle sanzioni e al loro effetto deterrente. Negli ultimi venti anni i tribunali e le autorità hanno imposto sanzioni e, in alcuni Paesi, pene detentive con una severità in forte aumento. La discussione ha evidenziato la difficoltà di stima dell'effetto deterrente e molte delegazioni hanno individuato e valutato numerosi fattori che, oltre alle sanzioni, influenzano il rispetto delle norme concorrenziali, come la promozione della concorrenza, i programmi di clemenza e la creazione di una cultura della concorrenza.

Nella tavola rotonda sulla valutazione dell'impatto delle decisioni relative alle concentrazioni, la discussione ha evidenziato come un'efficace azione da parte di un'autorità di concorrenza debba prevedere la revisione delle decisioni adottate in passato, in particolare in caso di decisioni difficili o controverse. Per far ciò, le autorità potrebbero ricorrere a metodi quantitativi per cercare di calcolare gli effetti di una fusione, o a strumenti qualitativi, basandosi principalmente su ricerche. La cosa più importante è che un'autorità di concorrenza scelga un metodo ragionevole alla luce delle decisioni esistenti, nonché tenendo in considerazione la propria esperienza e le proprie risorse, e che lo studio sia adeguatamente condotto.

Nel corso della riunione di ottobre 2011, il Comitato Concorrenza ha organizzato un'audizione sul tema dell'economia digitale. Il Comitato ha adottato un formato di discussione diverso da quello consueto (tavola rotonda con contributi scritti delle delegazioni) in considerazione della relativa novità del tema e del limitato numero di decisioni in materia che ancora non consente di individuare tendenze precise. La discussione si è pertanto svolta in forma di audizione introdotta dalle presentazioni di quattro esperti seguite dalle domande sollevate dalle delegazioni. L'audizione ha evidenziato il fatto che numerose autorità di concorrenza si sono trovate di recente ad affrontare questioni irrisolte sull'applicazione del diritto della concorrenza all'economia digitale, quali la tempistica degli interventi, la definizione dei mercati rilevanti e il rischio che interventi repressivi da parte delle autorità di concorrenza interferiscano con gli incentivi all'innovazione delle imprese. Le autorità di concorrenza vanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante nel sistema dell'economia digitale, ma per poter svolgere in modo appropriato la loro funzione è necessario che alcuni strumenti tradizionali della loro attività - quali la definizione del mercato rilevante o l'identificazione di condotte

anticoncorrenziali di natura escludente - vengano adattati alla concorrenza tra piattaforme. I principali filoni sui quali si è incentrata la discussione sono quello dell'accesso e dell'interoperabilità nei sistemi di software proprietario, le restrizioni imposte nell'ambito del commercio elettronico e i c.d. effetti di rete nell'economia digitale.

Il Gruppo di lavoro "Concorrenza e Regolazione" del Comitato ha continuato l'attività di analisi degli aspetti inerenti la riforma in senso pro-concorrenziale della regolazione, approfondendo, in particolare, le problematiche relative all'applicabilità del diritto della concorrenza quando le condotte siano dettate dalla regolazione, la concorrenza nei servizi portuali e l'applicazione di prezzi eccessivamente gravosi da parte delle imprese dominanti.

La discussione sull'eccezione sollevata dalle imprese in merito all'applicabilità del diritto della concorrenza quando le proprie condotte siano dettate dalla regolazione ha evidenziato come la regolazione possa, talvolta, prevedere comportamenti che, in assenza della regolazione stessa, costituirebbero violazioni del diritto antitrust. L'esenzione di interi settori dall'applicazione del diritto antitrust costituisce un modo per evitare che le imprese si trovino di fronte a previsioni normative tra loro incoerenti. Tale soluzione, tuttavia, appare spesso eccessiva e sono preferibili soluzioni più circoscritte. La c. d. "*Regulated conduct defence*" offre una forma di immunità più limitata rispetto all'esenzione di un intero settore dall'applicazione del diritto antitrust. La discussione ha evidenziato come la sua applicazione sia più complessa quando vi sono più livelli di intervento normativo (ad esempio, come nel caso degli Stati Uniti, statale e federale) e come vada limitata ai casi in cui le imprese non hanno alcun margine di autonomia nell'adozione delle proprie condotte. La discussione ha, inoltre, messo in luce l'importanza degli assetti istituzionali nel ridurre le potenziali incoerenze tra la regolazione e le norme antitrust.

