



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

AUDIZIONE DEL PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO ROBERTO RUSTICHELLI

IN MERITO ALL'A.S. 795 "LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2022"

5 SETTEMBRE 2023 - VIDEOCONFERENZA

Onorevole Presidente,

Onorevoli Senatrici e Senatori,

Vi ringrazio per aver offerto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato l'opportunità di esprimere la propria opinione in merito al Disegno di legge annuale sulla concorrenza 2022.

L'iniziativa di legge del Governo costituisce un elemento centrale della politica economica e la sua presentazione alle Camere si ricollega non soltanto a un preciso obbligo di legge nazionale, ma ad una puntuale indicazione contenuta nel PNRR.

Come noto, infatti, al fine di migliorare il contesto imprenditoriale e la concorrenza, nonché di favorire un'allocatione più efficiente delle risorse, il PNRR richiede entro il quarto trimestre del 2023, oltre all'adozione del piano di sviluppo della rete per l'energia elettrica e la promozione dell'installazione di contatori intelligenti di seconda generazione (che al 31 dicembre 2025 dovranno raggiungere 33 milioni di unità in tutta Italia), anche l'adozione della legge annuale per la concorrenza 2022 e dei relativi strumenti attuativi.

L'Autorità prende atto con soddisfazione che il DDL Concorrenza presentato dal Governo recepisce in buona misura le proposte di riforma formulate dall'Autorità non solo nell'ambito della Segnalazione AS1824¹, ma anche in occasione di precedenti interventi di *advocacy*. Il riferimento è, in particolare, alla riforma della disciplina delle privative industriali per la preparazione dei farmaci galenici (art. 7), alla modifica del termine legislativo per il controllo delle concentrazioni (art. 9),

¹ AS1824, *Proposte di riforma concorrenziale relative ai settori dell'energia elettrica e del servizio idrico integrato ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2022*, 22 marzo 2002, in *Boll.* 13/2022.

alla designazione dell'Autorità quale Autorità nazionale preposta all'esecuzione del Regolamento UE n. 1925 del 2022 sui mercati digitali (art. 10).

Si tratta di misure che incidono positivamente sul funzionamento di taluni mercati, nonché sull'esercizio delle competenze dell'Autorità, di cui pertanto si auspica l'approvazione.

Al contempo, nel pieno rispetto delle prerogative del Parlamento, l'Autorità si permette di formulare alcune osservazioni volte ad evidenziare specifiche criticità con l'obiettivo di rafforzare il contenuto del disegno di legge. In tale ottica, oggetto di considerazione nella parte che segue saranno le disposizioni in materia di energia elettrica e gas (artt. 1, 2 e 4), quelle in materia di concessioni per il commercio su aree pubbliche (art. 5), nonché quella sul sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità (art. 8).

Misure in materia di energia elettrica e gas

Con riferimento alle misure riguardanti il settore dell'energia e, in particolare, l'obiettivo contenuto nel PNRR di sostenere e promuovere la transizione ecologica, l'Autorità intende esprimere apprezzamento per quanto previsto in merito alla diffusione dei contatori intelligenti di seconda generazione, che rappresentano uno strumento essenziale per consentire ai venditori di formulare offerte a prezzo dinamico e ai consumatori di adottare comportamenti virtuosi, grazie ad un controllo più puntuale e consapevole dei propri consumi.

Garantire una maggiore trasparenza è, infatti, una pre-condizione necessaria per far sì che i consumatori possano svolgere un ruolo più attivo e che gli operatori siano messi nella condizione di formulare offerte diversificate, volte a dirottare la domanda verso forme di consumo basate sull'uso di energie rinnovabili. Tutto ciò nell'ottica di favorire la transizione verso un'energia più sicura, sostenibile e accessibile, nonché di conseguire al tempo stesso una riduzione della dipendenza del sistema energetico nazionale dal gas estero. In tal senso, particolare rilievo rivestono la previsione di campagne informative e programmi di formazione che il MASE, in collaborazione con l'ARERA, dovrà promuovere presso i consumatori e le imprese, nonché la messa a disposizione del cliente finale dei dati del contatore relativi alle forniture di energia elettrica e di gas.

