

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

non proporzionali rispetto a quanto disposto dall'articolo 106 del Testo Unico Bancario (TUB), dall'articolo 2, comma 3 del Codice delle Assicurazioni, oltre che dagli artt. 75 e 113 del Codice degli Appalti, e non risultavano neanche giustificate da specifiche necessità di interesse pubblico, ovvero da esigenze legate alla solidità economica dei soggetti che rilasciano la fideiussione, considerando che si trattava di soggetti autorizzati da Banca d'Italia e da IVASS, a seguito di valutazioni anche di solidità economica. Più specificamente, il Codice delle assicurazioni private prevede, all'articolo 2, comma 3, che le compagnie possano essere autorizzate a svolgere, tra le altre, l'attività di 'cauzione' (ramo n. 15), che consiste, come chiarito dall'articolo 13 del regolamento IVASS 16 marzo 2009, n. 29, nel rilascio di *"garanzie fideiussorie che prevedono clausole di pagamento a "prima richiesta" o con diciture simili, a condizione che le disposizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell'impresa nei confronti del contraente debitore"*. Analogamente, l'articolo 106 TUB, come modificato dal d.lgs. 141/2010, consente agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti nell'apposito albo tenuto da Banca d'Italia, *"l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma"*, per tale attività intendendosi, come chiarito di recente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, *"la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma"*, nel quale rientra *"ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di (...) f) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma"*.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato come l'equipollenza tra le fideiussioni rilasciate dalle banche e quelle rilasciate dalle compagnie di assicurazioni o dagli intermediari finanziari autorizzati trovasse conferma anche nelle disposizioni del Codice degli appalti e, in particolare, nell'articolo 75 (*Garanzie a corredo dell'offerta*) e nel successivo articolo 113 (*Cauzione definitiva*) dove è previsto che *"la fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58"*. Analoghe disposizioni sono prescritte, infine, dall'articolo 1 della l. 348/1982 in tema di *Costituzione di cauzioni con polizze fideiussorie a garanzia di obbligazioni verso lo Stato e altri enti pubblici*.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che una siffatta limitazione determinasse una distorsione delle dinamiche competitive relative alla

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

fornitura di servizi finanziari, limitando l'accesso delle imprese ai servizi prestati dalle compagnie di assicurazione e dagli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del TUB.

In relazione al presente parere, la FIGC non ha provveduto a trasmettere, entro i termini indicati, alcun riscontro. L'Autorità, pertanto, preso atto del mancato adeguamento dell'amministrazione al parere, ha disposto l'impugnazione dei suddetti atti davanti al TAR Lazio.

REGIONE TOSCANA - PROCEDURE DI AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Nel febbraio 2015, l'Autorità ha espresso un parere ai sensi dell'articolo 21 bis della l. 287/1990 relativamente al contenuto degli atti della gara indetta dalla Regione Toscana - Direzione Generale Politiche Mobilità Infrastrutture e Trasporto Pubblico Locale per l'affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale nell'ambito ottimale della Regione - Gara CIG 376562540D. Nello specifico, il parere dell'Autorità ha riguardato la lettera d'invito e relativa documentazione inoltrata, nel mese di novembre 2014, alle imprese che avevano manifestato interesse a presentare offerte.

In via preliminare, l'Autorità ha rilevato che la definizione di un lotto unico corrispondente all'intero territorio regionale per l'assegnazione dei servizi, introdotta dal comma 1 bis dell'articolo 84 della legge regionale 29 dicembre 2010, n. 65 (*Legge finanziaria per l'anno 2011*), poteva comportare - con riferimento ad alcuni specifici elementi contenuti nel disegno della Gara - un'amplificazione dei potenziali effetti restrittivi della concorrenza rispetto al caso di una procedura di gara avente dimensioni operative più limitate. L'Autorità ha, infatti, osservato che l'articolo 6 della lettera d'invito di cui agli Atti, nella parte in cui prevedeva per il nuovo concessionario dei Servizi - ove diverso dai gestori correnti - l'obbligo di subentro nelle universalità di beni mobili e immobili attualmente impiegate per lo svolgimento dei Servizi, poteva costituire una barriera all'ingresso di nuovi operatori nella gestione dei Servizi e, parallelamente, un indebito vantaggio competitivo riconosciuto all'*incumbent*. Inoltre, gli oneri economico-finanziari derivanti dall'obbligo di subentro nelle universalità di beni mobili e immobili assumevano una rilevanza tale da risultare sostenibili solo per un numero molto ristretto di operatori.