Nella tavola rotonda sui problemi della concorrenza nei porti e nei servizi portuali la discussione si è concentrata su tre temi: la definizione del mercato rilevante, gli sviluppi normativi e l'applicazione delle norme antitrust. Il dibattito ha evidenziato l'impatto dei recenti sviluppi tecnologici nei porti e servizi portuali per quanto riguarda la definizione del mercato così come l'impatto delle riforme normative sulla concorrenza in tale settore. Sebbene entrambi gli sviluppi abbiano comportato una diminuzione dei casi antitrust in materia (in particolare per quanto riguarda il rifiuto a contrarre), la discussione ha rivelato che una serie di violazioni delle norme antitrust sono ancora rilevabili nel settore portuale. Questo è particolarmente vero quando si tratta di casi relativi a prezzi (prezzi eccessivi e discriminazione di prezzo).

Nella tavola rotonda sui prezzi eccessivamente gravosi la discussione si è articolata su tre argomenti: in primo luogo in quale misura le norme in materia di condotte unilaterali si estendano ai prezzi eccessivamente gravosi; in secondo luogo gli standard previsti per gli interventi antitrust e, infine, il ruolo della regolazione e il rapporto tra regolatori e autorità di concorrenza. La discussione si è aperta con una presentazione dello schema analitico attraverso

cui vagliare i casi di prezzi eccessivamente gravosi che suggerisce di considerare quattro fattori: la presenza di significative barriere all'entrata, in assenza delle quali prezzi eccessivamente gravosi non sarebbero destinati a durare; il grado di dominanza dell'impresa che pratica i prezzi; l'origine della dominanza, se frutto di concorrenza sul merito o di una posizione di monopolio precedentemente detenuta sulla base di esclusive legali; infine la presenza e l'atteggiamento di un regolatore, ritenendosi che le autorità di concorrenza debbano, eventualmente, agire soltanto come "regolatori di ultima istanza". La discussione ha evidenziato differenze, anche dal punto di vista delle previsioni normative, tra le varie giurisdizioni. Negli Stati Uniti, ad esempio, non è contemplata una violazione del diritto antitrust nel caso di prezzi eccessivamente gravosi. Molte altre giurisdizioni hanno affermato che, pur avendo nella loro normativa questo tipo di previsione, sono stati affrontati raramente casi di prezzi eccessivamente gravosi. La seconda parte della discussione ha esaminato le metodologie adottate per identificare i prezzi eccessivamente gravosi. In generale si possono adottare due metodi: la comparazione (con altri mercati geografici o con serie storiche) e i test di profittabilità, ritenendosi questi più adatti all'analisi dei casi di prezzi eccessivamente gravosi. Anche queste metodologie non sono, tuttavia, esenti da difficoltà, soprattutto per le limitate risorse disponibili per le autorità di concorrenza. Nel corso della discussione è infatti emerso che i casi affrontati dalle autorità di concorrenza hanno richiesto lunghe analisi i cui risultati possono in ogni caso essere controversi, e per i quali le competenze delle autorità di concorrenza tendono a sovrapporsi con quelle delle autorità di regolazione. Sebbene quindi, sulla base della discussione, non si possa escludere del tutto la possibilità di un intervento antitrust in questo ambito - e la maggior parte delle giurisdizioni rappresentate all'OCSE che ha questa competenza non esclude, in linea di principio, di utilizzarla - tuttavia gli interventi in materia di prezzi eccessivamente gravosi continueranno ad essere rari nel diritto antitrust.

Nell'ambito del Gruppo di lavoro su "Cooperazione internazionale e concorrenza" sono stati esaminati alcuni problemi concorrenziali relativi all'analisi delle concentrazioni, quali l'uso dell'evidenza economica e l'adozione di decisioni con rimedi. Sono stati inoltre trattati gli aspetti istituzionali e procedurali dei rapporti tra giudici e autorità di concorrenza.

