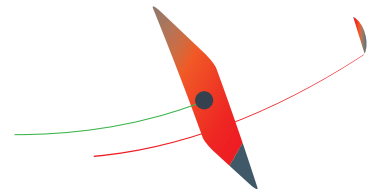


Capitolo II - Attività di tutela e promozione della concorrenza



1. Dati di sintesi

Nel corso del 2018, in applicazione della normativa a tutela della concorrenza, sono stati condotti complessivamente 8 procedimenti per intese, 7 procedimenti per abuso di posizione dominante e 6 procedimenti in materia di operazioni di concentrazione.

Tabella 1

Attività svolta dall'Autorità	2017	2018
Intese	10	8
Abusi	12	7
Concentrazioni (istruttorie)	3	6
Separazioni societarie	-	1
Inottemperanze alla diffida-infrazioni gravi artt. 2 e 3	-	1
Rideterminazione sanzioni	1	4

Tabella 2

Distribuzione dei procedimenti conclusi nel 2018 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	-	8
Abusi di posizione dominante	1	6	-	7
Concentrazioni fra imprese indipendenti	62	4	7	73

Le intese esaminate

Nel 2018 sono stati portati a termine 8 procedimenti istruttori in materia di intese.

In 4 casi il procedimento si è concluso con l'accertamento della violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)¹¹⁴. In 3 casi l'Autorità ha chiuso il procedimento istruttorio con una decisione ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per*

¹¹⁴ I811-FINANZIAMENTI AUTO, provv. n. 27497 e provv. n. 27498, I812-F.I.G.C. REGOLAMENTAZIONE DELL'ATTIVITA' DI DIRETTORE SPORTIVO, COLLABORATORE DELLA GESTIONE SPORTIVA, OSSERVATORE CALCISTICO E MATCH ANALYST, I801A-SERVIZIO DI PRENOTAZIONE DEL TRASPORTO MEDIANTE TAXI - ROMA, provv. n. 27249, I801B-SERVIZIO DI PRENOTAZIONE DEL TRASPORTO MEDIANTE TAXI - MILANO, provv. n. 27245.

la tutela della concorrenza e del mercato), con la quale ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati dalle Parti¹¹⁵. In un caso il procedimento è stato chiuso dall'Autorità essendo venuti meno i motivi di intervento nei confronti delle società interessate¹¹⁶.

Con riferimento ai casi conclusi con l'accertamento dell'illecito, in considerazione della gravità delle infrazioni accertate, sono state comminate alle imprese sanzioni per un ammontare complessivo pari a 681.716.691 euro¹¹⁷.

Al 31 dicembre 2018 risultavano in corso dieci procedimenti per intesa.

Nell'ambito delle intese, gli accertamenti istruttori hanno interessato diversi settori economici.

Tabella 3

Intese concluse nel 2018 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)	
Settore prevalentemente interessato	
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	2
Servizi finanziari	2
Industria farmaceutica	1
Telecomunicazioni	1
Attività professionali e imprenditoriali	1
Altre attività manifatturiere	1
Totale	8

Gli abusi di posizione dominante esaminati

Nel 2018 l'Autorità ha portato a termine 7 procedimenti istruttori in materia di abusi di posizione dominante.

In 4 casi il procedimento si è concluso con l'accertamento della violazione del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE¹¹⁸. In 2 casi l'Autorità ha concluso il procedimento istruttorio con una decisione ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, della l. 287/1990, con la quale ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati dall'impresa¹¹⁹. In un altro caso è stata disposta la chiusura del procedimento essendo venuti

¹¹⁵ I799-TIM-FASTWEB-REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA, I813-RESTRIZIONI ALLE VENDITE ON LINE DI STUFE, I773D-CONSORZIO BANCOMAT-COMMISSIONI BILL PAYMENTS.

¹¹⁶ I819-INTERCENT-ER/GARA PER FARMACI EMODERIVATI.

¹¹⁷ Il totale non tiene conto della sanzione comminata nel caso I816 - GARA SO.RE.SA. RIFIUTI SANITARI REGIONE CAMPANIA concluso nel gennaio 2019.

¹¹⁸ A511-ENEL/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA, A513-ACEA/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA A487-COMPAGNIA ITALIANA DI NAVIGAZIONE-TRASPORTO MARITTIMO DELLE MERCI DA/PER LA SARDEGNA, A508-SIAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE.

¹¹⁹ A508B-SIAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE, A507-SERVIZIO RIFORNIMENTO CARBURANTE AVIO AEROPORTO DI BERGAMO.

meno i motivi di intervento nei confronti delle società interessate¹²⁰.

Con riferimento ai casi conclusi con l'accertamento dell'illecito, in considerazione della gravità delle infrazioni accertate, sono state comminate alle imprese sanzioni per un ammontare complessivo pari 138.488.344 euro.

Al 31 dicembre 2018 risultavano in corso otto procedimenti per abusi.

Nell'ambito degli abusi, gli accertamenti istruttori hanno interessato diversi settori economici.

Tabella 4

Abusi conclusi nel 2018 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)	
Settore prevalentemente interessato	
Energia elettrica e gas	3
Cinema e discografia	2
Industria petrolifera	1
Trasporti e noleggio mezzi di trasporto	1
Totale	7

Le operazioni di concentrazione esaminate

Nel corso del 2018, i casi di operazioni di concentrazione esaminati sono stati 73.

In 6 casi l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'art. 16 della l. 287/1990. In particolare, in 4 casi ha autorizzato l'operazione di concentrazione subordinatamente all'adozione di alcune misure correttive¹²¹, in un caso l'Autorità ha modificato le misure precedentemente imposte¹²², mentre in un caso ha autorizzato l'operazione di concentrazione senza condizioni¹²³.

Separazione societaria, rideterminazione della sanzione, inottemperanza alla diffida

Nel periodo di riferimento, l'Autorità ha concluso, con l'accertamento dell'infrazione, un'istruttoria relativa alla mancata ottemperanza all'obbligo di separazione societaria e di comunicazione preventiva di cui all'articolo 8, comma 2-bis e 2-ter, della l. 287/1990¹²⁴; ha deliberato la rideterminazione

¹²⁰ A512-A2A/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA.

¹²¹ C12109-PROFUMERIE DOUGLAS/LA GARDENIA BEAUTY-LIMONI, C12125-2I RETE GAS/NEDGIA, C12139-NOAH 2/MONDIAL PET DISTRIBUTION, C12183-LUXOTTICA GROUP/BARBERINI.

¹²² C11524E-UNIPOL GRUPPO FINANZIARIO/UNIPOL ASSICURAZIONI-PREMAFIN FINANZIARIA-FONDIARIA SAI-MILANO ASSICURAZIONI.

¹²³ C12138-CASSA CENTRALE RAIFFEISEN DELL'ALTO ADIGE/GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO DELLE CASSE RAIFFEISEN.

¹²⁴ SP151B-A.IR AUTOSERVIZI IRPINI-SERVIZI DI TRASPORTO INTERREGIONALI DI COMPETENZA STATALE.

della sanzione in 4 procedimenti istruttori¹²⁵; ha concluso un procedimento istruttorio, accertando l'ottemperanza a un precedente provvedimento¹²⁶.

Gli accertamenti ispettivi

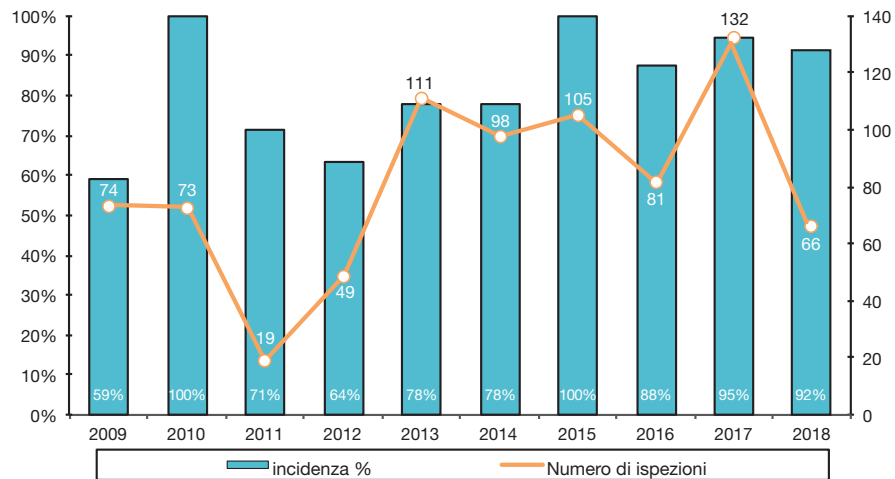
Anche nel corso del 2018, l'attività di verifica ispettiva da parte dell'Autorità è stata intensa.

In particolare, in materia di intese e di abusi di posizione dominante, l'Autorità ha disposto l'accertamento ispettivo ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della l. 287/1990 per il 92% dei procedimenti avviati, per complessive 66 sedi sottoposte a verifica (6 delle quali a seguito dell'ampliamento istruttorio per 3 procedimenti avviati negli anni precedenti) (Tabella 5 e Figura 1).

Tabella 5

Procedimenti avviati e accertamenti ispettivi effettuati nel 2018 in materia di concorrenza				
	Procedimenti avviati (a)	Con accertamento ispettivo (b)	Sedi ispezionate (c)	(b)/(a) (%)
Concorrenza	12	11	66	92%

Figura 1 - Incidenza percentuale sulle istruttorie in materia di concorrenza¹²⁷ dei procedimenti con accertamento ispettivo e numero di ispezioni effettuate nel periodo 2008-2018



¹²⁵ I783B2-ACCORDO TRA OPERATORI DEL SETTORE VENDING-RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE SUPERMATIC, I783B3-ACCORDO TRA OPERATORI DEL SETTORE VENDING-RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE OVDAMATIC, I783B1-ACCORDO TRA OPERATORI DEL SETTORE VENDING-RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE SELLMAT, I780B-MERCATO DEL CALCESTRUZZO IN VENETO-RIDETERMINAZIONE SANZIONE.

¹²⁶ A480B - INCREMENTO PREZZO FARMACI ASPEN-INOTTEMPERANZA.

¹²⁷ I dati si riferiscono ai procedimenti istruttori avviati ai sensi degli artt. 2 e 3 della l. 287/1990 nonché degli artt. 101 e 102 del TFUE.

L'Autorità ha, inoltre, ritenuto di avvalersi dello strumento ispettivo in ulteriori 8 procedimenti istruttori¹²⁸ e collaborato con l'Autorità romena ai sensi dell'art. 22 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002 (concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato) per un accertamento svolto sul territorio italiano.

Decisivo per l'effettuazione di tutti gli accertamenti ispettivi ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza è stato l'apporto del Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza.

L'attività di segnalazione e consultiva

Nel corso del 2018, le segnalazioni adottate dall'Autorità ai sensi degli articoli 21 e 22 della l. 287/1990, in relazione alle restrizioni della concorrenza derivanti dalla normativa esistente o dai progetti normativi, sono state 63. Dei pareri ex art. 22, 18 sono stati adottati su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), con riguardo a leggi regionali che presentavano restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato.

I pareri adottati ai sensi dell'articolo 21-bis della l. 287/1990 sono stati 21, uno dei quali è stato adottato ai sensi dell'art. 5, comma 3, decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*), che ha introdotto l'obbligo per le amministrazioni di trasmettere all'Autorità l'atto deliberativo di costituzione o di acquisizione di una partecipazione in una società pubblica.

Come negli anni passati, gli interventi hanno riguardato un'ampia gamma di settori.

¹²⁸ Degli 8 procedimenti, 6 sono stati avviati in applicazione dell'art. 62 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), uno per ipotesi di inottemperanza alla diffida per infrazioni gravi all'art. 2 della l. 287/90, l'altro per mancato rispetto degli impegni assunti. Complessivamente ulteriori 26 differenti sedi di imprese sono state interessate dalle verifiche.

Tabella 6

Attività di segnalazione e consultiva per settori di attività economica ex artt. 21 e 22 (numero degli interventi)	
Settore	2018
Energia	13
Energia elettrica e gas	5
Industria petrolifera	2
Smaltimento rifiuti	6
Comunicazioni	9
Informatica	3
Telecomunicazioni	5
Editoria e stampa	1
Credito	6
Servizi postali	4
Servizi finanziari	2
Agroalimentare	4
Industria alimentare e delle bevande	1
Industria farmaceutica	3
Trasporti	6
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	6
Servizi	23
Servizi vari	13
Sanità e altri servizi sociali	3
Attività ricreative culturali e sportive	2
Turismo	4
Attività professionali e imprenditoriali	1
Altro	2
Meccanica	1
Mezzi di trasporto	1
Totale	63

Tabella 7

Pareri adottati ai sensi dell'articolo 21-bis per settori di attività economica (numero degli interventi)	
Settore	2018
Energia	2
Acqua	2
Comunicazioni	2
Telecomunicazioni	2
Trasporti	3
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	3
Credito	2
Assicurazioni e fondi pensione	2
Servizi	12
Sanità e altri servizi sociali	2
Turismo	9
Attività ricreative, culturali e sportive	1
Totale	21

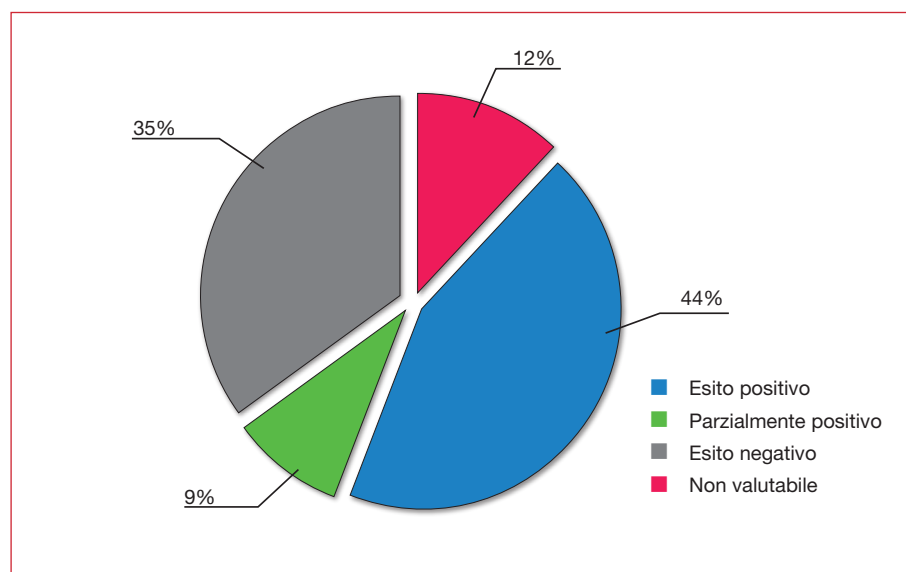
Monitoraggio dell'attività di segnalazione e consultiva

Nel corso del 2018 l'Autorità ha proseguito il lavoro di monitoraggio della propria attività di *advocacy*, avviato nel 2013, al fine di poter rilevare il livello di efficacia dei propri interventi di segnalazione e consultivi.

L'attività di monitoraggio svolta ha preso a riferimento gli interventi adottati nel biennio precedente 2016 e 2017, per un totale di 236 segnalazioni e pareri, distinti per base giuridica secondo quanto disposto dagli articoli 21, 21-bis e 22 della l. 287/1990. Lo scostamento temporale tra il momento dell'adozione degli interventi e quello in cui si svolge il monitoraggio dipende dal fatto che i destinatari devono poter contare su un certo lasso di tempo per adeguarsi e l'Autorità deve poter svolgere le verifiche necessarie per registrare il seguito dato dagli stessi.

I risultati hanno fatto registrare un tasso di ottemperanza, considerata la totalità degli strumenti utilizzati, pari al 53% (126 casi), dato dal 44% di esito positivo (104 casi) e dal 9% parzialmente positivo (22 casi); i restanti casi sono negativi per il 35% (81 casi) e non valutabili per il 12% (29 casi)¹²⁹. Tali risultati sono illustrati dal grafico sotto¹³⁰.

Grafico 2. Esito complessivo *advocacy*



Fonte: Elaborazioni AGCM su dati 2016 e 2017

Si conferma dunque che, sul totale degli interventi, il tasso di ottemperanza rimane superiore alla metà. Inoltre, pur registrandosi una lieve

¹²⁹ Gli esiti sono classificati come positivi, parzialmente positivi e negativi, facendo riferimento rispettivamente all'aderenza totale, all'aderenza parziale o al mancato adeguamento alle raccomandazioni espresse dall'Autorità, mentre la voce di classificazione non valutabile si riferisce a quei casi che, per diverse ragioni, non sono suscettibili di valutazione, perché ad esempio le procedure di modifica sono in corso.

¹³⁰ Si segnala, peraltro, che, in linea con la tempistica semestrale del monitoraggio, la rilevazione completa e aggiornata per il biennio 2017-2018 sarà pubblicata nell'apposita sezione *Advocacy* del sito istituzionale entro luglio 2019, così come sono già disponibili nella stessa sezione i risultati della rilevazione relativa al biennio precedente 2016-2017.

flessione rispetto alla rilevazione del biennio precedente 2015-2016 (il tasso di successo globale era 59%, 43% esito positivo, 16% parzialmente positivo), lo spaccato dei dati mostra che alcuni strumenti resistono o migliorano, soprattutto con riferimento ai pareri ex art. 22. Al riguardo, in ogni caso, tutti gli esiti parzialmente positivi, negativi e non valutabili degli interventi 2017 saranno aggiornati nel prossimo monitoraggio, che vedrà il consolidamento del dato per detto anno e potrebbe registrare ulteriori esiti positivi.

L'attività di monitoraggio ha consentito, altresì, di verificare il tasso di ottemperanza dei singoli strumenti giuridici utilizzati nel medesimo periodo di riferimento e, in particolare:

- art. 21 - tasso di successo 17% (6% esito positivo, 11% parzialmente positivo);
- art. 22 - tasso di successo globale 73% (57% esito positivo, 16% parzialmente positivo);
- art. 22 PCM - tasso di successo 23%;
- art. 21-bis - tasso di successo 48%, a contenzioso parzialmente pendente.

Come emerge dai dati sopra riportati, le segnalazioni rese ai sensi dell'art. 21 (35 in totale) hanno registrato un tasso di successo di modesto valore; diversamente, il grado di ottemperanza dei pareri resi ai sensi dell'art. 22 (112, senza considerare i pareri resi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri) è stato notevolmente più elevato.

Dei pareri resi ai sensi dell'art. 22, 75 sono stati adottati su richiesta dell'amministrazione e per questi casi il tasso di ottemperanza è stato particolarmente alto (86%, di cui 76% esito positivo, 10% parzialmente positivo), sia per le amministrazioni centrali (93%) che per quelle locali (62%). In ogni caso, anche per i 37 pareri ai sensi dell'art. 22 inviati d'ufficio il tasso di successo, sebbene più ridotto, è stato significativo (49%, di cui 19% esito positivo, 30% parzialmente positivo). Tali risultati, riferiti allo strumento in questione, confermano un *trend* già emerso in occasione di precedenti monitoraggi e sottolineano il ruolo dell'Autorità quale consulente in materia di concorrenza per le amministrazioni, sia centrali che locali.

Per quanto riguarda i pareri resi ai sensi dell'art. 22 su leggi regionali su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri (30 su un totale di 93 richieste), la percentuale di successo si attesta sul 27%, intesa come ricorsi presentati di fronte alla Consulta a seguito del parere dell'Autorità (7 in totale) oltre a un caso in cui la legge regionale è stata modificata per la *moral suasion* intervenuta successivamente al parere. Tenendo conto di ciò che succede a valle dei pareri, la Corte Costituzionale si è pronunciata in 5 casi (sui 7 totali) accogliendo il ricorso della Presidenza del Consiglio, un caso l'ha rigettato, un altro è pendente.

Con riferimento ai pareri resi ai sensi all'art. 21-bis, sui 56 interventi (inclusi i pareri ex art. 21-bis TUSPP), il tasso di successo nel periodo

considerato è stato del 48% (27 esiti positivi), da intendere nel senso che l'atto è stato modificato a seguito del parere reso dall'Autorità, a fronte di 38% di esiti negativi (21 casi), 14% non valutabili (8 casi). Tale dato è migliorato rispetto al monitoraggio del biennio precedente (2015-2016, in cui era 44%) e potrebbe ancora migliorare stante la pendenza dei giudizi in corso, per cui un esito definitivo potrà essere espresso soltanto una volta concluso il contenzioso.

In linea con le precedenti rilevazioni, l'attività di *advocacy* ha visto maggiormente incisi i settori dei trasporti e noleggio mezzi di trasporto (17%), dei servizi vari (14%), seguiti da rifiuti (11%), turismo (8%), sanità (8%), che complessivamente rappresentano il 58% di tutta l'attività di *advocacy*.

2. L'attività di tutela della concorrenza

Le intese

I procedimenti più rilevanti conclusi nel 2018

FINANZIAMENTI AUTO

Nel dicembre 2018, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio accertando l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, tra le nove *captive banks* Banque PSA Finance S.A., Banca PSA Italia S.p.A., BMW Bank GmbH, FCA Bank S.p.A., FCE Bank Plc., General Motor Financial Italia S.p.A. (ora Opel Finance S.p.A.), Mercedes Benz Financial Services Italia S.p.A., RCI Banque S.A., Toyota Financial Services Plc., Volkswagen Bank GmbH, nonché le associazioni Assofin ed Assilea, (d'ora in poi Parti) volta a distorcere le dinamiche concorrenziali nell'ambito della vendita di automobili dei relativi Gruppi di appartenenza, attraverso finanziamenti erogati dalle stesse¹³¹. Inoltre, per gli stessi comportamenti sono state ritenute responsabili Banque PSA Finance S.A., Santander Consumer Bank S.p.A., BMW AG, FCA Italy S.p.A., CA Consumer Finance S.A., Daimler AG, Ford Motor Company, General Motors Company, Renault S.A., Toyota Motor Corporation e Volkswagen AG in quanto società controllanti delle citate nove *captive banks*.

Il procedimento era stato avviato nell'aprile 2017 a seguito della presentazione di una domanda di clemenza da parte di Mercedes Benz Financial Services Italia S.p.A. e Daimler AG.

L'Autorità ha ritenuto che il mercato rilevante, dal punto di vista

¹³¹ I811-FINANZIAMENTI AUTO, provv. 27497 e 27498.

merceologico, fosse quello della vendita di auto attraverso i finanziamenti erogati dalle *captive banks* appartenenti ai Gruppi automobilistici. Quanto alla dimensione geografica dei mercati, l'Autorità ha ritenuto che questa dovesse corrispondere al territorio italiano.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che, a partire dal giugno 2003 fino all'aprile 2017, le Parti hanno posto in essere un'intesa orizzontale segreta anticoncorrenziale per oggetto, idonea a eliminare o ridurre fortemente l'incertezza in merito alla determinazione della strategia commerciale di ciascuna delle società coinvolte. In particolare, l'intesa si è realizzata per il tramite di un intenso scambio, bilaterale e multilaterale, anche in sede associativa, di informazioni concorrenzialmente sensibili, in ragione, tra l'altro, dell'intensità, della tipologia delle informazioni condivise, nonché del contesto di mercato. Le associazioni Assofin e Assilea sono state considerate coinvolte nel cartello, avendo raccolto e divulgato informazioni sensibili sotto il profilo antitrust, le quali, unitamente alla corposa mole di scambi già in essere tra le *captive banks*, hanno contribuito ad aumentare artificialmente la trasparenza del mercato in esame.

Nello specifico, durante l'istruttoria, l'Autorità ha rilevato che le *captive banks*, anche per il tramite delle associazioni di categoria, hanno posto in essere un cartello, attraverso uno scambio periodico e sistematico di informazioni sul TAN -minimo, medio e massimo-, sul TAEG, sul tasso applicato ai concessionari, sulle spese applicate ai clienti finali, sui volumi dei prodotti finanziari e sui valori residui in caso di *leasing*. Inoltre, le Parti hanno scambiato informazioni sul tasso di accettazione dei prodotti finanziari (che permette di stimarne il rischio), sulla gestione delle relazioni con i *dealers*, nonché su numerosi altri argomenti (come comportarsi con le regioni colpite dall'alluvione o dal terremoto, come reagire all'aumento dei tassi disposto dalla BCE, ecc.).

L'Autorità ha valutato che tali informazioni, in alcuni casi future o previsionali in merito a condotte commerciali future, o, in ogni caso, attuali in quanto relative all'anno in corso, scambiate in modo disaggregato, fossero strategiche ai fini della definizione del *budget* e del piano *marketing* relativi all'anno successivo, essendo elementi (volumi, tasso di penetrazione, TAN, TAEG, spese, accettazione del rischio, etc.) sulla base dei quali le *captive banks* determinano le strategie commerciali e gli obiettivi di vendita delle società.

Sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha ritenuto che il comportamento delle Parti, posto in essere a beneficio dei rispettivi Gruppi automobilistici di appartenenza, costituisca un'intesa unica, complessa e continuata, restrittiva della concorrenza per oggetto, in quanto idonea ad alterare le dinamiche competitive di mercato. L'Autorità ha qualificato tale condotta come molto grave, in quanto finalizzata a limitare il confronto concorrenziale attraverso lo scambio di informazioni

sensibili, relative anche a prezzi e volumi previsionali, che ha determinato una trasparenza artificiale del mercato e l'annullamento dell'incertezza in merito alle strategie commerciali di ciascun concorrente.

In ragione della gravità e della durata dell'infrazione, l'Autorità ha comminato alle *captive banks* coinvolte, in solido con le rispettive società controllanti, nonché alle associazioni Assofin e Assilea, sanzioni amministrative pecuniarie complessivamente di oltre 678 milioni di euro. L'Autorità ha ritenuto di riconoscere il beneficio dell'immunità totale dalla sanzione a favore di Mercedes Benz Financial Services Italia S.p.A. e di Daimler AG, in quanto *leniency applicant*.

F.I.G.C. REGOLAMENTAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI DIRETTORE SPORTIVO, COLLABORATORE DELLA GESTIONE SPORTIVA, OSSERVATORE CALCISTICO E MATCH ANALYST

Nel giugno 2018, l'Autorità ha chiuso un procedimento istruttorio accertando l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, nei confronti della Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), in relazione alla previsione di restrizioni all'accesso al mercato dei servizi professionali offerti da alcune specifiche figure di supporto alle squadre di calcio, quali in particolare i Direttori Sportivi e i Collaboratori della Gestione Sportiva (che curano gli assetti organizzativi delle squadre di calcio in ambito, rispettivamente, professionistico e dilettantistico), gli Osservatori Calcistici (che svolgono attività di *scouting*) e i *Match Analyst* (che effettuano l'analisi statistica dei dati prestazionali di singoli calciatori e squadre)¹³².

Il procedimento era stato avviato nel maggio 2017 su segnalazione di un'associazione attiva nel campo dei servizi professionali a imprese e privati, segnatamente in ambito tributario, legale e del lavoro.

L'Autorità ha ritenuto che il mercato rilevante, in linea con la consolidata giurisprudenza amministrativa riferita alle intese restrittive della concorrenza, fosse definito dalle prestazioni dei servizi offerti, a titolo oneroso, dalle figure professionali del Direttore Sportivo, del Collaboratore della Gestione Sportiva, dell'Osservatore Calcistico e del *Match Analyst* a favore delle società calcistiche, tenuto conto dell'incidenza delle disposizioni federali oggetto di scrutinio e dei relativi bandi per la definizione delle condizioni e dei limiti dei percorsi obbligatori sull'accesso alle relative professioni. Sotto il profilo geografico, il mercato rilevante è stato ritenuto coincidente con il territorio nazionale, in quanto la FIGC ha dettato regole uniformi per l'accesso a tali figure professionali valide in tutto il territorio italiano.

Le condotte della FIGC oggetto di accertamento hanno riguardato l'adozione di disposizioni regolamentari federali volte a disciplinare, a partire

¹³² 1812 - F.I.G.C. REGOLAMENTAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI DIRETTORE SPORTIVO, COLLABORATORE DELLA GESTIONE SPORTIVA, OSSERVATORE CALCISTICO E MATCH ANALYST, provv. 27249.

dal 2010 e con diverse aggiunte, modifiche e integrazioni (negli anni 2015, 2016 e 2018), l'Elenco Speciale dei Direttori Sportivi, dei Collaboratori della Gestione Sportiva per società dilettantistiche e delle figure di Osservatore Sportivo e di *Match Analyst*. Il complesso di tale disciplina è stato valutato unitamente ai bandi per l'accesso ai vari corsi di abilitazione indetti dal 2010 in poi, in relazione alle varie figure professionali sopra richiamate.

In particolare, l'istruttoria ha valutato la previsione, da parte della FIGC, di disposizioni regolamentari volte a stabilire, per le specifiche figure professionali in questione, requisiti di residenza/cittadinanza, un numero massimo di soggetti ammessi a partecipare ai corsi di abilitazione e ai percorsi formativi federali obbligatori offerti in esclusiva dalla FIGC, e una riserva di attività agli iscritti negli appositi elenchi federali, costruiti come veri e propri albi professionali, previa frequenza e superamento dei citati corsi di formazione.

L'Autorità ha preliminarmente qualificato ai fini antitrust la FIGC come un'associazione di imprese, alla luce del fatto che essa, associazione riconosciuta con personalità giuridica di diritto privato federata al Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), è, altresì, un ente rappresentativo di imprese che operano sul mercato in modo indipendente e stabile e che, in base allo statuto, persegue anche obiettivi commerciali relativamente all'organizzazione e promozione di eventi sportivi e altre attività economiche connesse, tra cui l'attività di formazione delle figure professionali che a vario titolo operano nel mondo del calcio. L'Autorità ha altresì osservato, anche sulla base della giurisprudenza EU in materia, che la disciplina da parte di una Federazione Sportiva delle attività economiche che gravitano nel mondo dello sport è pienamente soggetta allo scrutinio antitrust (rinviando in tal senso all'indagine conoscitiva IC/27, svolta dall'Autorità nel 2007, avente a oggetto il settore del calcio professionistico e incentrata principalmente sulla regolamentazione dell'attività degli agenti dei calciatori).

A esito del procedimento, l'Autorità ha ritenuto le restrizioni esaminate idonee a restringere la concorrenza nella misura in cui contingentano il numero di operatori che possono ambire a svolgere le attività professionali considerate per le società calcistiche, precludendo la possibilità di operare nel mercato nazionale a soggetti che non seguono i percorsi federali, non figurano nell'Elenco, non risiedono in Italia e non sono cittadini italiani. Secondo l'Autorità, detti vincoli sono idonei a introdurre un artificioso equilibrio fra domanda e offerta dei servizi professionali in questione, in quanto, ostacolando l'accesso di nuovi operatori nel mercato, precludono una maggiore differenziazione dell'offerta e impediscono il pieno operare dei meccanismi concorrenziali.

L'Autorità ha precisato che le restrizioni in esame sono prive di giustificazioni oggettive, non sono imposte dalle federazioni internazionali di riferimento (FIFA e UEFA), né sono contemplate in altri ordinamenti nazionali.

Allo stesso modo, ha ritenuto che le stesse non siano neppure riconducibili al potere regolamentare attribuito alle federazioni sportive rispetto agli sportivi professionisti, tassativamente elencati all'articolo 2 della l. 91/1981. In particolare, nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha accertato che le restrizioni esaminate sono state il frutto di autonome scelte della Federazione, che si è autoattribuita un potere regolatorio, introducendo restrizioni quantitative all'accesso e altri vincoli ingiustificati (obbligo di frequentare i corsi federali, iscrizione all'Elenco) per l'esercizio di talune attività economiche professionali. Ciò a beneficio di operatori economici rappresentati nei propri organi decisionali, segnatamente i Direttori Sportivi e gli allenatori, ai quali ultimi essa ha inteso riservare le attività emergenti di Osservatore Calcistico e *Match Analyst*.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che le restrizioni accertate, in assenza di qualsiasi copertura normativa e introdotte, anzi, in un contesto normativo di liberalizzazione delle attività economiche, costituissero un'infrazione grave dell'art. 101 del TFUE.

In conclusione, l'Autorità ha accertato che la FIGC - qualificata ai fini antitrust come associazione di imprese - almeno dal 2010 alla data di chiusura del procedimento, attraverso Regolamenti federali e i relativi bandi di ammissione ai corsi di formazione dalla stessa direttamente o indirettamente indetti e organizzati, ha disciplinato in maniera ingiustificatamente restrittiva l'accesso ad alcune attività puramente economiche di supporto alle squadre di calcio, limitando l'accesso alle figure professionali di Direttore Sportivo, Collaboratore della Gestione Sportiva, Osservatore Calcistico e *Match Analyst*. L'Autorità ha quindi ritenuto che tali condotte costituiscano un'infrazione unica, complessa e continuata dell'articolo 101 del TFUE, avente un oggetto anticoncorrenziale idoneo a restringere l'offerta di servizi professionali e a bloccare lo sviluppo del mercato.

Con riferimento all'aspetto sanzionatorio, l'Autorità ha irrogato alla Federazione Italiana Giuoco Calcio una sanzione amministrativa pecuniaria di oltre 3 milioni di euro, richiedendo altresì di dare comunicazione all'Autorità, entro 120 giorni dalla notifica del provvedimento, delle iniziative programmate per eliminare le restrizioni oggetto dell'accertamento.

GARA SO.RE.SA RIFIUTI SANITARI REGIONE CAMPANIA

Nel gennaio 2019, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio accertando l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, tra le società Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Langella Mario S.r.l., Bifolco & Co. S.r.l., realizzata per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l.. L'intesa è stata finalizzata a una ripartizione del mercato, in occasione della prima gara, indetta da So.re.sa. S.p.A., centrale di committenza della Regione Campania, volta all'acquisizione - per

conto di tutte le aziende sanitarie della Regione - del servizio di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, derivanti dalle attività delle citate aziende della Campania.¹³³ Il procedimento era stato avviato nel settembre 2017, in seguito ad alcune denunce pervenute dalla stazione appaltante che ipotizzava la sussistenza di una possibile concertazione tra le Parti.

L'Autorità ha ritenuto che il mercato rilevante fosse quello relativo alla procedura di affidamento del servizio di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, derivanti dalle attività delle citate aziende della Campania.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza consistente in un coordinamento delle strategie commerciali delle società Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Langella Mario S.r.l. e Bifolco & Co. S.r.l., realizzata anche per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l. in occasione dell'indizione della prima procedura di gara centralizzata bandita da So.re.sa. S.p.A. relativamente alla fornitura del servizio di raccolta, trasporto e conferimento a impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti da attività sanitarie per le aziende sanitarie presenti nella Regione Campania.

Con specifico riferimento alle modalità di realizzazione dell'intesa oggetto della procedura istruttoria, l'Autorità ha appurato che essa è stata basata su un modello concertativo peculiare che ha coinvolto sia le società Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario e Bifolco & Co, che la società di consulenza Green Light. In particolare dalle evidenze acquisite è emerso che le imprese partecipanti alla procedura indetta da So.re.sa. hanno definito *ex ante* e in maniera concordata la propria strategia di gara, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti, agevolati in ciò dalla scelta condivisa di utilizzare un medesimo consulente per la predisposizione delle relazioni tecniche da presentare alla stazione appaltante, ove lo stesso consulente ha manifestato loro l'indisponibilità ad assisterle su lotti in concorrenza. Green Light ha dunque favorito la realizzazione del citato coordinamento, proprio in ragione della consapevolezza comune delle Parti che la società di consulenza non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti. In quest'ottica, pertanto, l'utilizzo di un medesimo consulente di gara è stata considerata elemento costitutivo dell'intesa oggetto di istruttoria.

Quando infatti ciascuna delle società coinvolte, nella consapevolezza reciproca di detta circostanza, ha stipulato un autonomo contratto di consulenza con Green Light, ha potuto garantirsi uno strumento di controllo sulla decisione di spartizione dei lotti, considerato che il consulente comune non avrebbe potuto prestare assistenza a una pluralità di attori in

¹³³ I816 - GARA SO.RE.SA. RIFIUTI SANITARI REGIONE CAMPANIA , provv. n. 27546.

concorrenza sullo stesso lotto.

D'altro canto, l'istruttoria ha permesso di verificare che la società di consulenza Green Light ha avuto un ruolo significativo e consapevole nella descritta concertazione, agevolando e suggellando la previa spartizione del mercato attuata dalle Parti. La stipula di contratti individuali di consulenza con tutte le imprese assistite per lotti distinti, nella condivisa consapevolezza che questo avrebbe implicato l'impossibilità per le imprese Parti di gareggiare tra loro in concorrenza sullo stesso lotto, nonché la documentata attività di sollecitazione verso le Parti ad assumere comportamenti più collaborativi ai fini della partecipazione alla gara, stimolando ad esempio le stesse a condividere alcune voci di costo e a "evitare personalismi" onde poter agevolare la migliore stesura degli elaborati tecnici e ricevere i corrispettivi pattuiti nel contratto, hanno consentito di comprovare la piena partecipazione anche della società Green Light al disegno collusivo.

L'intesa accertata a esito dell'istruttoria è stata considerata lesiva in ragione del suo oggetto senza necessità di verificarne gli effetti.

Sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha ritenuto che il comportamento delle società, consistente in un coordinamento dei propri comportamenti commerciali in occasione della gara indetta da So.re.sa., costituisse un'intesa restrittiva della concorrenza avente a oggetto un'illecita ripartizione del mercato. L'Autorità ha riconosciuto tale condotta come molto grave, in quanto volta alla limitazione del confronto concorrenziale in occasione della prima gara di appalto indetta da So.re.sa. per la fornitura del servizio richiesto.

Non è stata invece ritenuta responsabile dell'illecito la società Eco Transfer S.r.l., nei cui confronti era stato avviato il procedimento istruttorio, in assenza di un quadro probatorio idoneo a imputarle il descritto disegno collusivo.

In ragione della gravità e della durata dell'infrazione, l'Autorità ha inflitto alle società Parti sanzioni amministrative pecuniarie complessivamente pari a 1.355.136 euro.

TIM-FASTWEB/REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA

Nel marzo 2018, l'Autorità ha chiuso un'istruttoria, ai sensi dell'art. 101 del TFUE, nei confronti delle società Telecom Italia S.p.A. e Fastweb SpA., accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati dalle Parti¹³⁴.

L'istruttoria è stata avviata nel febbraio 2017 per verificare le possibili restrizioni alla concorrenza connesse a un accordo di co-investimento sottoscritto tra le Parti avente a oggetto la costruzione di una rete di telecomunicazioni fisse in fibra ottica (FTTH) destinata alla copertura di 29 tra le principali città italiane, mediante la società comune Flash Fiber S.r.l.

¹³⁴ 1799 - 1799B - TIM-FASTWEB/REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA, provv. n. 27102.

(di seguito, FF).

In sede di avvio del procedimento, avvenuto anche a seguito di alcune segnalazioni inviate all'Autorità da alcuni concorrenti, l'Autorità ha rilevato che l'accordo tra Telecom Italia S.p.A.(di seguito, TI) e Fastweb S.p.A.(di seguito, FW) avrebbe potuto integrare un'intesa potenzialmente idonea a impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno dei mercati dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa e dei servizi di telecomunicazioni fisse al dettaglio, a banda larga e ultralarga. Attraverso l'intesa, le Parti - i due principali operatori verticalmente integrati operanti nel settore - avrebbero infatti potuto raggiungere un rilevante grado di coordinamento su scelte strategiche relative alle reti fisse a banda larga e ultralarga, riducendo così l'intensità della competizione statica e dinamica all'interno dell'intero settore.

In particolare, nel provvedimento di avvio l'Autorità ha rilevato che l'intesa avrebbe potuto determinare una cooperazione strutturale, esclusiva e di lungo periodo fra TI e FW nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso; infatti, attraverso la società comune FF, le Parti avrebbero potuto coordinare le proprie decisioni di investimento sulle reti in fibra ottica e definire congiuntamente le condizioni di accesso alle nuove reti. L'accordo di co-investimento, inoltre, prevedeva anche delle clausole di esclusiva circa l'utilizzo della rete di accesso di FF per la fornitura di servizi alla clientela residenziale e *microbusiness*.

L'Autorità ha altresì evidenziato il rischio che le condizioni tecniche ed economiche per la fornitura dell'accesso alla nuova rete di FF a soggetti terzi potessero essere stabilite in modo da incidere significativamente anche sulla concorrenza nel mercato al dettaglio, a causa degli incentivi a realizzare strategie di preclusione degli *input* di produzione a danno degli operatori terzi che avrebbero potuto emergere in seno all'accordo.

Infine, in considerazione della natura verticalmente integrata degli operatori coinvolti, l'Autorità ha ritenuto che la *joint-venture* avrebbe potuto facilitare il coordinamento delle rispettive politiche commerciali e il conseguente allineamento dei prezzi praticati alla clientela finale, a danno della concorrenza.

Nel corso dell'istruttoria, Telecom Italia S.p.A.e Fastweb S.p.A.hanno presentato una proposta di impegni ai sensi all'articolo 14-ter, comma 1, della l. 287/1990, articolata in sei punti.

In particolare, il primo impegno prevede la realizzazione della nuova rete FTTH in tempi certi, nel rispetto di obiettivi annuali predefiniti (30% entro il 2017; 70% entro il 2018; 85% entro il 2019; 95% entro il 2020). La realizzazione del progetto, nonché la sua tempistica, dovrà essere certificata da un soggetto terzo ed indipendente nominato dalle Parti, previa consultazione e gradimento dell'Autorità.

Con il secondo impegno si prevede la rimozione dall'accordo di co-

investimento del diritto di prelazione a favore delle Parti sulla capacità di rete di Flash Fiber che residua rispetto ai fabbisogni industriali di Telecom e Fastweb; la messa a disposizione di soggetti terzi di un numero garantito di fibre ottiche per ogni ripartitore ottico di edificio; l'obbligo di concludere accordi di accesso ai segmenti verticali con soggetti terzi.

In base al terzo impegno, le Parti si sono vincolate a predisporre offerte autonome di servizi attivi di accesso su fibra ottica (VULA e *bitstream* NGA) a condizioni non discriminatorie; a concedere l'accesso alle infrastrutture di posa attraverso accordi di scambio dei diritti disponibili sulle rispettive infrastrutture o accordi di concessione di diritti IRU (*Indefeasible Right of Use*), a condizioni trasparenti, non discriminatorie, eque e ragionevoli.

Il quarto impegno prevede la retrodatazione della data di chiusura della società comune Flash Fiber al 2035, per il solo tempo stimato necessario a recupero dell'investimento effettuato, nonché la nomina, previa consultazione e gradimento dell'Autorità, di un soggetto terzo e indipendente che verifichi il raggiungimento del punto di recupero degli investimenti.

Con il quinto impegno le Parti hanno proposto la modifica o l'eliminazione di alcuni articoli dell'accordo di co-investimento, tra i quali l'eliminazione dell'art. 7.5, che prevede la possibilità di utilizzare Flash Fiber quale strumento di partecipazione congiunta alle gare Infratel per le aree bianche del territorio, e l'eliminazione dell'art. 8, che prevede la collaborazione tra le Parti nell'implementazione congiunta di tecnologie *vectoring* nelle aree, al di fuori delle 29 città, dove sono state realizzate reti *fiber to the cabinet* - FTTC.

Infine, il sesto impegno prevede alcune misure tese a impedire lo scambio di informazioni commercialmente sensibili tra le Parti mediante Flash Fiber.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni fossero idonei a superare le preoccupazioni concorrenziali espresse in sede di avvio del procedimento, valorizzando opportunamente le componenti di efficienza dell'accordo di co-investimento in essere tra Telecom Italia e Fastweb; per tale motivo, ha deliberato di accettare gli impegni, rendendoli vincolanti ai sensi dell'art. 14-ter della l. 287/1990, e ha concluso il procedimento senza accertare l'infrazione. Inoltre, ha imposto alle Parti di presentare relazioni dettagliate sull'attuazione degli impegni assunti entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento di chiusura dell'istruttoria e, successivamente, entro il 31 gennaio 2019, 2020 e 2021.

RESTRIZIONI ALLE VENDITE ONLINE DI STUFE

Nell'aprile 2018, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio rendendo gli impegni proposti dalle Parti obbligatori, ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, l. 287/1990, senza accertare l'esistenza di intese restrittive

della concorrenza, nei confronti delle società Zanette Group S.p.A. MCZ Group S.p.A. e Cadel S.r.l., facenti parte dello stesso gruppo, in relazione a politiche commerciali *online* adottate dal gruppo MCZ nei confronti del proprio canale di distribuzione *online*¹³⁵.

