

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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,

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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,

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 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 capitolati 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

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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 OPERATIVITÀ RICHIESTI PER LA PARTECIPAZIONE AI BANDI PER IL SOSTEGNO ALLA COMPETITIVITÀ 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.

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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).

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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

140

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,

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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 eurolunitaria 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).

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

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

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

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