Importanti passi avanti sono compiuti anche in tema di semplificazione del procedimento di approvazione del Piano decennale di sviluppo della rete elettrica di trasmissione nazionale, che, ai sensi dell'articolo 1 del Disegno di legge in esame, deve essere concluso entro il termine di 18 mesi dalla data di presentazione dello stesso, comprensivo dei termini per la valutazione ambientale strategica e per i relativi adempimenti da parte di Terna Spa. In questo modo vengono ridotti in misura significativa i tempi, molto lunghi, che fino ad oggi hanno interessato l'approvazione del Piano *de quo*, con ricadute positive in termini di una più tempestiva ed efficiente programmazione e pianificazione da parte

di Terna Spa degli interventi e degli investimenti infrastrutturali, necessari a rendere più flessibile la strategia energetica nazionale.

Sul punto, si osserva, tuttavia, come un'ulteriore e più ampia semplificazione si sarebbe potuta conseguire eliminando, come suggerito dall'Autorità, la valutazione ambientale strategica (VAS), in quanto fase non necessaria ai fini dell'approvazione del Piano, essendo la valutazione ambientale già assorbita dalla cosiddetta VIA, cui è sottoposto ciascun progetto del Piano. Si tratta, in altri termini, di una duplicazione che rischia di appesantire il procedimento e che, in quanto tale, andrebbe rimossa.

Con riferimento, infine, alla disciplina dell'Elenco dei soggetti abilitati alla vendita del gas naturale ai clienti finali, nell'attuale versione dell'articolo 4 è previsto che l'esclusione dallo stesso Elenco possa derivare dalle violazioni e dalle condotte irregolari poste in essere nell'attività di vendita del gas, accertate e sanzionate dall'ARERA, dall'AGCM e dal Garante per la protezione dei dati personali. In proposito, si segnala la necessità di integrare la norma *de qua* prevedendo che l'esclusione debba essere disposta solo nel momento in cui le condotte sono state accertate e sanzionate con provvedimento divenuto inoppugnabile o passato in giudicato.

Misure in materia di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche

Tra le proposte di riforma contenute nel DDL Concorrenza particolare attenzione meritano le misure concernenti il rilascio delle concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio sulle aree pubbliche che, sulla base di quanto rappresentato nella *Relazione illustrativa*, sono tese a garantire la libera concorrenza dei servizi nel mercato all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea, ai sensi della c.d. Direttiva Servizi (Direttiva n. 123 del 2006).

In realtà, il progetto di riordino della disciplina in esame risulta solo in parte in linea con i principi concorrenziali, laddove, coerentemente con quanto auspicato dall'Autorità, riconduce le concessioni non ancora assegnate nel campo di applicazione della suddetta Direttiva.

Si prevede in particolare che le stesse siano rilasciate, per una durata di dieci anni, sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, secondo linee guida adottate dal Ministero delle imprese e del *made in Italy*, previa intesa in sede di Conferenza unificata, da approvare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge. Il principio delle nuove gare annuali, che dovranno portare alle concessioni di durata decennale, si applicherà tuttavia solo una volta verificata la disponibilità di aree concedibili, all'esito di ricognizioni che dovranno fare ogni anno i Comuni. La prima ricognizione dovrà essere effettuata entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della legge (art. 5, comma 3, DDL n. 795).

Per altro verso, tuttavia, esso prevede un regime di salvaguardia degli attuali concessionari, che non appare in linea con la normativa europea e con i principi affermati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Fino alla scadenza prevista nel relativo titolo, sono infatti fatte salve le concessioni già assegnate con gara e quelle già rinnovate per dodici anni ai sensi del c.d. decreto Rilancio del 2020 (art. 181, comma 4-*bis*), quindi fino al 2032. Peraltro, ove, alla data di entrata in vigore della legge, il procedimento di rinnovo non sia ancora concluso per qualsiasi causa, compresa l'eventuale inerzia dei Comuni, il procedimento medesimo dovrà essere concluso entro sei mesi, trascorsi i quali le concessioni si intenderanno comunque rinnovate, salvo il potere di adottare determinazioni in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, in caso di successivo accertamento, da parte dell'amministrazione, dell'originaria mancanza dei requisiti di onorabilità e professionalità e degli altri requisiti prescritti.

