

Sulla base di tali elementi, l’Autorità ha considerato che l’operazione potrebbe essere idonea a costituire o rafforzare la posizione dominante di Edenred nel mercato della fornitura dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto. Al 31 dicembre 2010, l’istruttoria è in corso.

Inottemperanze

T.T. HOLDING - NEW MOTORS/ RAMO D’AZIENDA DI CANELLA AUTO - C10267 T.T. HOLDING/T&M CAR

Nel gennaio 2010 l’Autorità ha concluso due procedimenti istruttori per inottemperanza all’obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione nei confronti della società T.T. Holding Spa, società a capo di un gruppo di imprese attive nella vendita al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e dei relativi ricambi, nonché nella fornitura di servizi post vendita (assistenza, manutenzione e riparazione).

Le operazioni avevano riguardato l’acquisizione, da parte di TT Holding Spa, del ramo d’azienda della società Canella Auto Srl e il passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo della società T&M Car Srl. Più specificamente, la prima operazione si era concretizzata nell’acquisizione da parte di TT Holding Spa, mediante la propria controllata New Motors Spa, del ramo di azienda di Canella Auto Srl, avvenuta mediante un contratto di affitto di durata pluriennale; la seconda operazione era consistita nell’acquisizione, da parte di TT Holding Spa, del controllo esclusivo di T&M Car Srl, avvenuto mediante l’acquisto, dalla società giapponese Toyota Tsusho Corporation, della frazione di capitale (51%) non ancora in possesso della stessa TT Holding Spa.

L’Autorità ha considerato che entrambe le operazioni, comportando, rispettivamente, l’acquisto del controllo di parte di un’impresa e l’acquisto del controllo di un’impresa, costituivano una concentrazione ai sensi dell’articolo 5, comma 1, lettera b), della legge 287/90, ed erano soggette all’obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato totale realizzato, nell’ultimo esercizio a livello nazionale, dall’insieme delle imprese interessate è risultato superiore alla soglia di cui all’articolo 16 della legge n. 287/90.

Tenuto conto dell’assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva, delle due operazioni, della modesta incidenza concorrenziale nonché del lasso di tempo intercorso prima della comunicazione delle operazioni, l’Autorità ha comminato alla società T.T. Holding Spa una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 5 mila euro per ognuna delle due violazioni accertate.

Segnalazioni

COMUNE DI LATINA – SERVIZI CIMITERIALI ED ATTIVITÀ ACCESSORIE

Nell’ottobre 2010 l’Autorità, a seguito di una segnalazione ricevuta, ha formulato le proprie osservazioni ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90 in merito ad alcune previsioni della Convenzione in materia di gestione dei rifiuti stipulata in data 11 marzo 2009 tra il Comune di Latina e la società Damiani Costruzioni S.r.l., nella sua qualità di capogruppo di un’associazione temporanea di imprese. Le disposizioni oggetto della segnalazione riguardavano l’attribuzione al soggetto convenzionato non soltanto della gestione dei servizi cimiteriali ma anche di un diritto di esclusiva nella posa di arredi funebri e funerari relativamente a tutta l’area cimiteriale urbana.

La Convenzione aveva, pertanto, incluso contestualmente tra i servizi da affidare al soggetto convenzionato la gestione dei servizi cimiteriali, sottoposti alla disciplina dell’art. 23-bis della l. n. 133 del 2008 quali servizi pubblici locali, e la fornitura di arredi funebri, che non costituisce servizio pubblico locale e rientra tra le attività commerciali ed imprenditoriali.

Al riguardo, l’Autorità, rilevando la sostanziale differenza della natura dei servizi oggetto della medesima disciplina posta dalla Convenzione, ha osservato che la fornitura di arredi funebri non rientrava nel novero dei servizi pubblici cimiteriali, rivestendo natura commerciale e imprenditoriale e che rispetto ad essa il legislatore non aveva in alcun modo previsto riserve o privative a favore dei Comuni o dei soggetti affidatari dei servizi di gestione delle aree cimiteriali, come già evidenziato peraltro in una precedente segnalazione⁵⁰.

L’Autorità ha rilevato che il riconoscimento dell’esclusiva per entrambe le tipologie di servizi ad un unico operatore aveva l’effetto di chiudere il mercato non soltanto agli operatori di onoranze funebri già attivi ma anche ai potenziali nuovi entranti, i quali, proprio in ragione dell’esclusiva a favore di uno specifico soggetto nella fornitura di arredi funebri e funerari, avrebbero avuto ragionevolmente un minore interesse a sostenere gli investimenti necessari per fare ingresso sul mercato stesso.

L’Autorità ha, pertanto, auspicato una revisione della suddetta Convenzione al fine di renderla conforme ai principi concorrenziali.

TECNOLAB/RICERCA TRICHINELLA NELLE CARNI

Nel novembre 2010 l’Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro della Salute, al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome

⁵⁰ Cfr. Segnalazione AS392 del 17 maggio 2007 “Affidamento dei servizi di gestione delle camere mortuarie ed obitorio e dei servizi cimiteriali ad imprese di onoranze funebri, in Boll. 19/2007.

di Trento e Bolzano e al Presidente della Regione Puglia in merito all'introduzione, in via amministrativa, di restrizioni nell'accesso al mercato della fornitura del servizio di analisi di laboratorio per la ricerca di trichine nelle carni da parte dei laboratori privati accreditati non annessi ai macelli.

