

elencati dalla Provincia (quali la manutenzione dei beni mobili e immobili e della segnaletica dei sentieri delle zone assegnate; l'accertamento delle violazioni di legge e di regolamento in materia ambientale ed edilizia; attività amministrative e di supporto quali tenuta dei registro compilazioni di ordini, gestione di magazzino, ecc.) potevano essere classificati come strumentali, in quanto rivolti essenzialmente alla pubblica amministrazione e non finalizzati a soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività.

L'Autorità ha inoltre sottolineato la necessità che lo statuto della società, costituita al fine della produzione dei beni e servizi strumentali sopra indicati, fosse redatto in conformità alle limitazioni dettate dal citato articolo 13 del decreto-legge n. 223/2006, consistenti nel divieto di effettuare prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati sia mediante l'affidamento diretto, sia con gara, nonché nel divieto di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

Per quanto riguarda infine la possibilità di procedere ad un affidamento *in house* dei servizi strumentali, l'Autorità ha ricordato che i principi comunitari ammettono la possibilità per la pubblica amministrazione di affidare direttamente la produzione di beni e servizi destinati all'ente ad un soggetto di diritto privato costituito e partecipato dalla stessa pubblica amministrazione, a condizione che l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente locale o gli enti locali che la controllano.

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: TIPIZZAZIONE DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE DI GARA E DETERMINAZIONE DELL'OFFERTA MIGLIORE

Nel settembre 2011, l'Autorità ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (in seguito AVCP), nell'ambito della consultazione da questa promossa in merito alla tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare d'appalto e alla nuova disciplina sulla determinazione della migliore offerta di cui agli artt. 46, 64 e 81 del decreto legislativo n. 163/2006, come modificati dall'art. 4, comma 2, del decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge del 12 luglio 2011, n. 106 "*Semestre Europeo - prime disposizioni urgenti per l'economia*" (c.d. decreto Sviluppo)

L'Autorità ha in primo luogo ricordato di aver sviluppato nel tempo un consolidato orientamento in materia, consistente nel suggerire alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara. Il ricorrere di tale circostanza, infatti, benché non dimostri di per sé l'esistenza di un intesa vietata dalla normativa *antitrust*, rappresenta, tuttavia, un indizio della possibile volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. L'inserimento nel bando di una clausola di questo genere, quindi, poteva senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da possibili comportamenti opportunistici e/o collusivi delle imprese.

L'Autorità ha poi sottolineato che la tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare introdotta, da ultimo, dal c.d. decreto Sviluppo, era volta a ridurre il potere discrezionale delle stazioni appaltanti, limitando le numerose esclusioni deliberate sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici. La novella legislativa, nell'introdurre un nuovo comma 1-*bis* all'art. 46 del Codice dei Contratti Pubblici, aveva previsto che le stazioni appaltanti potessero escludere i candidati o i concorrenti, oltre che per i motivi tassativamente disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, anche *“in caso di mancato adempimento di prescrizioni previste [...] da altre disposizioni di legge vigenti”*.

In proposito, l'Autorità ha osservato che una siffatta clausola di salvaguardia consentiva di non ritenere preclusa la possibilità per le stazioni appaltanti di prevenire *ab inizio*, inserendo apposite clausole nel bando, possibili comportamenti delle imprese in violazione delle norme a tutela della concorrenza suscettibili di minare l'esito stesso della gara. La possibilità per la stazione appaltante di escludere un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere *“macroscopicamente”* anticoncorrenziale era da ricondursi infatti, secondo l'Autorità, all'applicazione diretta dell'art. 101 del TFUE che vieta le intese restrittive della concorrenza, il quale, al pari delle altre norme a tutela della concorrenza, poteva ben considerarsi una tra le *“disposizioni di legge vigente”* (peraltro di rango superiore) richiamate dalla norma del decreto Sviluppo e la cui violazione poteva determinare l'esclusione dalla gara.

Tale assunto è apparso confortato anche dal punto di vista sistematico, tenuto conto che l'articolo 4, comma 1, lett. d) del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 (convertito dalla legge n. 148/2011) consentiva alle stazioni appaltanti, in tema di servizi pubblici locali, di escludere le *“forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento”*.

In proposito, l'Autorità ha considerato che benché tale disposizione fosse stata proposta per i soli servizi pubblici locali, la mancata estensione della *ratio* ad essa sottesa a tutti gli appalti pubblici appariva contraria ai principi generali che informano l'ordinamento giuridico, e, in particolare, a quelli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea.

In ragione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che la facoltà di una stazione appaltante di escludere dalla gara i raggruppamenti che presentino connotazioni tali da apparire, anche *prima facie*, palesemente anticoncorrenziali, non solo non fosse preclusa dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti pubblici, ma anzi, esplicitamente ammessa da questo attraverso il rinvio alla possibilità di escludere i candidati che non adempiano alle prescrizioni previste *“da altre disposizioni di legge vigenti”*.

Quanto all'inserimento di una clausola esplicita di esclusione nel bando di gara, l'Autorità ha osservato che l'esperienza da essa stessa maturata e le recenti modifiche normative invitavano ad adottare un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti.

La possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, è apparsa infatti più aderente alla *ratio* dell'articolo 101 del Trattato e all'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese.

Quanto alla modifica dall'art. 81 del Codice dei contratti pubblici che disciplina i criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità ha rilevato che era ragionevole ritenere che l'intenzione del legislatore fosse stata quella di estendere le garanzie dei lavoratori, anticipando le forme di tutela già previste *ex post* sulla verifica della congruità delle offerte, rendendo "irrilevante" ai fini della valutazione dell'offerta la voce relativa al costo del lavoro, sempre che questo fosse inteso quale costo orario unitario come definito dai CCNL di settore. Solo in tale ottica, infatti, la norma avrebbe contribuito ulteriormente a scoraggiare, *ab inizio*, la presentazione di offerte suscettibili di celare fenomeni legati all'utilizzo del lavoro irregolare.

Sotto altro profilo, l'Autorità ha richiamato la necessità di evitare che il nuovo art. 81, comma 3-*bis*, richiamando i minimi salariali oggetto di contrattazione tra le associazioni di categoria "più rappresentative sul piano nazionale" avesse l'effetto di livellare il costo del fattore lavoro per tutti i potenziali *competitor* su livelli predeterminati nei contratti aziendali delle principali imprese attive sui diversi mercati. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato più di una volta le possibili distorsioni ricollegabili ai casi in cui il legislatore imponga l'adozione di un determinato tipo di CCNL, osservando che una tale scelta appariva più appropriata per i soli aspetti del contratto incidenti sulla sicurezza del lavoratore, piuttosto che anche su quelli meramente economici. Una disposizione normativa di tal genere era suscettibile, infatti, di ridurre la concorrenza, costituendo una barriera all'entrata per i nuovi entranti ovvero innalzando i costi degli operatori già presenti che adottano un contratto di lavoro diverso.

BANDO DI GARA NELLA REGIONE SICILIA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI CONTROLLO SUL P.O.-F.S.E.

Nel novembre 2011, l'Autorità ha inviato una segnalazione alla Regione Sicilia ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90 in merito ai possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti da alcuni requisiti previsti dal bando di gara relativo alla "*Procedura ristretta ai sensi dell'art. 55, comma 6 e dell'art. 70, comma 11, d. lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 e S.M.I. per l'affidamento di servizi di controllo sul P.O. Regione Sicilia FSE 2007/2013*", con particolare riguardo al: i) requisito professionale richiesto per le società concorrenti, che

prevedeva l'iscrizione all'albo speciale delle società di revisione tenuto dalla Consob, nonché ii) all'ulteriore requisito relativo ad *“un numero di lavoratori dipendenti con contratto di lavoro subordinato assunti entro il 31 dicembre 2010 non inferiore a 100 unità”*. A seguito di apposita richiesta di informazioni, la Regione aveva precisato che tali requisiti erano, da un lato, finalizzati a garantire *“l'assoluta qualità nell'espletamento dei servizi”* di controllo relativi alla realizzazione del PO-FSE, Programma Operativo-Fondo Sociale Europeo, dall'altro ad assicurare che *“l'eventuale aggiudicatario definitivo non procedesse ad assunzioni dell'ultima ora di figure professionali esterne (c.d. free lance)”* che, *“[...] non possono assicurare la certezza circa l'assenza di collegamenti e di interesse incrociati con i soggetti da sottoporre a controllo”*.

In proposito, l'Autorità ha richiamato il proprio consolidato orientamento in merito a procedure ad evidenza pubblica analoghe a quella in esame e ha ribadito l'esigenza che tali procedure garantiscano la più ampia partecipazione dei soggetti interessati attraverso la definizione di requisiti di accesso tali da prevedere le maggiori opportunità agli operatori presenti nel relativo settore. Nell'ipotesi in cui eventuali esigenze di carattere generale impongano di limitare il numero dei potenziali concorrenti, tale limitazione, in base al principio di proporzionalità, dovrebbe essere individuata in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto ed essere stabilita attraverso criteri oggettivi di selezione basati sulle caratteristiche tecnico-professionali dei candidati e sulla loro precedente esperienza in materia.

Per quanto concerne il caso in esame, l'Autorità ha rilevato che l'esigenza invocata dalla Regione Sicilia per giustificare le richiamate previsioni del bando di gara in esame non appariva necessariamente ed esclusivamente conseguibile attraverso i due criteri selettivi stabiliti nel bando.

Infatti, per garantire il corretto svolgimento dell'attività richiesta nel citato bando di gara, consistente nel controllo *in loco* sul PO FSE regionale ad integrazione e supporto degli uffici pubblici competenti, l'Autorità ha ritenuto che sarebbe risultato sufficiente una figura professionalmente idonea per tale funzione, da rinvenirsi nell'ambito dei numerosi albi a ciò abilitati, eventualmente richiedendo una specifica preparazione in materia, dimostrabile anche attraverso pregresse esperienze di lavoro. In tal senso, è apparsa poco chiara la *ratio* giuridica-economica del requisito professionale richiesto dal bando, consistente nell'iscrizione all'albo speciale delle società di revisione tenuto dalla Consob.

Parimenti, al fine di garantire *“l'assenza di collegamenti e di interesse incrociati con i soggetti da sottoporre a controllo”*, l'Autorità ha osservato che il bando avrebbe potuto prevedere espressamente prevista tale incompatibilità per i singoli candidati, previa apposita certificazione *ad hoc* e pena l'esclusione dalla relativa gara.

Infine, l'Autorità ha precisato che l'abbinamento dei due requisiti sopra descritti, in quanto definivano ingiustificate barriere amministrative all'ingresso nel relativo mercato, avrebbe certamente reso ancor più difficoltoso, se non impossibile, l'accesso al settore

interessato dalla gara e, quindi, l'effettivo svolgimento dell'attività in questione, anche da parte di qualificati professionisti; anche tenuto conto che nessuna delle previsioni in parola può di per sé costituire garanzia che l'impresa che svolge l'attività in questione nel rispetto di tali parametri offra servizi qualitativamente adeguati e, comunque, migliori di altri operatori.

Varie

COMUNE DI VENTIMIGLIA (IM) - LIMITE DI OPERATIVITÀ RICHIESTO PER LE SOCIETÀ STRUMENTALI

Nel gennaio 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Ventimiglia, in merito alla portata della previsione di cui all'articolo 13, comma 2, del decreto - legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006.

L'Autorità ha ricordato che, secondo l'interpretazione della norma data dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4346 del 2009, l'imposizione di un «oggetto sociale esclusivo» non doveva essere inteso come divieto delle c.d. società strumentali *multiutilities*, bensì come rafforzamento della regola dell'esclusività, al fine di evitare che la società possa impegnarsi in altro, a seguito dell'affidamento. Pertanto, doveva ritenersi accolta dai giudici amministrativi l'interpretazione della norma volta a circoscrivere il vincolo di esclusività non all'attività affidata alla società *in house*, bensì ai soggetti pubblici beneficiari delle attività strumentali.

L'Autorità ha altresì osservato che dal punto di vista concorrenziale, l'interpretazione adottata dal Consiglio di Stato era l'unica coerente con quanto affermato dalla Corte di Giustizia con riguardo ai requisiti che giustificano il ricorso all'affidamento *in house*, ovvero il c.d. “controllo analogo” e l’ “attività prevalente”.

Sotto il primo profilo, affinché ricorra il controllo analogo è necessario che vi sia la partecipazione pubblica totalitaria e permanente, che all'ente pubblico controllante sia consentito l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli previsti normalmente dal diritto societario e che l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale grazie all'ampliamento dell'oggetto sociale e di estensione territoriale. Tuttavia, non essendo il criterio del controllo analogo di per sé sufficiente ad impedire la distorsione della concorrenza nel mercato privato, l'Autorità ha richiamato la necessità che ricorra anche il requisito dell'attività prevalente, in virtù del quale il soggetto affidatario è tenuto a svolgere la parte più rilevante della propria attività con l'ente che ne detiene il capitale sociale.

DISEGNO DI LEGGE AS N. 2887 DI CONVERSIONE DEL DECRETO LEGGE 13 AGOSTO 2011, N. 138, RECANTE “ULTERIORI MISURE URGENTI PER LA STABILIZZAZIONE FINANZIARIA E LO SVILUPPO”

Nell'agosto 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90, ha rivolto al Presidente del Senato, al Presidente della Camera e al Presidente del Consiglio dei Ministri

alcune osservazioni in merito al decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo”.

L’Autorità, dopo aver espresso apprezzamento per le previsioni finalizzate a introdurre incentivi allo sviluppo e alla crescita economica, ha sottoposto all’attenzione del legislatore, in sede di conversione in legge delle disposizioni del citato decreto, alcuni suggerimenti migliorativi per il riassetto regolatorio del settore dei servizi, pubblici e privati.

Con riguardo al settore dei servizi privati, l’Autorità ha riscontrato come le disposizioni di cui all’articolo 3 del decreto intendessero conformare il quadro normativo interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione e prestazione dei servizi, in base ai quali gli eventuali vincoli regolatori debbono rigorosamente rispondere ai requisiti della necessità in termini di tutela dell’interesse generale, di indispensabilità e di minima distorsione possibile.

Per portare alla modernizzazione e a maggiore concorrenza nell’offerta di moltissimi servizi privati in Italia, attraverso una piena liberalizzazione degli orari di vendita e l’incremento della possibilità di vendita di diversi prodotti nello stesso esercizio, l’Autorità ha sottolineato la necessità di eliminare talune ambiguità formali nel dettato normativo, in base alle quali, ad esempio, avrebbe potuto determinarsi la mancata abrogazione (se non anche la nuova introduzione) di regolazioni all’accesso in cui il numero delle autorizzazioni fosse determinato, direttamente o indirettamente, sulla base della popolazione o di altri criteri di fabbisogno, caso espressamente contemplato dal disposto di cui all’art. 3, comma 9, lettera a) del decreto.

Analogamente, con riguardo alla disposizione di cui all’art. 3, comma 9, lettera h) abrogativo delle restrizioni relative all’imposizione di prezzi minimi, l’Autorità, sottolineando in primo luogo la necessità di evitare che il dettato normativo potesse essere erroneamente inteso come abrogativo unicamente dell’imposizione di prezzi minimi o commissioni la cui determinazione, diretta o indiretta, non fosse stabilita mediante l’applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale, ha più in generale ricordato come, in conformità alle previsioni di cui alla direttiva comunitaria 123/2006/CE, all’art. 15, comma 2, lettera g), sarebbe stato possibile e opportuno, in considerazione della riconosciuta capacità di un sistema di tariffe massime di costituire un *benchmark* per fissazioni collusive dei prezzi sui mercati di riferimento, indicare fra le restrizioni oggetto di abrogazione anche quelle che impongono prezzi massimi. Infatti, in un contesto realmente concorrenziale, quale quello che si intendeva promuovere, sarebbe stato il meccanismo competitivo di mercato a generare endogenamente un effetto di calmiera alla eventuale definizione di condizioni economiche non eque nell’offerta dei servizi.

L’Autorità ha in conclusione poi ricordato come l’eventuale processo di cui al comma 11 dell’art. 3 del decreto, di valutazione della possibilità di esclusione dalle abrogazioni previste per alcune attività economiche, non avrebbe potuto che seguire l’indirizzo comunitario, in base al quale, nel rispetto dei criteri di non discriminazione e proporzionalità, la necessità della restrizione deve discendere da motivi imperativi di interesse generale,

tassativamente e unicamente da ricomprendersi in ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica e di tutela dell'ambiente.

Con riguardo alle disposizioni del decreto specificamente relative alle professioni liberali, l'Autorità ne ha valutato l'apprezzabilità con riferimento all'affermazione della libertà di accesso alla professione, al riconoscimento in favore del tirocinante di un equo compenso di natura indennitaria, commisurato al suo concreto apporto all'attività professionale; alla possibilità di svolgere il tirocinio professionale in concomitanza al corso di studio per il conseguimento della laurea di primo livello o della laurea magistrale o specialistica, nonché alla previsione di un termine di durata massima del tirocinio, al fine di accelerare l'accesso al mondo del lavoro; alla previsione secondo cui la comunicazione pubblicitaria dei professionisti deve poter essere effettuata con ogni mezzo e riguardare, tra l'altro, anche i compensi delle prestazioni.

L'Autorità ha tuttavia riscontrato criticità concorrenziali proprio in relazione alla materia delle tariffe professionali, laddove la nuova disciplina, individuando queste ultime come parametro legale di riferimento per la determinazione del compenso, è stata considerata come un passo indietro rispetto alla disciplina dettata dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, che aveva abrogato l'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime.

L'Autorità ha ritenuto infatti che, poiché secondo consolidati principi *antitrust*, i tariffari, anche non obbligatori, possono determinare effetti negativi per la concorrenza in quanto facilitano il coordinamento dei prezzi tra i prestatori dei servizi e non informano compiutamente i consumatori in merito alla misura dei livelli ragionevoli dei prezzi, le nuove disposizioni, disincentivando la determinazione di compensi per l'attività professionale svincolati dalle tariffe, non sembrassero né necessarie, né proporzionate, oltre che contraddittorie rispetto all'obiettivo dichiarato di liberalizzazione del mercato dei servizi professionali.

L'Autorità ha altresì ritenuto eccessiva la durata massima del tirocinio, fissata in tre anni, e ha suggerito di prevedere la possibilità per gli aspiranti professionisti di svolgere l'intero tirocinio durante gli anni universitari, e addirittura di conseguire lauree in combinazione con l'esame di Stato; pur apprezzando la previsione dell'obbligo per il professionista di seguire percorsi di formazione continua permanente, l'Autorità ha tuttavia evidenziato i rischi di discriminazione concorrenziale derivanti dalla decisione di attribuire agli Ordini la predisposizione dei percorsi di aggiornamento, formazione e specializzazione dei professionisti.

Con riguardo infine all'istituzione dei consigli di disciplina, l'Autorità ha commentato criticamente la circostanza secondo la quale tali organi dovrebbero essere composti esclusivamente da professionisti appartenenti all'Ordine, non garantendosi i requisiti di necessaria terzietà, e ha conseguentemente suggerito di integrare la composizione dei consigli di disciplina mediante la partecipazione di soggetti esterni.

Analizzando le disposizioni in materia di servizi pubblici, l'Autorità ha osservato come queste rilanciassero meritoriamente il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, avviato sulla base dell'impianto regolatorio precedente la consultazione popolare che aveva portato all'abrogazione dell'articolo 23-*bis* del decreto-legge 112/2008. A tale riguardo, l'Autorità ha riscontrato tuttavia come il nuovo impianto normativo si differenziasse da quello precedente per la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio, laddove mentre nel precedente regime la gara era lo strumento privilegiato, derogabile solo in presenza di situazioni eccezionali, in cui l'affidamento *in house* era consentito previa richiesta di parere all'Autorità, le nuove disposizioni definivano una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria (co. 13 dell'art. 4).

Nell'assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l'Autorità ha osservato che questa, oltre ad apparire oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato, definiva un sistema di esenzioni dall'obbligo di gara che si presta facilmente a comportamenti elusivi, ad esempio mediante un frazionamento dei servizi da affidare, da parte delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara.

Sulle stesse basi l'Autorità ha reputato criticabili le previsioni in materia di regime transitorio, laddove il comma 32 dell'art. 4 prevedeva la stessa soglia di 900.000 euro annui quale criterio per giustificare la prosecuzione di affidamenti di valore uguale o inferiore, effettuati *in house*, sino alla loro scadenza naturale. Parimenti, l'Autorità ha ritenuto non corretta sotto il profilo concorrenziale l'esenzione dalla scadenza anticipata per tutti gli affidamenti diretti, non solamente per quelli *in house*, con un eccessivo ampliamento della platea dei soggetti gestori di servizi pubblici locali non selezionati con gara; l'Autorità ha altresì osservato che i casi di cui alla lettera d) del comma 32 non potevano comunque ricomprendere anche affidamenti in essere in base a rinnovi o proroghe tacite, già definiti dal Giudice amministrativo quali gestioni di fatto, in quanto esercitati sulla base di un titolo illegittimo.

In relazione alle previsioni di cui al comma 33 dell'art. 4, che impediscono l'accesso alle gare per soggetti che siano già affidatari diretti, l'Autorità, pur condividendo la *ratio* della norma di evitare le distorsioni derivanti dalla partecipazione di soggetti avvantaggiati dal beneficiare di un affidamento diretto e di disincentivare il ricorso ad affidamenti diretti, ha sottolineato come l'esperienza concreta maturata in alcuni settori, quale il trasporto pubblico locale, avesse dimostrato il verificarsi dell'effetto indesiderato di limitare drasticamente il numero degli operatori che potevano essere ammessi alle procedure di gara, favorendo l'aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l'unico partecipante alla gara. L'Autorità ha proposto quindi di attenuare la restrizione, consentendo la partecipazione ad affidatari diretti almeno nella fase finale (inferiore ai due anni) del proprio affidamento e nei

casi in cui nel bacino di riferimento fosse già stata bandita la gara per il riaffidamento del servizio o, almeno, fosse stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

In generale, ricordando come il principio dell'obbligo di gara per l'affidamento in esclusiva dei servizi pubblici locali, oltre a rispondere ai principi concorrenziali, appare fondamentale per garantire la scelta dell'operatore, pubblico o privato, migliore in termini di qualità, efficienza e condizione economiche dei servizi offerti, l'Autorità ha quindi suggerito l'adozione di misure di garanzia in tal senso, quali, ad esempio, un obbligo di pubblicazione, direttamente da parte del gestore o anche a cura dell'ente locale affidatario, di alcune misure di *performance* (livello qualitativo, prezzo medio per utente, livello degli investimenti effettuati) della gestione del servizio, come primo riferimento utile per effettuare delle prime valutazioni di *benchmarking* delle diverse gestioni. I risultati di questa attività potrebbero poi essere utilizzati a fini normativi, ad esempio stabilendo l'automatica cessazione anticipata dell'affidamento avvenuto in via diretta (e la successiva messa a gara del medesimo), se il gestore non è in grado di realizzare *performance* paragonabili ai migliori standard disponibili per servizi analoghi.

Infine, esprimendo apprezzamento per le importanti incentivazioni economiche previste dal decreto a favore degli enti locali nei casi di dismissione delle società a partecipazione pubblica, l'Autorità ha ritenuto pressante l'esigenza di garantire che tali procedure si svolgano nel modo più concorrenziale possibile, privilegiando lo strumento dell'evidenza pubblica.

NORME PER LA TUTELA DELLA LIBERTÀ D'IMPRESA. (STATUTO DELLE IMPRESE - SETTORE DEI LATERIZI)

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, una segnalazione al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro dello Sviluppo Economico e Infrastrutture e Trasporti, in merito al contenuto della legge 11 novembre 2011, n. 180, recante “*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*”. In particolare, l'articolo 14 dello Statuto delle Imprese prevede che sia costituito dalle imprese attive nel settore dei laterizi un consorzio obbligatorio — denominato “consorzio obbligatorio per l'efficientamento dei processi produttivi nel settore dei laterizi” — COSL, avente ad oggetto l'efficientamento dei processi produttivi, la riduzione del loro impatto e il miglioramento delle *performance* ambientali, la valorizzazione della qualità e l'innovazione dei prodotti. Tale consorzio, senza fini di lucro e con personalità giuridica di diritto privato, viene costituito per creare e gestire un Fondo alimentato dai consorziati al fine di incentivare la chiusura di unità produttive di laterizi più vetuste e meno efficienti, sia in termini di elevati costi energetici sia in termini di impatto ambientale. Tale consorzio può altresì essere destinatario di finanziamenti nazionali o

comunitari, di eventuali contributi di terzi, in caso di consulenze o servizi resi dal COSL stesso, di eventuali contributi straordinari dei consorziati, su delibera dell'assemblea.

Al riguardo, l'Autorità ha richiamato l'assoluta e generale opportunità che il sistema dei consorzi a fini ambientali risultasse improntato alla tutela della concorrenza, attraverso la previsione di una pluralità di soggetti legittimati ad operare nelle attività alle quali sono destinati, anche in competizione tra loro, al fine di ottenere maggiori efficienze di servizio, con benefici anche sotto il profilo ambientale.

Nel caso specifico di COSL, l'Autorità ha rimarcato come, in contrasto con tali principi concorrenziali, l'art. 14 dello Statuto delle Imprese prevedesse invece un unico soggetto (il COSL) per l'efficientamento dei processi produttivi al fine di ridurre l'impatto ambientale derivante dalla produzione dei laterizi.

L'Autorità ha pertanto evidenziato che riconoscendo al solo COSL la legittimità ad operare quale consorzio obbligatorio per lo svolgimento delle suddette attività, si veniva a costituire un regime monopolistico in grado di precludere ogni sviluppo concorrenziale del settore di riferimento. Peraltro, beneficiando di finanziamenti nazionali o comunitari nell'offerta di servizi e consulenze a favore di terzi, il COSL avrebbe goduto di vantaggi competitivi con gli eventuali altri soggetti operanti nel mercato in esame, che di tali fonti di entrata non possono usufruire.

Da ultimo, l'Autorità ha riscontrato le criticità concorrenziali correlate al fatto che COSL, nella misura in cui aveva natura di consorzio obbligatorio per le imprese attive nel settore dei laterizi, poteva costituire un veicolo di scambio di informazioni sensibili tra i diversi operatori di mercato. In considerazione di ciò, l'Autorità ha formulato l'auspicio che l'art. 14 dello Statuto delle Imprese potesse essere modificato in modo da tener conto di tali principi concorrenziali.

Attività ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge n. 138/2011 e successive modifiche

Nel corso del 2011 il quadro normativo in materia di servizi pubblici locali si è modificato significativamente, a partire dagli esiti del referendum popolare abrogativo svoltosi nel mese di giugno.

A seguito del superamento del quadro normativo pre-vigente, sostanzialmente costituito dall'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, la materia dei servizi pubblici locali è stata regolata da alcune disposizioni del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 *“Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo”*, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, come modificate dalla legge 12 novembre 2011, n. 183 *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)”*.

In particolare, l'art. 4 del decreto-legge n. 138/2011 ha compiuto un nuovo significativo passo verso la piena apertura del settore disponendo, con riguardo alle modalità da seguire per il conferimento e il rinnovo della gestione dei servizi in questione, che ciascun Ente locale, nel rispetto dei *“principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”*, provveda a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei vari servizi pubblici locali, procedendo quindi a liberalizzare *“tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio”*, e limitando *“l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”*.

L'Ente locale è inoltre tenuto, al termine dell'istruttoria, ad adottare una delibera quadro - che deve essere trasmessa all'Autorità ai fini della relazione annuale al Parlamento - che illustri l'istruttoria compiuta ed evidenzi, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

In quest'ultimo caso, per gli affidamenti diretti di gestione di servizi che superino un determinato valore economico, la riforma ha poi ribadito la prevalenza del principio generale dell'affidamento con gara (*concorrenza per il mercato*); infine, ha delineato un regime transitorio per la cessazione di tutti gli affidamenti diretti che superino detto valore economico e siano stati adottati con modalità difformi a quelle previste dalla novella normativa.

Su tale impianto generale è intervenuta la citata legge 183/2011, che è valsa da un lato a risolvere un problema interpretativo di grande rilievo, in merito all'applicabilità delle previsioni a tutti i servizi pubblici locali - tranne, evidentemente, a quelli esplicitamente esclusi dalla norma - e la prevalenza di tali disposizioni sulle relative discipline di settore con esse incompatibili; dall'altro a introdurre alcune previsioni rispondenti ad altrettante indicazioni espresse dall'Autorità in una propria segnalazione a Governo e Parlamento sulla materia. In quest'ambito, in particolare, viene ammessa la possibilità, di cui all'art. 9, comma 2, lettera l, per i soggetti già affidatari diretti di servizi pubblici locali, di concorrere a gare per altri affidamenti su tutto il territorio nazionale, purché nell'ultimo anno di affidamento del servizio da loro gestito e nel caso in cui sia stata indetta una procedura competitiva per quest'ultimo; tale previsione vale a risolvere la circostanza negativa, sottolineata dall'Autorità, di una riscontrata scarsa partecipazione alle nuove gare per la gestione dei servizi pubblici locali. In secondo luogo, il legislatore ha richiesto agli enti locali affidatari di *“rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione”* necessaria alla dichiarata finalità di *“assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni”*, con ciò

rispondendo all'esigenza, espressa dall'Autorità, di introdurre meccanismi di *benchmarking* fra le diverse gestioni locali dei servizi pubblici, ai fini di assicurare una maggiore efficienza. L'articolo 9 della legge n. 183/2011 ha poi integrato l'art. 4 della legge n. 148/2011 anche nel senso di rendere cogente il preliminare compito, a cura degli Enti Locali, di verifica della possibilità di un regime concorrenziale dei servizi pubblici locali, rinviando a una attività successiva di decretazione ministeriale l'individuazione dei criteri sulla base dei quali deve essere svolta tale attività, nonché delle modalità attuative dei meccanismi di valutazione comparativa fra le diverse gestioni.

Ai sensi del comma 2 del citato articolo 9, gli Enti locali, ad esito della verifica effettuata in merito alla realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, devono adottare una delibera quadro che “.. *illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.*”; il comma 3 dello stesso articolo ha previsto che alla suddetta delibera sia data adeguata pubblicità, e che essa sia inviata all'Autorità “*anche ai fini della Relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*”.

Sulla materia è intervenuto, all'inizio del 2012, l'art. 25 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, che ha ulteriormente rafforzato la portata liberalizzatrice della riforma nel settore, attribuendo in particolare all'Autorità un'attività consultiva obbligatoria sull'attività di liberalizzazione e di affidamento delle gestioni dei servizi pubblici da parte degli enti locali⁴².

Le comunicazioni degli Enti Locali pervenute all'Autorità nel corso del 2011

Avendo riguardo agli atti trasmessi nel corso del 2011 ai sensi della normativa vigente nello stesso anno, nel 2011 sono pervenute all'Autorità 26 comunicazioni di Enti Locali e Autorità d'Ambito (ATO) aventi ad oggetto le modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali e/o le verifiche realizzate in merito alla realizzabilità della gestione concorrenziale.

L'analisi delle comunicazioni ricevute, 18 delle quali sono pervenute dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 138/2011, ha evidenziato una loro diffusa disomogeneità con riguardo ai servizi locali cui sono riferite, al loro contenuto, all'esito della valutazione e al grado di approfondimento dell'analisi.

Per quanto riguarda i servizi presi in considerazione nelle delibere inviate, la maggior parte delle comunicazioni (18) ha riguardato anche o esclusivamente la gestione dei rifiuti urbani, dello spazzamento stradale e/o il servizio di igiene ambientale. In alcuni casi, tuttavia, tali servizi sono stati considerati congiuntamente, in altri in maniera disgiunta, mantenendo ad esempio distinto il servizio di spazzamento e pulizia delle strade da quello della gestione dei rifiuti, oppure considerando il mero servizio di raccolta, oppure ancora distinguendo la

⁴² Vedi *supra*, Capitolo I, Par. 2.

raccolta e lo smaltimento dal recupero delle frazioni di rifiuti solidi. Nelle altre comunicazioni pervenute, i servizi interessati sono risultati essere, fra gli altri, il servizio idrico integrato, il trasporto pubblico locale, anche extra-urbano, i servizi cimiteriali, di illuminazione votiva e/o di gestione degli impianti di cremazione, la gestione della sosta a pagamento, la gestione e manutenzione del verde pubblico, il trasporto sociale e/o scolastico, la gestione delle mense scolastiche, i servizi parascolastici (pre e post scuola), la gestione degli impianti sportivi.

Anche con riguardo al contenuto delle comunicazioni si è evidenziata una natura estremamente eterogenea delle stesse, nonché il fatto che molte di esse sono consistite in una mera ricognizione delle modalità vigenti di affidamento di uno o più servizi, dei quali si è esclusa quasi a priori la realizzabilità di una gestione concorrenziale.

Laddove, invece, la delibera ha avuto per oggetto specifico la verifica della realizzabilità di tale gestione, essa ha concluso, nella quasi totalità dei casi, nel senso della non praticabilità di una gestione del servizio in regime di concorrenza.

Solo in pochi casi tali conclusioni sono state confortate da studi economici e del contesto di mercato.

4. Sviluppi giurisprudenziali in materia di concorrenza

Introduzione

Nell'ultimo anno solare (gennaio - dicembre 2011) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza.

I giudici amministrativi hanno avuto modo di pronunciarsi su alcune rilevanti questioni, sia attinenti a profili di valutazione sostanziale delle fattispecie *antitrust*, sia relative a problematiche di natura procedurale.

Più in particolare, si segnalano le decisioni in cui i giudici si sono pronunciati sulla nozione di impresa ai sensi della normativa antitrust e sull'esenzione applicabile alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale; sui profili probatori delle intese restrittive della concorrenza; sulla generale applicabilità della procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90; sulla finalità dei programmi di clemenza e l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dai *leniency applicant*; sull'istituto degli impegni e sulla legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, ivi comprese le decisioni di rigetto degli impegni.

Profili sostanziali

Primato del diritto comunitario sul diritto nazionale

Nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio ha richiamato il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale “*accolto a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 della Corte Costituzionale*”, secondo il quale “*i due ordinamenti, comunitario e statale, sono “distinti e al tempo stesso coordinati” e le norme del primo vengono, in forza dell’art. 11 della Costituzione, a ricevere diretta applicazione nel secondo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali. L’effetto di tale diretta applicazione –ha puntualizzato la Corte– non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie oggetto della sua cognizione, che, pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario*”.

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante

Il giudice amministrativo ha avuto modo di ribadire la nozione di mercato rilevante, con ciò intendendosi “*quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza*” (sentenze del Consiglio di Stato n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana* e n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*; sentenza del TAR Lazio n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Il Consiglio di Stato ha anche nuovamente chiarito che “*nelle ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all’individuazione dell’intesa, in quanto sono l’ampiezza e l’oggetto dell’intesa a circoscrivere il mercato su cui l’abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell’ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall’illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell’illecito*” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*; n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*; nello stesso senso, TAR Lazio, sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, sentenze non definitive nn. 8945, 8947, 8949, 8950, 8952, 8953, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici* e sentenza n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Mercato merceologico

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 3013 del 20 maggio 2011, relativa al caso *Riciclaggio delle batterie esauste*, ha condiviso la definizione del mercato merceologico rilevante adottata dall’Autorità (mercati della raccolta di batterie al piombo esauste e del riciclaggio di batterie al piombo esauste) ritenendo che, se, in astratto, e secondo una nozione merceologica, le batterie al piombo esauste non sono un “prodotto” ma un “rifiuto pericoloso”, è anche vero che in concreto, anche a causa dell’aumento del costo del piombo, tale “rifiuto” è divenuto un “*bene contendibile sul mercato, oggetto di scambio*”, mediante la raccolta e la successiva vendita agli *smelters*.

Mercato geografico

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, relativa al caso *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, per individuare

l'estensione del mercato geografico rilevante, occorre tenere conto delle "indicazioni di massima relative alla distribuzione delle quote di mercato delle parti e dei loro concorrenti nonché alla stregua di una prima analisi della politica dei prezzi e delle differenze di prezzo a livello nazionale o della Comunità; quindi, occorre verificare quanto emerso sulla scorta degli elementi indicati scandagliando le caratteristiche della domanda (tra cui, in specie, l'importanza delle preferenze nazionali o locali, le abitudini d'acquisto correnti dei consumatori, differenziazione e marche dei prodotti, altri fattori), al fine di verificare se le imprese operanti in aree diverse costituiscano realmente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori".

Il Consiglio di Stato ha inoltre rilevato che il mercato geografico rilevante, se, di regola *"non può coincidere con una qualsiasi operazione economica"*, può d'altro canto essere costituito anche da *"una porzione ristretta del territorio nazionale ... ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata"*. Il Giudice ha quindi ritenuto corretta la definizione del mercato geografico rilevante operata dall'Autorità, coincidente con il porto di Livorno.

Intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ribadito che *"i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato"*. Il Collegio ha altresì rilevato che *"nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827; Cons. St., VI, 20 marzo 2001 n. 1671)"*.

Nozione di pratica concordata

Nella citata sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha dapprima ricordato che *"mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di*