Inoltre, nell'art. 5, comma 5, si stabilisce che, nelle more della preparazione e dello svolgimento delle gare, le concessioni non interessate dai procedimenti di rinnovo conservino la loro validità sino al 31/12/2025, anche in deroga al termine previsto nel titolo concessorio e ferma restando l'eventuale maggiore durata prevista, producendo in tal modo la cristallizzazione dello *status quo ante*.

Tale assetto si presta a porsi in contrasto con le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 09/11/2021, i cui principi sono stati fatti propri dalla sentenza del Tar Lazio n. 539 del 2022, che ha fissato al 31/12/2023 il termine di efficacia delle concessioni anche con riferimento agli ambulanti.

Il commercio su aree pubbliche è tendenzialmente caratterizzato dalla scarsità delle concessioni assentibili - con conseguente applicabilità della Direttiva Servizi - in quanto, come affermato dall'Adunanza Plenaria nelle citate sentenze, il concetto di scarsità delle risorse deve essere interpretato «*in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato*»².

Del resto, l'articolo 12 della Direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la *par condicio* fra i soggetti potenzialmente interessati.

Un regime concessorio maggiormente coerente con i principi della concorrenza e volto a valorizzare i limitati spazi per il confronto competitivo è, del resto, estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione dei servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità, oltre a poter contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti e dell'innovazione di cui il Paese necessita.

² Cfr. Adunanza Plenaria, sentenze nn. 17 e 18 del 2021.

Il tutto in piena conformità all'obiettivo di fondo posto dal PNRR, dove si afferma sostanzialmente, in un passaggio particolarmente significativo, che le ragioni del mercato trovano una sinergia (se non anche una legittimazione) con le esigenze di eguaglianza sostanziale nonché di giustizia e coesione sociale³.

L'Autorità, pertanto, auspica che si presti maggiore attenzione ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 17 e n. 18 del 2021, nonché a quelli da ultimo affermati dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 20 aprile 2023⁴.

Misura relativa al controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'Autorità

L'articolo 8 del DDL concorrenza 2022 prevede l'eliminazione dell'inciso “*che non presentano un oggettivo margine di opinabilità*” dal testo dell'articolo 7, comma 1, del Decreto legislativo n. 3 del 2017, con l'obiettivo di sancire che il sindacato del giudice amministrativo, in sede di impugnazione delle decisioni con cui l'Autorità ha accertato un illecito antitrust, possa estendersi a tutte le valutazioni tecniche da questa compiute, anche qualora esse risultino opinabili e, quindi, insuscettibili di condurre ad un risultato univoco⁵.

Tale modifica interessa l'intensità del sindacato giurisdizionale e i limiti che la giurisdizione amministrativa incontra nella rivisitazione dei fatti e degli apprezzamenti tecnici complessi svolti dall'Autorità.

È un tema cangiante sul quale ha giocato un ruolo decisivo l'opera svolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione che, all'esito della ricerca di un corretto equilibrio di ruoli tra giudice e Autorità, è giunta a delineare un modello di sindacato definito di “attendibilità tecnica”.

In sintesi, il giudice ha pieno accesso alla conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. L'unico limite in cui continua a sostanzarsi l'intangibilità della valutazione amministrativa è quello per cui, di fronte a valutazioni tecniche che presentino un oggettivo margine di opinabilità, il giudice non ha il potere di sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi limitare a verificare se la valutazione compiuta rientri o meno

³ PNRR, p. 79, pubblicato in *italiadomani.gov.it*.

⁴ Corte di giustizia, Sez. III, sentenza 20 aprile 2023, causa C-348/22.

⁵ Si riporta il testo del vigente articolo 7, comma 1, del D. lgs. n. 3 del 2017: “*Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*”.

nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate che possono essere date ad un problema tecnico.

Questa impostazione bilancia l'effettività della tutela giurisdizionale con il principio della separazione dei poteri, si pone in linea con lo “*standard of review*” delineato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e soddisfa il canone della “*full jurisdiction*” elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Orbene, l'Autorità nutre la massima stima e rispetto per la magistratura amministrativa, che con la propria giurisprudenza le fornisce utili criteri interpretativi per la propria azione; ciò non di meno, non può esimersi dal rilevare che la modifica normativa prospettata pare sottendere un'evoluzione ulteriore dell'intensità del controllo esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità.

In particolare, si passerebbe dall'attuale sindacato di “attendibilità” a un sindacato di “maggiore attendibilità”, in cui il giudice non si limita a verificare la ragionevolezza della valutazione tecnica compiuta dall'Autorità, ma la valuta in termini comparativi rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti o comunque astrattamente ipotizzabili, con l'effetto, quindi, di sostituire il proprio apprezzamento alla discrezionalità amministrativa dell'Autorità.

Evidenzio, inoltre, che l'eliminazione dell'inciso richiamato potrebbe turbare l'assetto raggiunto dalla giurisprudenza, aprendo la strada a quella tesi che vorrebbe dare il potere al giudice non già e non solo di ripercorrere integralmente l'*iter* motivazionale che fonda la decisione impugnata, ma di svolgere *ex novo* la valutazione tecnica complessa: orientamento, questo, che scolora la distinzione tra l'attività amministrativa e le prerogative della giurisdizione e rispetto al quale la norma vigente ha finora fatto da argine.

Inoltre, considerata la complessità delle valutazioni tecniche ed economiche che caratterizzano l'operato dell'Autorità, occorre rilevare che l'apertura a un controllo giurisdizionale più invasivo dovrebbe essere necessariamente supportata da una corrispondente specializzazione dei giudici.

All'uopo, si sottolinea che l'Autorità può contare all'interno della propria struttura organizzativa sulla Direzione del *Chief Economist* e ha, inoltre, in servizio 74 economisti. Al contrario, il giudice amministrativo non può disporre nel Collegio delle specifiche e sofisticate competenze economiche indispensabili al fine di compiere efficacemente le valutazioni in ordine alla attendibilità degli apprezzamenti opinabili connotati da elevata discrezionalità tecnica. Né è possibile, stante il divieto previsto dall'articolo 102 della Costituzione, istituire presso gli organi della giustizia amministrativa sezioni specializzate per determinate materie.

Inoltre, non è pensabile che tali competenze possano essere reperite di volta in volta attraverso lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio prevista dall'articolo 67 del codice del

processo amministrativo, poiché il sistematico ricorso alla CTU porterebbe con sé un significativo aggravio dei costi e dei tempi del processo, peraltro in contrasto con gli obiettivi del PNRR che prevedono un abbattimento dei tempi della giustizia amministrativa.

Al riguardo si evidenzia che, in quei paesi ove è attribuito al giudice il potere di sostituire la decisione dell'autorità amministrativa attraverso un riesame completo del merito, sono stati istituiti tribunali altamente specializzati che, come si è visto, non sono istituibili in Italia *ex* articolo 102 della Costituzione. Mi limito a citare il *Competition Appeal Tribunal* nel Regno Unito, in cui il magistrato che presiede il collegio giudicante è affiancato da due membri non togati, con specifiche ed elevate competenze in materia di economia della concorrenza. Simili esperienze si sono diffuse anche in Finlandia e Svezia (con il Tribunale del mercato), Portogallo (con la Corte della concorrenza, regolamentazione e vigilanza) e Belgio.

Gli esempi riportati riflettono il ruolo assai peculiare che, nell'ordinamento dell'Unione europea, le Autorità di concorrenza svolgono a tutela del mercato interno. Un ruolo che si traduce nell'esercizio di un potere pubblico che presenta significativi profili di specialità rispetto all'attività amministrativa "tradizionale". La natura complessa delle valutazioni tecniche ed economiche riservate all'Autorità, nonché la particolare *expertise* dell'Istituzione e il suo carattere indipendente mal si conciliano, senza i necessari contrappesi, con un sindacato giurisdizionale sostitutivo. Per quanto esposto, si chiede, quindi, l'eliminazione dell'articolo 8 dal testo normativo.

In conclusione, l'Autorità esprime il proprio apprezzamento per l'iniziativa legislativa in corso di esame e auspica che quanto sopra rappresentato possa ricevere adeguata attenzione da parte di codesta autorevole Commissione.