Il Ministero della Salute, con la comunicazione del 29 dicembre 2009, indirizzata ad un laboratorio privato accreditato non annesso al macello, alla Regione Puglia e, per conoscenza, a tutte le Regioni, aveva sostenuto che i laboratori di analisi privati non annessi ai macelli - ai sensi dell'articolo 2, comma 3, e dell'articolo 4 del Decreto Legislativo n. 123/93, dell'articolo 6 del Regolamento CE n. 1162/09 e del Capitolo V dell'Intesa adottata dalla Conferenza Stato-Regioni il 10 maggio 2007 “*Linee Guida per la corretta applicazione del regolamento CE n. 2075/2005*” - non potevano fornire il servizio di analisi per la ricerca di trichine nelle carni. Ciò anche nel caso in cui i suddetti laboratori si fossero dotati dell'accreditamento richiesto dalla normativa vigente, a seguito di una diversa comunicazione dello stesso Ministero datata 20 giugno 2006.

L'Autorità ha osservato come l'interpretazione del Ministero della salute, peraltro non in linea con la disciplina vigente che regola le modalità e i soggetti autorizzati a svolgere l'attività in questione, restringesse ingiustificatamente le categorie di soggetti ammessi a svolgere l'attività in questione, impedendo ai laboratori privati non annessi al macello, ancorché accreditati anche sulla base di indicazioni fornite dalla stessa Amministrazione nella citata comunicazione del 20 giugno 2006, di poter effettuare le analisi in questione.

L'Autorità ha rilevato che la disciplina vigente - contenuta nei Regolamenti CE n. 882/04, n. 2075/05, n. 2076/05 e n. 1162/09, che affidano alle autorità nazionali la competenza a designare i laboratori che possono eseguire, per la ricerca di trichine nelle carni, l'analisi dei campioni prelevati durante i controlli ufficiali aveva superato le previsioni di cui all'articolo 2, commi 3 e 4, del Decreto Legislativo n. 123/93, ammettendo anche i laboratori privati non annessi ai macelli (oltre che i laboratori pubblici ufficiali e i laboratori privati annessi ai macelli) allo svolgimento dell'attività in questione, purché essa fosse svolta secondo garanzie di sicurezza assicurate dall'ottenimento della certificazione rilasciata dagli enti preposti (c.d. accreditamento).

L'Autorità ha sottolineato, dunque, che dal 1° gennaio 2010, quindi, per poter svolgere l'attività in parola i laboratori privati non annessi dovevano essere accreditati, mentre i laboratori privati annessi potevano utilizzare la proroga in loro favore di cui al Regolamento CE n. 1162/09, che ha previsto che le strutture private annesse ai macelli possono svolgere l'analisi in questione purché dimostrino di avere avviato le procedure per l'accreditamento. L'articolo 6 di tale Regolamento prevede, in deroga all'art 12 del Regolamento CE n. 882/04, che “*l'autorità competente può designare un laboratorio che effettui i controlli ufficiali per individuare la presenza di Trichinella e che si trovi*

all'interno di macelli o di stabilimenti per la lavorazione della selvaggina, a condizione che tale laboratorio, pur non accreditato: a) dimostri di aver avviato e avere in corso le necessarie procedure di accreditamento conformemente al regolamento (CE) n. 882/2004; b) fornisca all'autorità competente garanzie sufficienti circa l'operatività di sistemi di controllo della qualità per le analisi da esso effettuate ai fini dei controlli ufficiali”.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha pertanto ritenuto che l'esplicito riferimento ai laboratori che si trovano all'interno di macelli o di stabilimenti per la lavorazione della selvaggina, contenuto nel Regolamento CE n. 1162/09, non implicava che i laboratori privati non annessi ai macelli, accreditati per lo svolgimento di detti esami, non potessero effettuare l'analisi di ricerca di trichine nelle carni.

Infine, l'Autorità ha osservato come la circostanza di non consentire ai laboratori privati non annessi ai macelli dotati del richiesto accreditamento di svolgere la attività in parola apparisse non giustificata ove si consideri che gli stessi soggetti, che nel frattempo hanno acquisito competenze ed esperienze specifiche, erano già stati autorizzati, nel giugno 2006, dallo stesso Ministero della salute a svolgere la medesima attività in una situazione di “emergenza e rischio sanitario” legata anche al passaggio dalla metodica di analisi per compressione a quella per digestione; ciò peraltro in una situazione eccezionale che certamente richiedeva particolari cautele.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'Autorità ha auspicato che la disciplina vigente, introdotta dai regolamenti comunitari citati, che ha ampliato la platea dei soggetti che possono svolgere l'attività di analisi illustrata assoggettandola al possesso dei requisiti tecnici che garantiscono l'affidabilità dei risultati, potesse trovare piena applicazione a livello nazionale e regionale. L'ingiustificata esclusione dei laboratori privati accreditati non annessi ai macelli restringeva, infatti, la concorrenza con danno delle dinamiche concorrenziali, a svantaggio della qualità e dei prezzi dell'attività in questione.

SERVIZIO PER LA FORNITURA DI BUONI PASTO

Nell'ottobre 2010, a seguito del ricevimento di alcune denunce relative a distorsioni concorrenziali nel mercato dei servizi di fornitura dei buoni pasto, l'Autorità ha formulato alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, concernenti la predisposizione dei bandi di gara relativi alla fornitura dei buoni pasto. La segnalazione è stata inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano.