Il procedimento era stato avviato nel maggio 2017, su segnalazione di un distributore attivo *online*, per valutare la portata restrittiva delle politiche commerciali adottate dalle Parti, almeno a partire dal 2015, consistenti nell'imposizione di prezzi minimi di vendita, ossia i prezzi di listino con l'indicazione di uno sconto massimo (c.d. RPM) e in altre restrizioni di natura territoriale slegate da giustificazioni di natura qualitativa (limiti alla validità della garanzia per i prodotti venduti all'estero e divieto di consegna al di fuori del territorio italiano dei prodotti Cadel venduti *online*). In particolare, il provvedimento di avvio aveva ipotizzato che tali comportamenti fossero suscettibili di costituire intese verticali in violazione dell'articolo 101 del TFUE, in quanto idonei a restringere la concorrenza sul prezzo fra i distributori e a limitare ingiustificatamente al solo territorio nazionale le vendite effettuate sul canale *online* ostacolando, per tale via, lo sviluppo concorrenziale del canale distributivo in esame.

Le condotte oggetto dell'istruttoria hanno interessato i mercati della produzione e vendita *online* di apparecchiature per il riscaldamento e la cottura a legna e a *pellet* che, sotto il profilo geografico, possono considerarsi di dimensione quantomeno nazionale, in considerazione sia dell'ampiezza dell'ambito di operatività dei principali produttori che dell'organizzazione delle rispettive reti di vendita.

Nel corso del procedimento, per fare fronte alle criticità di natura concorrenziale sollevate nel provvedimento di avvio, le Parti hanno proposto, ai sensi dell'art. 14-ter, l. 287/1990, un *set* di impegni, consistenti nel: i) non imporre direttamente e/o indirettamente alla propria rete di distributori il rispetto di prezzi di vendita per i propri prodotti; ii) non limitare ingiustificatamente la promozione e la vendita *online* dei propri prodotti al solo territorio italiano; iii) non applicare, in chiave discriminatoria e anticoncorrenziale, le garanzie convenzionali riconosciute; iv) astenersi per un periodo di due anni dal raccomandare o consigliare prezzi di rivendita. Gli impegni citati sono stati sottoposti al *market test*, all'esito del quale non sono pervenute osservazioni da parte di terzi interessati.

A corredo del primo impegno, di non imporre prezzi di vendita, le Parti hanno previsto l'invio di una comunicazione informativa ai propri distributori nella quale viene precisato che essi sono pienamente liberi di determinare le proprie politiche di prezzo (compreso, dunque, l'ammontare degli sconti da praticare al pubblico) e l'astensione, per un periodo di due anni, dall'effettuare raccomandazioni di prezzi di rivendita.

¹³⁵ 1813-RESTRIZIONI ALLE VENDITE ONLINE DI STUFE, provv. n. 27142.

Nel valutare positivamente tali misure, nel loro insieme, l'Autorità ha considerato le stesse come idonee a garantire l'effettiva libertà dei distributori nella determinazione del prezzo di rivendita dei prodotti del gruppo MCZ e, dunque, a favorire la competizione su una delle principali leve concorrenziali, ossia il prezzo, a beneficio, in ultima analisi, dei consumatori. Gli impegni sono stati, pertanto, considerati idonei a far venire meno le preoccupazioni manifestate nel provvedimento di avvio relative ai possibili effetti restrittivi sulla concorrenza derivanti da un sistema di RPM.

Quanto all'impegno a garantire ai propri distributori la libertà di promozione e vendita *online* dei prodotti del gruppo, compresa la possibilità di consegna all'estero dei beni citati, l'Autorità ha sottolineato che si tratta di una misura che riveste particolare importanza al fine di garantire lo sviluppo pro-competitivo del canale di vendita *online*, che si caratterizza proprio per la possibilità di raggiungere un'ampia platea di consumatori anche al di fuori del territorio nazionale. A tale proposito, l'Autorità ha ritenuto giustificata la riserva espressa dalle Parti di intervenire sulle modalità promozionali e di vendita *online* adottate dai distributori, laddove quest'ultimi non adempiano agli obblighi informativi previsti per il prodotto (consistenti nell'inserimento, nei propri siti, delle informazioni relative alle modalità di installazione dei prodotti del gruppo MCZ, aspetto particolarmente importante ai fini della sicurezza, posto che i prodotti in questione vanno installati da operatori abilitati in possesso di specifici requisiti).

Da ultimo, l'Autorità ha valutato con favore che le Parti non hanno previsto limiti temporali di durata all'applicazione delle misure presentate (fatto salvo l'impegno a non raccomandare prezzi di rivendita) e che l'ambito di applicazione non sarà circoscritto al territorio nazionale, riguardando, infatti, l'intero territorio europeo, dove il gruppo opera in una posizione di rilievo.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto gli impegni presentati dal gruppo MCZ idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e li ha resi obbligatori, ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, l. 287/1990, per le società Zanette Group S.p.A. MCZ Group S.p.A. e Cadel S.r.l.

SERVIZIO DI PRENOTAZIONE DEL TRASPORTO MEDIANTE TAXI

Nel giugno 2018 l'Autorità ha concluso due procedimenti istruttori accertando, in due distinti provvedimenti, l'esistenza di intese restrittive della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, in un caso (I801A) nei confronti delle società Radiotaxi 3570 Società Cooperativa (Radiotaxi 3570), Cooperativa Pronto Taxi 6645 Società Cooperativa (Pronto Taxi 6645), Samarcanda Società Cooperativa (Samarcanda), principali operatori di radiotaxi attivi a Roma, nell'altro caso (I801A) nei confronti delle società Taxiblu Consorzio Radiotaxi Satellitare Società Cooperativa (Taxiblu), Yellow

Tax Multiservice S.r.l. (Yellow Tax) e Autoradiotassi Società Cooperativa (Autoradiotassi), principali operatori di radiotaxi attivi a Milano, in relazione alla previsione di clausole di non concorrenza negli atti disciplinanti i rapporti tra le predette società e i tassisti aderenti¹³⁶.

I procedimenti erano stati avviati nel gennaio 2017, su segnalazione di Mytaxi, società appartenente al gruppo automobilistico tedesco Daimler AG, che gestisce una piattaforma aperta attraverso un'app liberamente accessibile dai tassisti affiliati, nelle diverse città in cui è operativa (tra cui Roma, Milano, Torino e altre città europee e statunitensi), i quali possono mettere a disposizione della piattaforma una quota variabile di corse, in base alle proprie esigenze.

L'Autorità ha ritenuto, in entrambi i procedimenti, che il mercato rilevante fosse quello della fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi, intesa come attività che mette in contatto gli utenti del servizio di trasporto taxi con i fornitori di tale servizio. Detti servizi comprendono tutti i diversi canali disponibili, tra cui i tradizionali strumenti di reperimento diretti (posteggi, presa diretta e colonnine) e le piattaforme di intermediazione (radiotaxi, numero unico comunale e applicazioni come Mytaxi). Tale mercato è stato considerato distinto da quello della fornitura del servizio di trasporto taxi, servizio di rilevanza economica assoggettato a specifici obblighi di servizio pubblico, che si pone a valle del mercato rilevante e risente delle dinamiche concorrenziali che in quest'ultimo si verificano. A detto mercato a valle devono necessariamente attingere gli operatori attivi nella fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi, sia *incumbent* che nuovi entranti.

La dimensione geografica del mercato è stata ritenuta locale e corrispondente all'ambito territoriale del comune di Roma, nel caso I801A, e di Milano, nel caso I801B, dove le rispettive amministrazioni locali hanno rilasciato le licenze taxi e da cui origina il traffico dei tassisti che si avvalgono dei radiotaxi delle società Parti del procedimento. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato che l'attività di raccolta e smistamento delle corse, anche mediante la geolocalizzazione, è funzionale a garantire o agevolare l'incontro tra domanda e offerta del servizio di trasporto taxi, in uno spazio fisico delimitato e in ciascuna area geografica locale. Quanto alla struttura dei mercati rilevanti, l'Autorità ha rilevato che a Roma l'adesione ai radiotaxi copre i due terzi circa dell'offerta di servizi taxi (sui 7.690 operatori presenti a Roma, numero da ritenersi stabile nel medio periodo), mentre a Milano copre la quasi totalità dell'offerta (4.855 licenze).

Nel corso dei procedimenti, l'Autorità ha accertato che le clausole di non concorrenza, contenute negli atti - Statuti, Regolamenti e contratti -

¹³⁶ I801A-SERVIZIO DI PRENOTAZIONE DEL TRASPORTO MEDIANTE TAXI - ROMA, provv. n. 27244; I801B-SERVIZIO DI PRENOTAZIONE DEL TRASPORTO MEDIANTE TAXI - MILANO, provv. n. 27245.

che disciplinano i rapporti tra i radiotaxi facenti capo alle società coinvolte (tutte cooperative nel caso di Roma, due su tre nel caso di Milano) e i tassisti aderenti, prevedono specifici obblighi, a carico dei soci e degli utenti di ogni singolo radiotaxi, a non svolgere attività in concorrenza, vincolando ciascun tassista a destinare tutta la propria capacità operativa, in termini di corse per turno, a un singolo radiotaxi, sanzionando con l'esclusione dalla cooperativa (dalla società nel caso di Yellow Taxi) il socio o l'utente che acquisti i servizi anche all'esterno della cooperativa, e in concorrenza con essa.

L'Autorità ha rilevato, in entrambi i procedimenti, che le citate clausole di non concorrenza configurano altrettante intese verticali tra piattaforme e singoli tassisti, rilevanti ai sensi dell'art. 101 TFUE. Infatti, quant'anche volte a garantire la funzionalità delle cooperative e, in astratto, consentite dall'ordinamento, tuttavia una valutazione di compatibilità con l'art. 101 TFUE per le stesse deve ritenersi sempre possibile ove, tenuto conto del concreto contesto economico e di mercato in cui si collocano, esse risultino idonee a produrre "effetti" restrittivi della concorrenza nel mercato unico. Sotto tale profilo, l'Autorità ha precisato che le disposizioni del codice civile che consentono l'uso di clausole di non concorrenza nei rapporti privati (art. 2527, comma 2, che vieta ai soci di svolgere attività in diretta concorrenza con quella della cooperativa; art. 1567, che prevede un'esclusiva a favore del somministrante) sono comunque soggette a un'interpretazione sistematica e coerente con i principi antitrust, oltre che a uno scrutinio di proporzionalità.

Ciò posto, l'Autorità ha valutato che le clausole di non concorrenza oggetto dei due procedimenti, per la formulazione assertiva, la durata di fatto illimitata e l'applicazione generalizzata, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, producono l'effetto di ostacolare o precludere l'accesso al mercato di imprese concorrenti, in particolare di Mytaxi, determinando un effetto cumulativo di blocco rispettivamente sui due mercati rilevanti di Roma e di Milano.

Più specificamente, l'Autorità ha preso in esame i vantaggi derivanti dall'ingresso recente di piattaforme aperte sul mercato, sia per i tassisti aderenti, sia per i clienti dei servizi di taxi a valle, laddove i primi possono ottimizzare l'impiego della capacità produttiva e razionalizzare gli investimenti, mentre i secondi ottenere miglioramenti della qualità del servizio, con possibili effetti positivi sui prezzi, grazie anche al confronto competitivo tra piattaforme. Considerazioni analoghe si trovano in un parere sui medesimi servizi di prenotazione del trasporto taxi reso dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

L'Autorità ha inoltre verificato la non contendibilità del mercato rilevante, nell'ambito della valutazione delle condotte sulla base dei principi fissati dalla giurisprudenza eurounitaria in materia di reti di intese verticali, secondo il c.d. *test Delimitis*, e sulla scorta dei risultati dell'analisi

economica. In particolare, l'Autorità ha valutato: la portata deterrente delle clausole di non concorrenza e l'esistenza di disincentivi all'abbandono delle cooperative da parte dei tassisti - tra cui i *sunk cost* (costi non recuperabili), la rinuncia alle economie di rete e in definitiva il rischio di riduzione significativa degli introiti - nonostante la previsione formale del diritto di recesso negli Statuti dei radiotaxi, di fatto non appetibile e comunque rischioso per il singolo tassista; le ipotesi di natura economica alla base dell'elevato tasso di mancata evasione delle chiamate di Mytaxi rispetto ai radiotaxi *incumbent*; il legame univoco esistente tra l'effetto di *foreclosure* e le clausole di non concorrenza, non ravvisando per queste ultime una giustificazione economica.

L'analisi istruttoria condotta dall'Autorità ha mostrato che non solo i mercati rilevanti, con riferimento sia a Roma che a Milano, presentano una struttura oligopolistica con una quota di tassisti vincolata particolarmente elevata, ma che vi è una quota consistente di tassisti non vincolati che non è contendibile, a prescindere dalle clausole di non concorrenza, in quanto non interessata a farsi intermediare da una piattaforma. D'altra parte, la mera affiliazione a Mytaxi (anche da parte di tassisti vincolati) nulla implica rispetto all'effettivo utilizzo dell'*app*, in quanto l'effetto deterrente derivante dal vincolo contrattuale di dette clausole ha un peso determinante sulle scelte dei tassisti, confinando l'uso dell'*app* a un ruolo marginale.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che le clausole di non concorrenza oggetto dei due procedimenti, per come sono formulate, tenuto conto del particolare contesto economico e giuridico di riferimento e della sua evoluzione, nella misura in cui vincolano ciascun tassista a destinare tutta la propria capacità (in termini di corse) a una singola piattaforma chiusa, costituiscono intese verticali restrittive della concorrenza in violazione dell'articolo 101, comma 1 del TFUE. Dette clausole, infatti, risultano idonee a determinare un consistente e duraturo effetto cumulativo di blocco nel mercato della raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi rispettivamente a Roma e a Milano, ostacolando la concorrenza effettiva e potenziale, lo sviluppo di assetti di mercato più efficienti e concorrenziali, e riducendo la concorrenza tra piattaforme chiuse e aperte, in particolare con riferimento al nuovo operatore Mytaxi, a danno dei tassisti e dei consumatori finali.

Da ultimo, l'Autorità ha valutato - ed escluso - l'applicabilità ai casi di specie dell'esenzione per categoria di cui al Regolamento comunitario sulle intese verticali n. 330/2010, in ragione della durata dell'obbligo e delle quote delle Parti (superiore al 50% complessivamente e al 30%, per il primo operatore sia di Roma che di Milano), così come l'insussistenza, singolarmente e cumulativamente, per le ragioni appena ricordate, delle quattro condizioni per l'applicazione della deroga di cui all'articolo 101, comma 3, TFUE.

Con riferimento all'aspetto sanzionatorio, tenuto conto del carattere peculiare delle intese accertate - la cui portata restrittiva è emersa e divenuta evidente solo con lo sviluppo di nuove tecnologie che hanno consentito l'affermarsi di piattaforme aperte - e del contesto in cui si sono sviluppate, l'Autorità ha ritenuto le suddette intese non gravi e, quindi, non ha sanzionato le società radiotaxi, richiedendo alle stesse di dare comunicazione all'Autorità, entro 120 giorni dalla notifica del provvedimento, delle iniziative programmate per eliminare l'infrazione accertata.

CONSORZIO BANCOMAT - COMMISSIONI BILL PAYMENTS

Nel settembre 2018, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti di Bancomat S.p.A. rendendo obbligatori i nuovi impegni presentati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della l. 287/1990, concernenti la definizione delle commissioni interbancarie multilaterali (MIF - *Multilateral Interchange Fee*) applicabili alle operazioni di pagamento (c.d. '*Bill Payments*')¹³⁷.

Il procedimento era stato avviato nel febbraio 2018, in seguito alla formale istanza presentata da Bancomat volta all'ottenimento della modifica degli impegni resi obbligatori con la delibera dell'Autorità del 28 ottobre 2014 n. 25162, consistenti nell'applicazione di una MIF pari allo 0,2% dell'importo della transazione, con un tetto massimo pari a 0,07 euro per singola operazione di pagamento.

Il mercato interessato è rappresentato dal servizio di pagamento, attraverso carte di debito del circuito nazionale PagoBANCOMAT, dei *Bill Payment*, ossia il pagamento tramite carta di moduli e/o ricevute, quali ad esempio i bollettini, emessi da un soggetto terzo creditore. Nello specifico, si tratta del pagamento con carta di debito PagoBANCOMAT di bollette e altre fatture commerciali effettuato presso un soggetto incaricato della riscossione dal creditore/beneficiario. Dal punto di vista geografico, l'Autorità ha ritenuto che la dimensione di tale mercato fosse circoscritta al territorio nazionale in quanto le modalità di offerta appaiono uniformi all'interno dello stesso.

Nel corso del procedimento Bancomat ha presentato i seguenti nuovi impegni: i) applicazione di una MIF con valore pari allo 0,1% dell'ammontare della singola transazione, per pagamenti di importo inferiore a 5 euro; ii) applicazione di una MIF con valore pari allo 0,2% del valore della singola transazione, per i pagamenti di importo compresi tra 5 e 24,49 euro; iii) applicazione di una MIF con valore fisso pari a 0,05 euro per i pagamenti di importo pari o superiori a 24,50 euro.

L'Autorità, tenuto conto che i nuovi impegni presentati da Bancomat, rispetto ai quali è stato effettuato il *market test*, prevedono l'applicazione

¹³⁷ I773D-CONSORZIO BANCOMAT-COMMISSIONI BILL PAYMENTS, provv. n. 27352

di MIF dedicate ai *Bill Payments* che comportano sensibili riduzioni alle commissioni interbancarie applicabili alle operazioni di pagamento interessate, ha concluso il procedimento rendendo vincolanti i nuovi impegni presentati da Bancomat.

INTERCENT-ER/GARA PER FARMACI EMODERIVATI

Nel dicembre 2018, l'Autorità ha concluso, senza accertare l'infrazione, un procedimento istruttorio avviato, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE e/o dell'articolo 2 della l. 287/1990, a carico delle imprese Kedrion S.p.A., Grifols Italia S.p.A. e Grifols S.A., relativo alla legittimità della costituzione di un raggruppamento temporaneo d'impresе (RTI) per partecipare a una gara per l'affidamento di servizi per la produzione di farmaci plasma-derivati e loro fornitura al SSN. Il procedimento era stato avviato nel gennaio 2018 a seguito di alcune denunce pervenute da imprese concorrenti, CSL Behring S.p.A., Baxter Manufacturing S.p.A. e Baxalta Italy S.r.l.¹³⁸.

L'Autorità ha ritenuto che il mercato rilevante corrispondesse alla gara per partecipare alla quale era stato costituito il RTI, relativa a un affidamento per cinque anni (con possibile rinnovo triennale) di servizi di raccolta del plasma proveniente da donatori nazionali, successiva lavorazione dello stesso per la produzione di farmaci plasmaderivati e riconsegna di questi a strutture regionali del SSN, da svolgersi nei confronti di un raggruppamento di Regioni (RIPP) per un importo complessivo massimo pari a 224.000.000 euro. Tale gara, organizzata dalla centrale di acquisti della Regione Emilia-Romagna Intercent-ER in qualità di capofila del RIPP, è stata bandita nel dicembre 2016 e aggiudicata in via provvisoria nel settembre 2017 al RTI.

Nel corso del procedimento non sono emersi elementi probatori sufficienti a confermare la sussistenza di un'intesa fra i gruppi Kedrion e Grifols, aventi per oggetto e/o per effetto di falsare la concorrenza nella partecipazione alla gara curata da Intercent-ER. In particolare, l'Autorità ha tenuto conto del fatto che la sovrabbondanza di un raggruppamento temporaneo d'impresе, ovvero la possibilità per ciascuno dei partecipanti di presentare un'offerta individuale, non può costituire di per sé un illecito antitrust, ma va valutata di volta in volta alla luce delle circostanze e condizioni del caso, a partire dalle condizioni di gara. Con specifico riferimento al caso del RTI, gli accertamenti istruttori hanno indotto a ritenere che, sebbene sia Kedrion che Grifols fossero dotate dei requisiti formali per partecipare alla gara, le peculiari condizioni della stessa - in particolare quanto a richieste di prodotti da fornire e modalità di valutazione delle offerte per le componenti tecniche e di prezzo - avessero precluso ad almeno una delle due impresе (Grifols) la possibilità di competere a tutti gli effetti per l'aggiudicazione, e avessero indotto l'altra (Kedrion) a perseguire

¹³⁸ 1819 - INTERCENT-ER/GARA PER FARMACI EMODERIVATI, provv. n. 27465

un rafforzamento della propria offerta attraverso il RTI.

Sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha pertanto ritenuto essere venuti meno i motivi di intervento nei confronti delle società dei gruppi Kedrion e Grifols, in relazione alla violazione dell'articolo 101 del TFUE e/o dell'articolo 2 della l. 287/1990.

Gli abusi di posizione dominante

I procedimenti più rilevanti conclusi nel 2018

CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA

Nel dicembre 2018, l'Autorità ha concluso 3 distinti procedimenti istruttori nei confronti delle imprese elettriche afferenti, rispettivamente, ai gruppi Enel (A511), A2A (A512) e ACEA (A513), accertando, in due procedimenti (contro Enel e ACEA), condotte di abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, e chiudendo il terzo procedimento per il venir meno dei motivi dell'intervento¹³⁹. I procedimenti erano stati avviati nel maggio del 2017, su segnalazione di concorrenti, di associazioni di imprese e di consumatori.

I mercati rilevanti sono stati individuati, nell'ambito dei 3 procedimenti, nel mercato a monte dei servizi di distribuzione di energia elettrica (attività svolta sulla base di una concessione rilasciata dal Ministero per lo Sviluppo Economico per un certo periodo e territorio delimitato), e nei mercati a valle della vendita al dettaglio di energia elettrica a clienti finali allacciati alla rete in bassa tensione, domestici e non domestici (questi ultimi, per lo più piccole imprese). Sotto il profilo geografico, per quanto concerne l'attività di distribuzione di energia elettrica, il mercato rilevante coincide con il territorio oggetto della concessione, in cui il concessionario detiene, quindi, una posizione di monopolio *ex lege*; per quanto concerne la vendita al dettaglio di energia elettrica, la dimensione geografica dei mercati è stata considerata locale e sostanzialmente coincidente con il territorio di riferimento della connessa concessione di distribuzione esclusiva, dove gli operatori storici verticalmente integrati esercitano in esclusiva il servizio di vendita in maggior tutela, vale a dire il servizio di vendita di energia elettrica a condizioni regolate destinato a essere eliminato, in base alle disposizioni di cui alla legge 4 agosto 2017, n. 124 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) e successive modifiche, entro il 1° luglio 2020, con la piena affermazione di un unico mercato nazionale della vendita di energia elettrica completamente liberalizzato, ravvisandosi dunque anche sotto questo profilo una posizione di dominanza sui mercati.

¹³⁹ A511-ENEL/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA, provv. n. 27494; A512-A2A/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA, provv. n. 27495; A513-ACEA/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA, provv. n. 27496.

A conclusione dei 2 procedimenti, nei confronti del gruppo Enel e del gruppo Acea, l'Autorità ha accertato che dette società hanno sfruttato in modo illegittimo prerogative e *asset* ricollegabili alla loro posizione di fornitori di maggior tutela nella vendita di energia elettrica nelle aree nelle quali sono verticalmente integrati per porre in essere una dichiarata politica di “traghettaggio” della clientela già rifornita a condizioni regolate verso contratti a mercato, con finalità escludenti nei confronti dei venditori non integrati, che non posseggono le stesse prerogative ma che necessitano anch'essi, per competere, di rivolgersi al bacino della clientela tutelata. Sulla base di dati ARERA, l'Autorità ha sottolineato che la clientela tutelata in Italia rappresenta ancora oltre il 60% della clientela domestica e quasi il 50% di quella non domestica in bassa tensione.

In particolare, nel procedimento nei confronti del gruppo Enel, le cui società di vendita di energia elettrica sono dominanti nei numerosi mercati locali in cui la società E-distribuzione detiene la concessione di distribuzione elettrica, l'Autorità ha accertato l'attuazione di una politica di acquisizione a condizioni di mercato dei clienti già serviti in maggior tutela basata sulla raccolta e sul successivo utilizzo con modalità illegittime dei dati dei clienti tutelati. Più specificamente, almeno a partire dal gennaio 2012, la società del gruppo Enel che serve la clientela tutelata (ESE, Enel Servizio Elettrico, poi SEN, Servizio Elettrico Nazionale) ha iniziato a raccogliere e cedere mediante appositi contratti di servizio a Enel Energia, la società che opera a mercato, per la formulazione da parte di questa di offerte commerciali dedicate, i dati dei clienti tutelati dai quali era stato acquisito il necessario consenso *privacy* con modalità discriminatorie (vale a dire chiedendo il consenso disgiunto per le società del gruppo e per le società terze) rispetto a una possibile cessione ai concorrenti. Tali dati di contatto individuano, senza margine di errore, i clienti che costituiscono il principale *target* di acquisizione per tutti i venditori e hanno quindi definito un *asset* strategico che il gruppo Enel risulta aver ampiamente utilizzato almeno fino al maggio 2017 per l'attività commerciale della società Enel Energia che opera nel mercato libero.

In considerazione dell'irrePLICABILITÀ delle informazioni così acquisite e rese disponibili all'interno del gruppo Enel, tale utilizzo è stato considerato illegittimo e idoneo ad amplificare artificialmente il vantaggio concorrenziale di cui già tale gruppo gode per motivi storico/regolamentari e legati alle caratteristiche della domanda, con una idoneità escludente dei concorrenti particolarmente significativa. Al riguardo, dalle evidenze agli atti è emerso che le liste SEN acquisite tra il 2012 e il 2015 rappresentano più del doppio del bacino di clienti medio dei primi 3 principali concorrenti di Enel Energia e l'utilizzo di dette liste ha sottratto ai concorrenti una porzione superiore al 40% della domanda contendibile.

Anche nell'ambito del procedimento condotto nei confronti delle società del gruppo Acea, la cui società di vendita Acea Energia risulta

dominante nelle aree in cui la società Areti gestisce la concessione di distribuzione elettrica, l'Autorità ha accertato un'analogia strategia abusiva, che ha avuto inizio almeno dal 2014 ed è stata condotta almeno fino a tutto il 2017. Detta strategia, finalizzata dichiaratamente allo "svuotamento" del bacino di maggior tutela per acquisire la base clienti servita a condizioni di maggior tutela a condizioni di libero mercato, è stata attuata mediante una vasta attività di "bonifica" dei dati della clientela tutelata e di acquisizione del relativo consenso *privacy* discriminatorio, in quanto richiesto solo a favore di Acea Energia, attività svolta anche mediante agenzie esterne di *teleselling*, nonché utilizzando l'incrocio di elenchi della clientela tutelata con banche dati pubbliche di elenchi di clienti "consensati" (c.d. DBU), ai fini della predisposizione di "liste", opportunamente profilate anche con riguardo a caratteristiche di affidabilità creditizia e altre informazioni sensibili, che sono state poi concretamente utilizzate per la proposizione di offerte commerciali a mercato libero da parte della stessa Acea Energia.

Inoltre, nell'ambito dello stesso procedimento, un'ampia documentazione ispettiva ha evidenziato che nella definizione delle proprie strategie commerciali Acea Energia si è avvalsa anche di una serie di informazioni privilegiate, di estremo dettaglio e precisione, fornite dalla società di distribuzione Areti, utilizzate nella predisposizione dei propri piani strategici e relative al posizionamento e all'andamento sul mercato dei venditori concorrenti, mediante l'analisi dei dati, anche su base mensile, dell'acquisizione dei clienti di questi ultimi così come risultano dall'attestazione sulla rete di distribuzione gestita da Areti.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che anche il gruppo Acea risulta aver posto in essere un abuso molto grave sfruttando illegittimamente prerogative e *asset* irreplicabili dai concorrenti per competere nel mercato liberalizzato dell'energia, le cui dinamiche competitive risultano essere state alterate dalle condotte abusive della società.

I due procedimenti istruttori hanno, quindi, mostrato che entrambi i gruppi societari Enel e Acea, per la realizzazione delle proprie strategie industriali di crescita sul mercato libero, hanno sfruttato vantaggi concorrenziali conseguenti allo svolgimento, in regime di monopolio, del servizio pubblico di fornitura in maggior tutela, in particolare sfruttando a proprio esclusivo beneficio i dati di contatto della base clienti tutelata, anche per la veicolazione di specifiche offerte commerciali di mercato libero, come pure, nel caso di Acea, utilizzando informazioni privilegiate detenute dal distributore; condotte che, per le descritte caratteristiche, sono, per definizione, irreplicabili da parte dei concorrenti venditori non integrati nella distribuzione.

L'Autorità ha, inoltre, osservato che i comportamenti contestati si sono attuati in un momento particolarmente delicato in Italia, di transizione verso la totale liberalizzazione del mercato *retail* elettrico, dopo una

lunga fase di regolazione e mantenimento del mercato tutelato, del quale l'operatore dominante è stato il principale beneficiario, da cui la necessità di un *level playing field* tra gli operatori, pena la vanificazione del processo di liberalizzazione in atto. I comportamenti accertati, facenti leva su prerogative non acquisite con strumenti propri di una legittima concorrenza sui meriti, ma che derivano ai due gruppi dall'aver storicamente svolto in esclusiva un servizio pubblico, sono stati considerati gravemente ostativi all'effettivo raggiungimento di condizioni di pieno sviluppo del mercato *retail* elettrico sul territorio nazionale. Le condotte abusive accertate hanno, inoltre, sottratto illegittimamente la clientela tutelata da possibili meccanismi di asta competitiva previsti dal legislatore per il processo di liberalizzazione.

L'Autorità, in ragione della gravità e della durata delle infrazioni, ha comminato a Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a., in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria di circa 93 milioni di euro e a Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A., in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva di circa 16 milioni di euro.

In relazione alle condotte commerciali del gruppo A2A negli stessi mercati, pur evidenziandosi analoghi meccanismi di raccolta di dati di contatto consensati dei clienti serviti in maggior tutela, l'Autorità non ha riscontrato elementi probatori in relazione al concreto utilizzo di detti dati a fini commerciali, sufficienti per estendere la condanna anche a tale operatore.

Nel relativo procedimento condotto nei confronti delle società del gruppo A2A, la cui società di vendita di energia elettrica A2A Energia è dominante nei mercati locali in cui la società Unareti S.p.A. detiene la concessione di distribuzione elettrica, l'istruttoria ha evidenziato che A2A Energia gestisce le informazioni relative ai clienti forniti in maggior tutela nell'ambito di un unico *database* commerciale, ricomprendente tutti i clienti della società, nonché che la stessa ha acquisito, mediante il meccanismo del c.d. *soft spam*, a proprio esclusivo favore e non anche per i concorrenti il consenso da parte dei clienti in maggior tutela a esser contattati a scopi commerciali. Tuttavia, le evidenze istruttorie non sono state ritenute sufficienti a comprovare un successivo effettivo utilizzo dei dati relativi alla clientela tutelata per proporre alla stessa da parte di A2A Energia offerte commerciali a mercato libero. Infatti, A2A Energia ha sostenuto e mostrato di aver individuato la clientela tutelata (e in misura molto inferiore la clientela dei concorrenti) soltanto in via indiretta, servendosi delle liste di clienti gas e contando sulla rilevante sovrapposizione delle aree territoriali in cui il gruppo esercita l'attività di distribuzione elettrica e gas e, dunque, sulla significativa coincidenza degli intestatari dei contratti per l'energia elettrica e per il gas.

L'Autorità ha pertanto deliberato, in base alle informazioni disponibili, essere venuti meno i motivi di intervento, ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, nei confronti di A2A S.p.A. e A2A Energia S.p.A..

*COMPAGNIA ITALIANA DI NAVIGAZIONE-TRASPORTO MARITTIMO DELLE MERCI DA/
PER LA SARDEGNA*

Nel febbraio 2018, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti di Moby S.p.A. (Moby) e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. (CIN), accertando un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE. Il procedimento era stato avviato nell'aprile 2016 a seguito di denunce delle società Trans Isole S.r.l. e Nuova Logistica Lucianu S.r.l., attive nel mercato della logistica, e della compagnia di navigazione marittima Grimaldi Euromed S.p.A.¹⁴⁰.

Per quanto concerne il mercato rilevante, l'Autorità, sulla scorta di un orientamento consolidato, ha ritenuto che, dal punto di vista merceologico, esso coincidesse con il servizio di linea di trasporto marittimo di merci, con o senza passeggeri e veicoli al seguito, che fa la spola tra due porti a cadenze frequenti e prestabilite, distinto dalle altre modalità di trasporto marittimo di merci, come quello esercitato con navi porta-*container* o che trasportano vagoni ferroviari, per le caratteristiche specifiche che presenta, quali la regolarità del servizio, gli orari e le tariffe prefissate, l'idoneità del servizio ad assicurare la continuità tra il viaggio su strada e il trasporto marittimo tramite l'imbarco/sbarco diretto degli automezzi e/o dei semirimorchi. Dal punto di vista geografico, sono stati identificati tre distinti mercati rilevanti coincidenti con altrettanti fasci di rotte, quali: i) quello che collega il Nord Sardegna al Nord Italia, costituito dalle rotte Olbia - Genova (e vv.), Porto Torres - Genova (e vv.) e Porto Torres - Savona (e vv.); ii) quello che collega il Nord Sardegna con il Centro Italia, che include le rotte Olbia - Civitavecchia (e vv.), Olbia - Livorno (e vv.), Olbia - Piombino (e vv.), Golfo Aranci - Livorno (e vv.), Porto Torres - Civitavecchia (e vv.); iii) quello che collega il Sud-Sardegna al Centro-Italia, che comprende le rotte Cagliari - Civitavecchia (e vv.), Cagliari - Livorno (e vv.), Cagliari - Marina di Carrara (e vv.).

Su tali mercati rilevanti operano, oltre a Moby e CIN, facenti parte dello stesso gruppo Onorato e stabilmente attive per tutto dell'anno, gli armatori Grimaldi, Grendi e Forship, con carattere di stagionalità o comunque su alcune soltanto delle rotte. Dall'esame delle quote di mercato, calcolate in base ai metri lineari trasportati, è emerso che: i) sul mercato Nord Sardegna - Nord Italia, Moby/CIN detiene stabilmente una quota superiore al [90-100%]; ii) sul mercato Nord Sardegna - Centro Italia, Moby/CIN ha una quota rilevante del [60-70%]; iii) anche sul mercato Sud Sardegna - Centro Italia Moby/CIN ha una quota elevata del [60-70%].

Le quote di mercato evidenziate sono state considerate idonee a configurare una posizione dominante in capo a Moby/CIN. Al riguardo, l'Autorità ha tenuto conto delle caratteristiche, del funzionamento e

¹⁴⁰ A487-COMPAGNIA ITALIANA DI NAVIGAZIONE-TRASPORTO MARITTIMO DELLE MERCI DA/PER LA SARDEGNA, provv. n. 27053.

dell'evoluzione dei mercati rilevanti, oltre che dell'esistenza di barriere all'entrata (tra cui il vantaggio competitivo riconducibile alla convenzione con lo Stato italiano per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico riconnessi alla continuità territoriale, l'uso del marchio "Tirrenia" riconnesso alla convenzione e l'ampia rete di direttrici servite da Moby/CIN). L'Autorità, inoltre, ha osservato che anche dopo l'ingresso di Grimaldi sui tre mercati rilevanti, dal punto di vista strutturale Moby/CIN ha conservato una quota di mercato significativa e di molto superiore (due/tre volte più grande) a quella del suo principale concorrente.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che Moby/CIN ha posto in essere, a partire dall'autunno 2015, in concomitanza con l'ingresso dei concorrenti Grimaldi e Grendi sui mercati rilevanti, una multiforme strategia aggressiva costituita da condotte di boicottaggio diretto e indiretto nei confronti delle imprese di logistica clienti. Quanto al boicottaggio diretto, esso si è manifestato attraverso ingiustificate ritorsioni e penalizzazioni economiche e commerciali (ad esempio: mancate prenotazioni, diniego di imbarco, recesso senza giustificazioni da contratti pluriennali, applicazione di condizioni più onerose) nei confronti delle imprese di logistica "traditrici", ossia quelle che, a seguito dell'offerta dei concorrenti, si sono avvalse dei servizi di questi ultimi per il trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna anche solo per una parte dei propri carichi; il boicottaggio indiretto è consistito nella concessione ai clienti rimasti "fedeli" di vantaggi competitivi di varia natura (ad esempio: condizioni commerciali estremamente favorevoli su tutte le rotte da e per la Sardegna, pressione sui committenti per indurli a non affidare carichi alle imprese "traditrici"), al fine di consentire loro di sottrarre commesse alle imprese di logistica "traditrici".

Tali comportamenti sono stati considerati dall'Autorità due aspetti di una strategia unitaria messa in atto sistematicamente dall'impresa dominante Moby/CIN con lo scopo precipuo di nuocere alle imprese di logistica "traditrici" e, per riflesso, di ostacolare o impedire l'accesso e l'operatività di nuovi concorrenti nei mercati rilevanti dei trasporti marittimi sulle rotte interessate. L'Autorità, inoltre, ha dimostrato, sulla base delle evidenze in atti, un intento escludente riconnesso ai comportamenti posti essere da Moby/CIN atto ad aumentarne la gravità.

La composita strategia escludente attuata da Moby/CIN sui mercati rilevanti dei servizi di trasporto merci da e per la Sardegna è risultata gravemente restrittiva della concorrenza, in quanto ha consentito all'impresa dominante di mantenere la propria posizione sui mercati rilevanti, con effetti negativi concreti sul confronto competitivo, in particolare con riguardo ai nuovi entranti Grimaldi e Grendi. Tali operatori, infatti, fin dal momento in cui hanno iniziato a offrire i servizi di trasporto marittimo in concorrenza con Moby/CIN sulle rispettive rotte di operatività, hanno riscontrato difficoltà a

entrare e/o a crescere, pur in presenza dei necessari presupposti per una loro affermazione commerciale, e tali difficoltà sono state ritenute discendenti dalla complessa strategia escludente messa in atto da Moby/CIN.

L'Autorità ha altresì considerato i comportamenti di Moby/CIN idonei a produrre effetti dannosi nei confronti dei consumatori finali del servizio di trasporto marittimo delle merci nella misura in cui gli ostacoli alla concorrenza frapposti dall'impresa dominante hanno impedito che i prezzi dei servizi di trasporto diminuissero - o comunque si riducessero tanto quanto si sarebbero ridotti in assenza delle condotte ostative - per effetto della pressione competitiva derivante dall'ingresso di armatori più efficienti sui mercati rilevanti. Ciò in quanto i maggiori costi sostenuti dagli operatori di logistica committenti dei servizi di trasporto si sono riversati sui consumatori finali acquirenti dei beni trasportati via mare tra la Sardegna e l'Italia continentale, i quali pertanto non hanno potuto godere dei benefici della concorrenza sotto forma di prezzi inferiori.

In conclusione, sulla base degli elementi acquisiti in istruttoria e in considerazione di tutte le circostanze del caso, l'Autorità ha ritenuto che Moby/CIN, quantomeno da settembre 2015 alla data di chiusura del procedimento, forte della propria posizione dominante sui mercati rilevanti, ossia sui fasci di rotte Sud Sardegna - Centro Italia, Nord Sardegna - Centro Italia e Nord Sardegna - Nord Italia, abbia intenzionalmente tenuto condotte anticoncorrenziali integranti, nel complesso, un'unica strategia escludente qualificabile come abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102, lett. b), TFUE.

Per le condotte poste in essere, in ragione della durata e della gravità dell'infrazione, l'Autorità ha irrogato a Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A., in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva di circa 29 milioni di euro.

SIAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE

Nel settembre 2018, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE), accertando l'esistenza di un abuso di posizione dominante, in violazione dell'articolo 102 del TFUE, consistito in una complessa strategia escludente volta a mantenere la posizione di monopolio nei mercati riconducibili all'articolo 180 della legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941 n. 633 *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* - LDA), in riserva legale fino al 15 ottobre 2017, ed estenderla a mercati estranei a tale ambito¹⁴¹, con compromissione del diritto di scelta dell'autore e preclusione di servizi di gestione dei diritti d'autore anche a elevata componente tecnologica.

¹⁴¹ A508-SIAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE, provv. n. 27359

Il procedimento era stato avviato nell'aprile 2017 a seguito di segnalazioni di imprese concorrenti della SIAE¹⁴².

L'Autorità ha ritenuto che i mercati rilevanti, dal punto di vista merceologico, fossero quelli relativi ai servizi di intermediazione dei diritti d'autore e quello della tutela dal plagio. Quanto alla dimensione geografica dei mercati, l'Autorità ha ritenuto che questa dovesse corrispondere al territorio italiano, in ragione di fattori linguistici, culturali e contrattuali specifici al contesto nazionale. L'Autorità ha ritenuto sussistere la posizione dominante di SIAE nei mercati della gestione dei diritti di autore, in particolare sia nei mercati relativi ai servizi oggetto del monopolio legale ex art. 180 LDA (monopolio, almeno in parte, formalmente superato dal 15 ottobre 2017), sia nei mercati relativi a servizi non rientranti in questa disposizione e come tali potenzialmente già da tempo aperti al confronto competitivo.

L'attività istruttoria svolta nel corso del procedimento ha accertato diverse condotte poste in essere dalla SIAE, almeno dal 2012, nei confronti dei titolari dei diritti d'autore, nei confronti degli utilizzatori - in particolare, emittenti TV nazionali e organizzatori di concerti *live* - nonché nei confronti delle *collecting* estere. In particolare:

i) con riferimento alle condotte nei confronti dei titolari dei diritti d'autore, l'Autorità ha accertato che la SIAE ha posto vincoli, al momento dell'adesione e al momento dell'eventuale revoca o limitazione del mandato originariamente conferito, in modo da ostacolare la gestione dei diritti d'autore da parte degli stessi titolari o l'affidamento di tale gestione a imprese concorrenti. Infatti, almeno dal 1° gennaio 2012 per chiedere l'ammissione e per conferire il mero mandato (senza rapporto associativo), la SIAE ha sempre richiesto all'interessato l'affidamento in gestione esclusiva della tutela di tutti i diritti e di tutte le sue opere presenti e future, senza distinguere tra attività rientranti o non tra quelle contemplate dall'articolo 180 LDA, ma indistintamente con riferimento all'intera gestione dei diritti di un autore/editore per tutte le tipologie di opere e ponendo limitazioni alla revoca (con meccanismo di *opt-out* e ostacoli alla mobilità dei titolari dei diritti d'autore). Inoltre, la SIAE ha trattato il servizio della tutela del plagio congiuntamente all'offerta dei servizi di gestione dei diritti d'autore, ostacolando la possibilità degli autori di affidare ai concorrenti il solo servizio di tutela dal plagio e pur essendo questo un servizio non rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 180 LDA. Infine, la SIAE ha gestito

¹⁴² L'avvio è stato disposto anche nei confronti dell'associazione Assomusica, ritenuta responsabile di una violazione dell'articolo 101 del TFUE consistente nell'emanazione ai propri associati delle "Linee guida per la gestione dei rapporti con collectings diverse dalla SIAE", contenenti, tra l'altro, alcune regole di condotta cui gli associati avrebbero dovuti attenersi in caso di pretesa concessione licenze/permessi/autorizzazioni da parte di intermediari diversi dalla SIAE. Per tale condotta, nel gennaio 2018, l'Autorità ha adottato un provvedimento di chiusura parziale del procedimento, rendendo obbligatori gli impegni presentati da Assomusica, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della l. 287/90, e proseguendo l'istruttoria nei confronti della SIAE (prov. n. 27006).

sistematicamente i diritti dei titolari non a essa iscritti, anche nei casi in cui questi ultimi abbiano espresso la chiara volontà di non voler affidare tale gestione alla SIAE;

ii) con riferimento alle condotte nei confronti degli utilizzatori delle opere tutelate dal diritto d'autore, l'Autorità ha accertato che la SIAE ha - in termini speculari e unitari rispetto alle condotte di SIAE in merito alla pretesa di gestire anche i diritti degli autori non propri iscritti - costantemente ostacolato e delegittimato l'attività dei concorrenti innanzi agli utilizzatori, ponendo in essere una strategia escludente e limitativa della libertà di scelta degli autori anche sui mercati della concessione delle licenze e della fornitura dei servizi di riscossione e ripartizione dei diritti d'autore, a fronte dell'utilizzazione dei repertori Musica, DOR (Opere Drammatiche e Radiotelevisive), Lirica, Olaf (Opere Letterarie e Arti Figurative) e Cinema da parte delle emittenti televisive. Le condotte hanno avuto, in primo luogo, a oggetto l'utilizzazione delle opere musicali in eventi *live* e come musica di sottofondo nei locali commerciali. In particolare, nel caso in cui un evento *live* riguardasse autori non iscritti, la SIAE ha rivendicato sistematicamente l'intero incasso dall'utilizzatore, ivi incluso quello per gli autori non iscritti, per poi riversarlo, in numerosi casi, solo a valle dell'espletamento di tutte le procedure di ripartizione dei diritti ai propri iscritti. Inoltre, l'istruttoria ha evidenziato che le licenze che la SIAE ha stipulato negli anni con le grandi emittenti nazionali, molte delle quali scadute da tempo e in corso di rinegoziazione, hanno escluso altri eventuali operatori concorrenti. Ciò in un contesto in cui la SIAE ha esercitato azioni coercitive nei confronti degli utilizzatori, anche attraverso l'applicazione dell'articolo 164, comma 3, LDA;

iii) con riferimento alle condotte nei confronti delle *collecting* estere, l'Autorità ha accertato che la SIAE ha tenuto comportamenti escludenti dei concorrenti nell'offerta alle stesse *collecting* dei servizi di gestione dei diritti d'autore in Italia. In particolare, la SIAE ha rivendicato l'esistenza di un monopolio legale anche per la gestione dei repertori di autori stranieri in Italia, continuando a ricondurre, impropriamente, la gestione dei repertori esteri all'area di riserva garantita dall'art. 180 LDA. Inoltre, l'illegittima affermazione da parte di SIAE di un monopolio legale sulla gestione in Italia dei repertori esteri si inserisce in un contesto di consolidati rapporti con gli organismi di gestione esteri, risalenti nel tempo e che, tramite il meccanismo di rinnovo tacito inserito nei singoli accordi, sono ancora oggi, a distanza di molti anni, in vigore. Ciò sia per gli accordi relativi ai diritti di pubblica esecuzione delle opere musicali, che per quelli relativi ai diritti di riproduzione e registrazione di opere dell'ingegno.

Sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha ritenuto che la SIAE, almeno dal 1° gennaio 2012, ha posto in essere un

abuso di posizione dominante nei mercati di gestione dei diritti d'autore, in violazione dell'articolo 102 TFUE, con una strategia articolata in varie condotte riconducibili a una fattispecie unica e complessa.

L'Autorità ha valutato le condotte abusive poste in essere dalla SIAE come aventi un'intrinseca idoneità a pregiudicare le dinamiche competitive nei mercati interessati, in quanto di ostacolo all'innovazione tecnologica e allo sviluppo di mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore, con perdita di benessere dei consumatori (autori, editori, utilizzatori, ma, in ultima analisi, anche i fruitori finali), potendo la riduzione dei servizi offerti e la loro peggiore qualità disincentivare gli autori dall'ampliare il proprio repertorio di opere. La portata restrittiva delle condotte contestate è stata valutata anche alla luce dell'evoluzione del quadro normativo in materia, euro-unionale (Direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014) e nazionale (modifica dell'art. 180 LDA), che ha segnato il superamento della riserva legale in favore della sola SIAE e ha, quindi, aperto tutti i mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore anche da parte di *collecting* concorrenti.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che la SIAE ha posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE. Quanto all'aspetto sanzionatorio, poiché le condotte abusive sono state realizzate dalla SIAE in mercati caratterizzati da una stretta contiguità con gli ambiti coperti dalla riserva vigente fino al 15 ottobre 2017, tenuto conto della specificità e complessità della fattispecie e della novità dell'abuso contestato, l'Autorità ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria simbolica alla SIAE, pari a 1.000 euro.

SERVIZIO RIFORNIMENTO CARBURANTE AVIO AEROPORTO DI BERGAMO

Nel marzo 2018, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio, avviato nel giugno 2017 ai sensi dell'art. 102 TFUE, accettando e rendendo obbligatori gli impegni presentati, a norma dell'art. 14-ter, comma 1, della l. 287/1990, da Sacbo - Società per l'Aeroporto civile di Bergamo Orio al Serio S.p.A. e da Levorato Marcevaggi S.r.l.¹⁴³.

Il procedimento era stato avviato su segnalazione della società Skytanking, che, operando nel mercato liberalizzato dei servizi di rifornimento carburante *into plane* alle compagnie aeree e volendo competere nell'aeroporto di Bergamo, aveva formulato, a partire dal 2011, diverse richieste di accesso all'unico deposito di stoccaggio presente in predetto aeroporto posseduto e gestito da Levorato Marcevaggi, ricevendo altrettanti dinieghi.

Alla luce della comprovata circostanza dell'indispensabilità dell'unico deposito di stoccaggio di *jet fuel* presente all'interno del sedime aeroportuale, l'Autorità, in sede di avvio di istruttoria, aveva ipotizzato

¹⁴³ A507-SERVIZIO RIFORNIMENTO CARBURANTE AVIO AEROPORTO DI BERGAMO, provv. n. 27089.

che le condotte assunte da Sacbo e da Levorato Marcevaggi integrassero due distinti abusi di posizione dominante nei mercati rilevanti in cui esse operano, quali il mercato della gestione delle infrastrutture aeroportuali, il mercato dello stoccaggio e dei relativi servizi e il mercato della messa a bordo di carburante per aviazione (*into plane*).

Sacbo, infatti, aveva riservato a Levorato Marcevaggi, titolare del deposito (nel 2013, grazie all'acquisizione dell'intero capitale sociale di JV Orio S.r.l., società proprietaria del deposito, precedentemente partecipata dal gestore aeroportuale e titolare di un contratto di affidamento risalente al 2003, e rinnovato da ultimo fino al 2023, con cui Sacbo le aveva concesso di svolgere l'attività di stoccaggio e di rifornimento aeronautico, senza prevedere modalità di accesso diretto al deposito da parte di altri operatori di mercato), l'utilizzo in via esclusiva del deposito stesso e, conseguentemente, il monopolio delle attività connesse. In particolare, l'Autorità aveva ipotizzato che il gestore aeroportuale, sfruttando la propria posizione dominante sul mercato della gestione delle infrastrutture aeroportuali, avesse adottato, anche in considerazione del possibile interesse economico legato al mantenimento dell'attuale assetto *sub*-concessorio a favore di JV Orio/Levorato Marcevaggi, un'articolata strategia abusiva finalizzata a impedire la concorrenza nel mercato dei servizi di messa a bordo nell'aeroporto di Bergamo.

Tale strategia sembrava essersi delineata, in particolare, nell'adozione di modelli contrattuali e di gestione attraverso i quali Sacbo ha riservato all'impresa partecipata JV Orio - nonostante la liberalizzazione dei servizi di stoccaggio e di *into plane* nell'aeroporto di Bergamo, avvenuta quantomeno a partire dal 1° gennaio 2005 - non solo la gestione in esclusiva del deposito e dei relativi servizi, ma anche l'attività di messa a bordo; si ipotizzava, inoltre, che Sacbo avesse messo in atto condotte di natura omissiva che hanno mantenuto tale situazione invariata negli anni, nonostante, almeno dal 2013, il gestore aeroportuale avesse iniziato a prospettare la possibilità, per i concorrenti di Levorato Marcevaggi (tra cui Skytanking), di attrezzarsi con soluzioni alternative, consistenti nella costruzione di ulteriori depositi di stoccaggio.

Per ciò che concerne, invece, JV Orio/Levorato Marcevaggi, l'Autorità aveva ipotizzato che JV Orio avesse posto in essere un abuso della propria posizione dominante sul mercato dello stoccaggio e dei relativi servizi nell'aeroporto di Bergamo, cui poi ha dato seguito Levorato Marcevaggi, consistente nell'aver opposto ripetuti rifiuti alle richieste di accesso al deposito formulate dai concorrenti - quantomeno dal novembre 2013 - allo scopo di mantenere la propria posizione di sostanziale monopolio anche nel mercato a valle dell'*into plane*.

In risposta alle possibili criticità delineate dall'Autorità nel

provvedimento di avvio, nell'ottobre 2017 Sacbo e Levorato Marcevaggi hanno presentato impegni finalizzati a risolvere le criticità sopra descritte.

In base alla versione definitiva degli impegni, modificati rispetto a quelli originali a seguito del *market test*, le Parti si sono in primo luogo impegnate a risolvere consensualmente e anticipatamente l'attuale contratto di affidamento.

In caso di mancata accettazione della proposta di risoluzione del contratto inviata a Levorato Marcevaggi, Sacbo si è impegnata in ogni caso a procedere alla sua risoluzione in via unilaterale entro 15 giorni dall'invio della proposta, corrispondendo a Levorato Marcevaggi un equo indennizzo determinato sulla base di una perizia di un esperto; Sacbo inoltre si è impegnata a fornire il proprio nulla osta alla centralizzazione dell'infrastruttura da parte di ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile), nonché a indire una gara a evidenza pubblica, entro 10 giorni dalla risoluzione dell'affidamento in essere con Levorato Marcevaggi, per l'affidamento della gestione del deposito e della baia di carico esterna (di nuova costruzione da parte di Levorato, cfr. *infra*), nonché a realizzare alcuni ulteriori stalli di sosta per autobotti e un edificio per la sosta degli autisti e servizi igienici; tutti gli stalli, compresi quelli adiacenti al deposito, saranno affidati tramite un meccanismo di turnazione. Infine, Sacbo si è impegnata a realizzare il nuovo deposito centralizzato entro l'estate del 2020, con circa un anno di anticipo rispetto ai tempi previsti nel vigente PSA 2016-2030.

Con riguardo a Levorato Marcevaggi, la società si è impegnata a realizzare una baia di carico esterna, accessibile dai terzi in sicurezza entro la fine del 2017, fornendone contestualmente ampia comunicazione agli operatori di *into plane*, consentendo così anche a operatori terzi di approvvigionarsi dal deposito tramite detta baia esterna di carico nelle more di indizione e aggiudicazione della gara per la selezione del nuovo gestore da parte di Sacbo. Con riguardo agli aspetti economici dell'accesso, Levorato si è impegnata ad applicare a detti operatori terzi che intendessero approvvigionarsi dal deposito - così come a sé stesso - un corrispettivo stabilito tramite un procedimento di regolazione tariffaria avviato da ENAC su istanza di parte, presentata nel settembre 2017, con la previsione di alcuni meccanismi di salvaguardia dei concorrenti nell'ipotesi in cui ENAC non avesse completato il procedimento di regolazione tariffaria entro la data in cui la baia di carico esterna diverrà operativa.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati da Sacbo e Levorato Marcevaggi fossero complessivamente idonei a porre rimedio alle preoccupazioni concorrenziali espresse in sede di avvio del procedimento, eliminando gli ostacoli ingiustificati in precedenza opposti all'accesso a un mercato liberalizzato, come quello dell'offerta dei servizi di messa a bordo nello scalo di Bergamo Orio al Serio, di crescente rilevanza nel tempo;

pertanto, ha deliberato di accettare gli impegni, rendendoli vincolanti, ai sensi dell'art. 14-ter della l. 287/1990, e ha concluso il procedimento senza accertare l'infrazione, imponendo alle Parti di presentare delle relazioni dettagliate sull'attuazione degli impegni assunti entro il 30 giugno 2018 e, successivamente, entro il 31 dicembre di ciascuno degli anni 2018, 2019 e 2020.

Le concentrazioni

I procedimenti più rilevanti conclusi nell'anno 2018

PROFUMERIE DOUGLAS/LA GARDENIA BEAUTY-LIMONI

Nel gennaio 2018, l'Autorità ha autorizzato con condizioni, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della l. 287/1990, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo delle società La Gardenia Beauty S.p.A. (La Gardenia) e Limoni S.p.A. (Limoni) da parte della società CVC Capital Partners SICAV-FIS S.A. (CVC), a capo del gruppo Douglas e in particolare della società Profumerie Douglas S.p.A. (Douglas)¹⁴⁴.

L'istruttoria era stata avviata nel novembre 2017, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della l. 287/1990, sul presupposto che l'operazione di concentrazione notificata fosse suscettibile di determinare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante in una pluralità di mercati locali della distribuzione selettiva al dettaglio di prodotti cosmetici e profumi di lusso, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza sugli stessi. L'operazione, pur essendo di dimensione eurounitaria per il superamento delle soglie previste dal Regolamento n. 139/2004/CE, è stata esaminata dall'Autorità in virtù del rinvio operato dalla Commissione, con atto del 20 luglio 2017, in applicazione dell'art 4, paragrafo 4, dello stesso Regolamento.

Sulla base dell'analisi condotta nel corso dell'istruttoria e in linea con l'orientamento consolidato della Commissione, il mercato del prodotto rilevante è stato identificato nella distribuzione selettiva al dettaglio di cosmetici e profumi di lusso. In particolare, i confini del mercato del prodotto sono stati ritenuti coincidenti con la vendita al dettaglio dei prodotti in questione attraverso i distributori selettivi: i) catene di profumerie *multibrand* nazionali (tra cui Douglas, Limoni e La Gardenia) e *department store* nazionali (*corner* di profumeria Coin e La Rinascente); ii) catene di profumerie *multibrand* locali; iii) profumerie indipendenti, a volte associate in consorzi. Le evidenze acquisite hanno inoltre evidenziato come tale mercato fosse distinto da quello della vendita al dettaglio di cosmetici e profumi destinati al consumo "di massa" e come non appartengano al citato mercato le catene *monobrand*, le farmacie e le parafarmacie, i *drugstore*,

¹⁴⁴ C12109 - PROFUMERIE DOUGLAS/LA GARDENIA BEAUTY-LIMONI, provv. n. 26927.

le erboristerie e il canale di vendita *online* in ragione di diversi fattori (lusso vs massa, ampiezza e profondità della gamma di prodotti, prezzo, qualità, esposizione, presentazione e assistenza alla vendita, caratteristiche della distribuzione selettiva).

Dal punto di vista geografico, il mercato è stato ritenuto locale, in ragione dei comportamenti di acquisto dei consumatori e, in particolare, dell'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti vendita. Nel provvedimento di avvio sono state individuate 39 aree locali, corrispondenti a territori coincidenti con le aree site intorno ai punti vendita delle Parti percorribili in 20 minuti di tragitto in macchina (c.d. isocrone) e in cui la quota delle Parti avrebbe raggiunto o superato il 45%. L'analisi approfondita condotta in istruttoria ha consentito all'Autorità di individuare l'effettivo bacino di utenza di ciascun punto vendita (c.d. *catchment area*), considerato come maggiormente in grado di riflettere - rispetto a isocrone medie - gli elementi che caratterizzano le diverse aree locali e idonei a incidere sulla disponibilità dei clienti a spostarsi. L'analisi è stata realizzata sulla base dei dati relativi alla disponibilità allo spostamento dei clienti in possesso di carte fedeltà e ha portato all'individuazione, per le 39 aree locali interessate, di *catchment area* effettive con tempi di percorrenza tra i 14 e i 93 minuti.

L'istruttoria ha consentito di accertare il posizionamento di Douglas a valle dell'operazione come primo operatore della distribuzione selettiva al dettaglio di cosmetici e profumi di lusso in Italia, con una quota, in termini di fatturato, del [30-35]%, seguito, a significativa distanza, da Shepora, con una quota del [5-10]% e da Marionnaud, da Coin e da La Rinascente, tutti con quote nell'ordine del [1-5]%, mentre la restante quota è ripartita fra numerose piccole catene locali (quota del 19%) e un insieme particolarmente frammentato di profumerie indipendenti (quota complessiva del 29%).

L'Autorità ha rilevato che, a seguito dell'operazione, Douglas avrebbe acquisito un notevole potere di mercato, con quote elevate e superiori al 45%, in 15 dei 39 mercati locali oggetto di istruttoria. In quasi la metà dei mercati locali problematici la società avrebbe raggiunto quote al di sopra del 60%. L'Autorità ha quindi ritenuto, alla luce delle evidenze relative al complessivo funzionamento dei mercati interessati, che l'operazione di concentrazione avrebbe portato alla costituzione o al rafforzamento della posizione dominante di Douglas in 15 mercati locali, con un sostanziale e durevole pregiudizio delle dinamiche competitive. Nelle proprie valutazioni, l'Autorità ha preso in considerazione, oltre alle quote di mercato dell'entità *post-merger*, anche la pressione concorrenziale esercitabile dai concorrenti (catene nazionali *multibrand*, *corner* dei *departmet store*, catene locali e profumerie indipendenti) in ragione tra l'altro delle caratteristiche degli stessi in termini di quota di mercato e di qualità dei servizi resi ai consumatori.

Per fare fronte alle criticità concorrenziali emerse nel corso dell'istruttoria, Douglas ha proposto, ai sensi dell'art. 18, comma 2, l. 287/1990, delle misure correttive consistenti nella cessione di un certo numero di punti vendita facenti parte dell'attuale rete distributiva delle Parti. L'Autorità ha ritenuto tali misure solo parzialmente idonee a scongiurare gli effetti pregiudizievoli per la concorrenza conseguenti alla concentrazione, considerando risolutiva la cessione dei punti vendita in uno soltanto dei 15 mercati locali problematici e, comunque, non rispondenti ai criteri fissati nella Comunicazione della Commissione sulle misure correttive considerate adeguate. L'Autorità, al fine di autorizzare la concentrazione, ha pertanto prescritto, ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. 287/1990, alcune misure con riguardo ai restanti 14 mercati locali con criticità.

Le misure prescritte dall'Autorità hanno riguardato: i) la cessione del controllo, di fatto e di diritto, di uno o più punti vendita collocati nell'ambito di ciascun mercato locale, in modo che la quota di mercato dell'entità *post-merger* non superasse la quota del 45% o la quota di mercato *pre-merger* detenuta da una delle Parti per il caso in cui quest'ultima fosse già superiore al 45%; ii) la circostanza che i rami d'azienda oggetto di cessione dovessero comprendere tutti gli attivi dell'attuale gestione o necessari per garantirne la redditività e la competitività, ivi inclusa la disponibilità dei locali per un periodo non inferiore a 36 mesi; iii) specifici requisiti di indipendenza, competenza e capacità finanziaria dell'acquirente. L'Autorità ha altresì fissato modalità e tempistiche specifiche per la prevista cessione del controllo, l'obbligo di fornire ai potenziali acquirenti tutte le informazioni necessarie per valutare la convenienza della cessione, un'adeguata operatività economica dei punti vendita oggetto delle misure fino alla loro cessione e un vincolo di non riacquisto entro una certa data. Infine, l'Autorità ha ordinato la presentazione di una relazione sull'attuazione delle misure.

In conclusione, l'Autorità ha autorizzato l'operazione di concentrazione subordinatamente alla piena ed effettiva attuazione di tutte le misure prescritte.

2I RETE GAS/NEDGIA

Nel gennaio 2018, l'Autorità ha autorizzato con condizioni, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della l. 287/1990, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo di Nedgia S.p.A. (Nedgia) da parte di 2i Rete Gas S.p.A. (2i)¹⁴⁵.

L'istruttoria era stata avviata nel novembre 2017, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della l. 287/1990, ritenendo che l'Operazione fosse suscettibile di determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati delle gare future per il servizio di distribuzione del gas naturale

¹⁴⁵ C12125-2I RETE GAS/NEDGIA, provv. n. 26957.

nei seguenti dodici Ambiti Territoriali Minimi (di seguito, ATEM): Agrigento, Foggia 1, Bari 2, Catania 1, Frosinone 2, Catania, Isernia, Salerno 3, Messina 2, Palermo 2, Brindisi, e Taranto, in cui entrambe le Parti erano significativamente presenti in termini di punti di riconsegna del gas serviti (di seguito, PDR). Infatti, in considerazione degli effetti di potenziale barriera finanziaria all'accesso alla gara derivante dal meccanismo di necessario rimborso del VIR (Valore Industriale Residuo) della rete di distribuzione da parte di eventuali nuovi entranti in favore dei gestori uscenti, le sovrapposizioni, in termini di quota di PDR, avrebbero potuto determinare effetti potenzialmente pregiudizievoli per l'effettiva contendibilità dei predetti ATEM.

In particolare, in sede di avvio istruttoria, l'Autorità ha analizzato le diverse circostanze che, per diversi gruppi dei sopracitati ATEM, rendevano l'operazione suscettibile di effetti anticoncorrenziali sui futuri mercati delle relative gare d'ATEM. Con specifico riferimento agli ATEM di Agrigento, Bari 2, e Foggia 1, l'operazione avrebbe potuto ricondurre a un unico centro decisionale i due principali operatori presenti nei suddetti ATEM - peraltro, con posizioni piuttosto simmetriche - i quali, in assenza della concentrazione, sarebbero stati, con ogni verosimiglianza, due dei tre principali contendenti per l'aggiudicazione delle relative gare d'ambito.

In merito, invece, agli ATEM di Catania 1 e Frosinone 2, i rilevati possibili effetti anticoncorrenziali della concentrazione sono stati principalmente ricondotti al fatto che l'acquisizione di Nedgia avrebbe determinato al contempo l'eliminazione del terzo più importante operatore attivo negli ATEM in questione (e, quindi, presumibilmente idoneo a rappresentare uno dei potenziali concorrenti alle relative gare) e il consolidamento della quota di 2i che, rafforzando (Frosinone 2) o raggiungendo (Catania 1) la posizione di primo operatore *incumbent*, avrebbe potuto detenere un vantaggio competitivo valutabile come scarsamente contendibile da altri operatori in sede di gara.

Con riferimento agli ATEM di Catania 2, Isernia, Salerno 3, Messina 2 e Palermo 2, i possibili effetti anticoncorrenziali dell'operazione sono stati motivati in considerazione del consolidamento della posizione di forza detenuta *ante*-concentrazione dalla Parte dotata di maggior presenza nell'ambito, che sarebbe stata tale da ridurre la contendibilità di quest'ultimo in sede di gara per altri operatori.

Infine, con riguardo agli ATEM di Brindisi e Taranto, l'Autorità ha rilevato che le Parti rappresentavano i principali operatori attivi in termini di PDR e, sebbene in tali ATEM fosse notevole lo squilibrio della posizione detenuta *pre-merger* da ciascuna di esse - perché in entrambi 2i deteneva, già anteriormente all'operazione, una percentuale di PDR superiore all'80% del totale - tuttavia, a seguito dell'acquisizione del principale operatore alternativo in termini di PDR, 2i sarebbe divenuto l'unico gestore uscente

nei due ATEM in questione.

Successivamente, l'analisi istruttoria ha consentito di far venir meno le preoccupazioni concorrenziali espresse in sede di avvio per 4 dei 12 ATEM considerati: in particolare, negli ATEM di Taranto e Brindisi la condizione di scarsa contendibilità non è risultata essere una diretta conseguenza dell'operazione, mentre negli ATEM di Palermo 2 e Messina 2 è stato verificato che, in primo luogo, l'entità *post-merger* avrebbe detenuto una quota di PDR non eccessivamente elevata (inferiore al 50%) e, in secondo luogo, l'addizione determinata dall'operazione in termini di quota di PDR sarebbe risultata contenuta (inferiore al 10%).

Al contrario, l'istruttoria ha fatto emergere che per i restanti otto ATEM l'operazione avrebbe generato delle criticità concorrenziali, che sono apparse particolarmente gravi nei due ATEM di Foggia 1 e Bari 2.

L'Autorità, ai fini dell'autorizzazione alla concentrazione, ha quindi individuato - anche avvalendosi di informazioni acquisite a seguito di ampie forme di consultazione del mercato - una serie di misure correttive, tanto strutturali quanto comportamentali, in grado di evitare la costituzione di posizioni dominanti tali da ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nei mercati delle gare future per l'aggiudicazione delle concessioni di distribuzione del gas naturale negli ATEM di Frosinone 2, Isernia, Salerno 3, Catania 1, Catania 2, Agrigento, Foggia 1 e Bari 2.

In particolare, l'Autorità ha imposto alla società acquirente un pacchetto articolato di misure correttive, comprendenti: nell'ATEM di Foggia 1, la dismissione della totalità delle attività di distribuzione del gas naturale di 2iRG; nell'ATEM di Bari 2, la dismissione delle attività corrispondenti alla gestione di almeno 40 mila PDR (punti di riconsegna), nonché, per la restante parte dei PDR gestiti dall'entità derivante dalla concentrazione, l'applicazione di una serie di misure di riduzione delle barriere finanziarie e informative che favoriscano i gestori entranti, a garanzia della massima partecipazione di terzi alla futura gara d'ambito. In questo modo, l'acquirente dei suddetti *asset* potrà rappresentare un ulteriore gestore uscente in grado di partecipare alla gara per i citati ATEM, ricostituendo il contesto concorrenziale *ante* concentrazione. Sotto il profilo comportamentale, il pacchetto di misure ha previsto anche che, nel caso in cui 2i Rete Gas S.p.A. non avesse ricevuto, entro un termine predefinito, idonee manifestazioni di interesse da parte di un acquirente qualificato, la Società ponesse in essere significative misure incentivanti alla più ampia partecipazione di terzi alle relative gare d'ambito in grado di sterilizzare gli effetti di barriera finanziaria all'accesso indotta dall'operazione di concentrazione. In particolare, dette misure sono consistite: i) nella possibilità, per il gestore aggiudicatario delle relative gare d'ambito di beneficiare, per un periodo massimo di tre anni dalla data di effettivo subentro nella gestione del servizio, della dilazione del pagamento del VIR totale relativo a tali concessioni, con l'applicazione

di un tasso di interesse particolarmente conveniente, ovvero, in alternativa alla descritta dilazione, di poter beneficiare di un indennizzo, calcolato come prodotto tra l'importo della dilazione rinunciata (il VIR) e un tasso di interesse annuo definito in base al tasso *Midswap* a dieci anni a tale data, tale da garantire ai tassi attuali sui trentasei mesi di dilazione a circa il 13,5% del VIR; ii) nella possibilità, sempre per il gestore aggiudicatario, di fruire di un contratto di servizi (*Transitional Service Agreement*, di seguito "TSA") della durata di un anno, finalizzato ad agevolare il subentro nella gestione della rete, con la fornitura dei servizi di migrazione da parte di 2i Rete Gas S.p.A. a titolo gratuito; iii) in alcune agevolazioni per il nuovo entrante mediante auto-riduzione degli oneri di assunzione dei dipendenti del gestore uscente (sia esso 2i o Nedgia) che, per la clausola sociale compresa nei bandi, dovrebbero essere assunti dal gestore entrante, permettendo così al gestore subentrante - ove diverso dal gestore uscente - di scegliere, in base alle proprie esigenze organizzative e di efficienza interna relative agli obblighi di assunzione dei dipendenti normativamente previste; per il solo ATEM di Bari 2, nella messa a disposizione di dati e informazioni utili alla predisposizione delle offerte in gara ulteriori rispetto a quelle normativamente previste, e per l'ATEM di Foggia 1 la disponibilità a garantire l'anticipazione della scadenza delle proprie concessioni finanziate dal c.d. "*piano di metanizzazione del Mezzogiorno*" e che, per legge, dovrebbero confluire nella concessione d'ambito soltanto dopo la loro scadenza naturale.

100

L'Autorità, inoltre, ha imposto analoghe misure di incentivazione con riguardo agli altri sei ATEM, rispetto ai quali ha ritenuto che l'operazione di concentrazione fosse comunque idonea a determinare un rafforzamento della posizione di mercato della nuova aggregazione societaria suscettibile di scoraggiare la partecipazione di terzi alla futura gara d'ATEM.

In particolare, gli ambiti di Salerno 3, Isernia, Frosinone 2, Catania 1, Catania 2 e Agrigento hanno beneficiato sia della misura occupazionale che di quella del contratto di servizio. Inoltre, con l'eccezione di Isernia e Salerno 3 (nei quali non sono presenti concessioni finanziate), tutti gli ambiti citati hanno beneficiato anche della misura di anticipazione delle scadenze. Infine, gli ATEM di Frosinone 2, Isernia e Salerno 3 hanno beneficiato anche della misura di dilazione del VIR.

L'Autorità ha pertanto autorizzato l'operazione di concentrazione a condizione che 2iRG dia piena ed effettiva attuazione alle misure sopra riportate.

NOAH 2/MONDIAL PET DISTRIBUTION

Nell'aprile 2018, l'Autorità ha autorizzato con condizioni, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della l. 287/1990, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione da parte della società Noah 2 S.p.A. (Noah) del controllo esclusivo della Mondial Pet Distribution S.p.A. (Mondial Pet)

mediante il trasferimento delle azioni detenute da quest'ultima¹⁴⁶.

Nel febbraio 2018, l'Autorità ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della l. 287/1990, ritenendo che l'operazione di concentrazione in oggetto fosse suscettibile di determinare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante in una pluralità di mercati locali della distribuzione al dettaglio di articoli per l'alimentazione e la cura di animali domestici, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza sui medesimi mercati.

Nell'ambito del settore interessato della distribuzione e dell'approvvigionamento dei prodotti per animali domestici, l'istruttoria ha consentito di identificare quale mercato rilevante, ai fini dell'analisi degli effetti della concentrazione, quello della distribuzione al dettaglio di articoli per l'alimentazione e la cura di animali domestici e dell'approvvigionamento di articoli per l'alimentazione e la cura degli stessi, aventi dimensione locale. Nondimeno, per la valutazione degli effetti, l'Autorità ha tenuto conto del possibile impatto dell'operazione a livello nazionale.

In particolare, sotto il profilo merceologico, le risultanze istruttorie hanno in primo luogo evidenziato che i *petshop* tradizionali indipendenti e le catene di distribuzione specializzate nel settore possono considerarsi parte di un medesimo mercato rilevante, nonostante le differenze che essi comunque presentano nel livello di servizio offerto e nel posizionamento medio di prezzo, a esclusione invece della distribuzione attraverso la GDO (grande distribuzione organizzata), appartenente a un mercato distinto. Con riguardo all'individuazione dell'effettivo bacino di utenza (c.d. *catchment area*) dei punti vendita oggetto di acquisizione, in conformità al consolidato orientamento nazionale e UE, la dimensione geografica del mercato rilevante è stata considerata locale e sostanzialmente coincidente con le aree site intorno ai punti di vendita delle Parti e percorribili in 20 minuti di tragitto in auto (c.d. isocrone).

Ai fini della identificazione del mercato rilevante sono state valutate le informazioni acquisite tramite la Guardia di Finanza - Nucleo Speciale Antitrust, che ha somministrato un questionario a tutti i punti vendita non organizzati in catene presenti nei mercati locali; l'Autorità ha altresì utilizzato i risultati di un'indagine svolta, previo conferimento di specifico incarico, dalla società Centro Statistica Aziendale S.r.l. (CSA), su un campione di 1036 acquirenti di prodotti per l'alimentazione, l'igiene, il divertimento e la cura di animali domestici (periodo di rilevazione: 16 -21 marzo 2018).

Dalle evidenze raccolte nel corso del procedimento è risultato che Arcaplanet, catena di oltre 200 negozi specializzati mediante la quale Noah distribuisce sia prodotti a marchio proprio che prodotti a marchio di terzi, detiene, a livello nazionale, una quota, nel solo segmento delle catene

¹⁴⁶ C12139-NOAH 2/MONDIAL PET DISTRIBUTION, provv. n. 27148.

specializzate, pari a circa il [40-45%], con un fatturato pari a circa [100-495] milioni di euro. L'Autorità ha rilevato che, con l'acquisizione della catena Fortesan, di proprietà della Mondial Pet, il nuovo operatore avrebbe raggiunto, nel solo segmento delle vendite presso le catene specializzate, una quota di poco superiore al [50-55%], mentre nell'ambito dell'intero settore della distribuzione di articoli per animali mediante negozi specializzati, la quota nazionale del nuovo operatore avrebbe raggiunto un valore pari a circa il [15-20%].

A livello locale, l'operazione ha riguardato una porzione di territorio situato nel Nord Ovest del Paese e, più precisamente, alcune aree delle regioni Liguria, Piemonte e Lombardia. Nell'ambito di tali regioni, la Parte notificante aveva inizialmente individuato 46 isocrone; nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha aggiunto e verificato altre 3 isocrone costruite attorno a 3 punti vendita di recente apertura. Lo *screening* effettuato su tali mercati ha consentito di individuare 29 isocrone sulle quali la quota delle Parti avrebbe raggiunto, all'esito dell'operazione, un valore superiore al 40%. A seguito di ulteriori accertamenti condotti sulle citate isocrone, è risultato che in 13 di queste la quota congiunta delle Parti sarebbe stata compresa tra il 45% e il 55%. L'Autorità ha osservato che solo in 3 delle suddette isocrone la quota di mercato congiunta delle Parti avrebbe ecceduto il 45%, anche considerando la pressione competitiva esercitata dagli ipermercati. In particolare, nell'isocrona centrata sul punto vendita di Arenzano la quota congiunta sarebbe rimasta del [45-50%]; nell'isocrona centrata sul punto vendita di Genova Pisacane la quota del [45-50%] si sarebbe ridimensionata di un punto percentuale; nell'isocrona centrata sul punto vendita di San Salvatore in Cogorno la quota pari al [50-55%] si sarebbe ridimensionata di tre punti percentuali.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha concluso che l'operazione di concentrazione era idonea a determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza nei 3 mercati locali analizzati relativi alle isocrone di Arenzano, Genova Pisacane e San Salvatore in Cogorno.

Nell'aprile 2018, la società acquirente Noah ha presentato alcune misure correttive, volte a impedire che l'operazione desse luogo alla costituzione o al rafforzamento di una posizione dominante, consistenti nella cessione di punti vendita atta ad abbassare le quote di mercato nelle isocrone interessate (la quota congiunta delle Parti nell'isocrona Arenzano dal [45-50%] al [40-45%]; nella Genova Pisacane dal [45-50%] al [45-50%]).

L'Autorità ha ritenuto le misure proposte idonee a eliminare gli effetti pregiudizievoli della concorrenza derivanti dall'operazione. In particolare, l'Autorità, facendo proprie le misure proposte in sede istruttoria, ha imposto alla società acquirente alcune condizioni: la cessione del controllo, di fatto e di diritto, dei punti vendita che devono ricomprendere tutti gli attivi

necessari per garantirne la redditività e la competitività; l'acquirente deve soddisfare requisiti di indipendenza, competenza e idoneità a mantenere e sviluppare l'attività gestionale di *petshop*; l'acquisizione dell'attività ceduta da parte dell'acquirente non deve creare nuovi problemi per la concorrenza, né comportare il rischio che l'attuazione delle misure venga rinviata. La cessione del controllo deve altresì avvenire secondo determinate modalità e tempistiche: gli accordi, previa sottoposizione al vaglio dell'Autorità per approvazione dell'identità del cessionario e del contenuto degli stessi, dovranno essere conclusi entro e non oltre un certo numero di mesi. Qualora, entro tale periodo, gli acquirenti non siano stati individuati, le Parti dovranno nei mesi successivi individuare gli acquirenti, conferendo a tal fine un mandato irrevocabile a un soggetto indipendente e qualificato.

In conclusione, l'Autorità ha autorizzato l'operazione di concentrazione subordinatamente al rispetto delle condizioni prescritte, imponendo a Noah di presentare, entro termini stabiliti, una relazione conclusiva sulla completa ed effettiva attuazione delle misure prescritte.

LUXOTTICA GROUP/BARBERINI

Nel novembre 2018, l'Autorità ha autorizzato con condizioni, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della l. 287/1990, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo esclusivo di Barberini S.p.A. da parte di Luxottica Group S.p.A.¹⁴⁷. In virtù dell'operazione, Barberini - produttore di lenti in vetro piano di elevata qualità per occhiali da sole e attivo, per il tramite della controllata Barberini GmbH, anche nella produzione di sbocchi in vetro, materia prima per la produzione delle lenti - è entrato a far parte del gruppo EssilorLuxottica, operatore *leader* a livello mondiale nel settore dell'occhialeria e attivo in tutte le principali fasi della catena produttiva.

L'istruttoria è stata avviata nel settembre 2018, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della l. 287/1990, sul presupposto che l'operazione di concentrazione notificata fosse suscettibile di dar luogo, in particolare, a legami verticali tali da determinare effetti pregiudizievoli della concorrenza in diversi mercati del settore dell'occhialeria.

Dopo un'approfondita analisi della struttura e del funzionamento dei mercati interessati, l'Autorità ha valutato la concentrazione come idonea a condurre alla costituzione o al rafforzamento della posizione dominante di Luxottica nei mercati della produzione di sbocchi di vetro per lenti piano, della produzione di lenti piano in vetro e della produzione e distribuzione di occhiali da sole, in modo da pregiudicare in maniera sostanziale e durevole le dinamiche concorrenziali in tali mercati. Nella propria valutazione, l'Autorità ha tenuto conto: i) delle quote di mercato dell'entità *post-*

¹⁴⁷ C12183-LUXOTTICA GROUP/BARBERINI, provv. n. 27413.

merger; ii) della circostanza per cui tutti i concorrenti di Luxottica nella produzione di occhiali da sole con lenti in vetro si approvvigionano esclusivamente da Barberini; iii) della mancanza di concorrenza effettiva e potenziale a Barberini nella produzione di lenti piano in vetro di alta qualità in quantità adeguate a soddisfare le esigenze dei maggiori operatori del mercato; iv) del ruolo fondamentale svolto da Barberini nella ricerca e sviluppo e nell'innovazione; v) dell'elevato potere di mercato, lato domanda, detenuto da Luxottica; vi) della forte integrazione verticale di Luxottica; vii) della presenza di barriere all'entrata di natura tecnica ed economica, tanto nel mercato della produzione di sbocchi di vetro e lenti piano in vetro quanto in quello della produzione e distribuzione di occhiali da sole.

In virtù dei legami verticali tra Barberini e Luxottica derivanti dall'operazione, l'istruttoria ha mostrato come: i) Luxottica avesse la capacità e gli incentivi per precludere l'accesso agli *input* produttivi per lenti piano in vetro e sbocchi di vetro ai propri concorrenti nel mercato a valle della vendita di occhiali da sole e ii) tale strategia di preclusione fosse idonea a produrre effetti pregiudizievoli della concorrenza nel mercato a valle.

Nell'autorizzare l'operazione, pertanto, l'Autorità ha prescritto a Luxottica, ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. 287/1990, una serie di misure volte, da un lato, a garantire ai concorrenti di Luxottica l'accesso - nel breve-medio periodo - alle lenti e agli sbocchi di vetro di Barberini, *input* strategici per la concorrenza nella produzione e vendita di occhiali da sole e, dall'altro, a consentire l'ingresso nel mercato - nel medio-lungo periodo - di un concorrente di Barberini nella produzione di lenti di vetro di alta qualità. In particolare, Luxottica dovrà stipulare contratti di fornitura di sbocchi di vetro e di lenti piano in vetro da parte di Barberini con tutti gli operatori del mercato che ne facciano richiesta, non prevedendo alcun obbligo di acquisto minimo per tali società. Inoltre, i contratti dovranno consentire ai clienti di Barberini di accedere, ove ne facciano richiesta, ai prodotti derivanti dall'innovazione e dalle evoluzioni tecnologiche di Barberini S.p.A. e Barberini GmbH, anche laddove tali prodotti siano coperti da diritti di proprietà intellettuale.

Da ultimo, l'Autorità ha imposto a Luxottica - entro due mesi dalla data di adozione del provvedimento di autorizzazione della concentrazione - la nomina di un *monitoring trustee* incaricato di monitorare il rispetto degli accordi stipulati ai sensi delle predette misure. Luxottica dovrà trasmettere all'Autorità, con cadenza semestrale, una relazione sulla completa ed effettiva attuazione delle misure prescritte.

In conclusione, l'Autorità ha autorizzato l'operazione di concentrazione subordinatamente alla piena ed effettiva attuazione delle misure prescritte.

UNIPOL GRUPPO FINANZIARIO/UNIPOL ASSICURAZIONI-PREMAFIN FINANZIARIA-FONDIARIA SAI-MILANO ASSICURAZIONI

Nell'ottobre 2018, l'Autorità ha deliberato di revocare, sulla base di un'istanza inviata da Mediobanca Banca di credito Finanziario S.p.A., le misure di cui ai punti *i)*, *ii)*, *iii)*, *v)*, *vi)* e *vii)* della lettera *h)* del dispositivo della delibera dell'Autorità n. 23678 del 19 giugno 2012¹⁴⁸, consistenti nell'impegno di: *i)* cedere tutte le eventuali partecipazioni azionarie che dovesse acquisire in Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. e/o Fondiaria Sai S.p.A. e/o nell'entità derivante dall'operazione entro 120 giorni dall'entrata in possesso; *ii)* fino alle cessioni di cui al punto precedente, non esercitare alcun diritto amministrativo per tutta la durata del possesso delle medesime azioni; *iii)* accettare qualsiasi offerta di rimborso anticipato, nonché cessione di quote dei contratti di finanziamento nella misura individuata da Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., al valore nominale che pervenga dal debitore con riferimento ai contratti subordinati stipulati con FonSai e Milano Assicurazioni; *v)* non esercitare la facoltà di conversione dei sopra citati prestiti in titoli *equity*; *vi)* non partecipare alla *governance* del gruppo *post merger*, vale a dire non indicare, né concorrere in alcun modo alla nomina di un proprio rappresentante nelle liste di maggioranza o minoranza relative agli organi sociali di tale entità; *vii)* non acquistare - nel corso dei successivi 36 mesi e sino a quando, oltre tale termine, permarrà il controllo di fatto di Mediobanca su Generali - partecipazioni azionarie in Finsoe S.p.A., Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. e/o altre società facenti parte del Gruppo Unipol Gruppo Finanziario (ivi inclusa l'entità derivante dalla presente operazione).

A fronte dell'istanza pervenuta in data 23 maggio 2018 da parte di Mediobanca Banca di credito Finanziario S.p.A., l'Autorità ha avviato, nel giugno 2018, un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, della l. 287/1990, al fine di valutare l'istanza e accertare, in contraddittorio con la Parte e con gli eventuali terzi interessati, eventuali evoluzioni del contesto fattuale, giuridico e di mercato, tali da giustificare la revoca, totale o parziale, delle misure prescritte con la delibera del 19 giugno 2012 n. 23678.

Al riguardo, le misure di cui alla lettera *h)* erano state imposte (nell'ambito dell'operazione di concentrazione tra Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. Premafin Finanziaria S.p.A. - Holding di Partecipazioni S.p.A. e Fondiaria SAI S.p.A. che, come comunicata, avrebbe prodotto la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in alcuni mercati assicurativi) sul presupposto che vi fosse un controllo esclusivo di fatto di Mediobanca su Generali e sul rischio che potessero instaurarsi forme di coordinamento tra Unipol e Generali, in ragione dei legami stabili, di natura quasi strutturale, esistenti tra i due diversi gruppi per il tramite, diretto o indiretto, di Mediobanca.

¹⁴⁸ C11524E MEDIOBANCA - UNIPOL GRUPPO FINANZIARIO S.P.A. PREMAFIN FINANZIARIA S.P.A. - HOLDING DI PARTECIPAZIONI S.P.A. E FONDIARIA SAI S.P.A., provv. n. 27400

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha verificato che la situazione giuridica e di fatto, che aveva condotto all'imposizione delle misure di cui alla lettera h) del dispositivo della delibera n. 23678 del 19 giugno 2012, si era effettivamente modificata in maniera tale da rendere possibile la revoca delle misure allora imposte. In particolare, l'Autorità ha accertato l'avvenuta modifica del contesto di mercato, per cui sono sostanzialmente venuti meno i legami societari, personali e creditizi che, per il tramite diretto o indiretto di Mediobanca, avrebbero potuto ingenerare il rischio di collegamenti di tipo stabile e quasi strutturale tra UGF e Generali. Inoltre è stata accertata la non sussistenza di legami diretti tra UGF e Generali e di collegamenti indiretti tra le stesse.

Pertanto, la nuova situazione di fatto registrata - in termini di mutamento dei rapporti in essere tra Mediobanca e Unicredit, e, per il suo tramite, con UGF, in termini di *governance* di Generali nonché di assetti competitivi di mercato - ha consentito di accogliere l'istanza di Mediobanca, con particolare riferimento alla revoca delle misure di cui ai punti i), ii), iii), v), vi) e vii) della lettera h) del dispositivo della delibera n. 23678 del 19 giugno 2012. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato che il mantenimento della misura iv), relativa all'obbligo di *“astenersi, fintantoché mantenga la propria posizione di soggetto creditore, dal richiedere, a Unipol Assicurazioni S.p.A., Fondiaria Sai S.p.A. e Milano Assicurazioni S.p.A., informazioni di natura strategico commerciale ultronee a quelle strettamente necessarie per la tutela del proprio credito”*, appare sufficiente a limitare il rischio che - attraverso la condivisione di informazioni sensibili - si determinino equilibri collusivi sui mercati assicurativi con una probabilità statistica maggiore di quella normalmente intercorrente tra operatori concorrenti, che non può comunque essere *a priori* esclusa nello svolgimento delle dinamiche di mercato.