La tavola rotonda sull'uso dell'evidenza economica nell'analisi delle concentrazioni aveva come scopo la condivisione delle esperienze degli ultimi anni nell'uso di metodi quantitativi per l'analisi delle concentrazioni. Nella pratica una grande varietà di metodi quantitativi viene utilizzata nell'analisi delle concentrazioni, dai più semplici, basati sulle quote di mercato, ad alcuni molto sofisticati, come la simulazione degli effetti delle concentrazioni. Il primo punto emerso nella discussione è stato che si riscontra una generale convergenza per quanto riguarda l'analisi degli effetti unilaterali, mentre più controversa appare quella degli effetti coordinati. Tale convergenza si riflette nel contenuto delle Linee guida sull'analisi delle concentrazioni adottate da molte giurisdizioni. Con particolare riferimento alle metodologie utilizzate nell'analisi degli effetti economici delle concentrazioni la discussione ha evidenziato l'esistenza e l'uso di una molteplicità di modelli. In generale, i

modelli di simulazione si sono dimostrati meno utili di quanto potesse inizialmente apparire per la difficoltà incontrate nello stimare alcuni dei parametri richiesti (quali l'elasticità della domanda), per la grande quantità di dati e di tempo richiesti per la loro applicazione e per i risultati non del tutto univoci che forniscono, che hanno anche determinato in molti casi un rovesciamento delle conclusioni delle autorità di concorrenza in sede di revisione giudiziale. Ultimamente alcune giurisdizioni (in particolare Stati Uniti e Regno Unito) hanno ampiamente fatto ricorso ad altri metodi, quali la cosiddetta UPP (*Upward Pricing Pressure*). Si tratta di un metodo che può essere utilizzato per stimare gli effetti unilaterali di una concentrazione. In particolare, dopo una concentrazione, si produce un cambiamento negli incentivi delle imprese, in quanto il venir meno del vincolo concorrenziale esercitato dall'impresa acquisita determina un incentivo ad alzare i prezzi per l'entità che risulta dalla concentrazione. In generale, la discussione ha suggerito un approccio pragmatico. Nessun metodo, in quanto tale, è valido per ogni tipo di concentrazione. Ove possibile anche metodi semplici, basati sulle quote di mercato o su esperimenti naturali, possono fornire indicazioni utili alle autorità di concorrenza. Infine, appare molto importante presentare l'evidenza economica ai giudici in modo chiaro e comprensibile.

La tavola rotonda sull'adozione di rimedi nei casi di concentrazione ha dimostrato che esiste un ampio consenso tra le delegazioni sugli obiettivi e sul tipo di rimedi a disposizione delle autorità per i casi di concentrazione. Sebbene la maggior parte delle autorità preferisca utilizzare rimedi strutturali, molte autorità accettano misure comportamentali, soprattutto quando utilizzate insieme ai rimedi strutturali. Le autorità che operano nell'ambito di economie di piccole dimensioni hanno sottolineato la difficoltà potenziale di condizionare l'approvazione delle operazioni di concentrazione ai rimedi strutturali, dato che spesso è difficile trovare acquirenti interessati o adeguati per le attività da dismettere. Molti hanno sottolineato che in un'economia globale, in cui proliferano vari regimi di gestione delle operazioni di concentrazione, la cooperazione internazionale è fondamentale. In particolare, i rimedi concordati in una giurisdizione possono influenzare le attività che servono mercati più ampi rispetto al mercato rilevante per la fusione.

Nella tavola rotonda sugli aspetti istituzionali e procedurali dei rapporti tra giudici e autorità di concorrenza, la discussione ha analizzato i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'istituzione di tribunali specializzati per la revisione dei provvedimenti delle autorità di concorrenza e l'ambito entro il quale si esercita la revisione giurisdizionale dei provvedimenti, in particolare se solo su aspetti di regolarità formale o anche di merito. Un altro aspetto toccato nella tavola rotonda è stato quello dell'effetto delle azioni civili per il risarcimento del danno sull'efficacia dell'applicazione del diritto antitrust. In particolare molte giurisdizioni hanno espresso preoccupazioni in merito all'effetto negativo sull'efficacia dei programmi di clemenza prodotto da previsioni processuali volte ad autorizzare direttamente il giudice civile a chiedere la trasmissione o l'esibizione di documenti probatori alle autorità di concorrenza. Molte delegazioni europee (tra le quali la Germania e la stessa Commissione

Europea) hanno espresso l'opinione che tale problema debba trovare una soluzione in via normativa, pur preservando la possibilità per i danneggiati di ricorrere ad azioni di risarcimento.

Nel febbraio 2011 si è svolto il decimo Forum globale sulla concorrenza, iniziativa del Segretariato OCSE volta a promuovere un maggior coinvolgimento e una più attiva partecipazione dei Paesi in via di sviluppo al dibattito internazionale sui temi del diritto e della politica della concorrenza. I lavori sono stati aperti dal Segretario Generale dell'OCSE Angel Gurría e dal Vice Presidente della Banca Mondiale Otaviano Canuto che hanno sottolineato l'importanza delle politiche della concorrenza nel contribuire allo sviluppo economico. I lavori si sono poi articolati in due tavole rotonde, una su "Concentrazioni multi-giurisdizionali" e l'altra sui "Cartelli di crisi", argomenti di particolare rilievo per le autorità di concorrenza dei Paesi in via di sviluppo. Sempre più di frequente, infatti, le autorità di concorrenza dei Paesi in via di sviluppo si trovano a valutare concentrazioni multi-giurisdizionali in situazione di scarsità di risorse e di quadri normativi inadeguati. Per quanto riguarda i cartelli di crisi, che molti governi di Paesi in via di sviluppo hanno incoraggiato per fronteggiare la crisi economica e finanziaria, la tavola rotonda ha messo in luce come raramente questi possano servire ad attenuare gli effetti della crisi in settori chiave dell'economia, finendo piuttosto per aggravarne e allungarne la portata.

Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD)

275

L'undicesima sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza si è tenuta a Ginevra nel luglio 2011. Nel corso della riunione si sono tenute sessioni dedicate all'applicazione delle norme e della politica della concorrenza e al ruolo delle politiche della concorrenza nel promuovere lo sviluppo economico. In particolare si sono svolte tavole rotonde sull'istituzione di autorità di concorrenza efficaci, sull'attività di assistenza tecnica nei confronti delle autorità di concorrenza, sull'importanza della coerenza tra politica della concorrenza e altre politiche pubbliche e infine sulla cooperazione tra autorità di concorrenza nell'attività di *enforcement*. Si è svolta inoltre la *peer review* della Serbia alla quale l'Autorità italiana ha partecipato in qualità di *peer reviewer* fornendo suggerimenti e osservazioni per il miglioramento del quadro normativo e applicativo in materia di concorrenza.

Nella tavola rotonda sull'istituzione di autorità di concorrenza efficaci il segretariato UNCTAD ha presentato uno studio volto ad evidenziare le caratteristiche principali di una regolamentazione di istituzioni pubbliche efficienti: trasparenza e responsabilità, garanzia del giusto processo, finanziamento in proporzione ai compiti assegnati, personale altamente qualificato e un sistema di revisione giurisdizionale delle decisioni. Il segretariato ha inoltre sottolineato l'importanza dell'individuazione di obiettivi e priorità, di una opportuna

allocazione delle risorse e di decisioni solide. La discussione ha richiamato l'attenzione sulle sfide affrontate dalle autorità garanti della concorrenza di nuova istituzione dei Paesi in via di sviluppo. Per rispondere a queste sfide, si è suggerito di individuare dei benchmark sui quali misurare l'efficacia dei profili istituzionali, di sviluppare una cultura della concorrenza e di effettuare una valutazione dell'impatto delle decisioni. Valutazioni comparative possono fornire la base per la formulazione di principi fondamentali per guidare i Paesi in via di sviluppo nella predisposizione dei loro regimi di concorrenza.