L'Autorità, in considerazione delle caratteristiche del mercato italiano della fornitura dei buoni pasto e, in particolare della struttura concentrata dello stesso, in cui i

primi quattro operatori rappresentavano nel 2009 quasi il 70% del mercato, ha rilevato innanzitutto che la partecipazione congiunta di operatori, che singolarmente potrebbero partecipare alla gara, determina effetti restrittivi della concorrenza nel mercato, in quanto restringe la platea dei concorrenti con vantaggi per coloro che riescono a concludere strategie di cooperazione. In tale ottica, ha ribadito il consolidato principio secondo cui la partecipazione congiunta alla stessa gara da parte di operatori in grado di concorrere singolarmente può determinare effetti restrittivi della concorrenza nel mercato, in quanto restringe la platea dei concorrenti, avvantaggiando coloro che riescono a concludere strategie di cooperazione.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che l'utilizzo del criterio della capacità tecnica dei concorrenti come parametro di valutazione dell'offerta tecnica, benché genericamente valido in quanto basato sull'ampiezza complessiva e sulla diffusione nel territorio delle rispettive reti di esercizi convenzionati, potrebbe determinare effetti distorsivi della concorrenza, favorendo indebitamente gli operatori di maggiori dimensioni ovvero incentivando la costituzione tra essi di raggruppamenti temporanei realizzati unicamente al fine di escludere la possibilità degli operatori minori di aggiudicarsi i servizi oggetto della gara, specialmente allorquando tali raggruppamenti temporanei siano conclusi tra imprese che singolarmente potrebbero partecipare alla gara.

Per tali ragioni, l'Autorità ha rilevato come il criterio di valutazione basato sulla capillarità delle reti di convenzionamento delle imprese partecipanti potrebbe essere apprezzato per il conseguimento del punteggio dell'offerta tecnica purché determinato in maniera proporzionata al valore e alle caratteristiche geografiche della fornitura.

Con riferimento alla prassi, utilizzata da talune società di emissione, di aumentare le commissioni richieste agli esercenti dalle società di emissione per il rimborso del buono pasto in seguito all'acquisizione della fornitura di buoni pasto, è stato osservato come tale prassi avrebbe potuto produrre effetti distorsivi della concorrenza nella gara e peggiorare la qualità del servizio reso ai consumatori, sia in termini di revoca del convenzionamento da parte dell'esercizio convenzionato sia in termini di offerta del bene o servizio reso dall'esercizio convenzionato incentivato a ridurre la qualità o quantità offerta ovvero ad aumentare i prezzi in proporzione all'aumento della *fee* da corrispondere alla società che emette i buoni pasto.

Al fine di innescare meccanismi disincentivanti tali comportamenti opportunistici, l'Autorità ha auspicato che i bandi di gara attribuissero punteggi massimi all'offerta che prevede il rimborso del buono pasto più elevato da parte della società di emissione all'esercizio convenzionato. Tale previsione disincentiverebbe, infatti, l'adozione di aumenti delle commissioni a favore delle società di emissione in danno degli esercenti e, da ultimo, dei consumatori.

SERVIZI DI ACCERTAMENTO E RISCOSSIONE DI CARATTERE TRIBUTARIO DEL COMUNE DI MATTINATA

Nell’ottobre 2010 l’Autorità ha trasmesso un parere, ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/990 al Sindaco del Comune di Mattinata (FG) in merito alla sottoponibilità dell’affidamento secondo modalità in house dei servizi di accertamento e riscossione di carattere tributario dello stesso Comune alla procedura di cui all’articolo 23-bis del d.l. n. 112/08 (convertito nella legge n. 133 del 2008 e successive modifiche).

In proposito, l’Autorità ha ritenuto che ai suddetti servizi, in quanto servizi bancari e finanziari resi a favore della pubblica amministrazione, dovessero essere applicate le regole dell’evidenza pubblica. Pertanto, l’Autorità ha ritenuto che non si applicavano nel caso in questione le disposizioni di cui all’art. 23-bis del d.l. n. 112/08 (convertito nella legge n. 133 del 2008 e successive modifiche).

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI BENI E SERVIZI INFORMATICI

Nel settembre 2010 l’Autorità ha trasmesso ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 una segnalazione al Presidente del Consiglio della Provincia Autonoma di Trento alcune osservazioni sulle possibili distorsioni derivanti dall’articolo 2, comma 3, della legge provinciale n. 10 del 1980.

In particolare, l’Autorità ha osservato che tale disposizione poteva determinare distorsioni della concorrenza nella misura in cui disponeva l’affidamento in concessione del servizio di gestione del “sistema informativo elettronico provinciale” ad una società a prevalente capitale pubblico, alla quale, pertanto, non era legislativamente preclusa - almeno in linea di principio - anche la partecipazione del capitale privato.

Al riguardo, l’Autorità ha sottolineato che il punto di partenza per escludere il contrasto tra le normative che consentono gli affidamenti diretti e i principi comunitari era costituito dalla esistenza di una relazione interorganica, e non contrattuale, tra stazione appaltante e soggetto affidatario. A tal fine, la giurisprudenza comunitaria ha coniato il concetto di “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”, per il quale è necessaria la partecipazione pubblica totalitaria in via permanente. Nel caso della menzionata legge provinciale la possibilità che la gestione del sistema informativo provinciale potesse formare oggetto di affidamento in concessione ad una società mista, pur se “a prevalente capitale pubblico”, avrebbe potuto incidere sulla sussistenza dei requisiti sottostanti al controllo analogo.

Infine, l’Autorità ha ribadito il carattere eccezionale dell’istituto dell’affidamento in house, tale da non potere essere assunto dagli enti locali quale fondamento e giustificazione per scelte normative ed amministrative in contrasto coi principi di tutela della concorrenza.