CASSA CENTRALE RAIFFEISEN DELL'ALTO ADIGE/GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO DELLE CASSE RAIFFEISEN

Nel maggio 2018, l'Autorità ha autorizzato, ai sensi dell'art. 6, comma 1, della l. 287/1990, l'operazione di concentrazione consistente nella costituzione, ai sensi degli articoli 33 e ss. del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* - TUB) e successive modifiche, del Gruppo Bancario Cooperativo Provinciale delle Casse Raiffeisen (Gruppo Bancario) da parte della Cassa Centrale Raiffeisen dell'Alto Adige S.p.A. (Cassa Centrale) e da 39 (delle 41) Casse Raiffeisen attive nella Provincia Autonoma di Bolzano (39 Casse Raiffeisen), che ne detengono quasi interamente il capitale sociale¹⁴⁹.

Nel marzo 2018, l'Autorità aveva avviato un'istruttoria, ai sensi

¹⁴⁹ C12138-CASSA CENTRALE RAIFFEISEN DELL'ALTO ADIGE/GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO DELLE CASSE RAIFFEISEN, provv. n. 27172.

dell'art. 16, comma 4, della l. 287/1990, ritenendo che l'operazione di concentrazione in oggetto fosse suscettibile di determinare, ai sensi dell'art. 6 della l. 287/1990, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati della raccolta bancaria, degli impieghi alle famiglie consumatrici e degli impieghi alle famiglie produttrici e PMI individuati nello stesso provvedimento, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza sui medesimi mercati.

In via preliminare, nel corso del procedimento, l'Autorità ha considerato che l'operazione notificata ha tratto origine dalle modifiche apportate al TUB dal decreto-legge 14 febbraio 2016, n. 18 (*Misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio*), convertito con modificazioni dalla legge 8 aprile 2016, n. 49¹⁵⁰, e dalla successiva regolamentazione della Banca d'Italia (19° aggiornamento alla Circolare n. 285/2013, pubblicato il 2 novembre 2016). Tale normativa ha previsto, quale condizione per l'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo, l'adesione a un gruppo bancario cooperativo, salvo il caso di trasformazione in società per azioni, guidato da una capogruppo costituita in forma di società per azioni avente funzione di direzione e coordinamento. La finalità di tale riforma si ravvisa nel rafforzamento degli operatori bancari minori, quali le singole banche di credito cooperativo, per migliorarne la competitività nel nuovo scenario dei mercati bancari. Con specifico riferimento alle banche di credito cooperativo aventi sede legale nelle province autonome di Trento e Bolzano, la normativa ha previsto che esse possano costituire autonomi gruppi bancari composti da banche aventi sede e operanti esclusivamente in una medesima provincia autonoma, dando luogo a un gruppo bancario cooperativo provinciale.

Nella specie, la costituzione del Gruppo Bancario mediante la stipula tra le Parti del contratto di coesione funzionale all'adesione allo stesso, con attribuzione alla Cassa Centrale dei poteri di controllo, è stata ritenuta dall'Autorità, ai fini della qualificazione dell'operazione ai sensi e per gli effetti della normativa antitrust, un'acquisizione del controllo esclusivo di imprese indipendenti.

Nel corso del procedimento, l'Autorità, tra i molteplici mercati individuati per analizzare l'operazione di concentrazione, ha valutato l'effetto dell'operazione su quelli potenzialmente incisi dalla stessa, quali in particolare: i) il mercato della raccolta bancaria; ii) il mercato degli impieghi alle famiglie consumatrici; iii) il mercato degli impieghi alle famiglie produttrici-piccole imprese. Dal punto di vista geografico,

¹⁵⁰ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 febbraio 2016, n. 18, recante misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio

l'Autorità ha ritenuto di escludere una dimensione nazionale dei suddetti mercati, in quanto, anche dal lato dell'offerta, le condizioni applicate ai diversi prodotti e servizi variano nelle diverse aree geografiche, risentendo delle condizioni di concorrenza locali; l'Autorità ha, per contro, analizzato gli effetti dell'operazione sia a livello provinciale, sia a un livello di maggior dettaglio locale, identificando 162 *catchment area* come rilevanti per l'operazione esaminata, centrate sulle filiali (c.d. centroidi) delle 39 Casse Raiffeisen risultate pienamente operative (corrispondenti a un tempo di percorrenza massimo di 30 minuti in auto, calcolate sulla base della mobilità della domanda dei clienti bancari).

Sulla base di tali criteri, l'Autorità ha ritenuto che, nella provincia di Bolzano considerata nel suo insieme e sulla base di dati riferiti all'anno 2016, il costituendo Gruppo sarebbe diventato il primo operatore bancario con una quota del [50-55%] nel mercato della raccolta; una quota del [40-45%] nel mercato degli impieghi alle famiglie consumatrici; una quota del [55-60%] nel mercato degli impieghi alle famiglie produttrici e piccole imprese. Con riferimento alle diverse *catchment area*, l'Autorità ha proceduto ad analizzarle singolarmente, rilevando che in molte (nel mercato degli impieghi alle famiglie consumatrici), se non nella maggior parte (nel mercato della raccolta, in quello degli impieghi alle famiglie produttrici-piccole imprese), le quote di mercato *post-merger* potevano superare il 50% o anche il 60%, con un maggiore addensamento di tale situazione nelle zone rurali rispetto a quelle maggiormente popolate, dove più numerosi sono gli operatori concorrenti.

Per quanto riguarda gli effetti dell'operazione, l'Autorità ha considerato, in primo luogo, che il posizionamento di mercato di un operatore costituisce solo una *proxi* dell'effettivo potere detenuto da un'impresa sul mercato e, in secondo luogo, che l'operazione era caratterizzata da una serie di elementi peculiari. Sotto quest'ultimo profilo, l'Autorità, sulla scorta dell'istruttoria svolta - tenuto conto anche delle osservazioni presentate dai principali operatori concorrenti attivi nei mercati interessati e dalla Banca d'Italia, oltre che del parere non ostativo dell'IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni) per i mercati assicurativi - ha posto in evidenza l'origine "normativa" e la *ratio* dell'operazione esaminata. Ai fini della valutazione dell'operazione, l'Autorità ha altresì considerato le specificità delle banche di credito cooperativo (assenza di fine di lucro, presenza sul territorio anche con finalità di inclusione finanziaria e di supporto dell'economia locale), la loro operatività in aree disagiate, comprese quelle rurali (dove pure si registrano le quote di mercato più elevate, ma che non risultano attraenti per le banche nazionali), la sostanziale coincidenza tra i soci delle varie Casse e i clienti nelle varie comunità di insediamento, l'incentivo dato proprio da tale coincidenza a costituire uno stimolo interno all'efficienza e

alla competitività (in maniera da beneficiare, piuttosto che della divisione dei dividendi, di condizioni più convenienti rispetto a quelle di mercato).

Infine, l'Autorità ha valorizzato gli effetti positivi conseguibili dall'operazione mediante la razionalizzazione delle strutture organizzative e delle reti distributive, l'eliminazione delle duplicazioni, l'efficientamento dei processi, la riduzione dei costi di transazione, potenzialmente idonei a liberare risorse da utilizzare in un'ottica dinamica e, tenendo conto dei processi di digitalizzazione del settore, in investimenti in innovazione volti al miglioramento dell'offerta. Da ultimo, l'Autorità ha evidenziato che gli scenari alternativi all'operazione esaminata, dati i vincoli normativi, non sarebbero stati comunque in grado di apportare effettivi benefici alle comunità di insediamento.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, l'Autorità, ha ritenuto superate le criticità concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio, in termini di costituzione ovvero rafforzamento di posizioni dominanti in alcuni dei mercati locali considerati, autorizzando l'operazione di concentrazione.

3. L'attività di promozione della concorrenza

109

Energia, rifiuti, acqua

Acqua

AS1486 - REGIONE SARDEGNA - LEGGE 25/2017-ISTITUZIONE DELL'ENTE DI GOVERNO DELL'AMBITO DELLA SARDEGNA E RIORDINO DELLE FUNZIONI IN MATERIA DI AREE INDUSTRIALI

Nel febbraio 2018, l'Autorità ha inviato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, per segnalare alcune criticità relative all'affidamento *in house* del servizio idrico integrato (S.I.I.) alla società Abbanoa, nella Regione Sardegna.

Il parere fa seguito a un altro, inviato dall'Autorità nel corso del 2017 alla Regione Sardegna, all'Ente di Governo dell'ambito della Sardegna (EGAS) e ad Abbanoa S.p.A.¹⁵¹, nel quale l'Autorità aveva evidenziato alcune criticità relative all'art. 15 della legge regionale n. 4 del 4 febbraio 2015, recante "*Istituzione dell'Ente di governo dell'ambito della Sardegna*

¹⁵¹ AS1364 REGIONE SARDEGNA - MODALITÀ DI AFFIDAMENTO *IN HOUSE* DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO AD ABBANOVA S.P.A., 23 febbraio 2017, nel quale l'Autorità, in relazione all'art. 15 della legge regionale del 4 febbraio 2015 n. 4, recante "*Istituzione dell'Ente di governo dell'ambito della Sardegna e modifiche ed integrazioni alla legge regionale n. 19 del 2006*", aveva ritenuto non sussistenti le condizioni per l'affidamento *in house* del servizio idrico in capo a detta Società in considerazione dell'elevata partecipazione societaria della Regione Sardegna nel suo capitale sociale e dell'insussistenza del requisito del controllo analogo per difetto nei poteri di nomina e revoca dei vertici direttivi e di controllo in capo alla Regione stessa.

e modifiche ed integrazioni alla legge regionale n. 19 del 2006, che disciplinava la partecipazione della Regione Sardegna al capitale sociale di Abbanoa.

Il nuovo parere ha riguardato la legge della Regione Sardegna dell'11 dicembre 2017 n. 25, recante “*Modifiche alla legge regionale 4 febbraio 2015 n. 4*, intervenuta a modifica dell'articolo 15 della l.r. n. 4/2015: il nuovo testo di legge stabilisce, in particolare, una riduzione dal 49% al 20% del limite massimo della quota di capitale sociale che la Regione dovrà detenere nel capitale della società di gestione del servizio idrico integrato della Sardegna entro il 2020; essa prevede, altresì, una nuova disciplina per la gestione del sistema idrico in Sardegna, istituendo una “Commissione per il controllo analogo”, formata da cinque componenti, di cui quattro in rappresentanza degli enti concedenti (comuni partecipanti in EGAS e soci di Abbanoa S.p.A.), eletti dai sindaci. Un quinto componente sarà, poi, espressione della Regione Sardegna. Le modalità di esercizio del controllo analogo restano affidate a EGAS e sono esercitate dal Comitato Istituzionale d'Ambito (di seguito anche CIA); alla Regione Sardegna viene attribuito il potere di scioglimento, in qualsiasi momento, del CIA, rafforzando significativamente i poteri di controllo della Regione in EGAS.

L'Autorità ha ritenuto tuttavia che tali modifiche non siano idonee a rendere l'affidamento del S.I.I. conforme alle prescrizioni previste dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per gli affidamenti *in house*: infatti, la Regione Sardegna mantiene ancora potere di influire in maniera determinante sulla gestione della predetta società per il tramite dei pervasivi poteri esercitabili nei confronti dell'operato del CIA; al contrario, il controllo analogo dovrebbe essere riservato all'ente rappresentativo dei soggetti concedenti (i Comuni della Sardegna), senza possibilità per la Regione - che non è né ente concedente, né il soggetto cui il servizio idrico viene fornito, né detiene competenze in materia di affidamento e/o gestione di tale servizio - di influenzarne le decisioni.

Per tali motivi, l'Autorità ha ritenuto le disposizioni in questione in contrasto con i principi costituzionali della concorrenza e ha rimesso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la valutazione sulla eventuale impugnazione davanti alla Corte costituzionale della legge della Regione Sardegna n. 4/2015, come da ultimo modificata dalla legge regionale n. 25/2017.

AS1510 - COMUNE DI RIETI - GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Nel marzo 2018, l'Autorità ha inviato al Comune di Rieti, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, un parere motivato relativo al contenuto della delibera del 21 dicembre 2017, n. 98, emanata dallo stesso Comune, avente a oggetto la revisione straordinaria delle partecipazioni ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 175/2016 (TUSPP).

In particolare, la suddetta delibera è stata trasmessa all'Autorità dalla società Acqua Pubblica Sabina S.p.A. (APS), a capitale interamente pubblico, partecipata anche dal Comune di Rieti e affidataria *in house* del servizio idrico integrato (SII) nell'ATO3 Lazio centrale-Rieti, in forza di Convenzione con lo stesso ATO (Ambito Territoriale Ottimale), per un periodo di trent'anni a decorrere dal 1° gennaio 2016 e con una fase transitoria di due anni. Nel territorio reatino, durante il periodo transitorio e nelle more della realizzazione di tutti i trasferimenti di infrastrutture, impianti e risorse ad APS, il SII è stato esercitato in forza di apposita convenzione con APS, da SOGEA S.p.A., società partecipata in misura maggioritaria dal Comune di Rieti. Detto Comune, a ridosso della scadenza del periodo transitorio, invece di consegnare le strutture idriche a APS, come fatto dagli altri Comuni aderenti all'ATO3, ha adottato la delibera 98/2017 per la revisione delle proprie partecipazioni, nella quale, non effettuando alcun richiamo alla partecipazione detenuta in APS, né alla Convenzione per la gestione del SII stipulata tra quest'ultima e l'ATO 3, cui lo stesso Comune partecipa obbligatoriamente, ha affermato che SOGEA sarebbe titolare della gestione del servizio idrico in virtù di un contratto scaduto ma prorogato con ordinanza, in attesa del nuovo gestore dell'ATO 3. L'Autorità ha osservato che la delibera del Comune di Rieti consente illegittimamente a SOGEA di continuare a svolgere un servizio di interesse economico generale senza titolo, impedendo di fatto un corretto ed efficiente svolgimento del servizio in favore dei comuni ricompresi nell'ATO 3 da parte del legittimo affidatario APS. Essa si pone quindi in contrasto con le previsioni del TUSPP, che impongono una razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, con le norme nazionali ed europee, che disciplinano l'affidamento degli stessi, e con quelle settoriali riferite alla gestione del SII.

A seguito dell'invio del parere, l'Autorità, preso atto della sentenza del TAR Lazio n. 3384 del 26 marzo 2018, nella quale veniva disposto l'annullamento della delibera 98/2017, e della conseguente ottemperanza alla stessa da parte del Comune, ha deliberato di non impugnare la delibera 98/2017 oggetto del parere davanti al TAR territorialmente competente.

Riciclaggio e smaltimento rifiuti

AS1512 - TESTO UNICO AMBIENTE - ESCLUSIONE DALLA NOZIONE DI RIFIUTO DEGLI SCARTI VEGETALI DERIVANTI DALLA CURA DEL VERDE PUBBLICO E PRIVATO

Nel maggio 2018, l'Autorità, a seguito di una segnalazione, ha adottato un parere ai sensi dell'art. 21 della l. 287/1990, rivolto al Presidente del Senato, al Presidente della Camera e all'Associazione Nazionale Comuni Italiani, in merito alla modifica dell'art. 185, comma 1, lett. f, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (*Norme in materia ambientale*, c.d. Testo Unico Ambiente) a opera della legge 28 luglio 2016, n. 154 (*Deleghe al Governo*

e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale), che ha ampliato il novero dei residui vegetali esclusi dal regime dei rifiuti.

In particolare, l'Autorità ha rilevato che, ai sensi della Direttiva 2008/89/CE (c.d. Direttiva Quadro Rifiuti), gli sfalci e le potature possono provenire da ambienti agricoli e forestali o da ambienti urbani e che solo in quest'ultima ipotesi si può parlare di veri e propri rifiuti organici: mentre nel primo caso essi, non costituendo rifiuti, possono essere direttamente utilizzati in agricoltura, nel secondo, gli stessi necessitano di svariati trattamenti (igienizzazione, sterilizzazione e separazione da altri materiali) prima di poter essere reimpiegati. La modifica dell'art. 185 del Testo Unico Ambiente ha invece escluso gli sfalci e le potature dall'ambito di applicazione della disciplina nazionale sui rifiuti, consentendone l'utilizzo diretto in agricoltura, senza necessità di un preventivo trattamento. Tale discordanza tra la disciplina nazionale e quella comunitaria è suscettibile di determinare significative restrizioni del corretto sviluppo del mercato del compostaggio, a scapito delle imprese che utilizzano gli scarti vegetali come *input* essenziali nell'ambito di filiere di riciclo. La produzione di *compost*, infatti, richiede inderogabilmente la combinazione della frazione organica derivante dagli scarti domestici con la frazione ligneo-cellulosica degli sfalci e delle potature.

L'Autorità ha rilevato che gli effetti distorsivi derivanti dalla disposizione normativa oggetto della segnalazione appaiono suscettibili di compromettere il corretto sviluppo dei diversi mercati attivati dalla raccolta differenziata, e ha quindi auspicato l'opportunità di abrogare la lett. f) del comma 1 dell'art. 185 del d.lgs. 152/2006, allineandone i contenuti a quanto previsto dalla normativa comunitaria, al fine di eliminare potenziali effetti distorsivi nei mercati del trattamento degli scarti vegetali.

AS1533 - ATERSIR - BANDI DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE INTEGRATA DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA

Nel giugno 2018, l'Autorità ha inviato un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, all'Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i servizi idrici e i rifiuti (Atersir) e alla regione Emilia Romagna per segnalare alcune criticità concorrenziali contenute nei bandi di gara, indetti dalla stessa Atersir, per l'affidamento della gestione integrata dei servizi di igiene urbana nelle province di Parma, Piacenza e Ravenna-Cesena.

Con tale parere, l'Autorità ha colto l'occasione per valorizzare la scelta compiuta da Atersir di affidare attraverso gare a evidenza pubblica la gestione dei servizi di igiene urbana nelle province di Parma, Piacenza e Ravenna-Cesena; così facendo, infatti, si interrompe il perpetuarsi di regimi di proroga *de facto* delle convenzioni precedenti in capo agli storici affidatari

degli stessi (Hera e Iren), già oggetto di un precedente parere dell’Autorità, che aveva ritenuto tali reiterate proroghe suscettibili di determinare un grave pregiudizio al corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nella gestione dei servizi in esame¹⁵².

Allo stesso tempo, l’Autorità ha messo in evidenza alcune criticità concorrenziali contenute negli stessi bandi, in considerazione della lunga durata degli affidamenti e dell’ampia estensione dei bacini messi a gara che, soprattutto se lette congiuntamente, appaiono idonee a limitare significativamente la partecipazione alle gare da parte di medie e piccole imprese, sia pure in ATI (Associazione Temporanea di Imprese), a vantaggio degli storici operatori di mercato.

In particolare, per ciò che concerne la durata, l’Autorità ha ribadito come essa debba essere limitata e, in ogni caso, proporzionata ai tempi di recupero degli investimenti, in modo da evitare che sui mercati si consolidino posizioni di rendita. In questa prospettiva, i quindici anni previsti dai bandi sono considerati sproporzionati rispetto ai cinque anni stimati dall’Autorità quale tempo necessario a recuperare gli investimenti richiesti per lo svolgimento del servizio di raccolta di rifiuti urbani¹⁵³.

Per ciò che concerne, invece, i bacini geografici entro cui svolgere il servizio, l’Autorità ha evidenziato la loro eccessiva ampiezza e la conseguente elevata onerosità dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti per partecipare alle gare che rischiano nei fatti di contrastare con il consolidato orientamento giurisprudenziale in merito alla necessità/opportunità che le gare siano disegnate in maniera da garantire un’ampia partecipazione di operatori potenzialmente interessati.¹⁵⁴

Alla luce di tali considerazioni, l’Autorità ha pertanto suggerito alla Regione e alla stazione appaltante di ridurre la durata degli affidamenti e l’ampiezza dei bacini, allo scopo di garantire la possibilità di partecipare alla gara anche a piccole e medie imprese raggruppate in ATI e di evitare la pre-costituzione di atti di gara idonei a privilegiare gli storici *incumbent* di mercato, precedenti affidatari dei servizi.

AS1526 - GESTIONE DELLA DISCARICA TRE MONTI SITA NEL TERRITORIO DI IMOLA (BO)

Nel giugno 2018, l’Autorità ha reso un parere, ai sensi dell’art. 22 della l. 287/1990, inviato al Consorzio Con.Ami, in merito a criticità concorrenziali ravvisabili nell’affidamento della gestione della discarica Tre Monti, sita nel territorio di Imola.

¹⁵² Cfr. AS1398 - REGIONE EMILIA ROMAGNA-MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE RIFIUTI del giugno 2017.

¹⁵³ Cfr. IC49 - MERCATO DELLA GESTIONE DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI.

¹⁵⁴ Cfr. AS1464 - AVVISO ESPLORATIVO PER MANIFESTAZIONE DI INTERESSE DELL’AZIENDA OSPEDALIERA S. CAMILLO FORLANINI, AS251 - BANDI PREDISPOSTI DALLA CONCESSIONARIA SERVIZI INFORMATICI PUBBLICI - CONSIP S.P.A. e AS187 - BANDI DI GARA IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI.

In particolare, l'Autorità ha preso atto che la discarica in questione è attualmente gestita da Herambiente S.p.A. (Herambiente) in virtù di un contratto di affitto di ramo di azienda sottoscritto nel 2009 con il Consorzio Con.Ami (Consorzio che raccoglie 23 Comuni dell'area bolognese, ravennate e fiorentina), proprietario della discarica, valido fino al 2040.

L'Autorità, dopo aver esaminato le varie fasi che hanno portato all'attuale gestione ¹⁵⁵, ha osservato che il contratto di affitto *de quo* ha attribuito a Herambiente una esclusiva di fatto nel servizio di smaltimento in discarica, senza tuttavia che tale soggetto sia stato selezionato mediante idonee procedure a evidenza pubblica. L'Autorità ha sollevato dubbi sulla legittimità di tale scelta, che ha effetti restrittivi nell'offerta di servizi di smaltimento, rilevando che il Consorzio, in qualità di soggetto pubblico, è tenuto al rispetto degli obblighi di pubblicità e trasparenza nella gestione dell'area pubblica adibita a discarica. L'Autorità ha inoltre rilevato che l'assetto gestionale della discarica Tre Monti rischia di avvantaggiare l'attuale gestore anche nella partecipazione alle future gare per il servizio di smaltimento e recupero dei rifiuti urbani; infatti, anche se le normative nazionali e regionali vigenti stabiliscono obblighi di accesso a tariffe regolate agli impianti di smaltimento nel caso di gestione da parte di soggetti diversi dagli enti locali, l'integrazione verticale potrebbe determinare vantaggi competitivi in sede di gara.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che l'irregolare attribuzione del servizio di gestione della discarica Tre Monti impedisca il necessario confronto concorrenziale e ha pertanto auspicato che tale gestione venga rapidamente affidata, per un periodo di tempo ragionevole e comunque strettamente parametrato alle esigenze di recupero di eventuali nuovi investimenti, mediante l'espletamento di una procedura a evidenza pubblica aperta al maggior numero possibile di soggetti e nel rispetto dei principi concorrenziali della normativa nazionale ed europea.

AS1538 - SETTORE DEI RIFIUTI DA IMBALLAGGIO IN PLASTICA

Nel luglio 2018, l'Autorità ha adottato, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, un parere, inviato all'Associazione Nazionale Comuni Italiani - ANCI, in merito all'effettiva apertura del mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio e dei servizi di *compliance* al principio dell'*Extended Producer Responsibility*.

¹⁵⁵ In particolare, ha rilevato che nel 2000 il Con.Ami ha concesso la gestione della discarica Tre Monti per il servizio di smaltimento rifiuti alla società Azienda Multiservizi Imolese S.p.A. (AMI), partecipata dal Comune di Imola, tramite un contratto di affitto di ramo d'azienda, con durata fino al 2030. Nel 2002, AMI si è fusa per incorporazione in Seabo S.p.A. (Seabo), nell'ambito di operazioni di razionalizzazione delle società partecipate dalla Regione Emilia Romagna. Seabo è così subentrata in tutti i rapporti che in precedenza facevano capo ad AMI, compreso il contratto di affitto di ramo d'azienda relativo alla discarica Tre Monti, e ha cambiato nome in Hera S.p.A. (Hera). Nel 2009, Hera ha conferito alla sua controllata Ecologia Ambiente S.r.l., poi ridenominata Herambiente, il ramo di azienda relativo allo smaltimento e recupero dei rifiuti, ivi incluso il contratto di affitto della discarica Tre Monti. Infine, nello stesso anno, Con.Ami e Herambiente hanno sottoscritto un nuovo contratto di affitto per la gestione della discarica, attualmente in vigore, con scadenza nel 2040.

L'Autorità ha rilevato che l'apertura di tali mercati rappresenta uno degli strumenti fondamentali per dare attuazione al recente pacchetto di direttive europee - da recepirsi entro il 5 luglio 2020 - volte a promuovere l'economia circolare e a incrementare il riciclaggio e il riutilizzo dei rifiuti anche da imballaggio, con conseguenti impatti benefici sull'ambiente e sul benessere collettivo (Direttive UE 2018/851 e 2018/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, entrambe del 30 maggio 2018). In particolare, l'Autorità ha valutato positivamente il provvisorio riconoscimento del Coripet - "Sistema per la gestione diretta degli imballaggi in PET per liquidi alimentari", avvenuto con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM) del 24 aprile 2018. Coripet è un consorzio volontario costituito fra produttori di bottiglie e altri contenitori in PET, che ha sviluppato un progetto di gestione autonoma e diretta per il riciclo dei predetti contenitori.

Poiché il decreto citato subordina il riconoscimento definitivo del nuovo sistema autonomo alla *"definizione e sottoscrizione di accordi con l'ANCI, i Comuni e gli altri operatori al fine di assicurare la copertura del servizio sull'intero territorio nazionale"* entro sei mesi dalla sua notifica, l'Autorità ha auspicato che ANCI si adoperi per dare concreta attuazione a quanto previsto nel decreto, al fine di completare il processo di apertura del mercato in corso e di garantire l'ingresso sullo stesso di Coripet nel rispetto delle condizioni previste dal decreto del MATTM.

Nel suo intervento, l'Autorità ha altresì fornito alcuni suggerimenti sulle iniziative da adottare secondo le tempistiche indicate nel citato decreto, al fine di garantire l'effettiva operatività del nuovo sistema autonomo ideato dal Consorzio Coripet.

Industria petrolifera

AS1492 - OSTACOLI TECNICI ED ONERI ECONOMICI ECCESSIVI E NON PROPORZIONALI ALLE FINALITÀ DELL'OBBLIGO DI PRESENZA DI PIÙ TIPOLOGIE DI CARBURANTI NEGLI IMPIANTI DI DISTRIBUZIONE DI CARBURANTI

Nel febbraio 2018 l'Autorità ha inviato al Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, relativo allo Schema di *"Decreto ministeriale ai sensi dell'articolo 1 comma 98 della legge 4 agosto 2017 n. 124 che modifica l'articolo 83 bis, comma 17, del Decreto Legge n. 112 del 25 giugno 2008 (convertito in Legge n. 133 del 6 agosto 2008) relativo agli ostacoli tecnici od oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità dell'obbligo di presenza di più tipologie di carburanti negli impianti di distribuzione di carburanti"*. Con tale decreto, come previsto dall'articolo 83-bis, comma 17, 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), da ultimo modificato dall'articolo 1, comma 98, della l. 124/2017, il MISE individua gli “ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionali” che rendono inapplicabile l'obbligo della presenza contestuale di più tipologie di carburanti in ipotesi di installazione ed esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti, tenendo conto “delle esigenze di sviluppo del mercato dei combustibili alternativi ai sensi della direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014”, recepita in Italia dal decreto legislativo 16 dicembre 2016, n. 257 (Disciplina di attuazione della direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, sulla realizzazione di una infrastruttura per i combustibili alternativi).

In particolare, l'articolo 18 del d.lgs. 257/2016, al fine del rilascio o del mantenimento dell'autorizzazione allo svolgimento della attività di distribuzione di carburanti in rete, dispone l'obbligo di dotazione di infrastrutture di ricarica elettrica veloce e di rifornimento di gas naturale nei casi di realizzazione di nuovi impianti o di ristrutturazione totale di impianti esistenti, nonché in occasione del superamento da parte degli impianti già esistenti di determinate soglie di erogato annuo e secondo predeterminate scadenze. Tale obbligo si applica salvo che non ricorra una delle “impossibilità tecniche” elencate dallo stesso articolo 18, comma 6, quali: i) assenza di spazi sufficienti ai sensi della normativa antincendio, esclusivamente per gli impianti già autorizzati alla data di entrata in vigore del decreto; ii) per il gas naturale, distanza superiore a 1000 m tra l'impianto e la rete di distribuzione del gas, se quest'ultima ha pressione inferiore a 3 bar; iii) per il GNL, distanza via terra dal più vicino deposito di GNL superiore a 1000 km.

L'Autorità ha sottolineato come il corpus normativo in materia di terzo carburante abbia definito una cornice di obblighi asimmetrici in capo ai soli nuovi impianti in ragione della sottesa finalità di miglioramento dell'efficienza ambientale; dopo aver ricordato come la Corte costituzionale abbia valutato tale asimmetria compatibile con la tutela della concorrenza, nell'espresso presupposto che la presenza contestuale di più tipologie di carburanti non sia imposta in via assoluta, ma “solo nella misura in cui risulti tecnicamente possibile da realizzare, oppure non comporti costi eccessivi o sproporzionati”, ha ribadito che forme ingiustificate di regolazione asimmetrica possono nuocere al corretto funzionamento del mercato, nella misura in cui incidono in maniera discriminatoria sui soggetti nuovi entranti.

L'Autorità ha preso atto che lo schema di decreto ministeriale oggetto di parere, nel ritenere che le impossibilità tecniche previste dall'articolo 18, comma 6, del d.lgs. 257/2016 si sovrappongono alle impossibilità economiche dell'investimento, ha inteso unificare le ipotesi di “ostacoli tecnici” e quelle degli “oneri economici eccessivi” di cui all'articolo 83-bis, comma 17 del

d.l. 112/2008, rilevando come le ipotesi di cui alla lettera e) del decreto ministeriale configurino propriamente una situazione di impossibilità tecnica mentre quelle di cui alle lettere b) e c) evidenziano anche la possibilità di oneri economici eccessivi e sproporzionati.

Alla luce di queste precisazioni, l’Autorità ha espresso parere positivo sul decreto ministeriale.

Comunicazioni Informatica

AS1517 - CONSIP - BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI TECNOLOGIE SERVER PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI - SECONDA EDIZIONE

Nell’aprile 2018, l’Autorità, a seguito della richiesta di parere inoltrata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, si è espressa, ai sensi dell’art. 22 della l. 287/1990, in merito alla bozza del “Bando di gara a procedura aperta per l’appalto di fornitura di tecnologie server e dei servizi connessi e opzionali per le Pubbliche Amministrazioni”, predisposta dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - Consip S.p.A.

L’Autorità ha rilevato criticità concorrenziali sotto due profili: la possibilità di doppia aggiudicazione e la formulazione di una clausola relativa alla rilevanza di un illecito antitrust. In ordine al primo punto, l’Autorità ha sostenuto che la possibilità di aggiudicare singoli lotti ai concorrenti al primo e al secondo posto in graduatoria, suddividendo tra i due il massimale della Convenzione, appare idonea a ostacolare il dinamico esplicarsi del gioco della concorrenza fra i partecipanti alla procedura di gara. Infatti, la possibilità di ottenere l’aggiudicazione di una parte del lotto anche attraverso la formulazione di un’offerta economica meno appetibile, indurrebbe i concorrenti a diminuire la reciproca pressione competitiva, soprattutto nel lungo periodo, tenuto conto della possibilità di ampliare il novero dei soggetti erogatori della fornitura mediante subappalto e RTI.

In ordine al secondo punto, l’Autorità ha osservato che la formulazione adottata dal Disciplinare di Gara in merito all’esclusione di soggetti responsabili di illeciti antitrust, risulta in linea con le Linee Guida ANAC n. 6/2018, rispetto alle quali, tuttavia, l’Autorità ha formulato un parere, ai sensi dell’art. 22 della l. 287/1990, al quale si fa rinvio¹⁵⁶.

Comunicazioni elettroniche e apparecchiature TLC

AS1493 - PROCEDURE PER L’ASSEGNAZIONE DEI DIRITTI D’USO DI FREQUENZE PER FAVORIRE LA TRANSIZIONE VERSO LA TECNOLOGIA 5G

Nel marzo 2018, l’Autorità ha inviato al Ministero dello Sviluppo Economico e all’AGCOM un parere, ai sensi dell’articolo 22 della l. 287/1990,

¹⁵⁶ AS1474 LINEE GUIDA N. 6 DELL’AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE - CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

in merito agli aspetti concorrenziali concernenti le misure attuative delle disposizioni di cui all'articolo 1, commi 1026-1046, della legge 27 dicembre 2017, n.205 recante “*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*” in tema di assegnazione delle frequenze per i servizi di telecomunicazione mobile a banda larga, descritte nella *Consultazione pubblica sulle procedure per l'assegnazione e le regole per l'utilizzo delle frequenze disponibili nelle bande 694-790 MHz, 3600-3800 MHz e 26.5-27.5 GHz per sistemi terrestri di comunicazioni elettroniche al fine di favorire la transizione verso la tecnologia 5G, ai sensi della legge 27 dicembre 2017, n. 205*, di cui alla delibera AGCOM n. 89/18/CONS¹⁵⁷.

In un contesto caratterizzato dalla prassi di rinnovare i diritti d'uso delle frequenze senza svolgere procedure competitive, l'Autorità ha valutato positivamente le misure messe in consultazione dall'AGCOM. Tali misure prevedono: la presenza di riserve a favore di taluni operatori che, imponendo limiti all'acquisizione delle frequenze, scongiurano il rischio che gli operatori storici precludano l'accesso alle frequenze ai nuovi entranti; l'indicazione della durata del diritto d'uso - fino al 31 dicembre 2037 - nonché della preventiva indicazione della possibilità di rinnovare il diritto d'uso, una sola volta, per un periodo massimo di otto anni, in modo da consentire agli operatori di conoscere in sede di gara la potenziale domanda del diritto d'uso e poter così meglio formulare l'offerta.

Rispetto alla banda 700 MHz, l'Autorità ha condiviso la scelta di individuare sei blocchi FDD da 2x5 MHz, per un totale di 60 MHz di spettro, in coerenza con la scelta effettuata da altri Paesi europei che hanno già assegnato tali frequenze (Germania, Francia e Finlandia). L'Autorità ha ritenuto inoltre opportuna la conferma di alcuni limiti relativi in particolare alla possibilità di acquisire massimo tre blocchi nella banda 700 MHz e di detenere al massimo 60 MHz considerando tutte le frequenze sotto 1 GHz.

Il bilanciamento delle risorse frequenziali dovrebbe avvenire mediante l'assegnazione di tre blocchi FDD da 2x5 MHz ai soggetti diversi dagli MNO *incumbent* attraverso una procedura a due fasi; introduzione di una riserva di almeno due blocchi FDD da 2x5 MHz a favore di alcune categorie di soggetti nuovi entranti che dispongano di un numero minore di diritti d'uso per servizi di comunicazione mobile su frequenze terrestri, e predisposizione di una fase successiva in cui tutti gli operatori - storici e nuovi entranti - possano competere per l'acquisizione delle rimanenti risorse. In merito alla

¹⁵⁷ L'articolo 1, commi 1026-1046, della l. 205/2017 ha previsto l'indizione delle procedure per l'assegnazione dei diritti d'uso di frequenze radioelettriche da destinare a servizi di comunicazione elettronica in larga banda mobili terrestri bidirezionali (5G) con l'utilizzo della banda 694-790 MHz (c.d. banda 700 MHz) e delle bande di spettro pioniere 3,6-3,8 GHz e 26,5-27,5 GHz. Tali procedure di selezione su base competitiva (delibera AGCOM 231/18/CONS dell'8 maggio 2018 e Avviso pubblico in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n.80 dell'11 luglio 2018), si ponevano l'obiettivo di garantire l'utilizzo efficiente dello spettro elettromagnetico, assicurando il più ampio livello di copertura e di accesso sul territorio nazionale a tutti gli utenti ai servizi basati sulla tecnologia 5G, garantendo benefici socio-economici a lungo termine.

banda 3,6 - 3,8 Mhz, l'Autorità ha auspicato la definizione di molteplici lotti e, in tal senso, ritenuto preferibile le proposte riguardanti la previsione di quattro blocchi bilanciati da 50 MHz oppure di tre blocchi da 80 MHz e un blocco da 20 MHz.

In conclusione, l'Autorità ha valutato positivamente le riserve e i limiti all'acquisizione delle frequenze previsti nello schema di delibera posta in consultazione dall'AGCOM, e ha invitato a procedere in modo celere con lo svolgimento delle procedure competitive oggetto della bozza di provvedimento, nonché con la liberazione e messa a disposizione della banda 700 MHz agli operatori mobili, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale ed europea.

AS1530 - SERVIZIO UNIVERSALE IN MATERIA DI SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA - APPLICABILITÀ DEL MECCANISMO DI RIPARTIZIONE E VALUTAZIONE DEL COSTO NETTO PER GLI ANNI 2008 E 2009

Nell'aprile 2018, l'Autorità ha inviato all'AGCOM un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/90 e alla luce dell'articolo 3 dell'accordo di collaborazione con la stessa AGCOM in materia di comunicazioni elettroniche, sullo schema di provvedimento concernente "*Servizio universale in materia di servizi di comunicazione elettronica: applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione del costo netto per gli anni 2008 e 2009*". Tale parere contiene alcune considerazioni in merito alla verifica dell'iniquità dell'onere e all'analisi di sostituibilità tra i servizi di telefonia fissa e mobile.

In particolare, per ciò che concerne il metodo di determinazione dell'iniquità dell'onere del costo netto del servizio universale per gli anni 2008 e 2009, l'Autorità ha condiviso la scelta dell'AGCOM di condurre la valutazione dell'iniquità dell'onere, a esito delle rettifiche del revisore, seguendo i criteri richiamati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nonché quelli indicati dal BEREC .

Con specifico riferimento all'applicazione in concreto del metodo di determinazione dell'iniquità dell'onere per l'anno 2009, l'Autorità, preso atto del mutato contesto, ha ritenuto giustificata la ripartizione di tale onere, definito dall'AGCOM, sulla più ampia base di soggetti operanti nei mercati di telecomunicazioni, nonché la previsione di forme di esenzione per quegli operatori che non superino determinati livelli di fatturato e per i nuovi entranti, tenuto conto della loro situazione finanziaria.

Inoltre, l'Autorità ha condiviso anche l'approccio seguito nell'analisi del grado di sostituibilità esistente tra i servizi di telefonia fissa e mobile, effettuata allo scopo di valutare se la forza della relazione di sostituibilità fisso-mobile sia tale da giustificare la partecipazione di tutti gli operatori telefonici, anche di rete mobile, alla copertura dei costi del servizio universale. In proposito, l'Autorità ha apprezzato la particolare attenzione riservata dall'AGCOM all'analisi delle condizioni del mercato, da cui è

emersa la crescente tendenza dei consumatori a fare ricorso a dispositivi mobili, in luogo del telefono fisso, per l'effettuazione di chiamate vocali e, di conseguenza, l'iniquità del meccanismo di ripartizione del costo netto connesso alla fornitura del servizio universale in capo alla sola Telecom Italia.

Infine, per ciò che riguarda la metodologia applicata per valutare, in concreto, la sostituibilità tra servizi per gli anni 2008 e 2009, l'Autorità ha condiviso l'utilizzo da parte dell'AGCOM dello *SSNIP test* (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price Test*), considerato particolarmente adatto a verificare se esista un certo grado di sostituibilità fisso-mobile (intesa come pressione competitiva che determina l'erosione delle quote di mercato del fisso e la migrazione delle linee di accesso dal fisso al mobile).

In conclusione, l'Autorità ha condiviso l'analisi contenuta nello schema di delibera in relazione alla iniquità dell'attribuzione all'operatore incaricato del costo netto del servizio universale e alla sostituibilità tra servizi fissi e mobili, per gli anni 2008 e 2009.

AS1543 - COMUNE DI SANT'AGNELLO (NA) - SOSPENSIONE DELL'AUTORIZZAZIONE AD ESEGUIRE OPERE DI SCAVO PER LA REALIZZAZIONE DI UNA RETE DI TELECOMUNICAZIONI A BANDA ULTRALARGA

Nel settembre 2018, l'Autorità ha rivolto, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, un parere motivato al Comune di Sant'Agnello (NA) in merito all'atto di sospensione dell'autorizzazione a eseguire opere di scavo sul territorio comunale e ripristino nei confronti della società Argosid Network S.r.l., nonché al successivo atto confermativo di tale sospensione.

In particolare, l'Ente comunale, rilevando l'"*inosservanza dei regolamenti comunali in merito ai ripristini stradali*" da parte della società Argosid nell'esecuzione di opere, ha subordinato la ripresa e il completamento dei lavori di scavo già autorizzati al corretto ripristino di pavimentazione e dossi, secondo la disciplina contenuta nel Regolamento comunale approvato con delibera di Giunta 331/2001, pena la revoca dell'autorizzazione.

L'Autorità ha ricostruito il quadro normativo che regola la materia dell'installazione di reti di comunicazione (Direttiva 2014/61/UE, recepita nell'ordinamento nazionale dal c.d. decreto Scavi, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33), che, al fine di ridurre gli oneri connessi alla costruzione di reti digitali, in ordine alla specifica questione delle tecnologie di scavo, annovera la c.d. minitrincea tra le tecniche meglio rispondenti alle indicazioni legislative, la stessa utilizzata dalla Argosid nell'esecuzione dei lavori in questione.

Secondo l'Autorità, i provvedimenti di sospensione dei lavori e ripristino appaiono introdurre ostacoli ingiustificati agli investimenti nelle reti di fibra ottica, peraltro proprio in un territorio che risulta fortemente carente di copertura con reti a banda ultra-larga. Il territorio del Comune di Sant'Agnello, infatti, a esito della consultazione pubblica realizzata da

Infratel Italia nel 2015, era stato incluso tra le aree bianche richiedenti forme di intervento pubblico per lo sviluppo della banda ultralarga.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che la decisione del Comune di Sant'Agnello non appaia coerente con i principi stabiliti dal decreto Scavi e dalla normativa nazionale ed europea, miranti a bilanciare l'interesse generale a espandere rapidamente la disponibilità di reti di comunicazioni a banda ultra-larga con un'adeguata preservazione della sicurezza stradale. Gli atti del Comune, infatti, non contengono un adeguato bilanciamento tra i due citati interessi generali, impedendo *de facto* la realizzazione di investimenti in reti in fibra ottica e la crescita dinamica del grado di competitività nel mercato dei servizi di accesso alle infrastrutture di rete in postazione fissa. Essi risultano, peraltro, idonei a comprimere in maniera non proporzionata la libertà di iniziativa economica della società segnalante garantita dalle disposizioni nazionali ed europee a tutela della concorrenza (articolo 41 della Costituzione e articoli 49 e 56 TFUE).

A seguito del ricevimento del parere motivato, il Comune di Sant'Agnello ha deliberato di non adeguarsi ai rilievi ivi formulati. Pertanto, l'Autorità ha proposto ricorso avverso l'atto di sospensione dell'autorizzazione e ripristino, nonché il successivo atto confermativo di tale determinazione dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale competente. Il contenzioso è allo stato pendente.

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

Nel dicembre 2018 l'Autorità ha inviato al Parlamento, al Governo, al Ministero dello Sviluppo Economico, alle Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano, nonché all'Associazione Nazionale Comuni Italiani una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della l. 287/1990, in merito a diverse criticità nell'installazione degli impianti di telecomunicazione mobile e *fixed wireless access* presenti ai diversi livelli di governo.