Nella tavola rotonda sull'efficacia delle attività di assistenza tecnica nei confronti delle autorità di concorrenza si è evidenziato come il diritto della concorrenza sia solo un componente della politica di concorrenza, che deve tener conto anche di altri soggetti protagonisti della politica pubblica. Sono stati individuati cinque soggetti importanti per l'attività di assistenza tecnica in materia di diritto e politica della concorrenza: le autorità di concorrenza, il governo, i giudici, le imprese e il mondo accademico. Le autorità di concorrenza hanno bisogno di sostegno per promuovere e far rispettare il diritto della concorrenza. Il rafforzamento delle loro capacità attraverso l'attività di segnalazione è essenziale per la promozione di una cultura della concorrenza. Per questo è stato suggerito di intensificare gli scambi e l'attività di formazione con gli altri soggetti che possono concorrere a migliorare l'efficacia della politica della concorrenza, utilizzando l'aiuto che può venire dal mondo accademico.

La tavola rotonda sull'importanza della coerenza tra politica della concorrenza e altre politiche pubbliche ha evidenziato la necessità di coordinamento delle varie politiche al fine di raggiungere gli obiettivi di sviluppo, ridurre al minimo le tensioni, evitare duplicazioni e migliorare l'utilizzo delle risorse. A tal fine è necessario creare un meccanismo di dialogo tra i diversi soggetti pubblici. Nel corso della discussione sono state descritte le tensioni che si possono creare tra la politica della concorrenza e altre politiche governative. Si è affermato che, generalmente, la politica della concorrenza è responsabilità del governo, mentre l'applicazione del diritto della concorrenza è responsabilità delle autorità di concorrenza. Queste ultime potrebbero promuovere politiche concorrenziali attraverso l'attività di segnalazione.

Infine, nella tavola rotonda sulla cooperazione tra autorità di concorrenza nell'attività di applicazione del diritto antitrust si è sottolineato il fatto che le violazioni concorrenziali comportano sempre più spesso effetti in diversi paesi. In particolare, la cooperazione riveste particolare importanza (a) nei casi in cui la condotta esaminata interessa due o più giurisdizioni, (b) laddove il comportamento indagato da un'autorità potrebbe avere effetti in un'altra giurisdizione, (c) nei casi in cui i testimoni o le prove si trovano in un'altra giurisdizione e (d) nei casi in cui i rimedi potrebbero avere un impatto in un'altra giurisdizione. L'aspetto più delicato è quello di bilanciare la cooperazione e l'esigenza di riservatezza che caratterizza le istruttorie delle autorità di concorrenza. Si è evidenziato, in ogni caso, come anche condividendo informazioni non riservate (definizione dei mercati, teorie del danno) si possa realizzare una cooperazione efficace.

Attività di assistenza tecnica in materia di concorrenza

Nel corso del 2011 l'Autorità ha consolidato il proprio ruolo nell'ambito dell'assistenza tecnica in materia di concorrenza attraverso i tre progetti di cooperazione finanziati dalla Commissione Europea, di cui era risultata aggiudicataria, rispettivamente con le autorità di concorrenza di Croazia (nel 2009) e di Albania e Algeria (nel 2010). Tutti e tre i progetti si concluderanno nel 2012.

Mentre nel progetto con l'Algeria l'Autorità italiana, insieme a quella tedesca, svolge il ruolo di *junior partner*, e il Consorzio è guidato dall'Autorità francese di concorrenza, nei progetti di cooperazione con l'Autorità albanese e con quella croata, l'Italia svolge il ruolo di *project leader* e ha come *junior partner* rispettivamente l'Autorità ungherese e l'Autorità inglese.

In particolare nel 2011 sono state avviate le attività di assistenza tecnica relativamente ai progetti con l'Albania e l'Algeria, attraverso lo svolgimento di una serie di seminari e di conferenze finalizzati alla promozione della cultura della concorrenza, al rafforzamento delle capacità amministrative e alla formazione del personale delle Autorità di concorrenza cui sono affidati i compiti relativi all'applicazione della normativa antitrust.