GESTIONE INFORMATIZZATA DEGLI ATENEI UNIVERSITARI

Nel settembre 2010 l’Autorità ha formulato, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca (MIUR) relativamente alle problematiche concorrenziali esistenti nel mercato dell’elaborazione e della fornitura di *software* per la gestione informatizzata delle segreterie studenti nelle Università italiane, in specie a seguito dell’adozione del D.M. 14 maggio 2010, con il quale il suddetto Ministero aveva approvato il nuovo statuto del Consorzio Interuniversitario per il Calcolo Automatico dell’Italia Nord Orientale (Cineca).

L’attività principale del Cineca, che è il maggiore centro di calcolo in Italia, nonché uno dei più importanti a livello mondiale, consiste nello sviluppo di applicazioni e servizi di *Information Technology*, attraverso la promozione del ricorso a sistemi avanzati di elaborazione dei dati, nonché la stessa predisposizione, elaborazione e gestione di appositi sistemi informatici dedicati alla realtà universitaria. Dal 30 gennaio 2006, il Consorzio, pur mantenendo la propria natura non profit, ha acquisito personalità giuridica privata e il MIUR è entrato a pieno titolo tra gli enti consorziati con compiti di vigilanza. Nello svolgimento della sua attività, Cineca si avvale di una società controllata strumentale, Kion Spa, che si occupa della commercializzazione delle licenze d’uso dei software elaborati in ambito Cineca, nonché della prestazione dei servizi di assistenza e manutenzione post vendita.

In proposito, l’Autorità ha rilevato la sussistenza di una prassi, adottata da numerose Università, di acquisire da Cineca e, per tramite di questa, dalla società interamente controllata Kion Spa, la fornitura dei *software* gestionali e dei relativi servizi di assistenza, in assenza di una qualsivoglia forma di confronto concorrenziale.

Tenuto conto di un contesto di mercato nel quale i prodotti distribuiti da Cineca/Kion – principalmente il software ESSE3, con licenza a codice sorgente chiuso – detengono una quota pari a circa l’80% del mercato, a fronte di una struttura estremamente frammentata dell’offerta concorrente e di una quota di autoproduzione di questi servizi da parte degli Atenei alquanto ridotta e comunque tendenzialmente decrescente, l’Autorità ha ritenuto che le modifiche apportate allo statuto di Cineca risultassero idonee a produrre significativi effetti anticoncorrenziali. In particolare, il novellato articolo 2 dello statuto del Consorzio ha previsto che “*nell’esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, il Consorzio rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa*”.

Al riguardo, l’Autorità ha sottolineato la portata anticoncorrenziale delle citate disposizioni, che sarebbe risultata aggravata, altresì, dall’assenza di precise regole circa eventuali incompatibilità tra funzioni di gestione e amministrazione del Consorzio e incarichi esterni in altre realtà imprenditoriali.

Infatti, secondo l’Autorità, la previsione che assegna al Consorzio la natura di strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, contrastando con l’ulteriore previsione relativa all’assenza di scopo di lucro nell’attività consortile e snaturando il carattere istituzionale dello stesso Consorzio, legittimerebbe l’attività sostanzialmente imprenditoriale svolta da Cineca in un regime discriminatorio a proprio favore. Il Consorzio sarebbe evidentemente avvantaggiato rispetto agli altri imprenditori privati per essere - allo stesso tempo - un soggetto autorizzato a svolgere attività di natura imprenditoriale e il principale interlocutore istituzionale delle Università nell’ambito dello sviluppo di applicazioni e servizi avanzati di tecnologia informatica.

L’Autorità ha rilevato, inoltre, che l’effetto distorsivo della concorrenza sarebbe stato rafforzato dal costante ricorso di Cineca, per l’effettivo svolgimento dell’attività di impresa connessa allo sviluppo del *software* e alla prestazione dei relativi servizi di assistenza, alla società strumentale Kion; a tale riguardo, la richiamata prassi di molte Università consistente nell’affidamento diretto e a titolo oneroso a Cineca e, per tramite di questa, a Kion, della fornitura dei *software* gestionali e dei relativi servizi di assistenza, è apparsa contraria ai principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato.

La fornitura di licenze *software* e la prestazione dei relativi servizi di assistenza e manutenzione, costituendo attività tipicamente economica, è soggetta, infatti, al rispetto della disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e dei principi generali in materia di evidenza pubblica, al fine di garantire a tutti gli operatori, già presenti nel mercato o interessati ad entrarvi, una concreta possibilità di competere per l’aggiudicazione delle forniture e dei servizi. L’Autorità non ha ritenuto rilevante, peraltro, la circostanza secondo la quale il Cineca è statutariamente legittimato a collaborare con le Università, ricordando l’assenza, nel caso di specie, dei requisiti di legittimità necessari per il ricorso all’istituto dell’*in house providing*.

Da ultimo, con riferimento alla natura “chiusa” del codice sorgente delle licenze ESSE3 di Cineca, l’Autorità ha messo in luce come le procedure di acquisizione di *software* dovessero favorire l’affermazione della piena interoperabilità tra i vari prodotti disponibili nel mercato, caratterizzato, come detto, dalla presenza di un operatore in posizione di evidente dominanza.

Alla luce di quanto rilevato, l’Autorità ha richiesto al Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca di adottare opportuni provvedimenti diretti a eliminare le descritte distorsioni del mercato.

CORRISPETTIVI DEI SERVIZI DI ATTESTAZIONE PER LA QUALIFICAZIONE DEGLI ESECUTORI DEI LAVORI PUBBLICI

Nel dicembre 2010 l’Autorità ha inviato, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90, alcune considerazioni al Presidente della Regione Emilia-Romagna in merito ai possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalla normativa che fissa nel minimo e nel massimo il livello dei corrispettivi dei servizi prestati dalle Società

Organismo di Attestazione (SOA) per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, come previsto dall’articolo 8, comma 4, lettera f), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e disciplinato dall’apposito regolamento di cui al d.P.R. 25 febbraio 2000, n. 34.