Secondo l'Autorità, gli ostacoli riscontrati sono tali da restringere ingiustificatamente la concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni, rischiando di determinare ricadute negative rilevanti sui livelli di servizio erogati ai consumatori e alle imprese nonché sulla competitività dell'Italia nei confronti di altri Paesi. Inoltre, dette restrizioni rischiano di rallentare l'attuale fase di adozione delle tecnologie 5G, vanificando l'impegno che l'Italia ha profuso con riguardo a tali tecnologie muovendosi in anticipo rispetto ad altri Paesi europei nell'assegnazione delle frequenze.

L'Autorità, in particolare, rilevando una serie di restrizioni ingiustificate di natura comunale, provinciale e regionale, ha auspicato un intervento delle amministrazioni interessate volto a eliminare le stesse, secondo gli orientamenti emersi dalla costante giurisprudenza costituzionale

e amministrativa; in particolar modo agendo per la messa a disposizione di tutte le informazioni relative agli impianti installati e alle loro caratteristiche/ schede tecniche, con indicazione dei dati tecnici effettivi e non nominali, nonché relativi alle aree in cui è possibile la localizzazione degli impianti; la previsione di meccanismi che permettano la localizzazione degli impianti di telecomunicazione, che hanno la qualità di opere di urbanizzazione primaria, anche mediante meccanismi di deroga ai criteri di localizzazione degli impianti e meccanismi di proposta di siti alternativi; la semplificazione dei procedimenti di autorizzazione all'installazione di impianti, con la previsione di uno sportello unico tramite il quale far transitare tutte le istanze, individuando ruoli di coordinamento tra gli uffici della medesima amministrazione e tra amministrazioni diverse.

In merito alle criticità riscontrate riguardanti il quadro normativo regolamentare nazionale, l'Autorità ha auspicato la definizione di procedure e moduli uniformi, specificando le disposizioni che possono dar luogo a dubbi interpretativi e applicativi che determinano le problematiche suindicate; la verifica, mediante le competenti commissioni scientifiche, della validità degli attuali limiti di emissione elettromagnetica, nonché l'aggiornamento dei criteri e metodologie di misurazione, in modo da tenere conto delle caratteristiche elettromagnetiche di alcune nuove tipologie di impianti emittenti.

Credito

Servizi postali

AS1489 - AGCOM - RIESAME DELLE PREVISIONI IN MATERIA DI ACCESSO ALLA RETE E ALL'INFRASTRUTTURA POSTALE DI POSTE ITALIANE

Nel febbraio 2018 l'Autorità ha inviato all'AGCOM un parere, formulato ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/90, in relazione alla delibera AGCOM 384/17/CONS contenente il "Riesame delle previsioni in materia di accesso alla rete e all'infrastruttura postale di Poste Italiane".

In particolare, l'Autorità ha sottolineato come la delibera AGCOM 384/17/CONS, diversamente da quanto proposto nel testo messo in consultazione (cfr. la delibera 651/16/CONS), abbia ritenuto non necessario imporre in capo a Poste Italiane un obbligo di accesso ai propri uffici postali per il servizio di giacenza della corrispondenza inesitata, stante l'esistenza per gli operatori postali concorrenti di soluzioni per il recapito di tale corrispondenza alternative alla rete di Poste Italiane

In proposito, l'Autorità ha messo in evidenza che, anche a prescindere dalla possibilità di qualificare come *essential facility* gli uffici postali di cui Poste Italiane dispone in virtù della sua qualità di ex monopolista e attuale fornitore del servizio universale, essi rappresentano comunque un *asset* che le permettono di disporre di una rete significativamente più capillare di quella dei suoi concorrenti e in grado di coprire in maniera completa

e omogenea il territorio nazionale. Ad avviso dell’Autorità, il possesso di questa rete costituisce un importante vantaggio competitivo per Poste Italiane - soprattutto nell’ambito delle procedure a evidenza pubblica - che non risulta controbilanciato dalla possibilità, per alcuni operatori postali, di sviluppare partnership con esercizi commerciali per la fornitura del servizio di giacenza ai propri clienti. Tali accordi commerciali, in primo luogo, difficilmente possono assicurare una rete capillare, presente anche nelle aree non densamente popolate, con caratteristiche di sicurezza e affidabilità paragonabili a quella degli uffici postali; in secondo luogo, essi risultano ancora sporadici ed embrionali e, pertanto, l’effettiva fungibilità di tali reti con quella degli uffici postali non risulta concretamente verificata; in terzo luogo, la previsione della diretta responsabilità e supervisione dell’operatore postale presso i punti di giacenza prevista dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (*Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*, c.d. legge di bilancio) - intervenuta in materia di notificazioni a mezzo posta degli atti giudiziari e delle multe - ha reso particolarmente onerosa la possibilità di fornire il servizio di consegna della corrispondenza inesitata tramite accordi commerciali, quanto meno per tale tipologia di invii di recente liberalizzazione.

In conclusione, l’Autorità ha auspicato che l’AGCOM svolga le necessarie riflessioni sull’opportunità di prevedere per gli operatori alternativi la possibilità di accedere alla rete degli uffici postali per la gestione della corrispondenza inesitata.

AS1561 - DELIBERA AGCOM 452/18/CONS - DEFINIZIONE DEL TEST DI REPLICABILITÀ DELLE OFFERTE DI SERVIZI DI RECAPITO DI INVII MULTIPLI DI POSTE ITALIANE E DEI CRITERI PER LA SUA CONDUZIONE

Nel gennaio 2019, l’Autorità ha inviato all’AGCOM, ai sensi dell’art. 22 della l. 287/90, alcune considerazioni in merito ai contenuti della delibera AGCOM 452/18/CONS in materia di “*definizione del test di replicabilità delle offerte di servizi di recapito di invii multipli di Poste Italiane e dei criteri per la sua conduzione*”.

In tale occasione l’Autorità, anche ribadendo quanto già rilevato in un precedente intervento del giugno 2018, ha evidenziato che l’introduzione di un *test* di replicabilità costituisce un *unicum* nel panorama europeo della regolamentazione dei servizi postali, tenuto conto che il Regno Unito - l’unico Paese dove è stato introdotto - è caratterizzato da un assetto del mercato in questione strutturalmente diverso. Inoltre, nel caso di specie, il *test* di cui alla delibera appariva finalizzato ad assicurare il rispetto del principio di non discriminazione e il contenimento di possibili fenomeni di compressione dei margini.

A tal riguardo, l’Autorità ha evidenziato che il *test* di replicabilità ivi previsto dovesse essere più chiaramente circoscritto alla verifica del rispetto

di uno specifico obbligo regolamentare, per sua natura necessariamente distinto dalla finalità generale di tutela della concorrenza. Come noto, la diversa finalità di tutelare la concorrenza attraverso la prevenzione e il contrasto di condotte anticoncorrenziali è perseguita dall'Autorità garante della concorrenza attraverso l'*enforcement* delle norme nazionali ed europee a tutela della concorrenza e il relativo apparato sanzionatorio. In proposito, l'Autorità ha accertato, in diverse istruttorie, abusi di posizioni dominanti consistenti nella compressione dei margini, intervenendo anche nel settore postale, ai sensi dell'art. 102 del TFUE.

In merito al perimetro del *test* di replicabilità, l'Autorità ha sottolineato che la replicabilità non può essere limitata all'offerta complessiva di Poste Italiane ma deve essere assicurata prioritariamente con riguardo all'ambito in cui si esplica il rapporto verticale tra l'*incumbent* sul mercato a monte e i suoi concorrenti sul mercato a valle.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che non si possa stimare la copertura di rete di "*un ipotetico concorrente alternativo altrettanto efficiente*" come la somma delle coperture di tutti gli operatori postali presenti sul mercato, in quanto per un operatore alternativo, non risulta una soluzione realistica quella di stipulare accordi di recapito con altri operatori diversi da Poste Italiane, dal momento che ciò significherebbe concludere contratti con una pluralità di soggetti, che non hanno alcun obbligo a condividere un *asset* competitivo importante quale la propria rete di recapito, sostenendo significativi costi di transazione e investimenti per assicurare l'interoperabilità tecnica. In proposito l'Autorità ha sottolineato che le coperture dichiarate da alcuni operatori postali - e segnatamente quelli che operano con il modello del *franchising* - sono solo potenziali, in quanto gli affiliati, per attivare effettivamente il recapito in un determinato CAP appartenente alla rispettiva area territoriale, necessitano di raggiungere un numero minimo di invii. Inoltre l'Autorità ha osservato che le coperture dichiarate dagli operatori alternativi nelle gare pubbliche non sono rappresentative delle aree che questi sono in grado di coprire con continuità nel tempo, indipendentemente dai volumi affidati dal singolo cliente.

Sulla base di quanto precede, l'Autorità ha ribadito la necessità che la finalità del *test* di replicabilità di cui alla delibera 452/18/CONS sia circoscritta alla verifica di uno specifico obbligo regolamentare. Ciò, in quanto eventuali abusi di posizione dominante sono accertati sulla base dell'art. 102 TFUE, tenuto conto delle evidenze documentali e delle analisi economiche ritenute appropriate in ciascun caso di specie.

Da ultimo, l'Autorità ha posto in rilievo il marginale effetto deterrente, alla presentazione di offerte non replicabili, costituito dalla sanzione pecuniaria prevista ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (*Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole*

comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio), che può essere pari, nell'ammontare massimo, a centocinquantamila euro. È evidente che tale impianto sanzionatorio, rispetto ad aggiudicazioni con un valore di diversi milioni di euro, appare inefficace in termini di deterrenza e non risulta idoneo a garantire alcuna protezione agli operatori postali alternativi, che non potranno ottenere il ritiro di un'offerta risultata non replicabile.

Assicurazioni e fondi pensione

AS1498 - SACBO S.p.A. - BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI COSTRUZIONE DI PAVIMENTAZIONE PER CAMPI DI AVIAZIONE - ITALIA-GRASSOBIO

Nel febbraio 2018, l'Autorità ha reso, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, un parere motivato alla Società per l'Aeroporto Civile di Bergamo-Orio al Serio (SACBO S.p.A.), relativamente alla documentazione di gara concernente i lavori di costruzione di pavimentazione per i campi di aviazione.

L'Autorità ha rilevato che la documentazione di gara (art. III.1.6. del Bando, artt. 13.1.5. e 15 del Disciplinare di Gara) appare suscettibile di introdurre una ingiustificata limitazione del novero dei soggetti a cui gli operatori economici interessati alla gara possono chiedere una fideiussione, attesa la possibilità di depositare unicamente fideiussioni rilasciate da istituti di credito, ed essendo, invece, esclusa la possibilità di depositare fideiussioni rilasciate da compagnie assicurative o da intermediari finanziari iscritti nell'apposito albo di cui all'art. 106 d.lgs. 385/1993 (c.d. TUB) conservato presso la Banca d'Italia, pur essendo tali operatori tutti parimenti autorizzati al rilascio di fideiussioni rispettivamente ai sensi dell'art. 2, comma 3, del Codice delle Assicurazioni Private, e del citato art. 106 del TUB. Del resto, l'Autorità ha evidenziato che, dal punto di vista sostanziale, le diverse tipologie di fideiussioni sono assimilabili, posto che le stesse appaiono concretamente idonee a spostare il rischio di eventuali inadempimenti dal soggetto debitore al fideiussore. L'Autorità ha, altresì, rilevato che, sebbene SACBO S.p.A. eserciti la sua attività economica nell'ambito di settori c.d. *speciali*, essa è necessariamente tenuta al rispetto dei principi generali di concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità previsti dal Codice dei Contratti Pubblici, nel momento in cui decida di richiedere una cauzione, provvisoria o definitiva, nell'ambito di una procedura di gara¹⁵⁸.

A seguito del ricevimento del parere motivato, SACBO S.p.A. ha inviato documentazione valutata dall'Autorità come idonea a porre fine

¹⁵⁸ Analoghe criticità sono state sollevate dall'Autorità nel parere AS1511 - AEROPORTO CATULLO DI VERONA VILLAFRANCA/BANDO DI GARA PER IL RIFACIMENTO DEL MANTO DI PISTE DI AVIAZIONE, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, reso nello stesso mese di febbraio, in merito alla documentazione di gara d'appalto dei lavori di riqualifica delle infrastrutture di volo di una pista e del raccordo AB dell'Aeroporto, con esito conforme.

alle preoccupazioni concorrenziali rilevate. Alla luce di quanto comunicato, l'Autorità ha quindi disposto l'archiviazione del procedimento.

Agroalimentare

Industria alimentare e delle bevande

AS1536 - CONVENZIONAMENTO DELLE PARAFARMACIE AI FINI DELLA VENDITA DI DISPOSITIVI MEDICI E DI ALIMENTI PER FINI MEDICI

Nel settembre 2018, l'Autorità, ha adottato un parere, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, inviato a tutte le Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano, al Ministero della Salute e alla ASP Catania, in merito alla distribuzione e vendita al pubblico, tramite il canale delle parafarmacie, dei dispositivi medici, dei prodotti per diabetici e degli alimenti per fini medici specifici.

In particolare, l'Autorità ha rilevato che le singole Regioni adottano prassi differenziate in merito al rilascio alle parafarmacie dell'autorizzazione alla vendita al pubblico a carico del S.S.N. dei dispositivi medici, dei prodotti per diabetici e degli alimenti per fini medici specifici.

L'Autorità, come già evidenziato in altri interventi (AS1141, AS1267, AS1290), ha sottolineato la rilevanza del canale delle parafarmacie nello sviluppo della concorrenza nel settore della distribuzione e vendita di prodotti farmaceutici e dell'erogazione dei servizi connessi alle prestazioni sanitarie, rilevando come escludere le parafarmacie dalla possibilità - riconosciuta alle farmacie - di offrire prodotti e servizi idonei ad ampliare la gamma della propria offerta al pubblico, e conseguentemente ad attrarre maggiore clientela presso il proprio punto vendita, sia lesivo delle norme e dei principi a tutela della concorrenza. L'Autorità ha pertanto valutato negativamente, sul piano concorrenziale, il rifiuto da parte di alcune Regioni di convenzionarsi con le parafarmacie per la vendita di dispositivi medici e di alimenti per fini medici specifici, poiché tale prassi risulta attuativa di una discriminazione tra diversi canali di vendita, che determina un pregiudizio ai consumatori in termini di limitazione del numero dei punti vendita presso i quali rinvenire un determinato prodotto.

L'Autorità ha evidenziato che tale discriminazione non trova il proprio fondamento nella disciplina normativa applicabile; inoltre, le Regioni possono, tramite degli accordi stipulati a livello locale, erogare tali prodotti utilizzando il canale distributivo delle farmacie in via prioritaria, ma non esclusiva. Ciò implica che l'erogazione degli stessi a carico del S.S.N. possa avvenire anche da parte di altri esercizi che possono stipulare degli accordi con le Regioni a tal fine. L'Autorità, infine, ha ritenuto che l'esclusione delle parafarmacie non può trovare giustificazione nella tutela della salute dei cittadini, dal momento che la legge impone anche all'interno delle parafarmacie la presenza di un farmacista, il quale possiede le competenze

che sono ritenute necessarie dall'ordinamento a garantire, all'atto della dispensazione dei dispositivi medici e degli alimenti a fini medici specifici, il presidio sanitario richiesto dal S.S.N. a tutela dei cittadini medesimi.

In conclusione, l'Autorità ha invitato i destinatari del parere ad adottare i provvedimenti che consentano alle parafarmacie, al pari delle farmacie, la vendita in convenzione di dispositivi medici e di alimenti per fini medici specifici.

Trasporti

Trasporti e noleggio mezzi di trasporto

AS1513 - COMUNE DI ROMA - PROROGA DELL’AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL SERVIZIO DI TRASPORTO LOCALE AD ATAC S.P.A.

Nel febbraio 2018, l'Autorità si è espressa, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, in merito alla proroga biennale dell'affidamento *in house* ad ATAC S.p.A. del servizio di trasporto pubblico nel territorio del Comune di Roma, contenuta nella deliberazione dell'Assemblea Capitolina del 16 gennaio 2018, n. 2.

L'Autorità ha ricordato che già in un precedente parere (AS1446) aveva rilevato l'insussistenza delle condizioni di emergenza o di pericolo imminente di interruzione del servizio che giustificano, in applicazione dell'art. 5, par. 5, del Regolamento (CE) 1370/2007¹⁵⁹, una proroga di due anni dell'attuale affidamento ad ATAC. Tuttavia, con propria deliberazione n. 2/2018, l'Assemblea Capitolina richiamando l'art. 5, par. 5, del suddetto Regolamento, ha ugualmente disposto una proroga dell'attuale affidamento del servizio di trasporto urbano di superficie (nonché di altri servizi connessi) di due anni rispetto alla naturale scadenza, ovvero fino al 4 dicembre 2021.

L'Autorità preliminarmente ha chiarito che l'impianto normativo del Regolamento 1370/2007, volto a tutelare al massimo il principio della libera concorrenza, è caratterizzato da un particolare *favor* nei confronti del ricorso alle procedure a evidenza pubblica, ammettendo specifiche possibilità di deroga (consistenti ad esempio nella proroga di un affidamento) solo in presenza di circostanze eccezionali e tassativamente previste dall'art. 5, par. 5, soggette a un'interpretazione restrittiva, ravvisabili nell'esigenza di evitare l'interruzione del servizio o di far fronte a un pericolo imminente di interruzione del servizio. Nel caso di specie, l'Autorità ha tuttavia ritenuto che non ricorrano le richiamate condizioni, atteso che il contratto vigente non risulta scaduto, né la scadenza appare imminente, ravvisando dunque nella proroga disposta effetti restrittivi della concorrenza, peraltro non indispensabili né proporzionati all'obiettivo, quale la continuità servizio, e

¹⁵⁹ Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

dunque non giustificati.

L'Autorità, pertanto, considerando il periodo che residua un lasso temporale sufficiente allo scopo di porre in essere gli adempimenti necessari ai fini di un nuovo affidamento del servizio, ha ritenuto che il Comune di Roma in via del tutto prematura e anticipata abbia prefigurato impedimenti di natura generica all'attività amministrativa finalizzata a un nuovo affidamento del servizio, la cui esistenza non appare supportata da alcuna attività istruttoria e che semmai sembrano riconducibili al non tempestivo avvio delle attività prodromiche al nuovo affidamento. Invece, l'art. 5, par. 5, del citato Regolamento delinea un'ipotesi di proroga meramente emergenziale, strettamente funzionale alla necessità di garantire la continuità del servizio nell'ambito di procedure di affidamento già avviate. In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che la proroga biennale dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico in favore di ATAC S.p.A. violi il disposto di cui all'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) 1370/2007 e che configuri altresì una restrizione alla libertà di stabilimento sancita dall'art. 49 TFUE, idonea a limitare ingiustificatamente la concorrenza per il mercato di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma, dal momento che, in contrasto con il principio di proporzionalità, essa ritarda e ostacola l'affidamento del servizio per il tramite di una procedura competitiva.

A seguito del ricevimento del parere motivato, il Comune di Roma ha inviato una nota con la quale ha reso noto di non condividere le osservazioni espresse dall'Autorità e di confermare la legittimità della propria deliberazione. Preso atto del mancato adeguamento, l'Autorità ha disposto l'impugnazione del provvedimento dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio. Il contenzioso è pendente.

AS1499 - ART-METODOLOGIE E CRITERI PER GARANTIRE L'ACCESSO EQUO E NON DISCRIMINATORIO ALLE INFRASTRUTTURE PORTUALI

Nel marzo 2018, l'Autorità, a seguito di una richiesta di parere formulata dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), si è espressa, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, in merito allo schema di regolazione recante *“Metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali”*.

In particolare, l'Autorità ha rilevato che le disposizioni contenute nel suddetto schema appaiono incentrate sulla valorizzazione dei principi di equità, trasparenza e parità di trattamento nell'accesso alle infrastrutture demaniali, criteri che da sempre ispirano anche la propria attività di *advocacy*. L'Autorità ha ricordato di essere più volte intervenuta ai sensi degli artt. 21 e 22 sulle problematiche concorrenziali connesse all'affidamento in concessione di aree demaniali, indicando i principi ai quali dovrebbero ispirarsi le Amministrazioni concedenti.

Nello specifico, in relazione ai criteri di scelta dei concessionari, l'Autorità ha sempre auspicato l'utilizzo di procedure di selezione competitive, trasparenti e pubblicizzate, volte a garantire un reale confronto tra gli operatori del settore, riducendo al minimo la discrezionalità amministrativa e garantendo il rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Inoltre l'Autorità ha sottolineato la problematicità concorrenziale legata ai rinnovi automatici delle concessioni, ribadendo che la durata delle concessioni deve essere stabilita sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie e deve essere proporzionata rispetto agli investimenti programmati.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha ritenuto di poter condividere le misure proposte dall'ART.

AS1519 - REGIONE LIGURIA - CONTRATTO DI SERVIZIO PER IL TRASPORTO FERROVIARIO DI INTERESSE REGIONALE E LOCALE TRA LA REGIONE LIGURIA E TRENITALIA PER IL PERIODO 2018-2032

Nel marzo 2018, l'Autorità è intervenuta ai sensi dell'articolo 21-bis della l. 287/1990 in merito alla deliberazione della Giunta della Regione Liguria 11/2018 avente a oggetto l'affidamento diretto di durata quindicennale (2018-2032) a Trenitalia S.p.A. del servizio pubblico di trasporto ferroviario di interesse regionale e locale ai sensi dell'art. 5, comma 6, del Regolamento (CE) 1370/2007.

L'Autorità ha ritenuto che la decisione della Regione Liguria sia in contrasto con gli obblighi UE di trasparenza e di parità di trattamento previsti dall'art. 7, parr. 2 e 4 del Regolamento (CE) 1370/2007, atteso che l'Ente locale dovrebbe mettere tutti gli operatori che manifestino interesse all'affidamento del servizio nella condizione di poter formulare una propria offerta. In particolare, l'Autorità ha richiamato i principi già esposti nella segnalazione congiunta AS1441, adottate da ART, ANAC e AGCM affermando che gli Enti affidanti, da un lato, a fronte della richiesta da parte di soggetti potenzialmente interessati allo svolgimento del servizio, devono attivarsi per rendere disponibili e accessibili - in ossequio all'obbligo di trasparenza di cui al considerando 30 del Regolamento (CE) 1370/2007 - i dati e le informazioni relative alla configurazione del servizio, almeno in termini di livelli e dinamica della domanda, beni strumentali per l'effettuazione del servizio, materiale rotabile e personale direttamente allocato al servizio; dall'altro, devono operare un confronto competitivo nel caso vengano presentate offerte alternative rispetto a quella dell'operatore al quale si intende affidare il servizio in via diretta.

Alla luce di questo quadro interpretativo delle norme di cui al Regolamento (CE) 1370/2007, l'Autorità, tenuto conto dell'*iter* procedurale seguito per l'affidamento in questione, ha ritenuto che, nel caso in esame, a fronte delle reiterate richieste di accesso da parte della società Arriva,

la Regione Liguria non si sarebbe dovuta limitare a richiamare i contenuti dell'avviso di pre-informazione e a fornire la documentazione in suo possesso, ma avrebbe dovuto attivarsi - anche tramite l'inoltro di specifiche richieste all'*incumbent* - al fine di rendere disponibili e accessibili tutti i dati e le informazioni indispensabili per la formulazione di un'offerta alternativa. Del resto, la Commissione Europea, nella Comunicazione interpretativa 2014/C92/01, ha configurato l'avviso di pre-informazione non come un mero atto di pubblicità fine a se stesso, ma come atto funzionale alla partecipazione procedimentale di soggetti terzi, potenzialmente interessati alla procedura di aggiudicazione.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che la deliberazione della Regione Liguria sia in contrasto con gli obblighi di trasparenza e di motivazione in capo agli Enti affidanti di servizi ferroviari regionali, previsti dall'art. 7, parr. 2 e 4, del Regolamento (CE) 1370/2007, letti unitamente ai Considerando 29 e 30, e più in generale con i principi di trasparenza e di parità di trattamento sanciti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

A seguito del ricevimento di detto parere motivato, la Regione Liguria ha informato l'Autorità che, a suo avviso, la procedura di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario risulta del tutto coerente rispetto alla disciplina UE applicabile, rappresentata dal Regolamento (CE) 1370/2007. Preso atto del mancato adeguamento dell'amministrazione, l'Autorità ha disposto l'impugnazione della deliberazione della Giunta Regionale 11/2018 della Liguria dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria. Il contenzioso è pendente.

AS1545 - REGIONE LAZIO - STIPULA DEL CONTRATTO DI SERVIZIO PER IL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO FERROVIARIO DI INTERESSE REGIONALE E LOCALE

Nell'agosto 2018, l'Autorità ha adottato nei confronti della Regione Lazio un parere motivato, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, in merito alla deliberazione della Giunta della Regione Lazio 316/2018 con la quale è stata autorizzata la stipula del contratto di servizio per il trasporto pubblico ferroviario di interesse regionale e locale tra la Regione Lazio e Trenitalia S.p.A. per il periodo 2018-2032.

L'affidamento diretto del servizio ferroviario a Trenitalia S.p.A. da parte della Regione Lazio è giunto alla fine di un complesso e articolato *iter*.

L'Autorità, tenuto conto dell'*iter* seguito per l'affidamento, nel suo parere motivato ha preliminarmente ribadito quanto già espresso, sia nella segnalazione congiunta con ART e ANAC (AS1441) sia in altri interventi di *advocacy* (AS1443 e AS1519), relativamente all'interpretazione delle norme applicabili in materia di affidamenti diretti ferroviari ricavabile dalla lettura congiunta dell'art. 7, commi 2 e 3, del Regolamento 1370/2007, dei Considerando 29 e 30 del medesimo Regolamento, nonché della Comunicazione della Commissione europea 2014/C92/01 in materia di affidamento diretto

dei servizi di trasporto pubblico su strada e per ferrovia. Nello specifico, l'Autorità ha ritenuto che la Regione abbia erroneamente deciso di non procedere ad alcun confronto competitivo sulla base del presupposto che l'affidamento diretto non richieda una valutazione comparativa e che, in ogni caso, nessun'altra offerta vincolante, oltre a quella di Trenitalia S.p.A., era stata presentata. Per quanto concerne la necessità di una valutazione comparativa, l'Autorità ha evidenziato che la Regione non ha tenuto conto dell'eventualità che, nell'ambito di una procedura di affidamento diretto, soggetti terzi potessero esprimere un interesse all'affidamento del servizio; in tali casi, la mera pubblicazione del preavviso non è sufficiente a far sì che i contratti aggiudicati direttamente rispettino i principi generali di trasparenza e parità di trattamento, risultando necessario un obbligo informativo "rafforzato" e, di conseguenza, anche un onere motivazionale aggiuntivo nella scelta del soggetto affidatario.

Riguardo al fatto che, data l'assenza di un'offerta alternativa a quella di Trenitalia, un'effettiva valutazione comparativa non sarebbe stata possibile, l'Autorità ha osservato che la mancata presentazione della proposta commerciale da parte di Arriva Rail Italia è stata la conseguenza del mancato rispetto, da parte della Regione, dei sopra richiamati obblighi informativi "rafforzati", che non hanno permesso alla società di presentare alcuna offerta vincolante. In proposito, in virtù dell'interpretazione del Considerando 29 del Regolamento 1370/2007 da parte della Commissione europea, secondo la quale l'avviso di pre-informazione deve "*permettere ai potenziali operatori del servizio pubblico di parteciparvi*" in attuazione dei principi generali di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, l'Autorità ha precisato che nel caso in cui siano presenti più manifestazioni di interesse all'affidamento, gli enti affidanti devono mettere i soggetti terzi interessati in condizioni di disporre tempestivamente di un *set* di informazioni completo ed esaustivo, tale da consentire la formulazione di un'offerta commerciale, per poi procedere a una valutazione comparativa tra le varie offerte ricevute.

Pertanto, ad avviso dell'Autorità, a fronte delle reiterate richieste inoltrate da parte di Arriva di accedere alle informazioni minime, la Regione non si sarebbe dovuta limitare a richiamare i contenuti dell'avviso di pre-informazione ma, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità avrebbe dovuto attivarsi - anche tramite l'inoltro di specifiche richieste all'*incumbent* - per rendere disponibili e accessibili una serie di informazioni e dati ulteriori relativi alla configurazione del servizio necessari al fine di porre l'operatore interessato nella condizione di poter formulare un'offerta alternativa a quella di Trenitalia.

In conclusione, l'Autorità ha osservato che la deliberazione 316/2018,

in quanto priva di qualsiasi valutazione di natura comparativa che possa giustificare la scelta dell'affidamento diretto a Trenitalia S.p.A. in termini di economicità ed efficienza, si pone in violazione degli obblighi di trasparenza e motivazione esistenti in capo agli Enti concedenti servizi ferroviari regionali e, più in generale, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità previsti dal TFUE.

A seguito dell'invio del parere motivato, l'Autorità, preso atto del mancato adeguamento della Regione Lazio, ha disposto l'impugnazione della deliberazione 316/2018 dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente. Il contenzioso è pendente.

AS1546 - DEFINIZIONE BANDI DI GARA ASSEGNAZIONE SERVIZI TRASPORTO MARITTIMO PASSEGGERI DA-TRA-PER LE ISOLE

Nel novembre 2018 l'Autorità, a seguito di una richiesta di parere formulata dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) in linea con quanto previsto dagli articoli 1 e 2 del Protocollo d'intesa tra le stesse autorità, si è espressa, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, in merito allo schema di atto di regolazione recante "*misure regolatorie per la definizione dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto marittimo di passeggeri da, tra e verso le isole, e delle convenzioni da inserire nei capitoli delle medesime gare*", il quale interviene su tutte le fasi del processo di affidamento dei servizi (fase precedente la gara, predisposizione degli atti di gara, fase successiva all'aggiudicazione).

Nel parere l'Autorità ha ricordato che il settore dei servizi di trasporto marittimo passeggeri da, tra e per le isole è afflitto da una serie di problematiche concorrenziali, oggetto di numerose segnalazioni inviate da consumatori e amministrazioni pubbliche, in relazione alle quali l'Autorità ha in più occasioni esercitato i propri poteri di *advocacy*.

L'Autorità ha in particolare rilevato come l'attuale assetto concorrenziale del settore sia anche il portato delle modalità di realizzazione della privatizzazione del gruppo Tirrenia, che ha condotto, in alcuni casi, all'acquisizione delle compagnie già controllate da Tirrenia da parte del principale operatore *incumbent* nel rispettivo mercato, in altri, a una gestione sostanzialmente monopolistica su varie rotte. In questo difficile contesto strutturale, l'Autorità ha rilevato che le criticità del settore appaiono in buona misura il riflesso di un'applicazione solo formale, della normativa e dei principi eurounitari sulla liberalizzazione del cabotaggio marittimo da parte delle amministrazioni competenti, in particolare del Regolamento (CEE) n. 3577/92, nonché della scarsa qualità della normativa e della regolazione che tali amministrazioni hanno adottato, in applicazione del suddetto regolamento comunitario.

In questa prospettiva, l'Autorità ha valutato positivamente il contenuto dello schema di Regolamento dell'ART, poiché esso può costituire

un importante strumento per affrontare le principali criticità concorrenziali sopra rilevate. In particolare, lo schema di Regolamento contiene misure che, ove implementate e anche ulteriormente affinate, appaiono in grado di guidare e/o coadiuvare l'operato delle amministrazioni affidanti nella corretta applicazione della normativa eurounitaria sulla liberalizzazione del cabotaggio marittimo, cruciale per affrontare le problematiche concorrenziali del settore.

Al fine, l'Autorità ha valutato di particolare interesse, pur ritenendole suscettibili di ulteriori miglioramenti, sia le misure che introducono una procedura per valutare la possibilità di imporre Obblighi di Servizio Pubblico (OSP) di natura orizzontale e forniscono indicazioni per la previsione di compensazioni dirette alla domanda, sia le misure volte all'attenuazione delle asimmetrie informative tra amministrazioni e imprese *incumbent*, tra amministrazioni affidanti e amministrazioni terze (soprattutto in relazione al tema cruciale degli approdi), tra imprese *incumbent* e concorrenti potenziali.

Nella segnalazione l'Autorità ha proposto altresì alcuni miglioramenti allo schema di Regolamento tra i quali: la previsione di una procedura anche per lo svolgimento della verifica di mercato che, secondo la normativa eurounitaria, deve precedere la verifica dell'eventuale imposizione di OSP; l'introduzione di una banca dati centralizzata nella quale far confluire gli avvisi e le informazioni su tutti i servizi di trasporto marittimo, compresi quelli relativi alla disponibilità effettiva degli accosti in ciascun ambito portuale. La trasparenza da parte delle istituzioni competenti (Autorità portuali, Autorità marittime) nell'assegnazione degli accosti portuali e la disponibilità degli stessi devono, infatti, ritenersi essenziali ai fini dell'apertura del mercato.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che le osservazioni svolte possano essere di ausilio per l'attività dell'ART e che il Regolamento, una volta adottato e, ove possibile, opportunamente migliorato, costituisca un supporto decisivo per l'attività delle amministrazioni competenti, contribuendo alla rimozione delle criticità concorrenziali di origine regolamentare che affliggono il settore, rilevate dall'Autorità nell'ambito della propria attività.

AS1547 - REGIONE CAMPANIA - PROBLEMATICHE CONCORRENZIALI NEI SERVIZI DI TRASPORTO MARITTIMO DA-TRA-PER LE ISOLE

Nel novembre 2018, a seguito di alcune denunce da parte di alcuni utenti oltre che di associazioni di consumatori o di categorie di esercenti turistici, l'Autorità ha inviato una segnalazione alla Regione Campania, ai sensi dell'art. 21 della l. 287/1990, in merito alle problematiche concorrenziali nel settore dei servizi di trasporto marittimo da, tra e per le isole, di competenza della Regione.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato come l'introduzione da parte della Regione, nel 2016, di un nuovo quadro regolamentare basato su un regime autorizzatorio non abbia prodotto modifiche sostanziali degli assetti concorrenziali nel mercato dei servizi di trasporto marittimo del Golfo di Napoli. I medesimi servizi, infatti, continuano a essere in prevalenza offerti dagli operatori *incumbent*, in particolare dal gruppo SNAV e dal gruppo Alilauro, senza evidenze sull'ingresso di nuovi operatori; inoltre, non si riscontrano apprezzabili miglioramenti sulla qualità e sulle tariffe della generalità dei servizi offerti.

L'Autorità ha evidenziato come le criticità rilevate nel mercato siano in buona misura conseguenza di un'applicazione più formale che sostanziale dei principi e delle norme eurounitari sul cabotaggio marittimo (Regolamento (CEE) n. 3577/92). Il nuovo quadro regolamentare introdotto dalla Regione dal 2016 appare insoddisfacente da un punto di vista concorrenziale poiché basato sulla mera rinuncia allo svolgimento di una procedura a evidenza pubblica - a esito del contenzioso amministrativo relativo alla procedura bandita dalla Regione e annullata dal giudice amministrativo - senza che, come previsto invece dalla normativa eurounitaria, sia stata svolta un'analisi preventiva di mercato realmente adeguata a individuare le esigenze della domanda complessiva, quelle specifiche dei titolari al diritto alla continuità territoriale, nonché le modalità più appropriate per soddisfarle.

Sempre ai fini del rispetto sostanziale della normativa eurounitaria, la Regione dovrebbe modificare il nuovo quadro regolamentare in modo da consentire di distinguere chiaramente l'ambito dei servizi soggetti a regime di autorizzazione, che possono essere offerti a mercato - senza compensazione e soprattutto senza condizionare la politica tariffaria degli operatori - rispetto ai servizi da assoggettare a obblighi di servizio pubblico (OSP), e dovrebbe migliorare le regole in materia di gestione degli approdi.

Inoltre, l'Autorità ha segnalato le distorsioni concorrenziali derivanti dalla regolazione in materia tariffaria della Regione, la quale vincola anche le imprese che operano in regime di autorizzazione e non i soli servizi assoggettati a OSP; peraltro, ogni adeguamento tariffario introdotto in via regolamentare andrebbe al più riferito agli specifici costi operativi delle società.

L'Autorità, nell'auspicare una modifica del quadro regolamentare oggetto di segnalazione, ha richiamato, allegandolo, il proprio parere AS1546, reso all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART).

AS1556- DECRETO DEL MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI DEL 28 FEBBRAIO 2018 - SMART ROAD

Nel dicembre 2018, l'Autorità, a seguito di denuncia, ha formulato una segnalazione ai sensi dell'art. 21 della l. 287/1990, in merito alle disposizioni normative che regolano la sperimentazione su strada della guida autonoma in Italia.

In particolare l’Autorità ha osservato che i veicoli a guida autonoma, insieme alle infrastrutture intelligenti e ai sistemi di gestione del traffico e della mobilità, rientrano nell’ambito dei c.d. sistemi di trasporto intelligente (ITS), oggetto di un complesso quadro normativo europeo e nazionale. Da ultimo è stato emanato il decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 28 febbraio 2018 (di seguito, d.m. *Smart Road*).

All’art. 14, detto Decreto dispone che «*il soggetto autorizzante può richiedere ogni documentazione ritenuta utile ai fini dell’istruttoria per il rilascio dell’autorizzazione. [...] Nei casi in cui la domanda è presentata da un soggetto diverso dal costruttore, il richiedente presenta il nulla osta alla sperimentazione rilasciato dal costruttore del veicolo*».

L’Autorità ha ritenuto tale norma restrittiva della concorrenza in quanto riduce la possibilità di competere degli sviluppatori indipendenti, a vantaggio delle case automobilistiche già fortemente attive in un settore in rapido sviluppo.

L’Autorità ha, infatti, sottolineato che l’accesso ai programmi di sperimentazione, disciplinato dal d.m. *Smart Road*, costituisce prerequisito essenziale per sviluppare programmi di guida autonoma e, di conseguenza, per accedere a questo particolare settore, la cui domanda è costituita dalle case automobilistiche. Alcune di queste ultime, tuttavia, sono da anni in prima linea nello sviluppo di programmi di guida autonoma e si posizionano, quindi, su entrambi i livelli di mercato. Subordinare l’autorizzazione alla sperimentazione a un “nulla osta” dei principali concorrenti, lasciando, peraltro, a questi ultimi ampi spazi di discrezionalità in merito al rilascio dello stesso, costituisce un ostacolo per gli sviluppatori indipendenti, ai quali potrebbe essere preclusa la possibilità di utilizzare i veicoli su cui testare i propri programmi di guida autonoma.

La richiesta di un nulla osta del costruttore del veicolo contrasta, inoltre, con le finalità dello sviluppo dei sistemi di guida autonoma, esplicitate a livello europeo in apposite comunicazioni, potendo determinare sia un rallentamento del progresso scientifico in tale ambito, sia una caratterizzazione dei sistemi di guida autonoma in senso proprietario, con il rischio di limitare l’interconnessione tra gli stessi.

In conclusione, l’Autorità ha ritenuto che l’art. 14 del d.m. *Smart Road* integri una restrizione della concorrenza nella misura in cui subordina l’accesso alla sperimentazione a un’autorizzazione discrezionale rilasciata da un diretto concorrente del richiedente, senza che siano ravvisabili ragioni obiettive di interesse generale che giustifichino la necessità di tale previsione o che, in ogni caso, ne facciano emergere la proporzionalità rispetto all’interesse generale perseguito dalla norma. L’Autorità ha auspicato, pertanto, che l’articolo in questione venga modificato sulla base delle considerazioni sopra esposte.

Servizi

Servizi vari

AS1474 - LINEE GUIDA N. 6 DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE - CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

Nel gennaio 2018, l'Autorità ha reso un parere, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, in merito alle Linee Guida n. 6 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di attuazione del d.lgs. 50/2016 recanti *“Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”*, come aggiornate a seguito delle modifiche apportate al Codice dei Contratti Pubblici dal d.lgs. 56/2017 (c.d. Correttivo).

In particolare, l'art. 80, comma 5, lett. c), del citato Codice include, tra le cause di esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto o di concessione, la commissione da parte dell'operatore economico di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Le Linee Guida, data la natura esemplificativa delle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), hanno individuato tra gli illeciti professionali *“i provvedimenti esecutivi resi dall'Autorità di condanna per pratiche commerciali scorrette e per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”*. In presenza di tali provvedimenti, la stazione appaltante, sulla base di alcuni criteri enucleati dalle suddette Linee Guida, deve valutare la condotta dell'operatore economico ai fini dell'eventuale esclusione dalla gara, fermo restando che questa non costituisce una conseguenza automatica e può essere disposta solo all'esito di un contraddittorio col soggetto interessato.

L'Autorità ha valutato positivamente la scelta di ANAC di considerare espressamente gli illeciti *antitrust* come ipotesi di gravi illeciti professionali. Tuttavia, l'Autorità ha rilevato che attribuire importanza a un suo provvedimento dal carattere meramente *esecutivo*, e non più ai *“provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato”* (come recitava la precedente versione delle Linee Guida), comporta alcune criticità. Si tratta, infatti, di provvedimenti ancora soggetti al controllo giurisdizionale e dunque strutturalmente privi del carattere della definitività. In proposito, l'Autorità ha segnalato un possibile contrasto con l'art. 80, comma 10, del Codice dei Contratti Pubblici che ha fissato la durata della causa di esclusione a tre anni decorrenti dalla data del suo accertamento giudiziale *“definitivo”*. Coerentemente, l'Autorità ha indicato come preferibile individuare la data di accertamento definitivo in quella dell'intervenuta inoppugnabilità dell'accertamento (nell'ipotesi di provvedimenti non impugnati) o nella pronuncia definitiva del giudice amministrativo (in caso di impugnazione), evitando in tal modo che

provvedimenti ancora soggetti al controllo giurisdizionale possano produrre effetti rilevanti sulle gare in corso, senza richiedere il giudicato formale dinanzi alla Corte di Cassazione.

Infine, l'Autorità ha suggerito di eliminare dal novero degli illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara i provvedimenti che accertano pratiche commerciali scorrette, in quanto la violazione consumeristica non appare configurare un illecito professionale riferibile alla contrattualistica pubblica, non inquadrandosi nell'ambito di un rapporto di consumo la condotta posta in essere nella fase di partecipazione alla gara dell'operatore economico.

In conclusione, l'Autorità ha suggerito di modificare le citate Linee Guida tenendo conto dei suggerimenti forniti.

AS1515 - REGIONE SICILIA - OBBLIGHI DI CHIUSURA ATTIVITA' COMMERCIALI PER CINQUE GIORNI L'ANNO

Nel maggio 2018, l'Autorità ha espresso un parere ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, richiesto dalla Regione Sicilia, in merito all'art. 29, comma 2, del d.d.l. 231/A recante "*Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2018. Legge di stabilità regionale*".

In particolare, l'Autorità ha rilevato che la disposizione oggetto del parere appare suscettibile di introdurre limiti ingiustificati alla libertà di apertura degli esercizi commerciali, in ragione della previsione di uno specifico obbligo di chiusura di cinque giornate nel corso dell'anno.

L'Autorità ha rilevato che la disposizione in esame si pone in evidente contrasto con l'art. 3, comma 1, lett. d-bis, d.l. 223/2006 (c.d. decreto Bersani) che, in seguito alle modifiche apportate dall'art. 31 d.l. 201/2011 (c.d. decreto Salva Italia), dispone che le attività commerciali sono svolte, tra l'altro, senza il rispetto degli orari di apertura e chiusura, dell'obbligo di chiusura domenicale e festiva, nonché di quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio. L'Autorità ha segnalato di essere più volte intervenuta sul tema (*ex multis*, AS1147, AS1065) osservando che le restrizioni alla libertà degli operatori economici in materia di orari e di giornate di apertura e chiusura degli esercizi commerciali ostacolano il normale dispiegarsi delle dinamiche competitive, riducendo la possibilità degli operatori attivi di differenziare il servizio adattandolo alle caratteristiche della domanda. Dette limitazioni sono, pertanto, suscettibili di peggiorare le condizioni di offerta e la libertà di scelta per i consumatori, senza peraltro avere una valida giustificazione in termini di efficienza dal punto di vista degli operatori, né tanto meno in particolari interessi pubblici. La reintroduzione di vincoli in materia di giornate di chiusura obbligatoria degli esercizi commerciali rappresenta, dunque, un ostacolo al libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, in contrasto con la disciplina nazionale ed europea. Del resto, anche la Consulta ha

dichiarato, in numerose occasioni¹⁶⁰, l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che contrastino con i principi di liberalizzazione sanciti dal decreto Salva Italia, ritenendo che le misure ivi contenute risultino proporzionate allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale del mercato di riferimento e finalizzate alla promozione della concorrenza.