Pertanto, l'Autorità ha sottolineato che i medesimi obiettivi di efficiente continuità di gestione richiamati dalla Regione a giustificazione dell'obbligo di subentro potevano essere comunque ottenuti prevedendo una semplice facoltà di acquisto per il subentrante, ovvero quantomeno delle modalità di alleviamento degli oneri finanziari conseguenti al subentro obbligatorio, ad esempio attraverso piani di rateizzazione, così da consentire

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

il più ampio confronto competitivo.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che, sia ai sensi del contenuto testuale degli Atti, sia secondo quanto di fatto confermato dalle richieste di integrazioni informative da ultimo indirizzate dalla Regione ai gestori attuali dei servizi, ricorrevano eccessivi elementi di indeterminatezza circa l'individuazione e le condizioni effettive della Gara. A tale proposito, l'Autorità ha rilevato che la definitiva conferma in Atti (cfr. articoli 3 e 6 della lettera d'invito) di una variabilità nell'oggetto della Gara attraverso una definizione successiva all'aggiudicazione della stessa Gara di lotti c.d. "deboli", da scorporare attraverso attività demandate a enti locali diversi dalla stazione appaltante, poteva portare a un'indeterminatezza operativa dai rilevanti effetti sotto il profilo competitivo. Tale indeterminatezza, infatti, avvantaggiava i gestori correnti, i quali, in quanto già presenti sul territorio della Regione, meglio ne conoscevano le caratteristiche di "forza" da cui verranno a dipendere le decisioni di definizione di lotti deboli. L'Autorità ha ritenuto che tale considerazione risultava tanto più fondata in considerazione del fatto che alcuni dei gestori *incumbent* erano partecipati dai medesimi enti locali che, a loro volta, potevano avere voce in capitolo nell'individuazione dei predetti servizi soggetti a futuro scorporo.

L'Autorità ha altresì rilevato che persistevano gravi profili di carenza informativa sia rispetto al perimetro dei beni oggetto di subentro obbligatorio che alle modalità operative correnti di tali Servizi, segnatamente per quanto riguardava dati di ricavo e altri dati di tipo. Dalla persistenza di tali carenze, ad avviso dell'Autorità, conseguiva l'ulteriore presenza di asimmetrie informative a vantaggio degli *incumbent* e la sostanziale impossibilità per gli altri partecipanti alla Gara di formulare offerte competitive.

Infine, l'Autorità ha rilevato come non fosse concorrenzialmente accettabile il fatto che fosse rimesso all'*incumbent* la determinazione di alcune voci attinenti la gestione dei servizi, tanto più quando, come appariva nel caso di specie, tale determinazione sembrava rinviata a momenti successivi all'aggiudicazione della gara: l'alea derivante da una simile previsione sarebbe stata infatti tale da scoraggiare la presentazione di offerte o comunque pregiudicarne l'efficace predisposizione, determinando un ingiustificato vantaggio per i gestori correnti.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'Autorità ha ritenuto che gli Atti relativi alla Gara bandita dalla Regione, e in particolare i) la previsione di un subentro obbligatorio nelle universalità di beni mobili e immobili dell'*incumbent*, ii) l'indeterminatezza dell'oggetto della Gara, e iii) la persistenza di rilevanti carenze informative, sia sullo stato corrente dei beni oggetto di subentro obbligatorio che delle condizioni dei Servizi oggetto di gestione, si

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

ponessero in contrasto con i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità stabiliti dal legislatore e che gli stessi potessero avere un effetto restrittivo della concorrenza in sede di gara.

La Regione Toscana, con comunicazione pervenuta in data 25 marzo 2015, ha dato conto di una serie di attività appositamente poste in essere, nonché fornito alcuni chiarimenti in grado di risolvere le perplessità concorrenziali sollevate dall'Autorità con il suddetto parere motivato. Nello specifico, la Regione ha comunicato di aver avviato una dettagliata revisione dei beni soggetti a subentro obbligatorio ai sensi della disciplina di Gara che, unitamente alla ridefinizione della questione relativa al trasferimento del trattamento di fine rapporto riconducibile ai lavoratori attualmente impiegati nei Servizi, aveva significativamente ridotto gli oneri di subentro, i quali, nel loro nuovo importo, apparivano tali da non determinare particolari barriere all'ingresso di nuovi concorrenti. Con riferimento all'esistenza di rilevanti carenze informative a sfavore dei soggetti interessati a partecipare alla Gara diversi dai gestori attuali dei Servizi, la Regione ha comunicato di aver provveduto a un'apposita serie di attività di raccolta di dati, a esito delle quali il set informativo a disposizione di tutti i partecipanti alla Gara era in corso di opportuno adeguamento. Infine, per quanto riguarda la possibile indeterminatezza dell'oggetto di Gara, la Regione ha chiarito che la circoscrizione dei c.d. lotti deboli dei Servizi era da intendersi già integralmente attuata a mezzo della propria delibera 12 maggio 2014, n. 391, ed escluso ogni possibile ri-definizione dei chilometraggi posti a Gara da parte di soggetti diversi dal futuro gestore. L'Autorità ha preso atto degli adeguamenti disposti dalla Regione e ha, quindi, deliberato l'archiviazione del procedimento.

164

ENAC - PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DEI DIRITTI SULLE ROTTE ITALIA/ISRAELE

Nel gennaio 2015, l'Autorità ha espresso un parere ai sensi dell'articolo 21 bis della l. 287/1990 relativamente al provvedimento ENAC del 7 agosto 2014, avente ad oggetto la *“Disposizione di affidamento diritti sulle rotte Italia/Israele. Esito procedura di selezione pubblica indetta con prot. ENAC n. 42010 del 18/04/2014”*. In particolare, con tale provvedimento, l'ENAC aveva, tra l'altro, affidato i diritti di traffico sulla rotta Roma/Tel Aviv alla compagnia aerea Alitalia CAI, sulla base del metodo di lavoro e di valutazione individuato dalla commissione di gara, nominata con provvedimento ENAC del giugno 2014. Tale metodo di lavoro e di valutazione ha riguardato, nello specifico, i criteri di cui alle lettere da a) a q) del punto 4.2 della circolare EAL 14 A del 19 dicembre 2008 *“Designazione delle compagnie aeree per l'ac-*

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

cesso al traffico extracomunitario", così come sanciti dal provvedimento del 12 settembre 2007 del Ministero dei Trasporti (*"Atto di indirizzo per l'affidamento di servizi aerei per destinazioni esterne all'Unione Europea relativo a istanze presentate da compagnie aeree"*), a cui la stessa circolare rinviava. In particolare, con riguardo al criterio *sub a)* *"benefici dei consumatori e promozione della competitività del mercato (max 4 punti)"*, la commissione di gara stabiliva che esso sarebbe stato *"assegnato sino ad un max di 2 punti anziché 4, in considerazione del fatto che la gara è relativa ad una coppia di città prestabilita e non c'è possibilità di operare da altri punti in Italia. Verrà valutato, quindi, solamente il beneficio ai consumatori derivante dall'incremento della competitività dovuto all'ingresso di nuovi vettori sulle rotte oggetto di gara"*. Con riferimento al criterio *sub q)* *"eventuali servizi o operazioni già svolte sulla rotta (linea e/o charter e/o tramite code sharing, franchising, wet lease) (max 3 punti)"*, la commissione precisava che *"il parametro di cui alla lettera q) sarà considerato in relazione a servizi/operazioni già svolti sulla rotta oggetto di gara, senza tenere in considerazione eventuali autorizzazioni provvisorie sulla stessa rotta"*.

Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che il metodo di lavoro e di valutazione adottato dalla commissione in relazione al criterio *sub a)* risultava fondato sul presupposto errato che la gara non potesse avere effetti sulla competitività dei mercati, poiché relativa ad una coppia prestabilita di città e, dunque, senza la possibilità di operare da altri punti in Italia. Tale assunto è stato pertanto ritenuto in contrasto con i principi concorrenziali. Infatti, secondo il consolidato approccio «punto di origine - punto di destinazione», ogni collegamento tra un punto di origine e un punto di destinazione è considerato come un mercato distinto e l'interpretazione fornita dalla commissione di gara del citato criterio risultava in grado di determinare una discriminazione nei confronti dei soggetti *new entrant* sulla rotta, con effetti contrari ai principi di pluralismo delle imprese e di incremento della competitività alla base del citato decreto ministeriale e ripresi dalla circolare ENAC.

L'Autorità ha considerato che tale valutazione appariva tanto più restrittiva alla luce dell'interpretazione fornita dalla commissione del parametro *sub q)*, in virtù della quale veniva attribuito l'intero punteggio alle compagnie già attive sulla rotta con servizi di linea, mentre venivano esclusi i servizi forniti con autorizzazioni provvisorie. Tuttavia, in questo modo, il criterio *sub q)*, che nella circolare ENAC aveva un peso inferiore a quello *sub a)* relativo al benessere dei consumatori e alla promozione della concorrenza (3 punti in luogo di 4), evidenziando un *favor* per il secondo, acquistava nell'interpretazione della commissione un peso preponderante, con effetti decisivi ai fini della scelta del soggetto aggiudicatario.

In proposito, l'Autorità ha rilevato che il criterio *sub q)* appariva cor-

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

rettamente volto a valorizzare eventuali efficienze raggiunte con economie di scala e di scopo anche attraverso l'esercizio di servizi e operazioni differenti rispetto a quelli oggetto di gara. In tal senso, l'attribuzione da parte della commissione del punteggio pieno (3 punti) al criterio *sub q*), unitamente alla circostanza che tale punteggio era stato integralmente conferito per lo svolgimento dei soli servizi di linea, determinava quale unico effetto quello di favorire l'impresa europea già in posizione dominante sul mercato rilevante. Analogo effetto, ad avviso dell'Autorità, derivava dalla mancata considerazione di eventuali autorizzazioni provvisorie.

In definitiva, l'Autorità ha ritenuto che, in relazione all'aggiudicazione dei diritti di traffico della rotta Roma/Tel Aviv, le descritte modalità di lavoro e di valutazione dei criteri di aggiudicazione apparivano, da un lato, basate su un'interpretazione errata del mercato rilevante, dall'altro, aver valorizzato eccessivamente la preesistente presenza sulla rotta - peraltro con un'immotivata esclusione dei servizi svolti in via provvisoria - con effetti discriminatori che hanno favorito l'operatore dominante che offriva già 26 dei 28 servizi di linea passeggeri sulla rotta Roma/Tel Aviv.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che il provvedimento con cui l'ENAC aveva disposto l'affidamento dei diritti sulle rotte Italia/Israele, all'esito della procedura di selezione pubblica, integrava una violazione dei principi di libertà di iniziativa economica e di concorrenza, di cui all'articolo 41 della Costituzione e all'articolo 788 del Codice della navigazione, della libertà di prestazione dei servizi ex articolo 56 TFUE, nonché dell'articolo 7 (*Competitive Environment*) dell' "*Euro-Mediterranean Aviation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part and the government of the State of Israel, of the other part*", in applicazione del quale l'ENAC aveva bandito la gara, nella misura in cui la commissione di gara aveva stabilito un metodo di lavoro e di valutazione in relazione ai criteri di cui alle lettere a) e q) della Circolare ENAC, tale da cagionare un'ingiustificata discriminazione tra le compagnie aeree europee concorrenti e, quindi, da ostacolare la concorrenza tra i vettori che offrono il servizio.

L'ENAC, con comunicazione pervenuta in data 30 marzo 2015, ha reso noto all'Autorità di non condividere i rilievi formulati, confermando il provvedimento con cui ha disposto l'affidamento dei diritti di traffico aereo per il servizio passeggeri di linea Roma/Tel Aviv per la stagione IATA Estate - Inverno 2015/2016. L'Autorità ha pertanto disposto l'impugnazione del provvedimento davanti al Tar Lazio.

Con sentenza n. 9261 del 9 luglio 2015, il Tar Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso per omessa notifica dell'atto introduttivo ad uno dei con-

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

trointeressati. L'Autorità avverso detta sentenza ha promosso appello davanti al Consiglio di Stato, attualmente pendente.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AUTOTRASPORTO

Nell'aprile 2015 l'Autorità ha formulato un parere ai sensi dell'articolo 21 bis della l. 287/1990 al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, relativamente al contenuto del documento intitolato *“Pubblicazione valori indicativi di riferimento dei costi di esercizio dell'impresa di autotrasporto per conto terzi (articolo 1, comma 250 della legge 23 dicembre 2014, n. 190 - Legge di stabilità 2015)”*, contenente i valori indicativi di riferimento dei costi di esercizio per l'attività di autotrasporto per conto di terzi e le indicazioni sull'impostazione metodologica. Tale documento era stato predisposto dal suddetto Ministero dopo l'entrata in vigore dell'articolo 1, commi 248-250, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (*Disposizioni per la farmaziane del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*) (legge di stabilità 2015).

In particolare, rispetto a quest'ultima normativa, l'Autorità ha osservato che la stessa, pur modificando il preesistente regime in materia di costi di esercizio dell'autotrasporto contenuto nell'articolo 83 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 l. 6 agosto 2008, n. 133, aveva istituito un sistema che, di fatto, poteva riprodurre il meccanismo dei costi minimi previsto nel precedente regime, la cui contrarietà alle norme di diritto della concorrenza era già stata affermata dalla Corte di Giustizia con sentenza del 4 settembre 2014. Infatti, l'Autorità ha ritenuto che il nuovo comma 4 dell'articolo 83 bis (così modificato dal citato comma 248) aveva riproposto un legame necessario tra la principale componente del prezzo (la struttura e il livello dei costi di esercizio) e la tutela della sicurezza, reintroducendo un vincolo artificiale alla libera determinazione di prezzi e condizioni contrattuali, laddove, come sottolineato anche dalla Corte di Giustizia, esistevano ben più efficaci strumenti per tutelare gli obiettivi di sicurezza stradale. Inoltre, in base al comma 250, l'Autorità ha sottolineato che si consentiva al Ministero di continuare a stabilire e pubblicare i costi di esercizio dell'autotrasporto, con l'unica differenza che tali valori non erano più considerati *“minimi”* ma solo *“di riferimento”*.

In questa prospettiva, l'Autorità ha esaminato il contenuto della pubblicazione oggetto del parere, valutando che la stessa conteneva valori dei costi di riferimento indicati con una struttura sostanzialmente analoga a quella usata in passato, basati su indicazioni metodologiche invariate nelle sue componenti principali. Peraltro, a quanto risultava, i nuovi valori di riferimento erano stati definiti a seguito di un incontro *ad hoc* promosso dal

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

Ministero con le associazioni di categoria dei vettori e della committenza, con l'esplicita finalità di dare attuazione al comma 250 della legge di stabilità 2015. Quindi, ad avviso dell'Autorità, anche le modalità di attuazione della nuova disciplina replicavano nei fatti quelle adottate in passato, mantenendo intatto il rischio che tale attività potesse agevolare un più ampio coordinamento di settore.

L'Autorità, dunque, non ravvisando alcun elemento di discontinuità rispetto al regime precedente, ha ritenuto che tale pubblicazione, e i previsti successivi aggiornamenti periodici, avrebbero finito per condizionare la libera contrattazione tra le parti, sia per il ruolo di "segnalazione" al mercato che tale pubblicazione era idonea a svolgere, sia perché di tali valori poteva tenersi conto nelle controversie tra controparti contrattuali coinvolgenti gli autotrasportatori in conto terzi, con conseguente tendenziale allineamento dei prezzi verso l'alto.

L'Autorità ha quindi ritenuto che il documento in questione risultava fortemente restrittivo della concorrenza, in quanto induceva un'artificiosa fissazione della principale componente del prezzo, vale a dire il livello e la struttura dei costi delle attività di autotrasporto, fornendo agli operatori valori economici di riferimento e facilitandone così la concertazione, con effetti distorsivi anche con riferimento al commercio tra Stati membri dell'Unione Europea. Lo stesso documento era stato adottato sulla base di una normativa che si poneva in aperto contrasto sia con i principi fondamentali e le disposizioni poste a tutela della concorrenza, in particolare con gli articoli 101 e 4, comma 3 TFUE, gli articoli 49, 56 e 96 TFUE, sia con i principi costituzionali di cui agli articoli 3, 41, 11 e 117, comma 1, della Costituzione e, in quanto tale, era disapplicabile. L'Autorità ha invitato, pertanto, il Ministero a porre in essere le misure ritenute più adeguate a ripristinare corrette dinamiche concorrenziali nel settore, a partire dalla revoca del documento oggetto del parere.

Il MIT-Direzione Generale per il Trasporto Stradale e l'Intermodalità, con comunicazione pervenuta in data 10 luglio 2015, ha informato che *"al fine di dare comunque attuazione alla norma di legge evitando potenziali effetti negativi sulla concorrenza nel settore, si sta provvedendo ad una nuova e diversa pubblicazione dei valori indicativi di riferimento dei costi di esercizio dell'impresa di autotrasporto per conto di terzi, ai sensi dell'articolo 1, comma 250 della legge 23 dicembre 2014, n. 190"*. L'Autorità ha poi constatato che la nuova tabella pubblicata sul sito del Ministero era una mera lista di voci di costo senza l'indicazione di valori numerici di riferimento. I rimandi ai siti internet e al CCNL rappresentavano elementi facilmente accessibili alle aziende del settore la cui pubblicazione da parte del Ministero non appariva rappresentare un elemento di particolare criticità.

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Anche l'esplicito riferimento al CCNL non appariva in grado di disincentivare accordi aziendali di secondo livello che imprese particolarmente efficienti possono sottoscrivere. L'Autorità ha pertanto preso atto dell'iniziativa adottata dal MIT, ritenendo che detta iniziativa fosse suscettibile di rimuovere i dubbi concorrenziali espressi nel proprio parere.

REGIONE LIGURIA - AVVISO PER L'INDIVIDUAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI PER IL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Nel giugno 2015 l'Autorità ha formulato un parere ai sensi dell'articolo 21 bis della l. 287/1990 ad ATPL Liguria - Agenzia Regionale per il Trasporto Pubblico Locale Spa, relativamente al contenuto di un "avviso per l'individuazione degli operatori economici ai sensi dell'articolo 30 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163" (di seguito anche Avviso) pubblicato da ATPL Liguria Spa.

L'Avviso prevedeva, in particolare, lo svolgimento di una gara a lotto unico per l'affidamento del bacino unico regionale e l'inserimento, nel perimetro dei servizi da affidare, sia di servizi di TPL gomma che di alcuni servizi di TPL ferro oltre ai servizi marittimi. La procedura era stata avviata in attuazione dell'articolo 14, comma 1, della Legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 (*Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale*), il quale dispone che "la procedura per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale è effettuata in un unico lotto relativo a tutto il territorio dell'ATO".

L'Autorità ha osservato come il predetto articolo risulti in contrasto con i principi fondamentali e le disposizioni poste a tutela della concorrenza, in particolare gli articoli 49, 56 TFUE oltre a sollevare profili di illegittimità costituzionale, nella misura in cui disciplina l'esercizio di funzioni (come la ripartizione in un unico lotto del bacino di gara) che dovrebbero essere basate su analisi economiche più che su valutazioni politiche. In tal modo, da un lato si limita la potestà dell'ente appaltante di scegliere la configurazione più efficiente del modello di gestione dei servizi, dall'altro si esclude sindacato giurisdizionale sulla correttezza delle motivazioni che hanno indotto ad optare per quel determinato modello. Nello specifico, l'individuazione di un lotto unico coincidente con il territorio regionale e comprendente l'intera varietà dei servizi di TPL appare suscettibile di limitare ingiustificatamente il numero dei possibili partecipanti alla procedura di selezione, considerata peraltro la limitata ampiezza delle economie di scala nel settore del TPL, suggerita nel caso di specie anche delle caratteristiche geografiche e demografiche del territorio ligure. In ogni caso, il lotto unico nelle gare per il servizio TPL, per definizione, rappresenta la modalità più restrittiva perché, in un contesto in cui già la concorrenza è limitata al momento della gara (con-

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

correnza per il mercato), esso impedisce ogni forma di concorrenza per comparazione (*yardstick competition*) tra operatori titolari di contratti di servizio gestiti dallo stesso soggetto pubblico e riduce il potere contrattuale *ex post* di quest'ultimo.

L'Autorità ha inoltre sottolineato le criticità concorrenziali insite nella decisione di includere nell'oggetto della gara a lotto unico anche una parte, seppur marginale, di servizi ferroviari, circostanza che poteva costituire un'ingiustificata e insormontabile barriera all'entrata poiché limitava la partecipazione alla procedura agli operatori in possesso di licenza ferroviaria nazionale.

Infine, l'Autorità ha rilevato come l'Avviso stabilisse requisiti di accesso particolarmente stringenti per i potenziali partecipanti.

In conclusione, l'Autorità ha ribadito come l'Avviso in questione fosse basato su una norma (articolo 14, comma 1, l.r. Liguria 33/2013) in contrasto con i principi fondamentali e le disposizioni poste a tutela della concorrenza, in particolare gli articoli 49, 56 TFUE, oltre che con i principi costituzionali di cui agli articoli 3, 41, e 117 della Costituzione e, in quanto tale, fosse disapplicabile. Su tali basi, l'Autorità ha invitato l'Agenzia, sulla quale gravava l'obbligo di disapplicazione, a eliminare ogni vincolo indebito alla più ampia partecipazione possibile alla gara.

ATPL Liguria ha risposto con nota comunicata ad agosto 2015, esprimendo la propria posizione interpretativa in merito ai rilievi contenuti nel parere, con particolare riguardo al tema del lotto unico. Preso atto della conformazione soltanto parziale di ATPL Liguria Spa al contenuto del parere motivato, ai sensi dell'articolo 21 bis della l. 287/1990, a settembre 2015 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha disposto l'impugnazione del suddetto avviso davanti al TAR competente. Il giudice ha sollevato una questione di legittimità costituzionale con riguardo alla legge regionale, disponendo con ordinanza il rinvio alla Corte Costituzionale.

Sviluppi giurisprudenziali

Nell'ultimo anno solare (gennaio-dicembre 2015) 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.

Profili sostanziali

Disciplina antitrust e normative settoriali

Nella sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha affermato, in relazione a una fattispecie di abuso di posizione dominante, che *“Il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell’articolo 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative (sent. Astrazeneca, cit.), giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell’ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (così anche questa Sezione nel recente caso Pfizer: sent. 12 febbraio 2014, n. 693). Non si tratta di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell’ordinamento investiti, ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata concorrenziale”*. Pertanto, *“ciò che è lecito dal punto di vista dell’uno ordinamento, può al contempo non esserlo dal punto di vista dell’altro”*.

Con specifico riguardo alla distinzione tra regolazione *ex ante* e controllo *ex post*, nella medesima sentenza il Giudice ha sottolineato che *“l’applicazione delle norme a tutela della concorrenza non è esclusa nei casi in cui le disposizioni regolamentari lascino sussistere la possibilità per le imprese di adottare comportamenti autonomi atti ad ostacolare (...) la concorrenza, confermando l’esistenza di un doppio controllo, regolatorio e antitrust”*, e che *“le funzioni delle due Autorità (nel caso di specie, AGCM e AGCom) sono in rapporto non di antitesi”, né di “esclusione” o “sovrapposizione”, “ma di complementarietà”, onde anche “la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all’autorità della concorrenza di sindacare e condannare la medesima condotta”*.

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante nell’ambito della valutazione delle intese

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 2 luglio 2015, n. 3291, I723 - *Intesa nel mercato delle barriere stradali*, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui nelle ipotesi di intese restrittive, l’individuazione del mercato rilevante *“è funzionale alla delimitazione dell’ambito nel quale l’intesa stessa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale”* (conformemente, Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514, I701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

È stato inoltre nuovamente confermato il principio secondo cui, nella va-

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

lutazione di intese restrittive nell'ambito di gare, il mercato rilevante "può coincidere con la singola gara nella quale tale condotta venga ad incidere" (Consiglio di Stato, 26 gennaio 2015, n. 334, C11878 - *Italgas-Acegas-APS/Ison-tina Reti Gas*).

Intese

Nozione di impresa e associazione di imprese

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 22 gennaio 2015, n. 238, 1713 - *Consiglio Nazionale Geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, ha richiamato la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale la nozione di impresa include anche l'esercente una professione intellettuale "con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'articolo 101 TFUE" (cfr. caso C-136/12, nonché TAR Lazio, 16 febbraio 2015, n. 2688, 1706 - *Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Bolzano* e 1° luglio 2015, n. 8778, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*).

Peraltro, il giudice di primo grado ha sottolineato che, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 101 TFUE a un ordine professionale, quale "associazione di imprese", "non rileva neanche lo svolgimento, da parte dello stesso, di funzioni pubblicistiche e l'aver uno statuto di diritto pubblico" (Tar Lazio, 1° luglio 2015, n. 8778, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*).

Delibere associative

Il Tar ha avuto modo di richiamare la consolidata giurisprudenza, comunitaria e nazionale, secondo la quale, nella individuazione delle "delibere" associative, occorre "avere riguardo ad una valutazione sostanziale, cosicché non è tanto necessaria una particolare struttura collegiale del *decisum*, quanto l'idoneità dello stesso a produrre effetti nei confronti degli appartenenti all'ordine professionale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 febbraio 2011, n. 1757 e Consiglio di Stato, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864)" (TAR Lazio, 16 febbraio 2015, n. 2688, 1706 - *Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Bolzano*). Non è rilevante, inoltre, né la natura non vincolante della delibera (del parere, nel caso di specie), né la diffusione che la stessa ha avuto (Tar Lazio, 1 luglio 2015, n. 8778, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*).

Nozione di intesa vietata

Nella sentenza 18 maggio 2015, n. 2514, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Consiglio di Stato ha precisato che l'articolo 101 TFUE, così come l'articolo 2 della l. 287/1990 devono essere interpretati nel senso

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

di ascrivere alla nozione di intesa vietata *“qualunque accordo o pratica che possano avere un’influenza diretta o indiretta, attuale o anche solo potenziale sull’esplicarsi delle ordinarie dinamiche concorrenziali nell’ambito del mercato rilevante”*.

Oggetto ed effetti dell'intesa

Richiamando il dettato normativo per cui sono vietate le intese che hanno *“per oggetto o per effetto”* una restrizione della concorrenza, il Consiglio di Stato, nelle sentenze 2 luglio 2015, n. 3291, 1723 - *Intesa nel mercato delle barriere stradali*, ha ricordato che, in presenza di un oggetto anticoncorrenziale non è indispensabile ai fini sanzionatori anche l’individuazione degli effetti restrittivi (conformemente, TAR Lazio, 16 febbraio 2015, n. 2688, 1706 - *Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Bolzano*).

Parallelamente, nelle decisioni 16 novembre 2015 nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935, 1765 - *Gare Gestioni Fanghi In Lombardia e Piemonte*, il Tar del Lazio ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo la quale alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità tale che l’esame dei loro effetti non è necessario. Tra queste, rientrano la fissazione di prezzi e la spartizione del mercato *“ed in particolare (...) il coordinamento nella partecipazione alle gare d’appalto (c.d. “bid rigging”)*”.

Prova dell'intesa

Il Consiglio di Stato ha ricordato che, nella maggior parte dei casi, l’esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale *“dev’essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un’altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza, in quanto è ben difficile che di una intesa possano rinvenirsi prove dirette, desumibili da materiale documentale o da altre evidenze istruttorie che attestino la conclusione dell’accordo anticoncorrenziale illecito”* (Consiglio di Stato, sentenza 18 maggio 2015, n. 2513, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Nella medesima pronuncia, il giudice ha ribadito il proprio orientamento secondo il quale nell’ambito dei procedimenti *antitrust*, *“il criterio guida per prestare il consenso all’ipotesi ricostruttiva formulata dall’Autorità è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l’ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l’unica a dare un senso accettabile alla “storia” che si propone per la ricostruzione della intesa illecita. Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all’accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene col-*

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

mato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la corroboration, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza, e la cumulative redundancy, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. (...) In tale quadro i vari 'indizi' costituiscono elementi del modello globale di ricostruzione del fatto, coerenti rispetto all'ipotesi esplicativa, coincidente con la tesi accusatoria. Unitamente all'acquisizione di informazioni coerenti con le contestazioni mosse (riscontri), deve essere esclusa l'esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall'Autorità. L'ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente (in tal senso -ex multis -: Cons. Stato, VI, 25 marzo 2009, n. 1794; id., VI, 20 febbraio 2008 n. 594)." Il giudice ha altresì precisato che, nel canone della c.d. 'congruenza narrativa', "l'eventuale sussistenza di alcuni profili di discrasia nel quadro indiziario non sarà idonea a travolgere la complessiva tenuta dell'impianto accusatorio, salvo nelle ipotesi (...) in cui le incongruenze risultino di tale gravità e rilevanza da compromettere la coerenza complessiva del quadro ricostruttivo delineato dall'Autorità".

Intesa unica e complessa

Nelle sentenze 16 novembre 2015, nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935, 1765 - *Gare Gestioni Fanghi in Lombardia e Piemonte*, il Tar Lazio ha richiamato l'orientamento comunitario secondo il quale, "in presenza di un'intesa unica e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrare nel contesto complessivo della concertazione e considerate come tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva".

Prova dell'intesa e partecipazione passiva

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza 18 maggio 2015, n. 2513, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, nelle fattispecie di intese anticoncorrenziali risulta superfluo, al fine dell'an della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all'intesa abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o addirittura meramente passivo. "Ed infatti, l'intesa risulta contestabile anche nei confronti di chi si limiti a trarne un vantaggio assumendo un ruolo meramente passivo, dovendosi riconoscere l'esonero da responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, VI, 20 maggio 2011, n. 3013)".

Prova dell'intesa e partecipazione alle riunioni

Il giudice amministrativo ha ricordato che, secondo il principio della c.d. 'partecipazione passiva', laddove risulti provato che un'impresa abbia

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi anticoncorrenziali, *“senza essersene manifestamente opposta”*, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni fosse priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2513, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*; in termini simili, Consiglio di Stato, 2 luglio 2015, n. 3291, 1723 - *Intesa nel mercato delle barriere stradali*). In caso contrario, la condotta sarà idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa *“anche qualora l'impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale”* (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2513, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Inoltre, laddove i comportamenti anticoncorrenziali siano stati convenuti nel corso di riunioni in ambito associativo, il singolo operatore *“non potrà invocare circostanze esimenti o scriminanti laddove dal complesso delle risultanze in atti risulti comunque “[che] l'intento anticoncorrenziale sotteso al coordinamento delle condotte stabilito fosse talmente evidente da non consentire ad alcuno dei presenti [alle riunioni] di poter affermare in modo credibile che risultasse poco chiara (...) la finalità di incidere in modo distortivo sul libero esplicarsi delle dinamiche concorrenziali” (sul punto -ex plurimis-: Cons. Stato, VI, 3 giugno 2014, n. 2837)”* (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2513, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Nella pronuncia da ultimo citata, il Collegio ha altresì sottolineato che non può assumere alcun rilievo la collocazione all'interno della società del dipendente che in concreto ha partecipato alle riunioni, una volta che risulti comunque accertato che lo stesso fosse incardinato nella complessiva organizzazione di impresa.

Prova dell'intesa e ruolo degli operatori

Il Consiglio di Stato ha chiarito che l'accertata esistenza di un nucleo compatto di operatori di mercato i quali orientano in modo concordato i propri comportamenti *“non esclude affatto la partecipazione all'intesa da parte degli operatori minori, anche se tale partecipazione si atteggiava in base alla tipica configurazione di rapporti esistente fra leader e follower”*. Ciò in quanto le scelte del *follower*, pur condizionate da quelle del *leader*, non privano il primo *“della complessiva convenienza a mantenere un comportamento di mercato consapevolmente adattivo”* (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514, 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Imputazione dell'illecito e comportamenti a valle

Nella sentenza 18 maggio 2015, n. 2514, 1701 - *Vendita al dettaglio di*

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

prodotti cosmetici, il Consiglio di Stato ha ribadito che, una volta provata la sussistenza dell'intesa vietata e la partecipazione individuale della singola impresa, "diviene poi irrilevante, ai fini dell'imputazione dell'illecito, la partecipazione più o meno attiva e 'parallela' da parte della singola impresa partecipe dell'accordo 'a monte' ai singoli comportamenti attuativi 'a valle', come quelli (...) volti a tradurre in pratica un'intesa orizzontale finalizzata al concordato incremento dei prezzi di vendita (in tal senso -ex multis-: C.G.C.E., sentenza 7 gennaio 2004, in causa C-204/00, Aalborg)".

Intese sui prezzi

Il giudice amministrativo ha confermato che rientrano tra le intese di prezzo vietate non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli determinati o stabiliscono prezzi minimi, ma in generale *"tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità"* (TAR Lazio, 16 febbraio 2015, n. 2688, 1706 - *Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Bolzano* e 1° luglio 2015, n. 8778, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*).

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi con specifico riguardo all'obbligo di commisurare il compenso dei geologi al decoro professionale, ha evidenziato che l'obiettivo della tutela del consumatore che tale criterio dovrebbe garantire può essere in realtà *"adeguatamente perseguito dall'ordinamento nazionale tramite altri strumenti, che trovano il loro principale ambito di applicazione nella disciplina del singolo rapporto tra professionista e cliente, e si traducono nella previsione di rimedi civilistici, la cui piena operatività non richiede l'attribuzione di alcun potere di vigilanza all'Ordine professionale"* (Consiglio di Stato, 22 gennaio 2015, n. 238, 1713 - *Consiglio Nazionale Geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, che richiama Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12).

Intesa restrittiva e associazione temporanea di imprese

Nelle sentenze 16 novembre 2015, nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935 1765 - *Gare Gestioni Fanghi In Lombardia e Piemonte*, il Tar ha sottolineato che l'associazione temporanea di imprese (ATI) *"dovrebbe rappresentare uno strumento potenzialmente idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale nella gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici"*, laddove, nella fattispecie al suo esame, l'Autorità aveva dimostrato *"l'assenza di ogni effettiva esigenza di costituire l'ATI per specifiche ragioni economico-tecniche in relazione a ciascuna delle procedure, possedendo autonomamente ogni concorrente i requisiti di partecipazione e non rispondendo l'ATI neppure a strategie economiche di specializzazione o differenziazione dell'attività"*.