In proposito, l’Autorità ha ricordato di avere già in passato con una apposita segnalazione⁵¹ sollecitato il riesame della normativa che stabiliva nel minimo e nel massimo il livello dei corrispettivi dei servizi prestati dalle SOA, rilevando i profili restrittivi non solo della normativa in questione ma anche dello schema di regolamento volto a modificare il citato d.P.R. n. 34/2000, tendente a confermare l’obbligatorietà delle tariffe minime e massime e ad estenderla, in misura proporzionalmente ridotta, alle attività integrative di revisione triennale o di variazione dell’attestazione, come introdotte dalla legge n. 166/02.

In quel contesto, l’Autorità aveva evidenziato che tale sistema tariffario appariva in contrasto con i meccanismi concorrenziali, tenuto conto della particolarità del mercato definito dal legislatore, “*in cui la domanda è espressa dalle imprese che vogliono partecipare a gare per l’aggiudicazione di lavori pubblici e l’offerta è rappresentata in via esclusiva da organismi di diritto privato, ed in concreto da soggetti imprenditoriali che devono assumere la veste di società per azioni*”.

L’Autorità, inoltre, nel ribadire che, in termini generali, “*la fissazione di prezzi minimi, lungi dall’assicurare la qualità del servizio cui essi si riferiscono, rappresenta [...] uno strumento che disincentiva gli operatori dall’assumere il livello qualitativo della prestazione quale variabile del proprio comportamento di mercato*”, aveva rilevato che le previsioni circa l’obbligatorietà delle tariffe - sia nel minimo sia nel massimo - apparivano comunque prive di qualunque giustificazione di carattere generale. Infatti, “*la qualità del servizio svolto dalle SOA, la rispondenza di esso all’interesse generale e l’efficienza complessiva del sistema sono garantire dai controlli ex ante ed ex posti previsti (...) nonché dall’attività di vigilanza in concreto svolta dall’Autorità*” di settore.

Nonostante quanto segnalato, l’Autorità ha riscontrato tuttavia che l’articolo 12 del d.P.R. n. 34/00 non aveva subito alcuna modifica né era stato abrogato. L’Autorità ha pertanto auspicato che le considerazioni svolte potessero costituire un utile contributo ai fini della modifica della normativa in esame.

PRESTAZIONE DI SERVIZI DELLA CENTRALE REGIONALE D’ACQUISTO INTERCENT-E.R. A FAVORE DELLE ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO

Nel luglio 2010 l’Autorità ha inviato ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90 al Presidente della Regione Emilia-Romagna alcune considerazioni in merito alle criticità concorrenziali derivanti dalla possibilità per le associazioni di volontariato di

⁵¹ Cfr. segnalazione AS261 del 16 giugno 2003 *Corrispettivi dei servizi di attestazione per la qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici*, in Boll. n. 24/03

usufruire dei servizi forniti dalla centrale regionale d’acquisto Intercent-E.R., così come previsto dalla legge regionale n. 11/04, modificata dalla legge regionale n. 21/09.

Pur riconoscendo il carattere meritorio delle finalità che la Regione intendeva perseguire attraverso la modifica della suddetta legge n. 11/04, l’Autorità ha ritenuto che tale disposizione rischiasse di alterare il corretto confronto concorrenziale tra i vari operatori economici nell’approvvigionamento di servizi e/o forniture.

Come già rilevato dall’Autorità in precedenti segnalazioni, ai sensi del diritto antitrust le associazioni di volontariato sono considerate imprese allorché esercitano un’attività economica e, più in particolare, allorché partecipano ad appalti pubblici di servizi in concorrenza con altri operatori economici privati. Pertanto, l’Autorità ha ritenuto che la legge regionale, consentendo alle associazioni di volontariato di ricorrere alla centrale di committenza e quindi di beneficiare dei prezzi di acquisto di beni e servizi più vantaggiosi, risultava in contrasto con i generali principi di non discriminazione e parità di trattamento tra operatori, atteso che tale canale privilegiato era invece precluso ai concorrenti.

Infine, l’Autorità ha rilevato che la disposizione segnalata avrebbe potuto essere in contrasto anche con quanto disposto dall’articolo 3, comma 34 e dall’articolo 33 del d.lgs. n. 163/06 (Codice degli appalti), nella parte in cui consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali d’acquisto.

PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO – SERVIZIO DI MARCatura DELLE PARTITE TAVOLARI

Nel maggio 2010 l’Autorità ha reso un parere ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 alla Provincia Autonoma di Trento concernente la legittimità dell’offerta, da parte dell’amministrazione stessa, del servizio di marcatura delle partite tavolari, così come stabilito con deliberazione della Giunta Provinciale n. 2052 del 3 settembre 2004.

L’Autorità ha osservato che l’impianto e la tenuta del libro fondiario sono espressione dell’esercizio della funzione pubblica, volta a garantire la pubblicità del sistema tavolare, riservata in via esclusiva alla Regione Trentino Alto Adige dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5 e il cui esercizio è stato dalla Regione stessa delegato alla Provincia Autonoma di Trento in forza della legge Regionale 17 aprile 2003, n. 3.

In tale contesto l’Autorità ha ritenuto che la marcatura delle partite tavolari si configurasce come un’attività aggiuntiva rispetto al conseguimento del bene pubblico da parte della comunità, rappresentato, nel caso di specie, dall’accesso ai dati contenuti nel Libro fondiario. In generale, poi, l’Autorità ha osservato che, nel caso della fornitura di servizi accessori, per cui non fosse giustificata una riserva in favore delle

amministrazioni, queste ultime erano tenute a verificare periodicamente l'esistenza di condizioni per una gestione pienamente concorrenziale del servizio.

L'Autorità ha osservato, pertanto, che laddove l'attività in questione fosse remunerativa e vi fossero, inoltre, soggetti interessati a fornire servizi analoghi in regime di concorrenza nel mercato, l'amministrazione avrebbe dovuto assicurare agli operatori economici interessati la possibilità di fornire tale servizio alla cittadinanza.

CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ AZIENDALE PER LO SVOLGIMENTO DEI SERVIZI DI LINEA

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dalle previsioni relative all'ottenimento della certificazione di qualità aziendale per lo svolgimento del servizio di linea.

L'Autorità ha osservato come sia l'articolo 2, comma 3, del decreto n. 316/2006 sia la circolare ministeriale n. 2/2007, applicativa del citato decreto prevedessero che l'ottenimento dell'autorizzazione per lo svolgimento del servizio di linea fosse subordinato alla dimostrazione del possesso della certificazione di qualità aziendale, richiedendo al contempo che tale certificazione venisse rilasciata da organismi accreditati dal Sistema Nazionale per l'Accreditamento degli Organismi di Certificazione (SINCERT).

L'Autorità ha rilevato la natura distorsiva delle disposizioni in oggetto in considerazione del fatto che le stesse, nell'indicare unicamente la certificazione rilasciata da organismi accreditati dal SINCERT, erano suscettibili di determinare restrizioni concorrenziali nel mercato dei servizi di certificazione aziendale anche mediante l'esclusione dal mercato di società che, sebbene non accreditate SINCERT, fossero comunque accreditate presso organismi ad esso equivalenti, firmatari dei cosiddetti "accordi di mutuo riconoscimento".

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo ricordato come, proprio al fine di garantire l'efficacia del processo di accreditamento, si fosse sviluppato un sistema internazionale di accreditamento volontario che ha previsto opportuni meccanismi di controllo "esterno", consistenti nella partecipazione degli enti di accreditamento ad apposite organizzazioni internazionali e nella sottoscrizione dei c.d. "accordi di mutuo riconoscimento" gestiti dalle suddette organizzazioni. In secondo luogo, l'Autorità ha osservato come, malgrado tali sistemi internazionali fossero garantiti in termini di competenza e rigore procedurale, nonché d'uniformità di operato, né il decreto né la circolare facessero riferimento alla possibilità, per le aziende, di ricorrere alla certificazione di tali enti, con ciò innalzando le barriere all'entrata sul mercato.

Malgrado l'amministrazione avesse specificato di non negare l'autorizzazione allo svolgimento dei servizi di linea a chi producesse certificazioni rilasciate da organismi

non accreditati SINCERT, se pure riconosciuti in ambito europeo, l’Autorità ha auspicato in ogni caso la revisione delle succitate norme con la previsione esplicita della possibilità di ottenere l’autorizzazione allo svolgimento di servizi di linea anche nell’ipotesi in cui venissero prodotte diverse ma legittime alternative di certificazione.

RILASCIO DI AUTORIZZAZIONI PER L’ATTIVITÀ DI SOMMINISTRAZIONE DI ALIMENTI E BEVANDE IN ASSENZA DI UNA PROGRAMMAZIONE COMUNALE

Nell’aprile 2010 l’Autorità ha reso un parere ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Rubano concernente la legittimità del rilascio di autorizzazioni per l’esercizio dell’attività di somministrazione di alimenti e bevande in assenza di una programmazione comunale. In primo luogo, l’Autorità ha ricordato che l’art. 3 del decreto legge n. 223/06, convertito in legge n. 248/06, aveva rimosso limiti e prescrizioni restrittivi della concorrenza con riguardo sia alle attività commerciali individuate dal d.lgs. n. 114/98, che alle attività di somministrazione di alimenti e bevande prevedendo, altresì, l’adeguamento entro il 1° gennaio 2007 delle previsioni legislative e regolamentari di Regioni o Enti Locali eventualmente difformi o in contrasto con i nuovi principi in materia di concorrenza.

Nel caso in esame l’Autorità ha rilevato che la peculiare interpretazione effettuata dalla Regione Veneto del citato art. 3 del decreto legge n. 223/06, convertito in legge n. 248/06, aveva di fatto ridotto l’ambito di applicazione dei principi di liberalizzazione citati, in quanto aveva artificiosamente consentito il mantenimento di meccanismi di programmazione locale per gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande fondati sul rispetto di limiti quantitativi.

Pertanto, attesa la portata restrittiva della previsione di limiti quantitativi all’apertura di nuovi esercizi, l’Autorità ha osservato che l’amministrazione avrebbe potuto introdurre limitazioni all’accesso soltanto ove necessarie e proporzionate al perseguimento di specifici obiettivi di interesse generale e che nel caso di specie, non poteva considerarsi conforme ai principi della concorrenza il diniego di un’autorizzazione all’esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande semplicemente fondato sulla protezione degli interessi degli operatori già attivi e, segnatamente, sulla salvaguardia delle quote di mercato dagli stessi detenute.

SERVIZIO DI AGENZIA DI VIAGGI PER LA GESTIONE DI TRASFERTE DI LAVORO NELLA P.A.

Nel gennaio 2010 l’Autorità ha reso un parere ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministero dell’Economia e delle Finanze concernente lo schema di bando di gara per “il servizio di Agenzia Viaggi per la gestione delle trasferte di lavoro” ed il relativo disciplinare, predisposti dalla CONSIP Spa, ritenendo che, in linea generale, le

indicazioni previste fossero conformi agli orientamenti pro-concorrenziali in passato espressi in materia di bandi di gara predisposti da CONSIP.

Tuttavia, con riguardo ai requisiti di partecipazione alla gara e alle condizioni per il subappalto, l’Autorità ha ricordato come le modifiche apportate dalla legge n. 166/09 alla normativa nazionale sugli appalti in conformità alla sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009, non consentissero più di escludere automaticamente dalla gara i concorrenti che si trovino in una situazione di controllo o collegamento in base all’articolo 2359 c.c., dovendosi viceversa di volta in volta verificare che le offerte non possano essere imputate ad un unico centro decisionale.

Analogamente, l’Autorità ha osservato come anche i limiti posti all’affidamento del subappalto dovesse tener conto delle modifiche normative apportate al codice degli appalti dall’articolo 3, comma 1. Pertanto, l’Autorità ha esortato CONSIP a prestare la massima attenzione affinché nei casi descritti fosse effettivamente garantita la non riconducibilità delle offerte prese in considerazione ad un unico centro decisionale.

Infine, l’Autorità ha ritenuto utile segnalare l’opportunità di prevedere, ai fini dell’ammissione alla gara, anche indici di capacità economica e finanziaria alternativi al raggiungimento di un dato livello di fatturato da considerare ai sensi dell’articolo 41 d.lgs n. 163/2006. Ciò al fine di evitare, in particolare, la preclusione alla gara di imprese la cui costituzione fosse avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando.

ATTIVITÀ RICREATIVE, CULTURALI E SPORTIVE

Abusi

FEDERITALIA / FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI

Nell’aprile 2010 l’Autorità ha riaperto un procedimento nei confronti della Federazione Italiana Sport Equestrì (FISE) per violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE e chiuso nel maggio 2008 senza accertamento dell’illecito e mediante accettazione di alcuni impegni presentati dalla FISE. Il procedimento originario riguardava il contenuto e gli effetti anticoncorrenziali di alcune norme statutarie vincolanti per i tesserati FISE, inquadrabili come finalizzate a precludere l’accesso al mercato equestre o comunque a limitare l’attività sia di nuove associazioni sia dei soggetti operanti nel mercato in questione, nonché una serie di condotte direttamente od indirettamente poste in essere da parte della FISE nei confronti delle associazioni concorrenti e degli altri soggetti attivi nel settore equestre, al fine di limitare od impedire il loro ambito di attività. Esso si era concluso con l’accettazione di alcune misure, proposte dalla FISE, volte a superare l’esclusiva della FISE sulla disciplina delle attività ludiche di cui all’articolo 1.2 dello Statuto Federale, a modificare l’articolo 17, comma 2, delle Norme di Attuazione dello

Statuto FISE, infine a consentire l’uso degli impianti degli affiliati FISE ad altri enti od associazioni tramite una “convenzione quadro”.

Con sentenza del TAR Lazio del 22 ottobre 2008 è stato tuttavia annullato *in parte qua* il provvedimento di accoglimento degli impegni e si è stabilito che “*l’Autorità procedente dovrà nuovamente valutare se gli impegni proposti siano satisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali in relazione ai quali è stato avviato il procedimento, nel qual caso la delibera del 15 maggio 2008 come emendata dalle parti illegittime resterà vincolante per la ricorrente ed il procedimento rimarrà chiuso senza l’accertamento di alcuna infrazione, o, viceversa, non siano satisfattivi ai fini in questione, nel qual caso, essendosi modificata la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui è fondata la decisione, l’Autorità potrà riaprire d’ufficio il procedimento ai sensi dell’articolo 14, co. 3, l. 287/1990*”.

Inoltre, con sentenza del 19 novembre 2009 il Consiglio di Stato, nel confermare quanto stabilito dal TAR Lazio nella citata sentenza di primo grado, ha specificato che “*l’Autorità dovrà ora rinnovare espressamente la valutazione per verificare l’idoneità degli originari impegni privi delle modifiche contestate a determinare la chiusura dell’istruttoria, con riapertura del procedimento in caso contrario*”.

L’Autorità, ritenendo che la delibera di accoglimento degli impegni, così come parzialmente emendata dalla pronuncia del TAR Lazio e successivamente confermata dal Consiglio di Stato, potesse avvalorare l’assunto che alla FISE sia attribuibile un’ingiustificata esclusiva sulla disciplina dell’intera attività equestre, assunto a causa del quale e delle condotte abusive conseguenti era stato deliberato l’avvio dell’istruttoria nei confronti della FISE, e che conseguentemente gli impegni proposti dalla FISE non apparissero satisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali in relazione ai quali è stato avviato il suddetto procedimento, ha quindi, in ottemperanza alle citate pronunce dei giudici amministrativi, deliberato la riapertura d’ufficio del procedimento avviato in data 19 luglio 2007 nei confronti della Federazione Italiana Sport Equestri, ai sensi degli artt. 101 e 102 del TFUE, e il rigetto degli impegni proposti dalla Federazione Italiana Sport Equestri.

Al 31 dicembre 2010, il procedimento è in corso.

Intese

MONDADORI ELECTA /REUNION DES MUSEES

Nel dicembre 2010 l’Autorità ha avviato un’istruttoria nei confronti delle società Mondadori Electa Spa e Réunion Musées Nationaux al fine di accertare l’esistenza di eventuali violazioni dell’articolo 101 del TFUE in occasione di alcune gare bandite nel giugno 2010 dal Ministero dei beni culturali (Mibac) aventi ad oggetto l’affidamento di

concessioni riguardanti servizi aggiuntivi museali, tra cui la gestione delle librerie museali e l'organizzazione di mostre per i siti statali individuati dai bandi.

Il procedimento ha tratto origine dalla notifica preventiva di un'operazione di concentrazione. Nel settembre 2010, infatti, Mondadori Electa Spa e Réunion Musées Nationaux hanno comunicato all'Autorità, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90, la costituzione di un'impresa comune denominata JVCO per la partecipazione alle gare bandite dal Ministero.

Electa Mondadori Spa è un operatore italiano attivo nel mercato dell'editoria d'arte e nel settore dei servizi aggiuntivi museali mediante la gestione di librerie museali e l'organizzazione di mostre ed eventi espositivi nei siti museali e archeologici. La Société Éditions D'art Lys, attiva nel campo editoriale e nel settore dei servizi aggiuntivi museali in Francia, è controllata da Réunion Musées Nationaux (RMN), ente pubblico di diritto francese.

Secondo quanto previsto dal progetto di *partnership*, la costituzione dell'impresa comune sarebbe stata articolata in diverse fasi e soggetta a condizioni di incerta realizzazione. In particolare, il capitale di JVCO, al momento della costituzione nel settembre 2010, era detenuto per il 25% da RNM e per il 75% da Electa. Nell'ambito del progetto di *partnership*, le due società avevano previsto l'acquisizione del controllo congiunto su tale impresa, la quale avrebbe operato attraverso contratti di servizio conclusi tra le due società partecipanti al capitale sociale. La stessa avrebbe invece operato come entità autonoma dalla imprese madri soltanto in seguito al conferimento in JVCO del ramo di azienda di Electa, peraltro relativo alla sola gestione delle librerie mussali, evento tuttavia di incerta realizzazione, essendo stato dalle Parti condizionato all'aggiudicazione di un numero predeterminato di concessioni di gestione delle librerie mussali situate all'interno di alcuni siti individuati dall'Accordo.

Nell'ambito dell'accordo tra Electa e RNM erano stati conclusi, altresì, due patti di non concorrenza. Il primo patto, gravante su entrambe le società, prevedeva che queste non potessero competere direttamente o indirettamente con JVCO nell'attività di gestione di librerie museali in Italia nel periodo di attività di JVCO. Tale patto era valido anche per i due anni successivi alla cessione della partecipazione in JVCO, limitatamente all'attività di gestione delle librerie museali e al territorio italiano. L'altro accordo consisteva nella clausola secondo cui RNM, nel periodo in cui avrebbe detenuto una partecipazione in JVCO, poteva svolgere in Italia l'attività di organizzazione di mostre soltanto nel caso in cui JVCO, su espressa richiesta, rifiutasse di svolgere tale attività.

L'Autorità ha ritenuto che l'operazione comunicata non costituisse un'operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 287/90 e ha, pertanto, disposto il non luogo a provvedere al riguardo.

In merito alla medesima operazione, l’Autorità ha deliberato invece l’avvio di un’istruttoria al fine di accertare la possibile esistenza di violazioni all’articolo 101 del TFUE da parte delle due società. L’Autorità ha ritenuto, infatti, che l’accordo concluso tra RMN ed ELECTA finalizzato, principalmente, a partecipare congiuntamente alle gare indette dal Ministero nel giugno 2010, aventi ad oggetto l’assegnazione delle concessioni per la gestione delle librerie museali e per l’organizzazione di mostre, potrebbe costituire un’intesa restrittiva della concorrenza tra due importanti operatori del settore, con la finalità primaria di evitare il confronto concorrenziale tra gli stessi e con la finalità secondaria di diminuire la pressione concorrenziale nella fase di apertura dei mercati (c.d. concorrenza “per” il mercato). Al 31 dicembre 2010 l’istruttoria è in corso.

Segnalazioni

MERCATO DELLA FORNITURA DEI SERVIZI AGGIUNTIVI PER MUSEI

Nel giugno 2010 l’Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per i Beni e le Attività Culturali, in merito alle distorsioni concorrenziali nel mercato della fornitura dei servizi aggiuntivi per musei, integrando una propria segnalazione del luglio 2009 sullo stesso tema. L’Autorità ha esaminato il progetto di aggiornamento delle Linee guida in corso di elaborazione presso il Ministero e ha espresso apprezzamento per alcuni aspetti; al contempo, l’Autorità ha rilevato anche la criticità di taluni profili.

In primo luogo, poiché il settore in questione è caratterizzato dall’esistenza di numerosi incroci nelle partecipazioni societarie tra operatori concorrenti, l’Autorità ha ricordato come l’affidamento dei servizi fosse spesso avvenuto a favore di imprese tra loro concorrenti che competevano in RTI, determinando un blocco del mercato con conseguenti barriere all’entrata per i nuovi operatori; pertanto, l’Autorità ha auspicato che nelle Linee guida venisse inserito espressamente il principio *antitrust* secondo cui è possibile partecipare congiuntamente a gare per l’affidamento di servizi aggiuntivi e strumentali soltanto eccezionalmente, ossia solo qualora gli operatori non detengano singolarmente i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

Inoltre, l’Autorità non ha ritenuto condivisibile la posizione del Ministero in merito all’individuazione del concessionario di servizi aggiuntivi tramite gare ristrette alle quali ammettere un numero limitato di imprese, invitate dell’amministrazione appaltante, secondo la previsione di cui all’art. 55, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, non sussistendo giustificazioni tecniche né economiche in proposito. Al contrario, l’Autorità ha sottolineato la necessità che le gare permettessero la più ampia partecipazione degli operatori, così da favorire l’introduzione di dinamiche concorrenziali.