In conclusione, l'Autorità ha rilevato che l'art. 29, comma 2, d.d.l. 231/A, introducendo giornate di chiusura obbligatorie per gli esercizi commerciali, è suscettibile di porsi in contrasto con i principi di liberalizzazione sanciti sia a livello europeo che nazionale.

AS1521 - REQUISITI DI OPERATIVITA' RICHIESTI PER LA PARTECIPAZIONE AI BANDI PER IL SOSTEGNO ALLA COMPETITIVITA' DELLE IMPRESE E PER LO SVILUPPO ECONOMICO DEL TERRITORIO

Nel giugno 2018, l'Autorità, a seguito del ricevimento di due richieste di intervento, ha adottato, ai sensi dell'art. 21 della l. 287/1990, una segnalazione nei confronti della Camera di Commercio di Roma, relativamente a tre bandi (I e II Edizione 2017 e I Edizione 2018) approvati rispettivamente con deliberazioni di Giunta n. 56 del 5 aprile 2017, n. 150, del 18 settembre 2017 e n. 14 del 5 febbraio 2018, volti al sostegno alla competitività delle imprese e per lo sviluppo economico del territorio e finalizzati al finanziamento di progetti a favore di soggetti che non svolgono, in via esclusiva o prevalente, attività di impresa, per un valore complessivo di contributi pari a 4 milioni di euro.

In particolare, l'Autorità ha rilevato che gli stringenti requisiti previsti per la domanda di partecipazione sanciti dall'art. 3 dei bandi sopra richiamati impediscono l'accesso ai contributi alle associazioni di categoria o associazioni dei consumatori non attive nel territorio della provincia di Roma da almeno cinque anni e ai soggetti privati (associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato) senza fini di lucro che alla data di presentazione della domanda non risultino iscritti nel Repertorio Economico Amministrativo della Camera di Commercio di Roma da almeno tre anni.

L'Autorità ha infatti precisato che se, da un lato, è del tutto giustificabile e proporzionato che la Camera di Commercio di Roma riservi solo alle imprese attive sul proprio territorio i progetti finanziati dai contributi, non appare altrettanto giustificabile richiedere che anche gli autori di tali progetti - cioè le associazioni che devono ideare e poi governare il progetto - debbano essere territorialmente presenti in provincia di Roma, e per di più da almeno cinque anni. Analogamente tale ingiustificata restrizione è riscontrabile per i soggetti privati che, per essere ammessi ai contributi, devono essere iscritti al Repertorio Economico Amministrativo della Camera da almeno tre anni.

¹⁶⁰ Da ultimo, sent. 98/2017 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. 4/2016 della Regione Friuli-Venezia Giulia, introduttivo del divieto di apertura nei giorni festivi.

Pertanto, l'Autorità, richiamando il proprio orientamento (AS732, AS920), ha ritenuto che i bandi esaminati siano restrittivi della concorrenza laddove pongono limiti ingiustificati all'accesso ai contributi per i soggetti pubblici o privati che devono predisporre i progetti da finanziare, e ha auspicato l'eliminazione delle restrizioni rilevate.

AS1563 - MEF/ SCHEMA DI DIRETTIVA SULLA SEPARAZIONE CONTABILE AI SENSI DELL'ART. 15, CO. 2, D.LGS. N. 175/2016

Nel luglio 2018, l'Autorità, a seguito di una richiesta del Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha adottato un parere ai sensi dell'art. 22 l. 287/1990 in merito allo schema di direttiva sulla separazione contabile predisposto dallo stesso MEF ai sensi dell'art. 15, comma 2, del .lgs. 175/2016 (TUSPP).

L'art. 6, comma 1, del TUSPP ha introdotto un obbligo di separazione contabile per le società soggette a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi insieme ad altre svolte in regime di economia di mercato, derogando espressamente a quanto previsto dall'art. 8, comma 2-bis, l. 287/1990, che prevede invece l'obbligo di separazione societaria¹⁶¹. Preliminarmente, l'Autorità nel suo parere ha ribadito (come già fatto altre volte in passato)¹⁶² che il modello di separazione societaria risulta il più idoneo ed efficace nella prevenzione dei comportamenti anti-competitivi delle imprese pubbliche che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi e che sono altresì attive in mercati aperti alla concorrenza. Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che il citato art. 6 del TUSPP ha generato un'evidente disparità di trattamento tra le imprese pubbliche e quelle private, atteso che mentre alle prime si applica il più blando obbligo della separazione contabile, alle seconde continua ad applicarsi il più incisivo obbligo della separazione societaria. Tale disparità si traduce in una violazione del principio di promozione e tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 106 TFUE.

In generale, l'Autorità ha ricordato che il principio cardine della separazione contabile, come richiamato in ambito UE e nelle legislazioni speciali (come quelle relative alle comunicazioni elettroniche e all'energia), impone che siano chiaramente definite le attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi e quelle svolte in regime concorrenziale e che vengano seguiti criteri equi, obiettivi e trasparenti nell'imputare le singole poste patrimoniali ed economiche a ogni servizio offerto. In questo modo, è possibile distinguere chiaramente le attività economiche protette da diritti

¹⁶¹ La *ratio* dell'art. 8, comma 2-bis, risiede nella necessità di realizzare una divisione più netta tra le attività in convenzione, soggette a obblighi di servizio pubblico, e le altre attività, svolte in concorrenza, riportandole in una posizione di parità con gli operatori concorrenti: l'obiettivo è quello di impedire il fenomeno dei c.d. *sussidi incrociati*, che consentirebbe all'impresa affidataria di diritti speciali o esclusivi di sfruttare i vantaggi derivanti da tale situazione di privilegio in un mercato diverso in cui essa opera in regime concorrenziale.

¹⁶² Cfr. AS241 (2002); AS265 (2003); AS459 (2008); AS1091 (2014); AS1107 (2014).

speciali o esclusivi da quelle svolte in regime concorrenziale e verificare l'esistenza di eventuali comportamenti anti-competitivi delle imprese pubbliche.

Più in particolare, l'Autorità ha ritenuto opportuno suggerire al MEF che la direttiva sulla separazione contabile preveda: i) la predisposizione da parte della società pubblica di scritture contabili separate e dettagliate che rendano trasparenti tutte le poste patrimoniali ed economiche distinte per ciascun servizio fornito, distinguendo tra le attività svolte nei mercati in cui la società opera quale destinataria di diritti esclusivi o speciali e quelle offerte nei mercati soggetti alla libera concorrenza; ii) l'identificazione dettagliata dei c.d. *servizi comuni* e delle funzioni operative condivise, allo scopo di evitare sovrapposizioni che potrebbero determinare scarsa chiarezza e trasparenza; iii) l'eventuale previsione di due distinti regimi di contabilità separata, ordinario e semplificato, definendone criteri e condizioni di utilizzo (anche di ordine dimensionale), al fine di evitare un eccessivo aggravio informativo ed economico in capo alle società a partecipazione pubblica.

AS1537 - PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO - LEGGE 10/2018-MODIFICHE DI LEGGI PROVINCIALI

Nel settembre del 2018, l'Autorità ha inviato un parere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, per valutare l'opportunità di impugnare di fronte alla Corte costituzionale alcuni articoli contenuti nella legge provinciale Provincia Autonoma di Bolzano n. 10 dell'11 luglio 2018, recante "*Modifiche di leggi provinciali in materia di ordinamento degli uffici e personale, istruzione, formazione professionale, sport, cultura, enti locali, servizi pubblici, tutela del paesaggio e dell'ambiente, energia, utilizzazione di acque pubbliche, caccia e pesca, protezione antincendi e civile, urbanistica, igiene e sanità, politiche sociali, famiglia, edilizia scolastica, trasporti, edilizia abitativa agevolata, lavoro, economia, cave e torbiere, entrate, commercio, turismo e industria alberghiera, rifugi alpini, artigianato, finanze e ricerca*". I profili anticoncorrenziali rilevati dall'Autorità attengono ad alcune disposizioni volte a modificare la precedente disciplina delle concessioni inerenti la costruzione e gestione degli impianti a fune nella Provincia Autonoma di Bolzano (l.p. 30 gennaio 2006 n. 1, recante "*Disciplina degli impianti a fune e prescrizioni per gli ostacoli alla navigazione aerea*"). In particolare, gli articoli 44, commi 3, 6 e 8, e 45 della suddetta legge appaiono presentare criticità concorrenziali nella misura in cui rimuovono l'obbligo, in capo all'ente pubblico, di selezionare i concessionari mediante l'espletamento di procedure a evidenza pubblica e privilegiano il rilascio delle concessioni a favore di enti pubblici locali e imprese private a partecipazione pubblica.

Con riferimento all'art. 44, comma 3, l'Autorità, nel proprio parere,

ha evidenziato come le concessioni in esame non costituiscano autorizzazioni amministrative, non essendo dirette a rimuovere ostacoli all'esercizio di un'attività economica, bensì a conferire a un soggetto privato un compito di rilievo pubblicistico; ha ribadito, inoltre, che in mercati come quello di specie, in cui specifiche caratteristiche tecniche, economiche e finanziarie impongono una limitazione del numero dei soggetti ammessi a operare o l'esclusiva a favore di un unico soggetto, l'affidamento dei servizi deve avvenire in linea di principio mediante procedure a evidenza pubblica, volte a individuare il concessionario sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori.

Simili considerazioni sono state espresse con riferimento all'articolo 45 della citata legge provinciale 10/2018, il quale assoggetta a un regime autorizzatorio i provvedimenti concessori riguardanti la costruzione e l'esercizio di impianti a fune a uso sportivo o turistico-ricreativo (nonché i relativi rinnovi), rilasciati prima dell'entrata in vigore della legge provinciale n. 10/2018.

Ulteriori criticità sono state riscontrate nell'art. 44, commi 6 e 8, della legge in esame, il quale, accordando precedenza, nel rilascio della concessione per alcuni tipi di impianti a fune (c.d. di prima categoria), agli enti pubblici locali o loro consorzi e alle imprese private a partecipazione pubblica, crea un'evidente disparità di trattamento tra soggetti pubblici e privati, non giustificabile alla luce dei principi concorrenziali e della rilevante normativa eurounitaria e nazionale in tema di concessioni di servizi pubblici. L'Autorità ha più volte auspicato l'eliminazione dei casi di preferenza per il conferimento o per il rinnovo di concessioni (realizzata anche tramite l'indicazione di determinati requisiti quali criteri preferenziali), in quanto idonea a tradursi in un'ingiustificata asimmetria a favore di determinati soggetti presenti sul mercato¹⁶³.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che le modifiche introdotte dagli articoli 44 e 45 della l.p. n. 10/2018 siano in contrasto con l'articolo 117, commi 1 e 2, lettera e), della Costituzione.

AS1554 - REGIONE SICILIA - DISCIPLINA DELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI OTTICO

Nel novembre 2018, l'Autorità, su richiesta del Ministero dello Sviluppo Economico, ha svolto ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990 alcune considerazioni in merito alla compatibilità con i principi della concorrenza dei vincoli all'esercizio dell'attività di ottico previsti dall'art. 1 della legge della Regione Siciliana del 9 luglio 2004, n. 12. Tale previsione, nel subordinare l'apertura di un nuovo esercizio al rilascio di una previa autorizzazione amministrativa, prevede, di norma, l'autorizzazione di un solo esercizio di ottica per ogni fascia di popolazione di ottomila residenti e

¹⁶³ Cfr., *ex multis*, AS481 (2008); AS931 (2012); AS1335 (2016); AS1429 (2017).

dispone che la distanza minima tra un esercizio e l'altro non debba essere inferiore a trecento metri.

L'Autorità ha affermato che, conformemente a un proprio consolidato orientamento (da ultimo AS1496), simili restrizioni quantitative sono idonee a contingentare l'offerta di beni/servizi e impediscono di adeguare la struttura del mercato alle esigenze espresse dalla domanda. Tali restrizioni si porrebbero quindi in contrasto con i principi di liberalizzazione e concorrenza, nazionali ed europei, vigenti in materia.

L'Autorità ha ricordato che questi stessi principi trovano applicazione anche con riferimento ad attività caratterizzate da esigenze di tutela della salute, quali le farmacie e l'offerta di servizi sanitari in regime privatistico.

Con specifico riguardo all'attività di ottico, l'Autorità ha osservato che essa non figura nell'elenco del Ministero della Salute delle professioni sanitarie riconducibili a un Ordine riconosciuto, neppure in occasione della legge n. 3 del 2018, recante tra l'altro Riordino della disciplina degli Ordini delle professioni sanitarie. L'attività di ottico rientra invece ancora nella categoria delle arti ausiliarie delle professioni sanitarie di cui al R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 e, pertanto, su prescrizione del medico specialista in oftalmologia, l'ottico suggerisce e fornisce occhiali e/o lenti a contatto per migliorare e proteggere le insufficienze visive, ma non può effettuare diagnosi, attività terapeutiche/chirurgiche e prescrizioni di farmaci, pur essendo abilitato all'utilizzo di apparecchiature specifiche per valutare la qualità della visione. L'Autorità ha inoltre rilevato che l'attività di ottico presenta, inoltre, un innegabile carattere commerciale essendo di fatto volta a vendere al pubblico una vasta gamma di prodotti, non solo dispositivi medici. Sul punto, infine, l'Autorità ha evidenziato che anche la stessa legge della Regione Siciliana del 22 dicembre 1999, n. 28, recante la *"Riforma della disciplina del commercio"*, include l'attività di ottico tra quelle sottoposte alla disciplina del commercio, dalla quale sono invece espressamente escluse le farmacie.

In questo quadro, l'Autorità, in linea con la giurisprudenza UE (Corte di Giustizia C-539/11), ha ritenuto che restrizioni all'esercizio dell'attività di ottico possano essere giustificate unicamente nel caso in cui le stesse risultino necessarie e proporzionate al perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela della salute, come richiesto dalle norme di liberalizzazione sopra richiamate e ha ritenuto che la disciplina della Regione Sicilia in esame non presenti tali requisiti.

In conclusione, l'Autorità ha ribadito il proprio orientamento contrario all'introduzione o al mantenimento di restrizioni quantitative al numero di esercizi di ottica, anche in termini di distanze minime, presenti nella legge della Regione Siciliana n. 12/2004, in quanto le stesse, da un lato non possono ritenersi necessarie e proporzionate all'interesse pubblico

perseguito (la salute dei cittadini), e, dall'altro, risultano in contrasto con i principi di concorrenza e di liberalizzazione sopra richiamati.

AS1550 - CONCESSIONI E CRITICITÀ CONCORRENZIALI

Nel dicembre 2018, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi degli articoli 21 e 22 della l. 287/1990, ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dello Sviluppo Economico e al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, riguardante lo stato attuale delle concessioni amministrative in Italia, sottolineando le principali criticità concorrenziali riscontrate in alcuni mercati a seguito dell'utilizzo distorto dello strumento concessorio.

In linea generale, l'Autorità ha auspicato che, laddove possibile, la necessità di ricorrere al regime concessorio venga verificata a fondo e in ogni caso ne siano ripensate profondamente l'ampiezza, la durata e le modalità di subentro al concessionario già presente.

L'Autorità ha ribadito l'importanza del ricorso a modalità di affidamento competitive, soprattutto per le concessioni in scadenza o già scadute. Le gare dovrebbero costituire la regola nell'affidamento delle concessioni, evitando rinnovi automatici e proroghe; il perimetro delle concessioni oggetto di affidamento non dovrebbe essere ingiustificatamente ampio, ma piuttosto tenere adeguatamente conto delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta, e la loro durata dovrebbe essere limitata e giustificata da esigenze di natura tecnica, economica e finanziaria e dalle caratteristiche degli investimenti; andrebbero infine eliminati i casi di preferenza per i gestori uscenti o per l'anzianità acquisita.

L'Autorità ha sottolineato come un regime concessorio maggiormente coerente con i principi della concorrenza e volto a valorizzare i limitati spazi per il confronto competitivo presenti in molti dei servizi in concessione sarebbe estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione delle infrastrutture e un'offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza; non ultimo, potrebbe contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

Nella segnalazione sono, pertanto, formulate proposte di modifica della normativa vigente o raccomandazioni alle amministrazioni concedenti, finalizzate a garantire un maggiore confronto concorrenziale tra gli operatori del mercato e a migliorare la qualità del servizio reso alla collettività.

In sintesi, l'Autorità, previa ricostruzione delle criticità concorrenziali nei vari settori, ha raccomandato i seguenti interventi:

i) Autostrade: per le concessioni in scadenza, il celere svolgimento di procedure di gara, al fine di selezionare al meglio e per tempo i gestori in termini di qualità e sicurezza dei servizi, propensione agli investimenti e minor costo di gestione; per le restanti concessioni, la valutazione della

congruità della durata rispetto al valore della concessione, alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa e agli investimenti effettuati, anche ai fini dell'eventuale rideterminazione della stessa, se eccedente il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti sostenuti e a una remunerazione del capitale investito; infine, l'aumento all'ottanta per cento della quota dei contratti relativi a concessioni autostradali affidate senza gara da esternalizzare ai sensi dell'art. 177 del d.lgs. n. 50/16.

ii) Aeroporti: analogamente al settore autostradale, per le concessioni non ancora affidate tramite decreto ministeriale, lo svolgimento di procedure di gara; per le restanti concessioni, un'attenta verifica della congruenza tra il programma di investimenti e la durata della concessione, anche ai fini di un'eventuale ridefinizione di quest'ultima, se non coerente con il piano di sviluppo pluriennale, la tempistica degli investimenti e il sistema delle penali.

iii) Distribuzione del gas: per gli enti locali che ancora non vi abbiano provveduto, l'identificazione delle stazioni appaltanti; per le stazioni appaltanti, il rapido ricorso alle procedure di gara; per gli enti di controllo, la verifica del rispetto delle tempistiche previste dalla normativa e il pronto esercizio dei propri poteri sostitutivi in caso di ingiustificato ritardo nell'espletamento delle gare.

iv) Grandi derivazioni d'acqua per uso idroelettrico: nel più breve tempo possibile, l'espletamento delle procedure di gara; la modifica dell'art. 12 del d.lgs. n. 79/99, nel senso di prevedere il trasferimento a titolo oneroso delle sole opere asciutte e la contestuale devoluzione gratuita delle opere bagnate al demanio statale.

v) Concessioni portuali e marittime: un chiarimento dei ruoli e delle competenze dei vari attori del settore; il recepimento da parte delle AdSP delle indicazioni fornite dai regolatori, definendo chiaramente ex ante criteri equi e non discriminatori di accesso e utilizzo delle infrastrutture e attivandosi per lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente dalle istanze dei soggetti interessati.

vi) Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: l'adozione in tempi brevi di una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività.

vii) Posteggio per commercio su aree pubbliche: la verifica della adeguatezza ed effettiva proporzionalità delle concessioni rispetto agli investimenti effettuati e alla natura del posteggio interessato; l'eliminazione dei criteri di anzianità, tali da attribuire all'operatore uscente un vantaggio

concorrenziale non replicabile dai concorrenti.

viii) Poste - Servizio Postale Universale: il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, tenendo debitamente conto, nella definizione del perimetro della concessione, delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta di mercato.

ix) Radiotelevisione: una più puntuale definizione degli obblighi di servizio pubblico, attribuiti ad un'unica rete interamente finanziata dal canone.

x) Frequenze della banda 700 MHz per i servizi di telecomunicazione mobile (5G) e rinnovo dei diritti d'uso: il rapido rilascio delle frequenze in banda 700MHz a seguito dell'esperimento delle procedure di gara, senza il ricorso a proroghe ingiustificate nel rinnovo dei diritti d'uso ed evitando che la richiesta di un indennizzo al concessionario subentrante possa ostacolare l'accesso al mercato.

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

Nel dicembre 2018, l'Autorità ha inviato un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, al Senato della Repubblica e alla Camera dei Deputati, in merito ai problemi concorrenziali e di tutela del consumatore derivanti dalle previsioni contenute nell'articolo 41-bis, in materia di "Pubblicità sanitaria", e nell'articolo 51, rubricato "Modifica al testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175", del disegno di legge AC 1334 del 31 ottobre 2018 (legge di Bilancio 2019).

In primo luogo, l'Autorità ha ritenuto che l'articolo 41-bis del d.d.l. AC 1334 sollevi criticità in relazione: i) ai limiti posti al contenuto della pubblicità sanitaria; ii) alla ripartizione delle competenze in materia di vigilanza sulla pubblicità; iii) nonché all'introduzione di restrizioni all'esercizio dell'attività di direttore sanitario.

In particolare, la disciplina di cui all'articolo 41-bis del d.d.l. AC 1334 reintroduce ingiustificate limitazioni all'utilizzo della pubblicità nel settore delle professioni sanitarie, nella misura in cui, al fine di "garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari" considera illegittime le "comunicazioni informative" che presentino "qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo". Tale limitazione implica, di fatto, vietare ogni forma di pubblicità delle professioni sanitarie, andando ben oltre i parametri di cui all'articolo 4 del D.P.R. 137 del 7 agosto 2012, recante la riforma degli ordinamenti professionali.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che l'articolo 41-bis, comma 2, nell'attribuire all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni una competenza a vigilare sul rispetto dell'informativa sanitaria, introduce un diverso plesso di attribuzioni in materia di comunicazioni informative

sanitarie suscettibile di determinare una commistione confliggente di competenze tra le due Istituzioni, in violazione della competenza generale dell'Autorità a vigilare sul rispetto delle disposizioni introdotte nel Codice del Consumo, in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori. La competenza esclusiva dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, in tutti i settori anche regolati, è stata infatti da ultimo confermata dall'articolo 1, comma 6, lettera a), del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 (attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori)¹⁶⁴ e dalla Corte di Giustizia, con la sentenza del 13 settembre 2018 (cause riunite C-54/17 e C-55/17).

Infine, l'Autorità ha rilevato che anche la previsione secondo cui il direttore sanitario delle strutture sanitarie private di cura debba essere iscritto all'Ordine territoriale nel cui ambito ha sede la struttura in cui opera (contenuta nel medesimo articolo 41-bis, comma 2) costituisce una ingiustificata restrizione della concorrenza nell'offerta dei servizi professionali in ambito sanitario, non supportata da obiettive esigenze di interesse generale.

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

Innanzitutto, l'articolo 51 citato autorizza le amministrazioni pubbliche tenute all'alienazione delle partecipazioni societarie a non procedervi fino al 31 dicembre 2021, nel caso di partecipazioni in società che abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente¹⁶⁵. Il rischio dell'introduzione di tale norma è quello di consentire il mantenimento non giustificato di numerose partecipazioni pubbliche per il solo fatto che le società interessate non risultino in perdita, indipendentemente dal loro svolgimento di attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione, in disaccordo con l'esigenza di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e della spesa pubblica, posta alla base della riforma.

¹⁶⁴ La norma ha introdotto il comma 1-bis all'articolo 27, Codice del Consumo, secondo cui: «[a]nche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta (...)».

¹⁶⁵ Tale disposizione disapplica, fino al 31 dicembre 2021, i commi 4 (obbligo di alienazione entro un anno dalla ricognizione straordinaria) e 5 (divieto per il socio pubblico di esercitare i diritti sociali e liquidazione coatta in denaro delle partecipazioni) dell'articolo 24 del TUSPP, in caso di società partecipate che abbiano conseguito un utile nei tre anni antecedenti alla ricognizione.

Analoghe considerazioni sono state svolte per l'ulteriore disposizione prevista dall'articolo 51 del d.d.l. AC 1334, secondo la quale le disposizioni del TUSPP non si applicano, salvo espressa previsione contraria, a *tutte le società controllate dalle quotate*, ancorché partecipate dalla pubblica amministrazione. Tale esclusione, ad avviso dell'Autorità, non sembra trovare alcuna giustificazione coerente con i principi sopra richiamati, ma appare volta a creare un ulteriore gruppo di società non soggette all'applicazione del TUSPP, indipendentemente dal perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente che le partecipa.

Alla luce di quanto sopra riportato, l'Autorità ha auspicato il recepimento delle considerazioni svolte nel corso dell'*iter* legislativo per la legge di bilancio 2019.

Sanità e altri servizi sociali

AS1522 - REGIONE BASILICATA - ACCREDITAMENTO DELLE STRUTTURE SANITARIE

Nell'aprile 2018, l'Autorità si è espressa con parere motivato, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, con riferimento a una nota con cui la Regione Basilicata - Dipartimento Politiche della Persona - Ufficio pianificazione sanitaria ha dichiarato improcedibile l'istanza di accreditamento istituzionale di una società già autorizzata ex art. 62 della l.r. 5/2016, nelle more della ridefinizione dei criteri di determinazione del fabbisogno delle prestazioni specialistiche e strumentali ambulatoriali.

In particolare, l'art. 62 della l.r. 5/2016 richiamato ha introdotto una nuova fattispecie di autorizzazione rivolta alle sole strutture che operano in regime esclusivamente privato, senza oneri a carico nel Servizio Sanitario Nazionale, per cui la valutazione di compatibilità è sempre positiva, atteso che la stessa *“non è correlata ad alcun fabbisogno complessivo risultando indipendente dalla programmazione regionale”*.

L'Autorità ha rilevato che subordinare per un tempo considerevole e dalla durata indeterminata, l'accREDITAMENTO (e poi il convenzionamento) di una struttura sanitaria, peraltro già autorizzata, alla nuova definizione del fabbisogno da parte della Regione, la quale tuttavia rimane nel contempo inerte, ha l'effetto di consolidare l'offerta nelle mani degli operatori convenzionati, pubblici o privati, già esistenti e di ridurre l'offerta di servizi sanitari/ambulatoriali a scapito dell'efficienza e dell'innovazione della rete di assistenza.

L'Autorità ha altresì evidenziato che la nota in questione viola le norme a tutela della concorrenza e del mercato con riferimento artt. 32 e 41 Cost. e contrasta con una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 8-ter, 8-quater e 8-quinquies d.lgs. 502/1992, nonché dell'art. 34, comma 2, l. 22 dicembre 2011, n. 214, di conversione con modifiche del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto Salva Italia).

L'Autorità ha altresì ribadito quanto già manifestato in diverse segnalazioni (AS988, AS1137 e AS852) circa la necessità di istituire un sistema di accreditamento delle imprese private più fluido, che operi sulla base di selezioni non discriminatorie, periodiche, trasparenti e adeguatamente pubblicizzate.

A seguito del parere motivato, la Regione Basilicata non ha fornito nei termini previsti alcun riscontro per cui l'Autorità ha disposto l'impugnazione degli atti dinanzi al TAR Basilicata. Il ricorso è pendente.

AS1524 - REGIONE SICILIA - DEFINIZIONE DEI CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DEGLI AGGREGATI DI SPESA PER L'ASSISTENZA SPECIALISTICA DA PRIVATO

Nel luglio 2018, l'Autorità ha indirizzato alla Regione Sicilia un parere, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, in merito ai problemi concorrenziali derivanti dal decreto assessorale della stessa Regione Sicilia n. 743/2018, recante “Sostituzione dell'articolo 2 del DA n. 2777 del 29 dicembre 2017 relativo alla determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato - anno 2017”.

In tale parere, l'Autorità ha evidenziato la mancata definizione tempestiva e preventiva dei criteri per individuare gli aggregati di spesa e ripartire il *budget* per le prestazioni sanitarie erogate a livello regionale dai laboratori privati convenzionati, per il 2018 e per gli anni successivi, in maniera idonea a valorizzare adeguatamente aspetti prestazionali dell'attività, sul piano quali/quantitativo.

Il parere interviene a ribadire principi consolidati, espressi in diversi interventi di *advocacy* (AS1181, AS1021, AS2048 e AS1137), ovvero che è necessario discostarsi dal criterio della spesa storica per individuare gli aggregati di spesa e ripartire il *budget*, in quanto criterio idoneo a cristallizzare le posizioni di mercato precedentemente detenute dai singoli operatori, indipendentemente dall'effettivo livello quantitativo e qualitativo delle prestazioni offerte. Tali rilievi erano stati oggetto anche di un parere motivato ex articolo 21-bis della l. 287/1990 rivolto proprio alla Regione Sicilia (AS1387, con ricorso ancora pendente).

La Regione Sicilia, con il menzionato decreto assessorale n. 743/2018, ha rinviato “al 2018 l'introduzione di misure correttive al criterio della spesa storica” e modificato l'articolo 2 del d.a. n. 2777 del 29 dicembre 2017, reintroducendo così, in maniera integrale il ricorso al criterio della spesa storica, salvo un *budget* di ingresso ai nuovi operatori, per ripartire il *budget* di spesa agli operatori, senza introdurre tempestivamente criteri prestazionali di attribuzione del *budget*.

L'Autorità ha quindi inteso sottolineare che la situazione venutasi a creare, unitamente alla mancata introduzione dei criteri diversi da quello della spesa storica per la determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato per il 2018 e per gli anni successivi,

risulta idonea a innescare un circolo vizioso, che rischia di impedire - anche per il futuro - di superare in maniera significativa il criterio della spesa storica.

L'Autorità ha quindi auspicato che la Regione Sicilia intervenga tempestivamente in modo da definire quanto prima nuovi criteri di attribuzione del *budget* per le strutture sanitarie private convenzionate che, tanto per il 2018 che gli anni successivi, consentano di seguire un approccio più attento alla valutazione della *performance*.

AS1552 - REGIONE PUGLIA - PARERI NEGATIVI IN MERITO ALL'INSTALLAZIONE DI APPARECCHIATURE RMN E TAC IN STRUTTURE AUTORIZZATE RICADENTI NELLA ASL DI BARI

Nel settembre 2018, l'Autorità ha inviato una segnalazione alla Regione Puglia, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, in merito al contenuto di due pareri rilasciati dalla stessa Regione, con cui è stata negata l'autorizzazione alla installazione, rispettivamente, di un'apparecchiatura RMN e di un'apparecchiatura TAC in strutture autorizzate ricadenti nella ASL di Bari per attività diagnostiche da svolgere esclusivamente in regime privatistico.

La Regione ha negato le autorizzazioni in applicazione della normativa regionale in materia di accreditamento di strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private; sulla base di una valutazione puramente numerica, tenuto conto di fabbisogni rilevati da atti regolamentari.

L'Autorità ha ritenuto che simili atti amministrativi introducano restrizioni all'offerta di prestazioni sanitarie in regime privatistico che non appaiono giustificate da esigenze imperative di interesse generale né proporzionate all'obiettivo da perseguire. Infatti, in base all'art. 8-bis, comma 2, del d.lgs. 502/1992¹⁶⁶, i cittadini devono poter scegliere liberamente il luogo di cura e i professionisti cui rivolgersi. Inoltre, l'obbligo di effettuare la verifica regionale di compatibilità "*in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale*", come previsto articolo 8-ter, comma 3 del medesimo decreto, deve essere interpretato in modo da non impedire agli operatori di offrire autonomamente mezzi e strumenti di cura e assistenza sul territorio in regime privatistico, con corrispettivo unicamente a carico degli utenti. In caso contrario, una politica di contenimento dell'offerta sanitaria si tradurrebbe in un privilegio per gli operatori del settore già presenti sul mercato.

Tale interpretazione risulta in linea con quanto disposto dagli articoli 32 e 41 della Costituzione e risulta confermata anche dalla giustizia amministrativa¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421.

¹⁶⁷ (cfr. TAR Bari, Seconda Sezione, n. 835 dell'11 giugno 2018, relativa alla installazione di apparecchiatura TAC in una struttura in regime privatistico di Barletta, già oggetto di una segnalazione dell'Autorità)

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che i dinieghi all'autorizzazione rilasciati dalla Regione Puglia, in attuazione della disciplina regionale in materia di autorizzazioni alla installazione di nuove apparecchiature medicali, integrino specifiche violazioni dei principi concorrenziali in quanto limitano l'esercizio dell'attività sanitaria esclusivamente privata, e dunque non a carico del SSN, in assenza di esigenze di interesse generale, con conseguente lesione del principio della libera scelta del luogo di cura e dei professionisti a cui rivolgersi, in contrasto con gli articoli 34, commi 2 e 7, del d.l. 201/2011, 8-bis, comma 2, del d.lgs 502/1992 e 41 della Costituzione.

A seguito del ricevimento del parere motivato, la Regione Puglia ha evidenziato di non condividere la tesi sostenuta dall'Autorità. Preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione al parere motivato in questione, l'Autorità ha disposto di impugnare davanti al TAR Puglia - Bari gli atti oggetto del parere motivato.

Altri servizi pubblici, sociali e personali

AS1529 - COMUNE DI ROMA - GARA PER LA SCELTA DEL SOCIO PRIVATO E PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO SCOLASTICO INTEGRATO

Nel giugno 2018, l'Autorità, in seguito a una richiesta del Comune di Roma, si è espressa, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, in merito alla gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato a società mista pubblico-privata.

Il parere fa seguito a un parere motivato (AS1456), ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, inviato dall'Autorità al Comune di Roma nell'ottobre del 2017 a seguito della trasmissione da parte di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 175/2016 (TUSPP), dell'atto deliberativo di costituzione della società mista cui affidare, mediante una gara a doppio oggetto, taluni servizi di interesse generale.

Nel suo precedente parere, l'Autorità ha ritenuto che tale affidamento risultasse in contrasto con disposizioni del TUSPP e del Codice dei Contratti Pubblici. A seguito del parere reso ai sensi dell'art. 21-bis, il Comune di Roma ha disposto l'annullamento in autotutela degli atti della gara a doppio oggetto.

Il parere in esame riscontra la richiesta del Comune di Roma allo scopo di verificare se la riedizione della gara a doppio oggetto avesse superato le criticità rilevate nel parere motivato.

Con riguardo all'individuazione dei servizi da affidare alla società mista, l'Autorità ha riscontrato, rispetto all'originaria configurazione stigmatizzata nel parere motivato ex art. 21-bis, una riduzione qualitativa e quantitativa del novero delle prestazioni accorpate nell'affidamento da porre a gara e una contestuale riconfigurazione sostanziale delle stesse in termini di servizi di interesse generale, ritenendo corretta l'espunzione, dall'oggetto dell'affidamento unitario, delle attività non aventi diretta

attinenza con la prestazione del “servizio scolastico integrato” (quali, ad esempio, la manutenzione del verde pubblico in aree comunali diverse dai plessi scolastici, la derattizzazione, la manutenzione delle piste ciclabili, etc.). È stata inoltre, valutata positivamente la riduzione da otto a sei anni della durata complessiva dei servizi posti a gara, cui è conseguita una drastica riduzione del valore da porre a base della procedura a evidenza pubblica. Tale valore è stato ritenuto dall’Autorità suscettibile di ulteriori margini di riduzione connessi al trasferimento in capo al privato dei rischi di domanda e di disponibilità.

L’Autorità, inoltre, ha ritenuto che la riallocazione all’operatore privato dei rischi di domanda e di disponibilità fosse tendenzialmente idonea a una qualificazione delle attività dedotte nella gara a doppio oggetto in termini di servizi di interesse generale e a un corretto inquadramento della fattispecie negoziale prefigurata nell’ambito della cornice giuridica del partenariato pubblico privato nella figura contrattuale della concessione di servizio a società mista, in conformità con il TUSPP e il Codice dei Contratti Pubblici.

Tuttavia, l’Autorità ha richiamato l’attenzione su taluni potenziali profili di criticità in merito all’effettiva consistenza dei rischi allocati all’operatore privato nell’ambito della descritta operazione di partenariato e alla concreta incidenza di tali rischi sui ricavi e profitti dell’operatore stesso. Con riguardo al trasferimento del rischio di domanda, l’Autorità, infatti, ha rilevato la necessità che il margine di *alea* allocato all’operatore privato risulti concretamente idoneo a tradursi nell’effettiva possibilità del privato di incorrere in perdite in ragione delle fluttuazioni della domanda effettiva. Al riguardo, l’Autorità ha suggerito di considerare l’introduzione di ulteriori specifiche clausole che consentano di enfatizzare la sensibilità del corrispettivo alla fluttuazione del volume di utenza, scongiurando ipotesi di extra-reddittività, quali, ad esempio, la variazione della durata del contratto nel caso di conseguimento più veloce dell’obiettivo del recupero degli investimenti e dei costi sostenuti o la previsione di meccanismi di *profit sharing* che consentano la condivisione degli extra-profitti con l’amministrazione o con gli utenti destinatari del servizio.

Con riferimento al trasferimento del rischio di disponibilità, l’Autorità ha invitato l’Amministrazione Capitolina a un effettivo e costante monitoraggio, nel corso dell’esecuzione del rapporto di servizio, circa il conseguimento (o il mancato conseguimento) dei parametri qualitativi prescritti dal capitolato prestazionale.

In conclusione, l’Autorità, riservandosi di esercitare ogni potere di sua competenza una volta formalizzate le deliberazioni circa il prefigurato affidamento a società mista di nuova costituzione da parte del Comune di Roma, ha, altresì, evidenziato che quanto rappresentato nel parere lascia in ogni caso impregiudicate le valutazioni dell’ANAC per i profili di spettanza.

Turismo

AS1508 - PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO - CONCESSIONE IMPIANTO FUNIVIARIO GLETSCHERSEE II NEL COMUNE DI SENALES

Nel gennaio 2018, l'Autorità ha adottato un parere motivato, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, in merito al decreto n. 15713 del 30 agosto 2017 emanato dall'Assessorato alla Mobilità della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige, basato sull'art. 5, comma 2, l.p. 1/2006 e art. 7 del relativo Regolamento di esecuzione, avente a oggetto il rinnovo delle concessioni della linea di trasporto funiviario in servizio pubblico "Gletschersee II" sita nel Comune di Senales per una durata di undici anni.

L'Autorità, in linea con i propri precedenti, ha rilevato che, nei mercati in cui specifiche caratteristiche oggettive, tecniche, economiche o finanziarie, impongono o giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi a operare, ovvero l'esclusiva a favore di un soggetto, l'affidamento dei servizi deve avvenire, in linea di principio, mediante procedure a evidenza pubblica volte a individuare il concessionario sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, al fine di attenuare i possibili effetti distortivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario.

Analoga considerazione vale per il rinnovo della concessione (AS512, AS222, AS659, AS958). In questo contesto l'Autorità ha considerato rilevante la questione della natura pubblica o privata dell'area su cui insiste l'impianto di trasporto a fune, la cui concessione è oggetto di rinnovo. L'Ente destinatario del parere motivato è stato pertanto invitato a fornire gli opportuni chiarimenti sulla natura della suddetta area. L'Autorità ha infine considerato particolarmente estesa la durata del rinnovo delle concessioni, atteso che questa dovrebbe, di regola, essere giustificata da criteri di natura oggettiva (valutazioni tecniche, economiche e finanziarie) e non necessariamente parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività. Il valore degli investimenti già effettuati dal concessionario, ma non ancora ammortizzati, può infatti essere posto a base d'asta al momento della gara.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che il decreto assessorile, oggetto del parere motivato, fosse in contrasto con i principi fondamentali del diritto UE a tutela della concorrenza, trasparenza e pubblicità e, in quanto tali, disapplicabili¹⁶⁸.

A seguito del ricevimento del parere motivato, la Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige ha fornito chiarimenti e documentazione a supporto, specificando che l'impianto insiste su terreni appartenenti al patrimonio

¹⁶⁸ L'Autorità ha inviato contestualmente altri sette pareri motivati ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990 in merito alla medesima questione: AS1501 - AS1502 - AS1503 - AS1504 - AS1505 - AS1506 - AS1507. L'Autorità, tuttavia, a seguito dell'invio del parere e dell'acquisizione della documentazione inviata dalle varie Amministrazioni competenti, ha ritenuto di non esercitare il potere di impugnazione, attesa la natura privata delle aree su cui insistono i rispettivi impianti di risalita a fune.

indisponibile dell'Ente provinciale. Tale documentazione è stata ritenuta dall'Autorità non risolutiva delle criticità riscontrate. Pertanto, l'Autorità ha proposto ricorso avverso il decreto assessorile 15713/2017 al TAR territorialmente competente; il contenzioso è allo stato pendente¹⁶⁹.

AS1500 - SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA UE RELATIVO AI PACCHETTI TURISTICI E AI SERVIZI TURISTICI COLLEGATI

Nel marzo 2018, l'Autorità, a seguito di una richiesta di parere formulata dal Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, si è espressa, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, in merito allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2015/2302/UE, relativo ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati.

In particolare, con riferimento alla suddetta bozza di decreto, l'Autorità ha individuato alcune criticità dal punto di vista della tutela dei consumatori. Nello specifico, l'art. 51-*octies*, da un lato, attribuisce all'Autorità la competenza per l'applicazione di sanzioni amministrative a fronte di violazioni delle disposizioni relative ai contratti del turismo organizzato (Capo I dello schema di decreto); dall'altro, rinvia esplicitamente agli strumenti sanzionatori previsti dall'art. 27 del Codice del Consumo. La relazione di accompagnamento, invece, fa riferimento soltanto ai poteri istruttori dell'Autorità e al procedimento ivi previsto.

L'Autorità ha dunque sollevato dubbi interpretativi, attesa la coesistenza di un duplice regime sanzionatorio rappresentato, da un lato, dall'art. 27 del Codice del Consumo e, dall'altro, dall'art. 51-*septies* della bozza di decreto. Peraltro, l'art. 19 del Codice del Consumo non sembrerebbe consentire, alla luce del principio di specialità, l'applicazione di due sanzioni alla medesima violazione di legge di tutela dello stesso interesse, con il risultato che in relazione alla generalità delle violazioni contemplate dall'articolo 51-*septies* dovrebbero trovare applicazione unicamente le sanzioni (assai contenute) previste dalla stessa disposizione. Ciò determinerebbe che per la generalità delle violazioni troverebbero applicazione le sanzioni previste dall'art. 51-*septies*, mentre le sanzioni più gravi previste dall'art. 27 del Codice del Consumo troverebbero un'applicazione del tutto marginale, e cioè solo nel caso di pratiche commerciali scorrette. Peraltro, gran parte delle sanzioni previste dall'art. 51-*septies* si riferiscono a violazioni di obblighi informativi o comportamentali che potrebbero essere ugualmente sanzionate ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Inoltre, il medesimo articolo appare censurabile anche sotto il profilo della disparità di trattamento essendo lo stesso comportamento punito meno severamente

¹⁶⁹ Il TAR Trentino Alto Adige, con ordinanza 305/2018 del 25/10/2018, ha sospeso il giudizio e ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale.

se realizzato da un professionista che vende pacchetti turistici piuttosto che da un professionista che vende un singolo servizio turistico. L'Autorità ha infine ricordato di essere intervenuta, nel vigore della preesistente normativa in materia di pacchetti turistici che non prevedeva uno specifico apparato sanzionatorio, sanzionando, ai sensi della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette prevista dal Codice del Consumo, i casi di inadempimento di tipo informativo e comportamentale compiuti da agenzie *online* e *tour operators*.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato l'espunzione dell'art. 51-*septies* dallo schema del decreto legislativo in esame, fermo restando il testo attuale dell'art. 51-*octies*. Quest'ultima disposizione, infatti, consentirebbe l'accertamento da parte dell'Autorità delle violazioni delle disposizioni relative ai contratti del turismo organizzato (Capo I dello schema di decreto), avvalendosi non solo del modulo procedimentale di cui all'art. 27 del Codice del Consumo, ma anche del regime sanzionatorio ivi contemplato, così come accaduto in occasione dell'attribuzione di nuove competenze all'Autorità in sede di recepimento di altre direttive comunitarie.

AS1542 - REGIONE PIEMONTE - NUOVO REGOLAMENTO PER LE STRUTTURE EXTRALBERGHIERE NON IMPRENDITORIALI

Nell'agosto 2018, l'Autorità ha adottato un parere motivato, ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990, in merito ad alcune previsioni normative del decreto della Giunta Regionale della Regione Piemonte, n. 4/R dell'8 giugno 2018 recante *“Caratteristiche e modalità di gestione delle strutture ricettive extralberghiere, requisiti tecnico-edilizi ed igienico-sanitari occorrenti al funzionamento, nonché adempimenti per le locazioni turistiche (Articolo 18 della legge regionale 3 agosto 2017, n.13)”*.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che la nuova disciplina turistica riguardante le strutture extralberghiere contenga alcune previsioni idonee a introdurre ingiustificati vincoli all'operatività e all'accesso all'attività di ricezione extralberghiera nella Regione Piemonte, quali, ad esempio, le restrizioni di carattere temporale, dimensionale, funzionale, gestionale e quelle inerenti all'offerta di servizi accessori, in contrasto con i principi concorrenziali e con gli interventi normativi di liberalizzazione

L'Autorità, in linea con i propri precedenti (AS1239, AS1209, AS1147, AS1043), ha rilevato che detti vincoli appaiono costituire un limite ingiustificato alla libertà di impresa, suscettibile di comprimere la capacità concorrenziale delle singole strutture e di alterare il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali nel settore, nonché a imporre *ex lege* periodi di inattività particolarmente estesi solo con riguardo ad alcune tipologie di strutture e unicamente nel caso in cui la loro gestione avvenga in forma non imprenditoriale, limitando in maniera ingiustificata la libertà di iniziativa economica.

Con riferimento ai vincoli di natura dimensionale l'Autorità ha osservato, in linea con il proprio orientamento (AS1518), che gli stessi, in un'ottica generale, appaiono suscettibili di costituire una restrizione ingiustificata, idonea ad alterare o restringere le dinamiche concorrenziali e la capacità competitiva dei diversi operatori, nella misura in cui la concreta declinazione di tali vincoli non risponda a esigenze di ragionevolezza e sempre che gli stessi non siano determinati in maniera proporzionale alle suddette esigenze, non potendosi assimilare i requisiti dimensionali delle strutture ricettive extralberghiere a quelle proprie dell'edilizia abitativa. Quanto ai vincoli di carattere funzionale, essi potrebbero in subordine essere calibrati in funzione del pregio delle singole strutture, così da non gravare quelle appartenenti alle categorie inferiori di oneri non proporzionati.

Con specifico riferimento alle limitazioni all'attività di *home restaurant* all'interno di strutture ricettive extralberghiere, l'Autorità, in linea con un proprio precedente (AS1365), ha osservato che le stesse non appaiono giustificate in quanto limitano la possibilità di ampliare l'offerta dei servizi extralberghieri con i servizi di preparazione e somministrazione di cibi e bevande.

L'Autorità, in ordine ai vincoli di carattere igienico-sanitario, ha rilevato che consentire alle sole strutture afferenti alle categorie dei *bed and breakfast* e affittacamere di offrire ai propri clienti alimenti confezionati o provenienti da esercizi registrati o erogati mediante appositi macchinari o *dispenser* senza imporre l'osservanza della normativa HACCP, appare introdurre una limitazione della libertà di iniziativa economica delle altre tipologie di strutture extralberghiere. Inoltre, imporre ai gestori di strutture extralberghiere l'obbligo di impiegare prevalentemente prodotti tipici nella preparazione e somministrazione di alimenti e bevande, appare costituire un vincolo non giustificato al libero esercizio dell'attività di impresa, suscettibile di incidere negativamente sulla qualità e varietà dell'offerta di tali servizi.

A seguito del ricevimento del parere motivato, la Regione Piemonte ha informato l'Autorità di ritenere legittimo il proprio operato. I chiarimenti forniti non sono stati ritenuti risolutivi delle criticità riscontrate, pertanto, l'Autorità ha proposto ricorso avverso il decreto n. 4/R dell'8 giugno 2018 al TAR territorialmente competente; il contenzioso è allo stato pendente¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Analoghi rilievi sono stati sollevati dall'Autorità nella segnalazione AS1482 formulata ai sensi dell'art. 21 della l. 287/1990 in merito alla legge della Regione Emilia Romagna n. 16/2004 recante "*Disciplina delle strutture ricettive dirette all'ospitalità*", oltre che nel parere AS1518 ai sensi dell'art. 22 rilasciato su richiesta alla Regione Calabria.

4. Sviluppi giurisprudenziali

Nell'ultimo anno solare (gennaio-dicembre 2018) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del giudice amministrativo di primo e secondo grado, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza ovvero a seguito di suoi ricorsi ex art. 21-bis della l. 287/1990.

Segue l'indicazione dei principi più significativi enucleabili da dette pronunce.

Profili sostanziali

Disciplina antitrust e normative settoriali

Il TAR Lazio ha ricordato che *“Il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (Corte di Giustizia CE 6 dicembre 2012, C-457/10, Astrazeneca). Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce delle singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente. Diversamente opinando, l'abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti se visti solo alla luce di settori dell'ordinamento diversi da quello della concorrenza”*¹⁷¹.

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante

Il giudice amministrativo ha ribadito la consolidata giurisprudenza secondo cui *“il mercato «rilevante» si definisce con riferimento sia ai tipi di prodotto o servizio (che debbono essere intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei prezzi e dell'uso finale), sia all'ambito geografico (inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue)”*. *“La definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche”*, dando luogo a un'operazione *“di «contestualizzazione» delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il «mercato rilevante», al caso specifico”*, implicando *“margini di opinabilità”*: pertanto, la definizione del mercato rilevante *“non è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo,*

¹⁷¹ Sentenza 31 maggio 2018, n. 6080, A484 - UNILEVER /DISTRIBUZIONE GELATI.

se non per vizi di illogicità estrinseca”.

Inoltre, *“anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l’incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata”*, onde esso può coincidere anche con una singola gara o con più gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale¹⁷².

Definizione di mercato rilevante nell’ambito di valutazione delle intese

Sul mercato rilevante, il Consiglio di Stato ha fatto rinvio alla giurisprudenza consolidata secondo cui *“l’individuazione del mercato rilevante nel giudizio in materia antitrust dev’essere diversamente calibrata in relazione alla natura dell’illecito contestato. Diversamente dai casi di concentrazioni e di accertamenti della posizione dominante, in cui la definizione del mercato rilevante è presupposto dell’illecito, in presenza di un’intesa illecita la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all’individuazione dell’intesa poiché l’ampiezza e l’oggetto dell’intesa medesima circoscrivono il mercato”*¹⁷³.

Intese

Nozione di accordo e pratica concordata

Sulla nozione di accordo e pratica concordata il Consiglio di Stato ha fatto rinvio al consolidato principio secondo cui *“‘accordi’ e ‘pratiche concordate’ sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (...), e possono coesistere anche nell’ambito di una stessa intesa”*. In particolare, *“La fattispecie dell’accordo ricorre quando le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, e ciò, anche senza fare ricorso ad un contratto vincolante o ad altro documento scritto; la pratica concordata, invece, corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un’espressa collaborazione fra le stesse al rischio competitivo, influenzando le condizioni concorrenziali sul mercato”*¹⁷⁴.

¹⁷² Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010 e 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., tutte relative al caso I771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

¹⁷³ Sentenze 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - *Forniture Trenitalia*; 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - *Barriere stradali* e 15 febbraio 2018, n. 1821, I776 - *Poliuretano espanso flessibile*. Così pure Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8535 e aa., I793 - *Aumento prezzi cemento* e Tar Lazio, I, 20 aprile 2018, nn. 4401 e aa., I789 - *Agenzie di modelle*.

¹⁷⁴ Consiglio di Stato, VI, nelle sentenze 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; 2 luglio 2018, n. 4010, e 21 marzo 2018, n. 1822, nonché 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., tutte sul caso I771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI; 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI. Cfr. anche Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - *SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA*; Consiglio di Stato, 13 dicembre 2018, n. 07320 e Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn., 8534 e aa., I793 - *AUMENTO PREZZI CEMENTO*; Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, nn. 4466 e aa., nonché 18 aprile 2018, n. 4268, tutte relative a I792 - *GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA*.

Principio di autonomia delle condotte

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, *“ciascun operatore economico de(ve) determinare in maniera autonoma il suo comportamento nel mercato di riferimento. Nel fare ciò, l'operatore terrà lecitamente conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non essendogli, per contro, consentito instaurare con gli stessi contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato”*¹⁷⁵.

Intesa e fattispecie di pericolo

Il giudice amministrativo ha ribadito che *“un'intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il vulnus al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato”*¹⁷⁶.

Prova dell'intesa

Con riguardo alla prova dell'intesa, è stato confermato il principio secondo cui *“la giurisprudenza nazionale, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (c.d. smoking gun, quali testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente e necessaria in questa materia l'emersione di indizi, purché seri, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata”*¹⁷⁷. Pertanto, l'accertamento di un'intesa non richiede *“la prova documentale (o altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali), atteso che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo”*¹⁷⁸, e potendo le prove essere completate con *“deduzioni che permettano di ricostituire taluni dettagli, attraverso un certo numero di*

¹⁷⁵ Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., 1796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA; Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010, e 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., nonché 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI; Consiglio di Stato, 13 dicembre 2018, n. 07320 e Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., tutte relative a 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, nn. 4466, e 18 aprile 2018, n. 4268, tutte relative al caso 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

¹⁷⁶ Consiglio di Stato, VI, 15 febbraio 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE; Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8536 e aa., 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268 e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., relative a 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA; Tar Lazio, I, 20 aprile 2018 nn. 4401 e aa., 1789 - AGENZIE DI MODELLE.

¹⁷⁷ Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI; Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, 1723 - BARRIERE STRADALI; Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., 1796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA; Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., e 18 aprile 2018, n. 4268, tutte relative a 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

¹⁷⁸ Consiglio di Stato, VI, 15 febbraio 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE.

coincidenze e di indizi”¹⁷⁹. Ha aggiunto il Consiglio di Stato che “l’eventuale sussistenza di alcuni profili di discrasia nel quadro indiziario non sarà idonea a travolgere la complessiva tenuta dell’impianto accusatorio, salvo nelle ipotesi (...) in cui le incongruenze risultino di tale gravità e rilevanza da compromettere la coerenza complessiva del quadro ricostruttivo delineato dall’Autorità”¹⁸⁰.

Ciò premesso in punto di prova dell’intesa, nelle medesime sentenze il giudice di secondo grado ha ribadito l’indirizzo contrario a qualsiasi tentativo delle ricorrenti di prospettare una valutazione “atomistica”, e cioè parcellizzata e frammentaria, degli elementi di prova¹⁸¹.

Prova della pratica concordata

Con specifico riguardo alla prova della pratica concordata, è stata confermata la consolidata distinzione tra elementi di prova “endogeni, afferenti l’anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro” ed elementi “esogeni, quali l’esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni di qualunque tipo”¹⁸². Inoltre, “La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto sul quale ricade l’onere della prova: nel primo caso, la prova dell’irrazionalità delle condotte grava sull’Autorità, mentre, nel secondo caso, l’onere probatorio contrario viene spostato in capo all’impresa”¹⁸³.

Prova dell’intesa e dissociazione

Il Consiglio di Stato ha rammentato che, ai fini della prova della partecipazione di un’impresa a un’intesa, è sufficiente dimostrare che questa abbia “partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta”; in tal caso, “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

¹⁷⁹ Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso I771 - SERVIZI DI POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI; Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA.

¹⁸⁰ Consiglio di Stato, VI, nelle sentenze 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso I771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

¹⁸¹ Nello stesso senso Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA.

¹⁸² Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA; Consiglio di Stato, 13 dicembre 2018, n. 07320 e Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., relative a I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative al caso I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

¹⁸³ Consiglio di Stato, VI, 29 marzo 2018, nn. 2003 e 2004, I771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI; Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA; Consiglio di Stato, 13 dicembre 2018, n. 07320 e Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268, e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative a I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

*concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro*¹⁸⁴.

Intesa per oggetto e per effetto

Il Consiglio di Stato ha confermato la distinzione tra intese “per oggetto” e “per effetto”, rilevando che *“i termini “oggetto” ed “effetto” costituiscono semplicemente diverse prospettive di uno stesso fenomeno, che passa da un effetto anticoncorrenziale potenziale (oggetto) a un effetto anticoncorrenziale effettivamente prodotto (effetto)”*. Nel caso di intese “per oggetto” *“non occorre verificarne gli effetti restrittivi concreti dell'intesa al fine della sua qualificazione in termini di illiceità, in quanto l'ordinamento sanziona già di per sé l'effetto potenziale della restrizione”*¹⁸⁵. Al tale proposito, il giudice ha rinviato alla giurisprudenza comunitaria secondo cui *“alcune forme di coordinamento tra imprese rilevano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario”*. Trattasi *“delle forme di coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto” - come la fissazione di prezzi, la spartizione del mercato, il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. “bid rigging”) - che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato”*¹⁸⁶.

Intesa unica e complessa

Il Tar Lazio ha ricondotto l'intesa unica e continuata alla *“sussistenza di un piano di insieme e della complementarità delle condotte, nonché la generale conoscenza, indipendentemente dai diversi apporti o vantaggi pratici riferibili alle singole parti del procedimento, di tutte le parti dell'esistenza del generale disegno collusivo e la loro consapevolezza di concorrere alla produzione di un complessivo meccanismo anticoncorrenziale”*, senza che la continuità dell'infrazione possa *“essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico - nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale - isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati e/o circoscritti periodi”*¹⁸⁷. In tali casi, i singoli comportamenti delle imprese *“devono essere considerati quali “tasselli di un mosaico”, i cui elementi non sono significativi “in sé”, ma come parte di un disegno unitario”*¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Nelle pronunce 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso I771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI. Conforme Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

¹⁸⁵ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FURNITURE TRENITALIA; Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 21 marzo 2018, n. 1822, nonché 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., I771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

¹⁸⁶ Tar Lazio, I, 20 aprile 2018, nn. 4401 e aa., I789 - AGENZIE DI MODELLE; Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268 e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative a I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

¹⁸⁷ Tar Lazio, I, 20 aprile 2018, nn. 4401 e aa., I789 - AGENZIE DI MODELLE, Così pure Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

¹⁸⁸ Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA.

Intesa e pregiudizio al commercio tra Stati membri

Il Tar Lazio ha affermato che il pregiudizio al commercio intracomunitario, con conseguente applicazione dell'art. 101 TFUE “*va interpretato [sia] tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri (comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 - Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato), sia che le imprese sanzionate (...) rappresentano una quota superiore all'80% degli operatori attivi nel mercato geografico rilevante interessato dalla concertazione, con conseguente idoneità ad incidere anche sul commercio intracomunitario*”¹⁸⁹.

Intesa e crisi di settore

Confermando l'orientamento giurisprudenziale sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che “*neppure l'eventuale esistenza di una crisi nel settore può integrare 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 [attuale art. 101.3 TFUE]*”¹⁹⁰.

Intesa ed elemento soggettivo

Il giudice amministrativo ha confermato 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*”¹⁹¹. Si è anche aggiunto che “*Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il 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*”¹⁹².

Intesa segreta

Il giudice ha ritenuto integrata la segretezza dell'intesa alla luce del fatto che “*la parte preponderante del supporto probatorio adoperato dall'Autorità è costituito da scambi di mail intercorsi tra le parti e non*

¹⁸⁹ Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, nn. 4467 e 4468, I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA

¹⁹⁰ Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI

¹⁹¹ Consiglio di Stato, VI, 21 marzo 2018, n. 1821, I776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE.

¹⁹² Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; Consiglio di Stato, VI, 21 marzo 2018, n. 1821, I776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE.

conoscibili all'esterno e, soprattutto, dagli schemi preparatori per la spartizione dei lotti in sede di gara, reperiti in sede di ispezione su appunti redatti a mano da rappresentanti delle parti"¹⁹³ nonché laddove "per averne la prova si è dovuta acquisire corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta dal segreto epistolare"¹⁹⁴.

Intesa di prezzo

Il Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato principio secondo cui "sono vietate 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 del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità"¹⁹⁵. A tal proposito è stato aggiunto che "l'obiettivo di un cartello ben può consistere anche soltanto nell'attenuare in maniera collusiva la riduzione dei prezzi di taluni beni o servizi in un contesto caratterizzato da fattori esogeni quali ad esempio la progressiva crisi di un settore o la riduzione della domanda", non essendo infatti "vietate unicamente quelle intese «che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali»"¹⁹⁶.

Secondo il giudice amministrativo la concertazione delle rispettive politiche di prezzo "rientra tra le più gravi restrizioni della concorrenza già per il suo "oggetto" (c.d. "hardcore"), senza bisogno che ne sia provato l'effetto"¹⁹⁷, "anche quando riguarda prezzi nominali o "listini"¹⁹⁸.

Con specifico riferimento alle delibere associative aventi a oggetto i prezzi, si è altresì ricordato che "le indicazioni di associazioni di imprese di tenere un determinato livello di prezzi, anche laddove non vincolanti e costituenti una mera raccomandazione, costituiscono intese restrittive della concorrenza, anche nell'ipotesi in cui richiamino a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della prestazione"¹⁹⁹.

Intesa di spartizione del mercato

Il giudice amministrativo ha ribadito che "Le intese finalizzate alla ripartizione dei mercati hanno un oggetto restrittivo della concorrenza in sé e appartengono a una categoria di accordi espressamente vietati

¹⁹³ Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268, e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

¹⁹⁴ Consiglio di Stato 21 dicembre 2018, n. 7320, 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

¹⁹⁵ Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., nonché 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative a 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

¹⁹⁶ Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., nonché 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative a 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

¹⁹⁷ Ancora Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., nonché 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative a 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

¹⁹⁸ Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, n. 8536 e aa., 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

¹⁹⁹ Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., nonché 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative a 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché un siffatto oggetto non può essere giustificato mediante un'analisi del contesto economico e giuridico in cui si iscrive la condotta anticoncorrenziale di cui trattasi"²⁰⁰.

Intesa e scambio di informazioni

Il Consiglio di Stato ha confermato che lo scambio di informazioni può costituire una restrizione della concorrenza “qualora riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese”, il che tipicamente accade in ragione della “natura strategica delle informazioni scambiate (ad esempio, prezzi effettivi, sconti, aumenti, riduzioni o abbuoni)”, anche se “riferiti a comportamenti di prezzo storici”, dovendosi all'uopo verificare: “a) se i dati vengono forniti alle parti in modo aggregato o individualizzati; b) l'età dei dati, c) la frequenza dello scambio di dati; d) se le informazioni sono pubbliche, ovvero facilmente accessibili per tutti i concorrenti e i consumatori (in termini di costi di accesso)”²⁰¹.

Intesa e strumenti civilistici leciti

Il Consiglio di Stato ha ribadito che “La circostanza che la costituzione di imprese e lo scambio di informazioni e la spartizione di clienti costituiscano negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto antitrust, allorché risulti che la concreta funzione socioeconomica dell'affare sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative”. Infatti, poiché molti istituti civilistici sono ‘neutri’ sotto profili antitrust deve essere “verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali”²⁰².

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante e speciale responsabilità

Il Tar Lazio ha richiamato il consolidato orientamento secondo cui “la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (...). L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante,

²⁰⁰ Sentenze del Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA; 29 maggio 2018, n. 3197, 1723 - BARRIERE STRADALI e 15 febbraio 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE. Così anche Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268; 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative a 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA; Tar Lazio, I, 20 aprile 2018, nn. 4401 e aa., 1789 - AGENZIE DI MODELLE.

²⁰¹ Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

²⁰² Consiglio di Stato, VI, 15 febbraio 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE; Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso 1771 - POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI.

atteso che l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi"²⁰³.

Nella medesima sentenza il giudice di primo grado ha riaffermato il consolidato principio secondo il quale *"la dominanza genera nell'impresa una "speciale responsabilità" di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto"*. Tuttavia, non essendo la posizione dominante di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, è necessario *"individuare una linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" della posizione di concorrente dominante, ciò che dovrà avvenire in ragione del principio generale di proporzionalità"*.

Oggetto ed effetti dell'abuso

Secondo quanto ribadito dal Tar Lazio, ai fini dell'abuso, *"una volta appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale, non occorre anche che se ne verifichino gli effetti concreti"*. Il medesimo giudice ha declinato il principio in relazione a un abuso realizzato mediante un sistema di scontistica, aggiungendo che anche in tal caso *"l'effetto anticoncorrenziale ... deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso rivesta carattere grave o notevole (così Corte di giustizia UE, sez. II, 06 ottobre 2015, n. 23, Post Danmark)"*²⁰⁴.

Abuso - Fattispecie

Il Tar Lazio ha osservato che *"anche alla luce della (...) portata proteiforme della nozione di abuso, derivante dalla non esaustività dell'elenco contenuto nell'art. 102 del Trattato, (...) l'applicazione della suddetta disposizione implica un'attività di "contestualizzazione", frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate (...) al caso specifico"*, con implicazione di *"un ineliminabile 'margine di opinabilità'"*²⁰⁵.

Abuso mediante esclusive e sconti

Con riguardo a un abuso mediante *"pervasiva presenza di accordi di esclusiva, la cui idoneità ad alterare la concorrenza è solo rafforzata da una pluralità di condotte, tra cui rientrano anche gli sconti e gli altri incentivi indicati nel provvedimento impugnato"*, il Tar Lazio ha rilevato che, a differenza del precedente giurisprudenziale europeo *Intel*, *"il "AEC test" (test del concorrente altrettanto efficiente) non era necessario, sia*

²⁰³ Tar Lazio, I, nella pronuncia 31 maggio 2018, n. 6080, A484 - UNILEVER /DISTRIBUZIONE GELATI.

²⁰⁴ Ib.

²⁰⁵ Ib

perché non si è in presenza di un abuso attuato solo a mezzo di una politica di sconti, sia perché, nel caso Intel, l'annullamento della decisione di primo grado dal parte della Corte di Giustizia è stata determinata da una peculiare situazione di fatto e non ha affatto comportato l'affermazione di un principio generale secondo cui il test AEC sarebbe sempre condizione della completezza dell'istruttoria"²⁰⁶.

Sanzioni

Sanzioni e imputazione dell'illecito - Parent liability e continuità economica

Il Consiglio di Stato ha confermato il principio secondo cui *"il comportamento illecito di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo autonoma personalità, la prima si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla seconda, alla luce in particolare dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche (...). In tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica (...). Nella particolare ipotesi in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della sua controllata che ha commesso un'infrazione alle norme in materia di concorrenza dell'Unione, sussiste una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante nei confronti della sua controllata*"²⁰⁷. Ne consegue la *"estensione della base patrimoniale a cui commisurare la sanzione*"²⁰⁸.

Con riguardo alla continuità economica è stata inoltre confermata la costante giurisprudenza per cui *"qualora un ente che ha commesso un'infrazione alle norme sulla concorrenza sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti. Infatti, se le imprese potessero sottrarsi alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità sia stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa, lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive sarebbe compromesso (sentenza ETI e a.)"*. Inoltre, *"il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora non impedisce, di per sé, che venga sanzionato l'ente a cui esso ha trasferito*

²⁰⁶ Ib.

²⁰⁷ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI).

²⁰⁸ Tar Lazio, I, 2 luglio 2018, n. 7276, e 10 luglio 2018, n. 7658, I783B - ACCORDO TRA OPERATORI DEL SETTORE VENDING - RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE.

*le sue attività economiche. In particolare, una tale configurazione della sanzione è ammissibile qualora tali enti siano stati sotto il controllo dello stesso soggetto e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali*²⁰⁹.

Sulla distinta questione dell'imputabilità a un'impresa della condotta posta in essere dai suoi concessionari, il Tar Lazio ha affermato che un comportamento unitario può aver luogo *“non solo nei rapporti capofila-controllata, ma anche (...) nei rapporti tra una società e il suo rappresentante di commercio e o tra un committente e il suo commissionario”*; infatti, *“quando svolge attività a vantaggio del committente, un (...) intermediario può (...) essere considerato, in linea di massima, come un organo ausiliario facente parte dell'impresa del committente, tenuto a seguire le istruzioni di questi e tale da formare con detta impresa, alla stessa stregua di un dipendente ad esso legato da un rapporto di lavoro subordinato, una sola entità economica*²¹⁰.

Prescrizione e illecito permanente

Secondo il Consiglio di Stato non è consentito assoggettare i comportamenti costitutivi di un'unitaria infrazione a termini di prescrizione distinti: infatti, *“mentre nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione della lesione del bene tutelato, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui la condotta illecita si è manifestata per la prima volta, fino alla cessazione dell'infrazione complessivamente considerata. Tale assunto è del resto confermato dall'art. 8 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, il quale – sia pure con riferimento al termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust – prevede che esso «non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata»*²¹¹.

Il Tar Lazio ha ribadito la natura di illecito permanente di una delibera di associazione di imprese, affermando che laddove *“la condotta sanzionata è consistita in comportamenti (...) reiterati nel tempo, a mezzo dei quali, anche con la collaborazione prestata dall'Associazione nell'attività di designazione e di monitoraggio, il censurato modulo procedimentale ha avuto costante attuazione; così che gli effetti della condotta (...) erano ancora in corso, quanto alla fissazione dei prezzi, al momento dell'adozione del provvedimento dell'AGCM”*, allora *“nessun termine prescrizioneale può*

²⁰⁹ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA.

²¹⁰ Tar Lazio, I, 31 maggio 2018, n. 6080, A484 - UNILEVER /DISTRIBUZIONE GELATI.

²¹¹ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA.

dirsi (...) maturato”, trattandosi di “condotta che, attuando nel tempo e in maniera costante, un unico disegno anticoncorrenziale, non è in alcun modo riconducibile alla fattispecie degli illeciti istantanei”²¹².

Ciò posto, il Consiglio di Stato ha ricordato che *“il termine di prescrizione si interrompe con qualsiasi atto procedimentale dell’Autorità destinato all’accertamento o alla repressione dell’infrazione”²¹³.*

Sanzioni e Linee guida

Quanto all’applicazione delle Linee guida *ratione temporis*, è stato confermato che, come previsto al punto 35, le stesse *“si applicano ai procedimenti in corso, nei quali non sia stata notificata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie, di cui all’articolo 14, comma 1, del DPR n. 217/98”*. Secondo il giudice, *“va dunque escluso che con l’adozione delle Linee Guida sulle sanzioni e con la loro applicazione nel caso di specie, sarebbe stato introdotto retroattivamente un trattamento sanzionatorio peggiorativo rispetto alla consolidata prassi precedente, in violazione dell’art. 7 CEDU, considerato che le stesse Linee Guida si sono limitate a formalizzare orientamenti giurisprudenziali oramai noti e consolidati sul carattere dissuasivo e sull’efficacia deterrente della sanzione antitrust e sulla gravità delle c.d. intese hardcore, impedendo di individuare la violazione di un legittimo affidamento degli interessati”²¹⁴.*

Sanzione simbolica

Il Tar Lazio ha rilevato come *“l’irrogazione di una sanzione di importo simbolico sia delineata dall’art. 33 delle linee guida come una mera possibilità, rimessa alla valutazione discrezionale dell’Autorità che, solo in caso di concessione, dovrà individuare nel provvedimento le ragioni dell’applicazione dell’istituto”²¹⁵.*

Violazioni molto gravi

Il Tar Lazio ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui, in caso di accertamento di un’intesa *“hardcore”*, restrittiva per oggetto, *“il pregiudizio alla libera concorrenza è punibile in sé, a prescindere dagli effetti anticompetitivi in concreto”²¹⁶*. Detto principio è stato specificamente ribadito dal Tar Lazio con riferimento a un’intesa orizzontale di prezzo, confermando che una tale intesa ha *“conseguente natura di consistente gravità in sé considerata, senza necessità di ulteriori indagini sulle effettive conseguenze concrete”²¹⁷.*

²¹² Tar Lazio, I, nella sentenza 1 giugno 2018, n. 6105, I797 - CONSIGLIO NOTARILE DI ROMA, VELLETRI E CIVITAVECCHIA.

²¹³ Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI.

²¹⁴ Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, nn. 4467 e 4468, I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

²¹⁵ Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, n. 8545, I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²¹⁶ Tar Lazio, I, 20 aprile 2018, nn. 4401 e aa., I789 - AGENZIE DI MODELLE.

²¹⁷ Sentenze Tar Lazio 30 luglio 2018, n. 8542, I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO e 18 aprile 2018, n. 4268 e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative al caso I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

Importo base - Valore delle vendite

Il Tar Lazio ha ritenuto “corretta l'utilizzazione, per determinare il valore delle vendite di beni e servizi ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, dell'importo delle vendite realizzate dalle società del gruppo anche se non risulti accertata la loro effettiva connessione con l'intesa stessa”²¹⁸. Il Consiglio di Stato ha aggiunto che “non appare irragionevole tenere conto dei ricavi infragruppo, essendo anch'essi espressive della “dimensione economica” dell'impresa. Perché non si tratta di misurare il «reddito» complessivo del gruppo di imprese - nel bilancio consolidato le relazioni tra imprese consociate, perdono il loro significato e devono quindi essere eliminate mediante scritture di assestamento - devono prendersi in considerazione non solo transazioni tra imprese indipendenti, ma anche quelle tra imprese infragruppo, sempreché ovviamente le politiche applicate trasfuse negli accordi contrattuali comportino l'applicazione di valori di mercato”²¹⁹.

Valore delle vendite e gare

Con riferimento al valore delle vendite nel caso di intesa volta all'alterazione di una gara (c.d. *bid rigging*), il Tar Lazio ha considerato corretto il “riferimento all'importo oggetto di aggiudicazione e non al fatturato effettivamente realizzato, atteso che la funzione “dissuasiva” della sanzione antitrust, volta ad impedire a priori una concertazione in funzione anticoncorrenziale, deve riferirsi al momento della condotta legata alla specifica fattispecie e agli elementi allora in possesso delle imprese, ivi compreso l'importo base della gara oggetto dell'accordo anticompetitivo. Non rileva, quindi, la successiva effettiva misura di realizzazione del ricavato “in concreto”, dato che se il pregiudizio per il rapporto di libera concorrenza è punibile in sé, a prescindere dagli effetti anticompetitivi in concreto fatti registrare sul mercato, ne consegue che anche il fatturato di riferimento non può che essere scisso da quanto in concreto realizzato”²²⁰. Inoltre, “il punto 18 delle Linee Guida non prevede alcuna forma di scomputo dall'intero importo di aggiudicazione nell'ipotesi di quote affidate in subappalto”²²¹.

Importo base della sanzione per le intese hardcore

Il Consiglio di Stato, con riguardo al caso di un'intesa c.d. *hardcore* ha confermato che “è legittimo applicare, per le restrizioni più gravi, come quelle in esame, «un tasso di almeno il 15% del valore delle vendite,

²¹⁸ Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8535 e 8538, 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²¹⁹ Consiglio di Stato 26 luglio 2018, n. 4577, 1559B - MERCATO DEL CALCESTRUZZO - RIDETERMINAZIONE SANZIONE.

²²⁰ Tar Lazio, I, nelle sentenze 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., 1796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA, nonché nelle sentenze 18 aprile 2018, n. 4268, e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative a 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

²²¹ Tar Lazio 24 aprile 2018, nn. 4467 e 4468, 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

che costituisce il minimo del “valore più alto”, di cui al punto 23 degli orientamenti del 2006, per tale tipo d’infrazione»²²².

Sanzioni e imprese c.d. “monoprodotto”

Il Consiglio di Stato ha ribadito che la circostanza per cui nel caso di imprese monoprodotto l’applicazione del minimo edittale del 15% implichi tendenzialmente il raggiungimento del massimo edittale del 10% “non può ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza e proporzionalità con discriminazioni non consentite rispetto alle imprese multiprodotto”. Infatti, “la diversità delle fattispecie giustifica una applicazione diversa alle due tipologie di imprese”, in quanto nel caso di impresa monoprodotto “l’illecito copre l’intera attività dell’impresa stessa e dunque assume una maggiore gravità in quanto è l’intero fatturato che ottiene vantaggi dalla stipulazione di tale accordo”²²³. Parimenti ha statuito il Tar Lazio, secondo cui “La circostanza che le vendite, in caso di azienda monoprodotto, portino ad una minore incidenza del tetto del 10%, in virtù della minore distanza tra le vendite di quel determinato prodotto oggetto del comportamento antitrust e il fatturato globale, non appare integrare una violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza della sanzione”, atteso che “l’impresa pone in essere l’illecito attendendo di ricavare dalla violazione (...) maggiori vantaggi relativi all’intera attività da essa svolta, e quindi per la determinazione della sanzione deve essere utilizzata la medesima base di calcolo, anche al fine di mantenere l’effetto di deterrenza”; pertanto, “Per le imprese monoprodotto il limite del 10% del fatturato totale previsto dall’art. 15 della legge n. 287/90 costituisce anzi una garanzia che opererà in modo più incisivo, stante la tendenziale coincidenza fra fatturato specifico e generale (...) configurandosi in tal modo (...) una fattispecie di favore per la c.d. impresa monoprodotto”²²⁴.

Sanzioni ed esimenti

Il Consiglio di Stato ha fatto rinvio alla nota giurisprudenza europea secondo cui “in presenza di comportamenti d’imprese in contrasto con il diritto antitrust, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti (con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato), l’autorità (...) non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi soltanto qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale, mentre può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità

²²² Consiglio di Stato, VI, 21 marzo 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE. Conforme Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, n. 8534 e aa., 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²²³ Consiglio di Stato, nella sentenza 21 marzo 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE.

²²⁴ Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, n. 8534 e aa., 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito (come stabilito dalla Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/01)”²²⁵.

Circostanze attenuanti - Legittimo affidamento

Il Tar Lazio ha ritenuto che per l'integrazione del c.d. legittimo affidamento *“occorre la presenza di indicazioni di liceità fornite dalle istituzioni in modo ufficiale e sufficientemente chiaro. A tale necessaria netta e inequivoca presa di posizione non può essere assolutamente parificata la mancata riattivazione, a seguito di annullamento giurisdizionale e per vizi formali, di un procedimento definito in maniera favorevole all'impresa”²²⁶.*

Circostanze attenuanti - Ruolo marginale

Secondo quanto affermato dal Tar Lazio, l'attenuante relativa al ruolo marginale nell'illecito richiede che l'impresa non abbia nei fatti *“concretamente attuato la pratica”*, per modo che non può essere concessa all'impresa che abbia avuto non solo piena consapevolezza dell'intesa ma decida di permanervi nel tempo pur avendo l'occasione di uscire dalla concertazione²²⁷.

Circostanze attenuanti - Collaborazione

Il Consiglio di Stato ha fatto rinvio al consolidato orientamento secondo cui *“La mancata concessione della circostanza attenuante della collaborazione, si giustifica in quanto il riconoscimento della stessa (che pure rientra nell'ambito di valutazioni ampiamente discrezionali dell'Autorità) presuppone un contributo particolarmente qualificato, nel senso di essere idoneo ad agevolare concretamente l'accertamento e la repressione della condotta illecita. Non è integrata, invece, dalla collaborazione informativa e documentale dovuta per legge”²²⁸.* Al proposito, si è ritenuto che, laddove gli impegni siano oggetto di un *“giudizio severo sulla loro assoluta inidoneità a superare le criticità anticoncorrenziali nella loro sostanza, (gli stessi) non (possono) essere, coerentemente, ritenuti cause attenuanti”²²⁹.*

Circostanze attenuanti - Programmi di compliance

In ordine alla valutazione dei c.d. programmi di *compliance*, il Tar Lazio ha affermato che *“la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma secondo una valutazione ampiamente discrezionale dell'Autorità sul punto”*, nonché laddove *“l'adozione del*

²²⁵ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA.

²²⁶ Tar Lazio, I, 31 maggio 2018, n. 6080, A484 - UNILEVER /DISTRIBUZIONE GELATI.

²²⁷ Tar Lazio, I, nelle sentenze 18 aprile 2018, n. 4268, e 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

²²⁸ Consiglio di Stato 29 maggio 2018, n. 3197, 1723 - BARRIERE STRADALI; parimenti Tar Lazio, I, 1 giugno 2018, n. 6105, 1797 - CONSIGLIO NOTARILE DI ROMA, VELLETRI E CIVITAVECCHIA.

²²⁹ Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8538 e 8542, 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

programma è stata deliberata dalla ricorrente in data successiva alla ricezione delle Cri (comunicazione delle risultanze istruttorie)”²³⁰.

Circostanze attenuanti - Ravvedimento operoso

Il Consiglio di Stato ha richiamato il principio secondo cui *“la mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'attività istruttoria non costituisce di per sé una circostanza attenuante”²³¹.*

Inability to pay

Il Tar Lazio ha rammentato che, stante il disposto di cui al p. 31 delle Linee Guida e la consolidata prassi UE, *“il riconoscimento di una riduzione della sanzione per la c.d. inability to pay ha carattere del tutto eccezionale, posto che la previsione di un tetto massimo alla sanzione irrogabile, pari al 10% del fatturato, già assicura che la sanzione di regola non sia eccessiva rispetto alla capacità contributiva dell'impresa”²³²*e, in ogni caso, esso è compiuto sulla base di una *“analisi degli indici di profittabilità e di liquidità dell'azienda”²³³*, tenendo altresì conto dell'intervenuta concessione della rateazione della sanzione che ha consentito alle imprese di mantenere operativa l'attività sociale²³⁴.

Sanzioni e soglia legale massima

Ha sottolineato il Consiglio di Stato che *“Il parziale “livellamento” del trattamento sanzionatorio determinato (ex post) dall'abbattimento delle sanzioni entro il limite legale del 10% del fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio chiuso (...), non pone problemi di legittimità costituzionale o comunitaria, atteso che si tratta, comunque, di una rimodulazione della sanzione che avviene in un'ottica di favor per il soggetto sanzionato, al fine di porre dall'esterno un limite alla discrezionalità dell'AGCM, che in mancanza di tale tetto sarebbe (data anche l'ampiezza del limite edittale interno) eccessivamente ampia”²³⁵.* In caso di accertamento di più intese, il non superamento del limite massimo edittale va verificato in relazione a ciascuna intesa, onde rimane esclusa la violazione del massimo edittale lamentata da chi parta *“dal presupposto di considerare unica la sanzione risultante dalla somma di quelle irrogate alla ricorrente nelle tre distinte intese”²³⁶.*

Ha chiarito inoltre il Consiglio di Stato che *“il riferimento all'ultimo esercizio chiuso (...) è imperativo, nel senso che esso opera ogni volta che si sia in presenza di un “esercizio completo durante il quale sono state*

²³⁰ Sentenze Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, nn. 8534 e aa., , 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO; 18 aprile 2018, n. 4268, e 24 aprile 2018, nn. 4485 e 4471, 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

²³¹ Consiglio di Stato, VI, 21 marzo 2018, n. 1821, 1776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE.

²³² Tar Lazio, 30 luglio 2018, n. 8539, 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²³³ Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268, 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

²³⁴ Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, n. 8539, 1793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²³⁵ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA.

²³⁶ Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, n. 4486, 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

effettivamente svolte attività commerciali”; ci si deve invece riferire ad un esercizio precedente solo quando un fatturato per l’esercizio di riferimento manchi del tutto, oppure l’impresa non ha predisposto i conti annuali, oppure non li ha comunicati all’Autorità”²³⁷.

Profili procedurali

Decadenza dal potere

Il giudice amministrativo ha confermato che il decorso dei 90 giorni di cui all’art. 14 della l. n. 689/81 per la contestazione dell’infrazione è collegato *“non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell’infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all’acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell’infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell’acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione”²³⁸.*

Proroga del procedimento

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che *“Dalla lettura dell’art. 6 del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (...) si evince che l’ordinamento non ha inteso prefigurare alcun termine, tantomeno perentorio, per la conclusione del procedimento sanzionatorio (conformemente peraltro all’art. 2, comma 5, della legge n. 241 del 1990, secondo cui «le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza»), rimettendone la fissazione alla valutazione discrezionale dell’organo procedente, avuto riguardo alle caratteristiche della vicenda di volta in volta sottoposta al suo vaglio. Per evidenti motivi di coerenza logica, l’Autorità – come ha il potere di autodeterminare caso per caso il periodo temporale necessario alla conclusione del procedimento, così – ha il potere di rimeditarne la durata in corso di accertamento, purché ciò avvenga prima della scadenza della data inizialmente fissata e con atto congruamente motivato”²³⁹.*

Motivazione del provvedimento

È stato ribadito il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui *“non sussiste un obbligo, in capo all’Autorità, di motivare specificamente*

²³⁷ Consiglio di Stato, 13 dicembre 2018, n. 07320, I793 – AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²³⁸ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; Tar Lazio, I, 14 marzo 2018, n. 4469 e 24 aprile 2018, n. 4483, entrambe relative a I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

²³⁹ Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; conforme Consiglio di Stato, VI, 26 luglio 2018, n. 4577, I559B - MERCATO DEL CALCESTRUZZO - RIDETERMINAZIONE SANZIONE.

ogni scostamento dalle osservazioni presentate oppure il mancato accoglimento delle medesime, allorché, dal contesto dell'atto, sia per il richiamo contenuto nelle premesse, sia per l'approccio complessivo dell'iter argomentativo, risulti che l'Amministrazione ne abbia tenuto sostanzialmente conto”²⁴⁰.

Utilizzo delle prove acquisite in sede penale

Circa l'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nel procedimento antitrust, il Consiglio di Stato ha precisato che “né la legge generale sul procedimento amministrativo (ispirato al principio di atipicità dei mezzi istruttori, con il solo limite della loro pertinenza e credibilità), né la specifica disciplina antitrust, contemplano preclusioni in ordine all'utilizzo ai fini istruttori di prove raccolte in un processo penale, a patto che: a) le prove siano state ritualmente acquisite in conformità con le regole di rito che presiedono alla loro acquisizione ed utilizzo; b) sia salvaguardato il diritto di difesa; c) il materiale probatorio formatosi aliunde sia stato oggetto di autonoma attività valutativa”²⁴¹.

Inoltre, l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche non si pone in contrasto né con il diritto convenzionale né con il diritto costituzionale: sotto il primo profilo, infatti, “[s]econdo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le comunicazioni telefoniche e ambientali fanno parte della nozione di «vita privata» e di «corrispondenza» nel senso dell'articolo 8 della Convenzione. La loro intercettazione, la memorizzazione dei dati così ottenuti e la loro eventuale utilizzazione nell'ambito dei procedimenti penali costituisce una «ingerenza da parte di un'autorità pubblica» nel godimento del diritto garantito dalla citata disposizione convenzionale. Tuttavia, tale ingerenza non viola l'articolo 8 quando sia «prevista dalla legge», persegua scopi legittimi, e sia «necessaria in una società democratica» per raggiungerli”; sotto il secondo profilo, “anche sul versante costituzionale interno, la «libertà» e la «segretezza» della «corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», oggetto del diritto «inviolabile» tutelato dall'art. 15 Cost., può subire limitazioni o restrizioni «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante», sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione”²⁴².

²⁴⁰ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA.

²⁴¹ Consiglio di Stato, VI, nelle sentenze 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA e 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI.

²⁴² Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA.

Conformità con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Il giudice amministrativo ha affermato che *“in applicazione dei principi posti dalla Convenzione EDU, all'interno della più ampia categoria di “accusa penale” è possibile distinguere tra un diritto penale in senso stretto (“hard core of criminal law”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale (le c.d. fattispecie “quasi-penali”)”*. Pertanto, *“al di fuori del c.d. hard core (...) non tutte le prescrizioni di cui all'art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale”*, onde è *“compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo - anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o quasi-judicial, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio - purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale”*²⁴³.

Nel giudizio del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità *“le garanzie imposte dall'art. 6 sono rispettate”* in ragione: i) dei requisiti di indipendenza e imparzialità del giudice, ii) dell'esercizio di una piena giurisdizione ex art. 134, co. 1, lett. c, del c.p.a., e iii) del fatto che il sindacato di legittimità comporta *“la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento”*²⁴⁴.

Profili processuali

Sindacato del giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato principio secondo cui il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'Autorità, 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'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate”*, mentre, *“laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati,*

²⁴³ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA.

²⁴⁴ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759 - FORNITURE TRENITALIA; Tar Lazio, I, 24 aprile 2018, n. 4466, 1792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA.

*il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge*²⁴⁵. Sulla stessa linea, “*sta a significare che quelli del g.a. possono assimilarsi a “pieni poteri” - ferma restando, in aggiunta, la completa sindacabilità “nel merito” del profilo sanzionatorio, di cui all’art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a. - perché consentono un sindacato giurisdizionale teso alla verifica diretta dei fatti e dei profili tecnici posti a fondamento del provvedimento impugnato*”²⁴⁶.

Tale principio sul sindacato è stato specificamente declinato con riferimento: i) all'accertamento della violazione, in relazione al quale il giudice deve “*verificare l’iter*” ricostruttivo da questa seguito nell’analisi della norma e della sua applicabilità ai fatti concreti”²⁴⁷; nonché con riferimento ii) al mercato rilevante, la cui definizione “*non è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca*”²⁴⁸.

Omessa pronuncia

Il Consiglio di Stato ha precisato che “*l’omessa pronuncia su un vizio denunciato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare aspetti formali, e può ritenersi sussistente solo nell’ipotesi in cui non risulti essere stato esaminato il punto controverso e non quando la decisione sul motivo (o sull’eccezione) risulti implicitamente, o quando la pronuncia su di esso c’è stata, anche se non ha preso specificamente in esame alcune argomentazioni a sostegno della doglianza (...)*”²⁴⁹. Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, nel processo amministrativo di primo grado l’omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale “*non configura un error in procedendo tale da comportare l’annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado*”, ma solo un vizio dell’impugnata sentenza “*che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, definendo nel merito la causa*”²⁵⁰.

Revocazione

Secondo il Consiglio di Stato, “*l’errore di fatto revocatorio consiste nel cd. abbaglio dei sensi, e cioè nel travisamento delle risultanze*

²⁴⁵ Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - FORNITURE TRENITALIA; Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; Consiglio di Stato, VI, 15 febbraio 2018, n. 1821, I776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE; Tar Lazio, I, 30 luglio 2018, n. 8534, I793 - AUMENTO PREZZI CEMENTO.

²⁴⁶ Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA.

²⁴⁷ Tar Lazio, I, 14 novembre 2018, nn. 10996 e aa., I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA.

²⁴⁸ Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - BARRIERE STRADALI; Tar Lazio, I, 31 maggio 2018, n. 6080, A484 - UNILEVER /DISTRIBUZIONE GELATI.

²⁴⁹ Consiglio di Stato, VI, 17 aprile 2018, n. 2312, A405 - LA NUOVA MECCANICA NAVALE/CAMED.

²⁵⁰ Consiglio di Stato, VI, 15 febbraio 2018, n. 1821, I776 - POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE.

*processuali dovuto a mera svista, che conduca a ritenere come inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa. Esso non è in linea di principio ravvisabile quando si lamenta una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali o una anomalia del procedimento logico, in quanto ciò si risolve in un errore di giudizio". In particolare, "l'errore di fatto, idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi dell'art. 106 c. p.a., deve essere caratterizzato: a) dal derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere un fatto documentalmente escluso ovvero inesistente un fatto documentalmente provato; b) dall'attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; c) dall'essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa. L'errore deve, inoltre, apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini complesse"*²⁵¹.

Ricorsi ex art. 21-bis della l. 287/1990

Riesame in autotutela

Con riguardo agli effetti del parere ex art. 21-bis sull'Amministrazione autrice dell'atto oggetto di segnalazione, il Consiglio di Stato, ha affermato che il dovere di un'Amministrazione di riesaminare la questione in autotutela sorge "non solo quando vi è una pronuncia del giudice amministrativo, ma anche quando una Autorità amministrativa possa sollecitare l'esercizio del potere di autotutela, ad es. (...) in materia di concorrenza (proprio come dispone l'art. 21 bis l. 287 del 1990)"²⁵².

Termine per il ricorso

Il Consiglio di Stato, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art 21-bis, ha affermato che "l'impugnazione da parte dell'AGCM di un atto amministrativo che violi le norme a tutela della concorrenza è sottoposta a un termine massimo di centocinquanta giorni, decorrente dalla comunicazione ovvero dalla conoscenza dell'atto stesso". Inoltre, "I primi due commi del citato art. 21 bis (...) prevedono una legittimazione straordinaria dell'Autorità, che si inserisce in un sistema nel quale rileva il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, secondo il quale l'assetto di interessi creato dall'atto amministrativo - salvo l'esercizio dei poteri di autotutela - deve

²⁵¹ Consiglio di Stato, VI, 17 aprile 2018, n. 2312, A405 - LA NUOVA MECCANICA NAVALE/CAMED.

²⁵² Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA.

*consolidarsi dopo il decorso di un termine di impugnazione perentorio e non prorogabile*²⁵³.

Modifiche dell'atto amministrativo intervenute in corso di giudizio

Il Consiglio di Stato ha statuito l'inidoneità a far cessare la materia del contendere delle modifiche dell'atto amministrativo impugnato dall'Autorità ex art. 21-bis, ove intervenute in corso di giudizio, in quanto *“ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a. (...) oggetto del giudizio è esclusivamente il provvedimento impugnato. Vale quindi anche in questo caso il principio tempus regit actum (...) per cui la legittimità di un provvedimento amministrativo va verificata sulla base degli elementi di fatto e diritto sussistenti al momento della sua emanazione, senza che siano, in linea di principio, rilevanti sopravvenienze in diritto ovvero (...) in fatto (...). Ne consegue pertanto che ai fini del decidere ci si deve riferire esclusivamente a tali elementi, mentre non potranno essere prese in considerazione le vicende successive al provvedimento impugnato*²⁵⁴.

Concessioni

Accogliendo un ricorso ex art. 21-bis dell'Autorità, il Tar Trento ha statuito che *“il procedimento per la concessione di beni demaniali - pur non essendo disciplinato dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture - essendo volto a fornire un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, deve svolgersi mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica in cui siano applicati i principi di imparzialità, parità di trattamento, non discriminazione e libera concorrenza, nonché i principi di massima trasparenza e pubblicità*”. Infatti, tali principi *“costituiscono assi portanti dell'ordinamento nazionale e comunitario a presidio della libertà di concorrenza e, come tali, si impongono non solo in relazione all'intera attività negoziale dei soggetti pubblici, ma anche in caso di concessione, da parte di soggetti pubblici, di vantaggi economici di qualsiasi genere a persone, enti pubblici e privati, così restando subordinata alla presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, da esternare in motivazione, la possibilità di prescindere dal confronto concorrenziale*²⁵⁵.

In house providing

In materia di affidamenti *in house*, il Consiglio di Stato ha recepito i principi statuiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che *“ha distinto i casi di vero in house providing, in cui l'obbligo della gara non sussiste ed è legittimo l'affidamento diretto, perché si resta all'interno del settore pubblico, da quelli di outsourcing, in cui invece sussiste l'obbligo di*

²⁵³ Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA..

²⁵⁴ Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA.

²⁵⁵ Tar Trento, 14 giugno 2018, n. 136, AS1484 - COMUNE DI ROVERETO - ORGANIZZAZIONE DELLA MANIFESTAZIONE NATALE DEI POPOLI 2017.

indire la gara. La sentenza fondamentale in materia è quella della Corte di Giustizia, sez. V. 18 novembre 1999, in C-107/98 Teckal, secondo la quale (...) è legittimo l'affidamento diretto, e si configura appunto un caso di in house providing, solo nel concorso di due requisiti: in primo luogo, la pubblica amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sulla persona giuridica aggiudicataria un controllo analogo a quello che essa esercita sui servizi propri e, in secondo luogo, il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano”²⁵⁶.

Nella medesima pronuncia, quanto al primo requisito si è specificato che “esso è possibile anche in presenza di una pluralità di soci pubblici, i quali singolarmente considerati siano titolari di partecipazioni di entità modesta, ma agiscano congiuntamente, anche nelle forme di una delibera a maggioranza”; inoltre, in presenza di un affidamento in house, “La proroga tecnica (...), volta a consentire che, nelle more di una gara indetta per un nuovo affidamento, un dato servizio già in corso non subisca interruzioni (...) rappresenta un’eventualità eccezionale, utilizzabile solo se sia effettivamente impossibile procedere ad un tempestivo affidamento nel rispetto delle regole della concorrenza”.

5. Rapporti internazionali

Sul fronte europeo, il 2018 si caratterizza per l’approvazione della Direttiva UE 2019/1 (c.d. “Direttiva ECN Plus”) volta al consolidamento dei poteri istruttori e decisorii di cui sono dotate le autorità nazionali di concorrenza e al rafforzamento degli strumenti di assistenza reciproca nell’ambito della rete europea della concorrenza (ECN) e per l’entrata in vigore del Regolamento UE 2018/302 sui blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione.

A livello internazionale, anche nel 2018 è proseguito il dibattito sulle implicazioni, per l’applicazione della normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori, dello sviluppo dell’economia digitale e dell’analisi dei *big data*. Emerge sempre più chiaramente la necessità di un approccio olistico che tenga conto dei contributi delle diverse aree del diritto e dell’economia, e di una maggiore considerazione degli aspetti non di prezzo, quali la qualità, la varietà e l’innovazione, nell’analisi delle condotte commerciali adottate dagli operatori nei mercati digitali. Infine, i contributi dell’economia comportamentale appaiono sempre più utili nello studio delle interazioni tra consumatori e piattaforme digitali che offrono servizi a prezzo zero.

²⁵⁶ Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA.

Direttiva UE 2019/1 sul consolidamento del ruolo delle autorità nazionali di concorrenza (Direttiva ECN Plus)

Il 14 gennaio 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea la Direttiva (UE) n. 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (Direttiva ECN Plus); essa dovrà essere trasposta nella legislazione degli Stati Membri entro due anni dall'entrata in vigore, ossia entro il 4 febbraio 2021.

La Direttiva ECN Plus stabilisce alcune norme per garantire che le autorità nazionali garanti della concorrenza dispongano delle necessarie garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori per poter applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE, anche in parallelo all'applicazione del diritto nazionale della concorrenza allo stesso caso. Infine, la Direttiva ECN Plus stabilisce talune norme efficaci in materia di assistenza reciproca al fine di tutelare il corretto funzionamento del mercato interno e del sistema di stretta cooperazione nell'ambito della rete europea della concorrenza.

Al Capo III, in tema di indipendenza e risorse, si stabilisce all'articolo 4 che i membri dell'organo decisionale delle autorità di concorrenza siano in grado di svolgere i loro compiti ed esercitare i loro poteri ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne; non sollecitino né accettino istruzioni dal governo; non siano rimossi da tali autorità per motivi connessi al corretto svolgimento dei loro compiti; siano selezionati, assunti o nominati in base a procedure chiare e trasparenti; infine, abbiano il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti, potendo anche archiviare le segnalazioni pervenute, la cui trattazione non sia considerata prioritaria. Riconoscendo che il più importante presidio dell'autonomia decisionale delle autorità consiste nella effettiva disponibilità di risorse umane, strumentali e finanziarie, adeguate allo svolgimento dei compiti istituzionali a esse attribuiti, l'articolo 5 della Direttiva ECN Plus impone agli Stati Membri garanzie anche a tal riguardo.

Con le disposizioni del Capo IV, la Direttiva ECN Plus consolida e armonizza i poteri istruttori e decisorii conferiti alle autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione delle norme di concorrenza del Trattato, per favorire una efficiente e uniforme applicazione del diritto antitrust a livello europeo. Per quanto riguarda il diritto italiano, le principali novità riguarderanno le verifiche ispettive e i poteri decisorii. In particolare, l'articolo 6(1)(b) e (c) codifica la prassi applicativa che consente ai funzionari dell'Autorità incaricati dell'accertamento di acquisire ogni elemento informativo che sia "accessibile" per l'impresa soggetta all'ispezione

(inclusi dunque i documenti e le informazioni ospitati su *server* esterni all'impresa) e - ove necessario - di proseguire l'ispezione presso i locali dell'Autorità stessa. Inoltre, quando l'Autorità sia chiamata a svolgere un accertamento ispettivo per conto di altra autorità di concorrenza della rete ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento 1/2003, l'articolo 24 (1) della Direttiva ECN Plus dispone ora esplicitamente che i funzionari incaricati potranno essere accompagnati e attivamente assistiti dai colleghi designati dall'autorità richiedente, abilitati all'esercizio dei poteri ispettivi.

L'articolo 7 prevede il potere di svolgere ispezioni a sorpresa in locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa, incluse dunque le abitazioni dei dirigenti delle imprese interessate. Tale potere potrà essere esercitato solo dopo aver ottenuto una preventiva autorizzazione giudiziale. Si segnala inoltre che, a differenza di quanto previsto per le ispezioni dei locali commerciali, il novero dei poteri ispettivi minimi che devono essere attribuiti alle autorità di concorrenza nell'ipotesi di ispezioni di locali "privati" risulta più circoscritto, in quanto non include né il potere di apporre sigilli, né quello di richiedere spiegazioni ai soggetti interessati e di verbalizzarne le risposte.

Inoltre, l'articolo 10 della Direttiva ECN Plus dispone che alle autorità nazionali di concorrenza sia conferito il potere di imporre rimedi strutturali o comportamentali con la decisione che accerta l'infrazione, quando ciò sia necessario per assicurare l'effettiva cessazione della violazione, sulla falsariga di quanto previsto dall'articolo 7 del Regolamento 1/2003.

Il Capo V disciplina invece l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità nazionali di concorrenza, disponendo la capacità delle autorità nazionali di concorrenza di imporre o di chiedere di imporre sanzioni pecuniarie proporzionate e dotate di una adeguata efficacia deterrente e dettando un regime parzialmente armonizzato con riferimento al computo delle sanzioni associate tanto alle violazioni di natura procedurale, quanto alle norme sostanziali di concorrenza.

Dal punto di vista dell'impatto sul diritto nazionale, la disposizione di maggior rilievo della Direttiva ECN Plus riguarda certamente il trattamento sanzionatorio delle associazioni di imprese che violino la normativa a tutela della concorrenza. Come è noto, l'articolo 23, comma 2, del Regolamento 1/2003 prevede che in queste ipotesi il massimo edittale debba essere calcolato in relazione al fatturato totale di ciascuna delle imprese associate attive sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione. Nel diritto italiano, per contro, il parametro di riferimento è stato costantemente individuato nel valore (di gran lunga inferiore) delle quote associative versate. In conformità al disposto dell'articolo 23, comma 4, del Regolamento 1/2003, la Direttiva ECN Plus all'articolo 14 dispone altresì che qualora l'associazione non sia solvibile, essa sia tenuta a richiedere ai

propri membri dei contributi a concorrenza dell'importo dell'ammenda. Se tali contributi non sono versati all'associazione entro un termine stabilito dall'autorità procedente, la Direttiva ECN Plus prevede che quest'ultima possa esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti siano membri degli organi decisionali interessati dell'associazione o - in subordine - da ciascuna delle imprese associate che opera sul mercato interessato dall'infrazione.

Inoltre, la Direttiva ECN Plus attribuisce alle autorità nazionali di concorrenza il potere di applicare penalità di mora alle imprese che si sottraggano all'ottemperanza delle decisioni di accertamento di infrazione, di adozione di misure cautelari o impegni proposti dalle parti, che si rifiutino di sottoporsi all'accertamento ispettivo o non adempiano in modo corretto, completo e tempestivo a una richiesta di informazioni. Si segnala, da ultimo, che le sanzioni previste per violazioni procedurali, quali l'infrazione dei sigilli apposti nei locali in cui si svolge un accertamento ispettivo, il rifiuto di soggiacere all'ispezione e l'inottemperanza a richieste di informazioni formulate in ispezione o nel corso del procedimento, dovranno - contrariamente a quanto ora avviene nel diritto italiano - essere determinate in proporzione al fatturato globale delle imprese interessate.

Norme armonizzate in tema di programmi di clemenza si rinviengono nel Capo VI, che regola anche il raccordo tra la concessione del beneficio dell'immunità e l'irrogazione di sanzioni alle persone fisiche responsabili dell'attuazione della condotta illecita. A riguardo, la Direttiva ECN Plus impone agli Stati membri che i dipendenti e gli amministratori delle società che accedono al beneficio dell'immunità siano tenuti indenni dalle conseguenze sanzionatorie dell'illecito, sul piano amministrativo e penale, purché la richiesta di immunità preceda l'avvio del procedimento penale e i soggetti interessati cooperino attivamente con le autorità nazionali di concorrenza.

Il Capo VII rafforza i meccanismi di cooperazione tra le autorità della rete europea della concorrenza, consentendo alle autorità nazionali di fornirsi assistenza reciproca per la notifica delle decisioni e per l'esecuzione dei provvedimenti sanzionatori in contesti transfrontalieri. Gli ultimi tre Capi della proposta di Direttiva ECN Plus contengono una serie di disposizioni eterogenee, tese alla corretta applicazione della normativa rilevante.

In conclusione, la Direttiva ECN Plus stabilisce una considerevole espansione dei poteri delle autorità nazionali di concorrenza, modellati sui poteri istruttori di cui si avvale la stessa Commissione. Il completamento e consolidamento dello strumentario investigativo e repressivo di cui dispongono le autorità nazionali di concorrenza può accrescere l'efficacia dell'attività di *enforcement*, agevolando l'acquisizione degli elementi di prova dell'illecito concorrenziale e favorendo la definizione del procedimento

amministrativo; per altro verso, un certo grado di convergenza tra i poteri istruttori minimi risulta funzionale ad assicurare l'efficace cooperazione investigativa nell'ambito della rete europea della concorrenza ECN.

Regolamento (UE) 2018/302 sui blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione

Il 3 dicembre 2018 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2018/302 recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno. Il Regolamento persegue l'obiettivo di favorire il commercio intra-comunitario (in particolare, ma non esclusivamente, attraverso strumenti digitali) eliminando ogni artificiale segmentazione del mercato interno basata sulla nazionalità, la residenza o il luogo di stabilimento dei clienti.

Le pratiche di *geoblocking* sulle quali incide il Regolamento sono di tre tipi: i) il blocco dell'accesso a un sito *web* estero o il reindirizzamento automatico verso un "sito *web* nazionale", utilizzando strumenti quali il tracciamento dell'ubicazione del cliente per mezzo del suo indirizzo IP o della localizzazione satellitare; ii) l'applicazione di condizioni di vendita ingiustificatamente diverse a seconda della nazionalità, del luogo di stabilimento o di residenza del cliente, e iii) discriminazioni basate sullo strumento di pagamento utilizzato.

Il Regolamento si applica alle transazioni transfrontaliere aventi a oggetto l'offerta, sia *online* che *offline*, di beni mobili materiali e/o servizi da parte di un "professionista" stabilito all'interno dell'UE o in un Paese terzo in favore di un "cliente" cittadino UE oppure residente o stabilito all'interno dell'UE. Rientrano nella nozione di "cliente" sia i "consumatori" (persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività professionale) sia le imprese che acquistano o ricevono beni/servizi "al fine esclusivo dell'uso finale" (art. 2 definizioni). Non ricadono nell'ambito di applicazione della proposta alcuni servizi già esclusi dalla direttiva 2006/123/CE, come i servizi di interesse generale non economici, i servizi di trasporto, i servizi audiovisivi, il gioco d'azzardo, i servizi sanitari e alcuni servizi sociali.

L'articolo 5, inoltre, estende anche ai pagamenti il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, residenza o stabilimento del cliente, ubicazione del conto di pagamento, luogo di stabilimento del prestatore dei relativi servizi e luogo di emissione dello strumento di pagamento, quando ricorrano le condizioni ivi previste.

L'articolo 6 mira a evitare eventuali elusioni per via contrattuale delle norme citate, sancendo la nullità di qualsiasi accordo che preveda restrizioni alle vendite passive (*i.e.*, non sollecitate dal professionista al quale il cliente si rivolge spontaneamente), in violazione del Regolamento.

Quanto all'esecuzione del Regolamento, che è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri senza che occorran misure nazionali di recepimento, l'articolo 7 dispone che gli Stati membri individuino l'organo responsabile dell'applicazione delle norme e stabiliscano le sanzioni applicabili in caso di violazione. Inoltre, al successivo articolo 8 si prevede la designazione di uno o più organismi competenti a fornire "assistenza pratica ai consumatori" in caso di controversie derivanti dall'applicazione del Regolamento.

Da ultimo, va rilevato che il Regolamento in oggetto è stato inserito tra gli allegati del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e della direttiva 2009/22/CE sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in modo da consentirne l'esecuzione anche a mezzo degli strumenti contemplati da tali atti normativi.

Proposta di direttiva sulle pratiche commerciali scorrette nella filiera agro-alimentare

Il 12 aprile 2018 la Commissione Europea ha pubblicato una proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, che disciplina le pratiche commerciali scorrette nelle relazioni inter-imprenditoriali della filiera agro-alimentare.

L'iniziativa legislativa della Commissione intende impedire che lo squilibrio tra le posizioni negoziali delle Parti venga sfruttato per imporre al contraente debole talune condizioni, considerate senz'altro inique. La Commissione ritiene, infatti, che l'attuale frammentazione del quadro giuridico europeo - derivante da interventi nazionali lacunosi e disarmonici - conduca ad una indesiderabile alterazione delle condizioni di concorrenza sul mercato unico e si riveli insuscettibile di assicurare ai produttori agricoli una protezione adeguata nei confronti delle pratiche commerciali scorrette.

Sotto tale profilo, la Commissione sottolinea l'esigenza di garantire un coordinamento efficace tra le autorità nazionali responsabili per l'applicazione della disciplina in esame, che ad avviso dell'esecutivo comunitario garantirebbe una maggiore certezza giuridica a tutti gli operatori economici coinvolti. I co-legislatori, dal canto loro, si sono già espressi in favore di un intervento normativo a livello euro-unitario, che sostenga la posizione degli agricoltori più vulnerabili rispetto all'adozione di pratiche commerciali scorrette²⁵⁷.

La Commissione intende così perseguire l'obiettivo di parziale armonizzazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nella filiera agro-alimentare a livello euro-unitario.

²⁵⁷ Cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo del 7 giugno 2016 e Conclusioni del Consiglio del 12 dicembre 2016; si veda anche il rapporto del Comitato Economico e Sociale del 30 settembre 2016.

L'Autorità ha partecipato in varie forme al processo ascendente di adozione del testo normativo.

Proposta di direttiva sulla protezione dei whistleblowers

Il 23 aprile 2018, la Commissione Europea (DG JUST) ha adottato una proposta di direttiva²⁵⁸, volta ad assicurare un elevato livello di protezione agli informatori (*whistleblowers*), che consentano alle autorità preposte di individuare e reprimere condotte illecite.

La proposta, in particolare, intende impedire che gli informatori siano oggetto di misure ritorsive da parte dell'impresa presso la quale prestino la propria attività lavorativa. L'ambito di applicazione della proposta è assai ampio, comprendendo numerose aree del diritto dell'Unione Europea, tra cui gli articoli 101 e 102 TFUE.

La designazione dei soggetti preposti a ricevere i contributi degli informatori che riguardino l'applicazione delle regole di concorrenza è rimessa alla discrezionalità dei Paesi membri (art. 6, co.1), con l'unico *caveat* che - qualora l'autorità ricevente non abbia competenza alla trattazione dell'illecito segnalato dall'informatore - essa trasmetta la relativa documentazione all'autorità nazionale competente, informandone il richiedente (art. 6 co. 4).

Inoltre, la proposta vincola il soggetto che intenda rivelare l'esistenza di un illecito a esperire preliminarmente la via della segnalazione agli organi interni dell'impresa, prima di investire della questione l'autorità pubblica (art. 13, co. 2, lettera a). In via eccezionale è prevista la concessione del beneficio della protezione quando "l'informatore abbia ragionevoli motivi di ritenere che il ricorso ai canali di segnalazione interna possa compromettere l'efficacia dell'attività investigativa delle autorità competenti" (art. 13, co. 2, lettera e).

Con riferimento a tale proposta, i vertici delle autorità di concorrenza della Rete ECN hanno elaborato una dichiarazione congiunta²⁵⁹, pubblicata a novembre 2018, con la quale si chiede ai co-legislatori dell'Unione:

i) che la proposta di direttiva vincoli i Paesi membri alla designazione delle autorità nazionali di concorrenza come soggetti destinati a ricevere direttamente le informazioni relative a presunti illeciti antitrust;

ii) che la proposta di direttiva, nella materia della concorrenza, consenta agli informatori di beneficiare della protezione piena quando scelgano liberamente, sulla base del proprio apprezzamento delle circostanze del caso di specie, di rivolgersi direttamente all'autorità nazionale di concorrenza senza averne previamente informato i canali di segnalazione interna.

²⁵⁸ COM(2018)218 final.

²⁵⁹ La dichiarazione è disponibile al seguente link: <https://conurrence.public.lu/dam-assets/fr/actualites/201809/Draft-joint-statement-on-WB-Directive.pdf>

Attività nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza

La Rete Europea della Concorrenza, che riunisce la Commissione Europea e le autorità nazionali competenti ad applicare le regole di concorrenza del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), costituisce un *forum* privilegiato per la discussione degli indirizzi interpretativi, la circolazione dei modelli applicativi e lo scambio di informazioni tra le autorità partecipanti.

Anche nel corso del 2018, si sono registrate numerose attività di collaborazione e cooperazione tra i membri ECN ai fini dell'*enforcement*. L'Autorità ha prestato assistenza a una richiesta formale da parte della Commissione Europea ex art. 12 del Reg. 1/2003 per la trasmissione di informazioni mentre a sua volta ha ricevuto supporto in due istanze, sempre ai sensi dell'art. 12, da parte della Commissione. Inoltre, l'Autorità ha dato seguito a una richiesta formale di assistenza ai sensi dell'articolo 22(1) del Reg. n. 1/2003 da parte dell'autorità di concorrenza rumena: l'assistenza richiesta, inserita all'interno di indagini volte ad accertare l'esistenza di una infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, ha riguardato la raccolta di informazioni tramite accertamenti ispettivi.

Al di là delle attività di cooperazione di carattere formale e finalizzate per lo più all'acquisizione di elementi per procedere a investigazioni, la Rete ECN continua a rappresentare anche un mezzo informale per lo scambio di esperienze e di informazioni non confidenziali: nel 2018 l'Autorità ha risposto a 21 richieste vertenti su varie questioni.

In effetti, la Rete è divenuta nel tempo un *forum* per la discussione e lo sviluppo delle politiche della concorrenza. A questi fini, il confronto si articola a diversi livelli organizzandosi in gruppi di lavoro settoriali o orizzontali. In particolare, tra i gruppi settoriali nel periodo in esame l'Autorità ha preso parte ai gruppi relativi ai settori energia, assicurazioni e banche, agro-alimentare, comunicazioni e farmaceutico. Tra i gruppi dedicati a questioni di carattere orizzontale, nel periodo esaminato hanno proseguito le proprie attività, con il coinvolgimento dell'Autorità, il Gruppo Cartelli, il Gruppo Concentrazioni, il Gruppo *Cooperation Issues and Due Process*, il Gruppo *Chief Economist*, il Gruppo *Horizontal & Abuse*, il Gruppo *Digital*, il Gruppo sulle restrizioni verticali e il Gruppo sulle attività informatiche forensi.

Attività nell'ambito della Rete internazionale della concorrenza (ICN)

La Rete Internazionale delle autorità di concorrenza (*International Competition Network* o ICN), che comprende più di 135 membri, persegue due principali finalità: da un lato, promuovere un'interpretazione e applicazione coerente della disciplina antitrust tra le autorità nazionali, pur nella consapevolezza dell'esistenza di sistemi giuridici e istituzionali molto

differenti; dall'altro lato, predisporre strumenti funzionali allo scambio di informazioni e al raccordo tra le autorità di concorrenza in occasione di procedimenti istruttori sovranazionali.

L'Autorità partecipa attivamente all'attività dell'ICN, contribuendo ai progetti e alla stesura dei documenti. In particolare, nel corso del 2018 l'Autorità ha proseguito il ruolo di coordinamento del Gruppo di Lavoro ICN sulle Condotte Unilaterali, che approfondisce lo studio delle condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese in posizione dominante o dotate di potere di mercato, promuovendo la convergenza delle prassi applicative tra le autorità di concorrenza.

Tra i documenti ICN più importanti approvati nella riunione plenaria 2018, svoltasi a Delhi dal 21 al 23 marzo, rientra senza dubbio la revisione delle Raccomandazioni ICN 2002 in tema di procedure di notifica delle concentrazioni (*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*)²⁶⁰. Questo lavoro pluriennale di aggiornamento delle Raccomandazioni ha visto nel 2018 nuove linee guida per quanto riguarda gli aspetti procedurali della fase di notifica e valutazione delle operazioni e i meccanismi di cooperazione internazionale. Quest'ultimo tema è divenuto ormai centrale dato il numero crescente di autorità di concorrenza coinvolte nella valutazione di transazioni di carattere transfrontaliero. In tale contesto, le Raccomandazioni ICN si prefiggono lo scopo di facilitare la convergenza tra le prassi applicative delle autorità di concorrenza così da minimizzare i rischi di incoerenza negli esiti valutativi e i costi per le imprese derivanti da sistemi disallineati.

Alla conferenza l'ICN ha anche affrontato le delicate questioni di *due process* e trasparenza con riferimento agli aspetti più generali di funzionamento e di organizzazione che contribuiscono a determinare l'efficacia delle autorità antitrust²⁶¹. Nel 2018 l'ICN ha ripreso questo filone di lavoro approfondendo i meccanismi di garanzia e controllo dei processi interni alle autorità di concorrenza. Il risultato è stato l'approvazione di due documenti, uno contenente principi generali²⁶² e un altro che arricchisce il documento del 2015 con indicazioni più dettagliate per le autorità di

²⁶⁰ Il documento *ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures (revised in 2017)* è disponibile al seguente link: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>

²⁶¹ Si veda il documento *ICN Guidance on Investigative Process* disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_Guidance_InvestigativeProcess.pdf. Alla conferenza annuale 2015, il *network* internazionale aveva già ribadito l'importanza dei principi di trasparenza, partecipazione delle Parti e protezione delle informazioni riservate durante le indagini in materia di concorrenza, pur riconoscendo la diversità dei contesti giuridici e istituzionali in cui operano le autorità, approvando linee guida con riferimento ai provvedimenti istruttori (*ICN Guidance on Investigative Process*).

²⁶² Il documento *ICN Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement* è disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_GuidingPrinciples_ProFairness.pdf

concorrenza in tema di controlli interni²⁶³. Si tratta di suggerimenti che fanno già parte del *modus operandi* dell'Autorità, ma che potrebbero rivelarsi utili alle autorità di concorrenza di più recente istituzione.

Tra i numerosi suggerimenti, va ricordato l'invito rivolto alle agenzie di concorrenza a dotarsi di procedure e pratiche interne per garantire che i processi investigativi siano coerenti, imparziali e non discriminatori. Inoltre, nel documento le autorità antitrust sono invitate ad adottare le misure necessarie per una valutazione attenta delle risultanze istruttorie e delle decisioni finali prima che vengano deliberate: in quest'ottica, meccanismi di tutele e controlli interni in grado di contribuire a un processo decisionale informato aumentano la probabilità di risultati solidi e rafforzano la credibilità delle autorità.

La rilevanza delle tematiche sopra menzionate nel dibattito internazionale è anche dimostrato dal fatto che il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha intrapreso nel 2018 un progetto strategico proprio su tali questioni, finalizzato all'elaborazione di una Raccomandazione.

Un altro documento ICN di interesse, elaborato all'interno del Gruppo di Lavoro sulla promozione della concorrenza, è una relazione riguardante il tema dell'attuazione e monitoraggio dell'efficacia degli interventi di *advocacy*²⁶⁴. Dal documento emerge che, benché soltanto un esiguo numero di autorità di concorrenza svolga un'analisi puntuale e strutturata, vi sia una crescente attenzione da parte delle autorità di tutto il mondo a misurare l'esito dei propri sforzi di *advocacy*. La relazione menziona anche l'esperienza dell'Autorità che a partire dal 2013 pubblica con periodicità annuale i risultati del monitoraggio degli esiti degli interventi di segnalazione e consultivi dell'Autorità riferiti all'ultimo biennio.

Il tema dell'attuazione e del monitoraggio è strettamente legato a quello della pianificazione delle attività di *advocacy*, oggetto di un rapporto dell'ICN pubblicato nel 2017. In tale sede, si evidenziavano i criteri adottati dalle autorità per la definizione delle priorità di *advocacy* e per l'allocazione delle relative risorse, nella consapevolezza che una certa flessibilità è necessaria per poter rispondere tempestivamente a misure restrittive introdotte dal legislatore o dalla regolazione, non prevedibili al momento della pianificazione.

Infine, anche nel 2018 l'Autorità ha coordinato il *Competition Advocacy Contest*. Si tratta di una competizione aperta a tutte le autorità del mondo, promossa e gestita congiuntamente da ICN e Banca

²⁶³ Si veda il documento *ICN Guidance on Investigative Process*, sezione "V. Internal Agency Safeguards" (pp. 6-7), disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_Guidance_InvestigativeProcess.pdf

²⁶⁴ Il documento *Advocacy Strategy Project - Part Two - Monitoring and Assessing the Results of Advocacy Efforts* è disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_StrategyAssessingReport2018.pdf

Mondiale, che mira a selezionare i più efficaci esempi di promozione della concorrenza. Il tema generale dell'edizione 2018 del *Contest*, “*Closing the gap through competition advocacy: microeconomic policies, macroeconomic implications*”, a sottolineare il ruolo che le iniziative di *advocacy* possono svolgere nel promuovere trasformazioni di carattere macroeconomico. I temi per i quali le autorità di concorrenza sono state invitate a sottoporre le proprie esperienze di successo sono: la promozione di riforme strutturali in settori cruciali; la creazione di mercati per lo sviluppo del settore privato; l'ottenimento di benefici dalla globalizzazione e dall'apertura dei mercati; il miglioramento delle procedure amministrative per rimuovere gli ostacoli alla concorrenza.

Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)

Negli ultimi anni, sia il Comitato Concorrenza sia il Comitato sulla Politica dei Consumatori dell'OCSE hanno incentrato la propria attività sull'analisi delle opportunità e criticità determinate dallo sviluppo digitale. In entrambi i Comitati è emersa in maniera sempre più evidente la necessità di esaminare congiuntamente le dinamiche competitive dal lato dell'offerta, approfondite soprattutto dal Comitato Concorrenza, e le modalità di fruizione dei servizi digitali dal lato della domanda, su cui si incentra l'attività del Comitato Politica del Consumatore.

Per tale motivo, nel 2018 si è tenuta una sessione congiunta dei due Comitati, dedicata ad argomenti di comune interesse quali la rilevanza delle componenti non monetarie delle transazioni e la definizione personalizzata dei prezzi.

Per quanto attiene alle componenti non monetarie delle transazioni, che fondano il modello di *business* di importanti piattaforme *online*, il dibattito ha approfondito tre interrogativi: quali elementi del servizio rappresentino fattori significativi di qualità per i consumatori (ad esempio, la riservatezza delle informazioni o l'assenza di pubblicità), in quale misura lo strumentario antitrust tradizionale sia adeguato a considerare le componenti non monetarie dei servizi (ad esempio, ai fini della definizione dei mercati rilevanti nei casi di mercati a più versanti, oppure per misure qualitative della competizione sulla qualità) e come rispondere a pratiche scorrette o aggressive riguardanti aspetti non monetari. Nel suo contributo scritto, l'Autorità ha condiviso la propria positiva esperienza di applicazione sinergica delle proprie competenze in materia di concorrenza e di protezione di consumatore, soprattutto nell'economia digitale. In particolare, è stato dato risalto ai risultati della ricerca di mercato condotta nell'ambito dell'indagine conoscitiva sui Big Data, incentrata proprio sulla rilevanza e sul valore attribuito dai consumatori alla cessione dei propri dati

personali, a fronte dell'utilizzo gratuito di servizi digitali. Inoltre, sono stati illustrati alcuni interventi nei confronti di pratiche commerciali scorrette e aggressive inerenti a componenti non monetarie del servizio (quali i recenti procedimenti WhatsApp), in occasione dei quali l'Autorità si è espressa in merito alla assoggettabilità di tali pratiche al proprio sindacato, in virtù del valore economico della transazione.

Il secondo tema oggetto di discussione congiunto, la personalizzazione del prezzo, muove dalla considerazione che la capacità economica e la disponibilità a pagare di ciascun consumatore può essere stimata in modo sempre più preciso dalle piattaforme digitali, grazie all'elaborazione dei dati personali. In tale contesto, non appare lontano il tempo in cui determinati operatori potranno attuare forme di discriminazione di prezzo nelle quali a ciascun acquirente è applicato un prezzo differente per lo stesso prodotto o servizio, in base alla propria disponibilità a pagare.

Da un punto di vista della concorrenza, la discriminazione di prezzo può risultare vantaggiosa per i consumatori, potendo determinare un aumento del numero di consumatori serviti e/o delle quantità offerte, e pertanto si riconosce a tale pratica una generale presunzione di non dannosità, individuando eventuali preoccupazioni concorrenziali solo in presenza di un trasferimento di *surplus* dai consumatori ai produttori, qualora il *test* valutativo adottato sia il benessere dei consumatori. Come noto, la normativa sulla concorrenza vieta esplicitamente solo le discriminazioni di prezzo nei confronti di imprese e non anche dei consumatori finali, e nella prassi tale normativa è stata applicata prevalentemente nei confronti di discriminazioni basate sul paese di residenza delle imprese clienti. Dalla discussione, pertanto, appare complesso l'inquadramento giuridico della fattispecie applicata ai consumatori nonché difficile la sua valutazione economica, ancor più nell'ipotesi di una configurazione come abuso di sfruttamento. In tal contesto, la tutela del consumatore sembra, invece, in grado di affrontare efficacemente alcune specifiche strategie di impresa dannose per il consumatore. Da un punto di vista di tutela del consumatore, potrebbero infatti emergere problematiche di scarsa trasparenza da parte degli operatori che praticano prezzi personalizzati in grado di condizionare la libertà di scelta del consumatore.

Nel corso del 2018, il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha proseguito la propria attività di approfondimento delle tematiche relative al diritto e alla politica della concorrenza dedicando tavole rotonde altre tematiche inerenti il mondo digitale e l'impatto dell'innovazione, di cui si dà brevemente conto di seguito.

Nel discutere del settore dei servizi di taxi a *car sharing*, la tavola rotonda OCSE ha messo in rilievo la necessità di una revisione dell'attuale quadro regolatorio, che tenga conto del ruolo della tecnologia e dei *big*

data nella determinazione dei prezzi e dell'emersione di modelli di *business* alternativi. L'Autorità ha prodotto un contributo scritto, sintetizzando l'ampia attività di *advocacy* svolta in quest'area, comprensiva delle proposte al legislatore per evitare distorsioni della concorrenza tra operatori nuovi e tradizionali e dell'intervento *amicus curiae* nella causa riguardante Uber.

Inoltre, il Comitato Concorrenza ha promosso una discussione sugli sviluppi della tecnologia *blockchain*, per esaminare le eventuali criticità concorrenziali che tale nuove tecnologia potrebbe sollevare. Come noto, il *blockchain* è un sistema "diffuso" di gestione dei dati, in cui le informazioni non sono centralizzate ma suddivise in "blocchi" distribuiti tra diversi elaboratori in maniera condivisa. La catena di blocchi che ne deriva risulta particolarmente affidabile in termini di tracciabilità e sicurezza, perché la falsificazione di un singolo blocco viene rilevata dagli altri blocchi concatenati. La discussione in sede OCSE ha evidenziato che la tecnologia *blockchain* ha le potenzialità di penetrare numerosi settori anche in maniera dirompente. Sebbene ancora prematuro, è stato prospettato il pericolo dell'utilizzo della tecnologia *blockchain* (soprattutto nel caso di "catena chiuse" a un limitato numero di operatori) come strumento collusivo o di esclusione di determinati concorrenti.

Per quanto riguarda l'impatto dell'*e-commerce* sulla configurazione dei mercati, il Comitato Concorrenza ha esaminato alcune questioni, tra cui i cambiamenti nelle abitudini di consumo e le relative implicazioni per le relazioni verticali tra produttori e distributori, le restrizioni sulle vendite *online* e i rapporti economici che legano le piattaforme digitali ai prodotti e servizi venduti sulle stesse. È emersa la necessità di un approccio olistico che includa oltre al punto di vista dell'attuazione del diritto antitrust anche la prospettiva di tutela del consumatore, al fine di identificare temi comuni, rimedi efficaci e migliori pratiche. Il contributo italiano ha evidenziato gli interventi e le linee di *policy* dell'Autorità degli ultimi anni, sottolineando come la tutela del consumatore nell'ecosistema digitale sia una priorità strategica delle attività di *enforcement* e *advocacy* dell'Autorità. Infine, è stata illustrata l'intensa attività di tutela del consumatore, che nel settore dell'*e-commerce* annovera numerosi istruttorie, tra cui quelle relative alle garanzie offerte da Amazon, alla trasparenza dei siti di comparazione dei prezzi e alla prospettazione tariffaria di Trenitalia.

Infine, nel 2018 il Comitato Concorrenza ha approvato tre progetti strategici su cui incentrare la propria attività nei prossimi anni. Si tratta in particolare dei seguenti argomenti: trasparenza e garanzie procedurali, *competitive neutrality* e concorrenza e diritti di proprietà intellettuale.

Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD)

Nel corso del 2018, il Segretariato dell'UNCTAD ha dato seguito al mandato, ricevuto dal Gruppo di Esperti di Concorrenza (IGE, *Intergovernmental Group of Experts*) dell'UNCTAD in occasione della riunione di luglio 2017, di costituire un gruppo di discussione finalizzato a promuovere la cooperazione internazionale in materia di concorrenza in applicazione della sezione F del Set ONU sui Principi e Regole Multilaterali di Controllo delle Pratiche Restrittive²⁶⁵.

Il Segretariato dell'UNCTAD e il gruppo di discussione, di cui fa parte anche l'Autorità, hanno predisposto una relazione sugli ostacoli alla cooperazione internazionale, sulla scorta dei contributi forniti da 54 agenzie di concorrenza in tutto il mondo.

In seguito al rinnovo del mandato del gruppo di discussione, avvenuto nella riunione dell'IGE Concorrenza di luglio 2018, è stato costituito un comitato di redazione composto da agenzie di concorrenza di 10 Paesi, tra cui l'Autorità, che sta provvedendo alla redazione di un testo consolidato che presenti proposte di miglioramento della cooperazione internazionale in materia di concorrenza, sulla base dei contributi ricevuti dagli Stati membri.

Cooperazione bilaterale

La cooperazione bilaterale con autorità di concorrenza di altri Paesi è complementare alla partecipazione ai contesti internazionali multilaterali ed è prioritariamente orientata a fornire occasioni di confronto con altre autorità mature e di formazione alle autorità meno esperte. In tale ambito, anche nel 2018 l'Autorità ha svolto un ruolo rilevante, mediante confronti sull'inquadramento di determinate fattispecie e attraverso attività di formazione svolte all'estero.

In particolare, l'Autorità ha partecipato con propri interventi alle attività di formazione del Centro Regionale OCSE per la Concorrenza rivolto alle autorità di concorrenza dell'Est Europeo, nonché dell'edizione 2018 del progetto EU-India Competition Week, promosso dalla Commissione Europea e indirizzato all'autorità di concorrenza indiana.

Di particolare rilievo, inoltre, la sottoscrizione di un *Memorandum of Understanding* con l'autorità di concorrenza francese. Sulla scorta di altre positive esperienze tra autorità di concorrenza europee, il documento contempla scambi di esperienze, attività di formazione e iniziative congiunte tra le due autorità.

Infine, nell'ambito dell'accordo di cooperazione bilaterale da

²⁶⁵ Il Set ONU (*UN Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*) è un documento relativo alla cooperazione internazionale in materia di concorrenza approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1980 e soggetto a verifica ed eventuale revisione da parte del Gruppo di Esperti di Concorrenza UNCTAD ogni cinque anni.

tempo siglato con l'autorità di concorrenza russa, il *Federal Antimonopoly Service* (FAS), due rappresentanti dell'Autorità hanno partecipato ad altrettante riunioni in Russia del Gruppo di Lavoro internazionale sul settore farmaceutico, che l'Autorità presiede insieme alla controparte russa.

Convegno internazionale - Jevons Colloquium 2018

L'Autorità ha ospitato presso la propria sede il 22 maggio 2018 il convegno internazionale "*Future perspectives on media markets: competition, pluralism and regulatory oversight*" (Jevons Colloquium 2018), evento organizzato congiuntamente con prestigiose istituzioni internazionali, il *Jevons Institute* della *University College London* (UCL) e il *Global Antitrust Institute* della *George Mason University*, e in cooperazione con le autorità di concorrenza di Germania, Francia e Regno Unito.

Il programma della conferenza si è articolato in tre tavole rotonde. La prima ha affrontato aspetti economici di rilievo concorrenziale nei mercati digitali, quali l'analisi del benessere dei consumatori, il ruolo della pubblicità e il fenomeno del cosiddetto *multi-homing* (utilizzo contestuale di più piattaforme *online* da parte degli utenti). La seconda tavola rotonda si è soffermata sugli attuali processi di consolidamento dei media e delle piattaforme *online*, sollecitando una riflessione sull'opportunità di considerare o meno altri interessi pubblici (come il pluralismo) nelle valutazioni di concorrenza. La terza discussione è stata dedicata all'interazione tra regolazione e concorrenza, approfondendo le eventuali specificità di interventi regolatori nei confronti dei nuovi media e discutendo se siano necessari interventi correttivi del mercato con riguardo ai contenuti.

All'evento hanno partecipato circa 120 esperti accademici e rappresentanti di autorità di concorrenza e regolazione di tutto il mondo, tra cui la Commissione Europea e la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti.