

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

servizi: tuttavia, mentre per quanto riguarda gli aspetti qualitativi non sono mai stati neppure costituiti gli organi preposti alla loro considerazione e valutazione, con riferimento ai livelli quantitativi ATAC ha sensibilmente contratto nel tempo i servizi offerti, senza previa ridefinizione degli stessi e conseguente revisione dell'informativa al pubblico, determinando con ciò una situazione di gravissimo e persistente disagio per gli utenti.

I dati al proposito riportati nel parere hanno in effetti dimostrato un sistematico scostamento delle quantità dei servizi offerti rispetto a quelli programmati, sia in termini di Km/vettura non effettuati che di corse sopresse: tutto ciò sarebbe peraltro riconducibile a deficienze nelle attività di programmazione di ATAC, in particolare rispetto a disponibilità di personale e materiali, non potendosi dunque richiamare giustificazioni di sorta per casi eccezionali o di forza maggiore.

A fronte di tale situazione di perdurante difficoltà operativa da parte del gestore dei servizi, tra l'altro riguardante alcune tra le principali linee, a livello nazionale, di trasporto di lavoratori pendolari, l'Autorità ha anche sottolineato come la Regione non abbia mai esercitato poteri di intervento e sanzione, pur previsti dal Contratto, persistendo piuttosto in una reiterazione di anno in anno della vigenza del rapporto di gestione in capo ad ATAC, senza alcuna revisione dei livelli dei servizi o predisposizione di una disciplina migliorativa degli stessi.

Premesso che la normativa vigente, e in particolare l'articolo 5, par. 6, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, effettivamente consente alla Regione di affidare servizi ferroviari senza il ricorso a procedure di affidamento competitive, l'Autorità ha ricordato come sia in ogni caso richiesto un particolare sforzo motivazionale e di trasparenza a carico dell'amministrazione procedente, finalizzato a dimostrare che l'affidamento diretto risponda a criteri di efficienza e rispetti le quattro condizioni enunciate dalla c.d. giurisprudenza Altmark (cfr. Corte di Giustizia, 23 luglio 2003, Causa C-280/00, Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in Raccolta 2003, pag. I-7747).

In conclusione, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di garantire al più presto una gestione dei servizi lungo le linee ex-concesse Roma-Ostia, Roma-Viterbo, Roma-Giardinetti, che sia in grado di rispondere alle esigenze degli utenti di disporre di quantità e qualità adeguate ed efficienza dei servizi, anche alla luce di quanto già considerato in altra sede rispetto all'auspicabile superamento della scarsa propensione alle gare da parte delle amministrazioni competenti<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. AGCM, IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, provv. n. 26061 del 1 giugno 2016

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

### Servizi

#### *Attività professionali e imprenditoriali*

*COMUNE DI MONDOVÌ (CN) - REQUISITI OBBLIGATORI PER AVVIARE ATTIVITÀ DA PARTE DI CITTADINI STRANIERI (ART. 66-TER DEL REGOLAMENTO DI POLIZIA)*

Nell'ottobre 2016 l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'art. 21 della l. 287/1990, al Comune di Mondovì in merito all'articolo 66-ter "Requisiti obbligatori per avviare attività da parte di cittadini stranieri" del Regolamento di polizia urbana del Comune citato.

In particolare l'Autorità ha rilevato l'esistenza di talune criticità concorrenziali idonee a ostacolare il libero esercizio dell'attività commerciale di somministrazione di alimenti e bevande nel territorio comunale interessato. Infatti l'articolo 66-ter del Regolamento di polizia urbana prevedeva quale requisito, per gli stranieri che intendessero avviare le attività in esame, la conoscenza della lingua italiana, a tal fine richiedendo o il possesso di un titolo di studio conseguito in Italia o un'altra certificazione rilasciata dagli enti certificatori riconosciuti dal Ministero o dai centri provinciali per l'istruzione degli adulti (CTP) oppure, in caso di autocertificazione della conoscenza dell'italiano, il superamento di una specifica prova da sostenere presso il Comune di Mondovì. Il requisito della conoscenza della lingua italiana doveva essere soddisfatto al momento dell'inizio dell'attività "da parte del richiedente o di un socio o di un dipendente, addetti al servizio di somministrazione e/o vendita, impegnati nella conduzione giornaliera dell'attività". La mancanza del requisito in esame comportava l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

L'Autorità ha in generale osservato che in materia di esercizio di attività commerciali, la disciplina legislativa nazionale, interessata negli ultimi anni da numerosi interventi di liberalizzazione e deregolamentazione, stabilisce in particolare all'articolo 3, comma 1, lettera d-bis, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*, c.d. decreto Bersani), come modificato dall'articolo 31 del decreto *Salva Italia*, che "le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande, sono svolte, tra l'altro, senza i seguenti limiti e prescrizioni: (...) a) l'iscrizione a registri abilitanti ovvero possesso di requisiti professionali soggettivi per l'esercizio di attività commerciali, fatti salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande". Il legislatore nazionale ha, in tal modo, voluto apprestare esplicita tutela ai consumatori in materia di vendita e somministrazione di alimenti e bevande, richiedendo il possesso di precisi requisiti soggettivi per coloro che intendono esercitare tale attività commerciale. Tali requisiti sono, infatti, individuati

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

all'articolo 71 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (*Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*).

Sul punto l'Autorità ha evidenziato che anche la legge regionale del Piemonte n. 38 del 29 dicembre 2006 (*Disciplina dell'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande*), in materia di requisiti soggettivi professionali richiesti per l'esercizio dell'attività in esame, richiamava sostanzialmente la disciplina nazionale di cui all'articolo 71, comma 6, del d.lgs. 59/2010 citato.

L'Autorità ha, altresì, ricordato che in materia si è espressa anche la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 98/2013, ha affermato la legittimità costituzionale della legge regionale della Lombardia 27 febbraio 2012, n. 3 (*Disposizioni in materia di artigianato e commercio e attuazioni della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno. Modifiche alle leggi regionali 30 aprile 2009, n. 8 e 2 febbraio 2010, n. 6*) che prevede, fra le altre cose, quale requisito per l'avvio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, la conoscenza della lingua italiana da parte degli stranieri. In quell'occasione la Corte ha chiarito che, affinché tale requisito "sia inidoneo ad incidere negativamente sull'assetto concorrenziale del mercato", è necessario che abbia carattere meramente alternativo e non sia dunque un "imprescindibile requisito (imposto agli stranieri) richiesto per avviare l'attività commerciale".

Pertanto, l'Autorità, considerato il quadro normativo vigente in materia e l'orientamento giurisprudenziale citato, ha rilevato che l'art 66-ter del Regolamento di polizia urbana del Comune di Mondovì presentava profili di criticità concorrenziale in quanto suscettibile di introdurre ingiustificati ostacoli al libero esercizio dell'attività commerciale in esame, non proporzionati rispetto alla tutela di interessi generali. Infatti, il requisito introdotto dalla disciplina comunale in questione, con il quale si richiedeva la conoscenza della lingua italiana agli stranieri, da comprovare secondo stringenti modalità, non presentava il carattere della mera alternatività richiesto dalla Corte Costituzionale affinché lo stesso potesse di fatto ritenersi inidoneo ad incidere negativamente sull'assetto concorrenziale del mercato.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che le proprie osservazioni fossero tenute in considerazione dall'amministrazione destinataria del parere mediante la revisione in senso pro-concorrenziale della normativa esaminata.

*OSTACOLI ALL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE DELLE GUIDE TURISTICHE IN ITALIA DERIVANTI DAI DECRETI MINISTERIALI DEL 7 APRILE 2015 E DELL' 11 DICEMBRE 2015*

Nel dicembre 2016 l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della l. 287/1990, ha espresso il proprio parere al Ministero dei Beni e delle Attività

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

culturali e del Turismo in merito a talune restrizioni concorrenziali, riscontrate nel settore dei servizi professionali offerti dalle guide turistiche in Italia.

La disciplina oggetto di segnalazione è stata emanata con i Decreti Ministeriali del 7 aprile (*Individuazione dei siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico per i quali occorre una specifica abilitazione per lo svolgimento della professione di guida turistica, in attuazione previsto dall'articolo 3, comma 3, della Legge 6 agosto 2013, n. 97*) e dell'11 dicembre 2015 (*Individuazione dei requisiti necessari per l'abilitazione allo svolgimento della professione di guida turistica e procedimento di rilascio dell'abilitazione*), che introducono un regime di specifica abilitazione su base territoriale per lo svolgimento della professione di guida turistica in siti considerati di particolare interesse storico, artistico o archeologico. A seguito delle recenti riforme, mentre la guida con abilitazione non specializzata può svolgere la propria attività *“in tutto il territorio nazionale ad esclusione dei siti specialistici”*, la guida con abilitazione specializzata potrà effettuare le visite guidate anche all'interno dei siti specialistici *“nell'ambito regionale in cui ha sostenuto la prova”*.

Ad avviso dell'Autorità, la disciplina dell'accesso alla professione di guida turistica specializzata e l'individuazione di un nutrito elenco di siti di particolare rilievo turistico comportano, di fatto, la reintroduzione nella disciplina nazionale di una abilitazione per le guide turistiche valida a livello unicamente locale, in violazione dei principi e delle norme vigenti in materia di concorrenza. Tali principi, già consolidati nella Direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali e nella Direttiva 2006/123/CE sull'esercizio della professione, nonché oggetto di applicazione nella casistica e nella giurisprudenza europee, hanno trovato ampia conferma nella recente Direttiva 2013/55/CE, il cui obiettivo è *“di rafforzare il mercato interno e di promuovere la libera circolazione dei professionisti, garantendo al contempo un più efficiente e trasparente riconoscimento delle qualifiche professionali”*.

L'Autorità ha, inoltre, ritenuto che le citate previsioni non soddisfino il requisito di proporzionalità, atteso che non appaiono necessarie rispetto a obiettivi di interesse generale connessi alla protezione del patrimonio storico e artistico, se si considera che il numero dei *“siti di particolare interesse”* inseriti nell'elenco ivi riportato risulta talmente elevato (3.187) da rendere del tutto residuale l'ambito operativo di esercizio per le guide non specializzate. Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, pronunciandosi sul caso C-180/89, ha riconosciuto che la previsione di una guida turistica specializzata con riferimento a determinati musei o monumenti può considerarsi compatibile con la normativa rilevante solo qualora tale eccezione abbia portata limitata. In proposito, è stato

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

evidenziato che la Commissione europea, nell'ambito di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano<sup>77</sup>, richiamando detta sentenza, aveva già valutato negativamente l'elenco di 2.500 "siti speciali" individuati dall'Italia, ritenendo che "l'entità e la portata dell'elenco italiano superi di gran lunga la portata dell'eccezione riconosciuta dalla Corte di giustizia e ne renda inefficace la sentenza nel merito".

L'Autorità ha pertanto auspicato che le considerazioni svolte venissero prese in considerazione al fine di orientare in senso pro-concorrenziale il riesame della materia da parte delle autorità competenti.

*Sanità**RESTRIZIONI CONCORRENZIALI NELL'EROGAZIONE DI SERVIZI DI PRENOTAZIONE DI VISITE MEDICHE SPECIALISTICHE E DI RITIRO REFERTI PER LE PARAFARMACIE*

Nel marzo 2016, l'Autorità ha esercitato i propri poteri consultivi, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, nei confronti dell'Azienda per i Servizi Sanitari n. 6 "Friuli Occidentale" di Pordenone, dell'ASL di Avellino e dell'ASL 1 di Sassari, in merito alle restrizioni nella possibilità di offrire i servizi di prenotazione di visite mediche specialistiche tramite CUP e di ritiro dei referti per le parafarmacie.

Preliminarmente l'Autorità ha osservato che il legislatore promuove le parafarmacie, disciplinate dal d.l. 223/2006, in quanto strumento volto a incoraggiare la libertà di scelta del consumatore e mercati più concorrenziali. L'Autorità ha altresì rilevato che tali servizi non sono riservati per legge alle farmacie e che le linee guida in materia di servizio CUP nazionali e regionali delle Regioni coinvolte evidenziano l'importanza di "realizzare un'offerta più ampia possibile di canali di accesso, al fine di garantire il più elevato livello possibile di fruibilità per il cittadino"<sup>78</sup>.

Per tali ragioni, l'Autorità ha ritenuto che precludere alle parafarmacie la possibilità - riconosciuta alle farmacie - di offrire servizi sanitari, quali il servizio CUP o il servizio ritiro del referto, idonei ad ampliare la gamma dei servizi offerti e conseguentemente ad attrarre maggiore clientela presso il proprio punto vendita, fosse lesivo delle norme e dei principi a tutela della concorrenza.

Ad avviso dell'Autorità, l'esclusione delle parafarmacie dall'esercizio di tali attività rappresenta, infatti, un comportamento idoneo a determinare per queste ultime un ingiustificato svantaggio concorrenziale rispetto alle farmacie, comportando peraltro ricadute negative anche sui consumatori i quali vengono privati di un potenziale ulteriore canale di accesso ai suddetti servizi.

<sup>77</sup> Cfr. Comunicato stampa della Commissione europea di aprile 2004 presente sul sito [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1303\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1303_it.htm)

<sup>78</sup> Linee guida nazionali, punto 2.3.1.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

L'Autorità, inoltre, ha evidenziato che, a riprova dell'assenza di giustificazioni agli ostacoli predetti, risultano numerosi casi in cui, in diverse regioni italiane, le ASL hanno stipulato convenzioni con le parafarmacie, oltre che con le farmacie, per l'erogazione del servizio CUP e per l'erogazione del servizio di ritiro del referto.

L'Autorità ha pertanto auspicato che le considerazioni svolte vengano prese come riferimento per orientare in senso pro-concorrenziale i rapporti tra ASL e parafarmacie in particolare nelle Regioni Friuli, Campania e Sardegna.

#### *Servizi vari*

##### *GESTIONE DELLE VIE DI ACCESSO ALLE ZONE SOMMITALI DELL'ETNA*

Nel febbraio 2016 l'Autorità ha formulato un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, ai Comuni di Castiglione di Sicilia, di Linguaglossa e di Nicolosi in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dalle complessive modalità di affidamento delle vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna da parte delle suddette Amministrazioni.

In particolare, l'Autorità ha rilevato che la società STAR S.r.l., gestiva le vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna nel versante Nord, tramite Piano Provenzana dei Comuni di Linguaglossa e di Castiglione, in virtù di affidamenti diretti assai risalenti nel tempo e prorogati per lunghi periodi, a partire, rispettivamente, dal 1998 e dal 1970, quest'ultimo prorogato nel 1999 e nel 2013. Soltanto nel 2014 e 2015, i Comuni di Castiglione di Sicilia e di Linguaglossa, che gestivano in modo coordinato gli accessi del versante Nord, avevano indetto degli avvisi esplorativi per affidare in concessione la pista rotabile, sulla quale realizzare un'attività di trasporto turistico a pagamento. La società Funivia dell'Etna S.p.A., peraltro riconducibile alla medesima persona fisica legale rappresentante della citata società STAR S.r.l., gestiva le vie di accesso del versante Sud, tramite Rifugio Sapienza, ricadenti nel Comune di Nicolosi e, in particolare, alcuni impianti di proprietà comunale nonché, fra l'altro, sulla base di una concessione prorogata dal 2006 al 2022, servizi pubblici di trasporto di persone sia nella stagione invernale che in quella estiva.

In proposito, l'Autorità ha osservato che le complessive modalità di affidamento delle vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna apparivano contrarie ai principi posti a tutela della concorrenza, con riguardo all'assenza di procedure selettive ovvero in ragione di requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento ingiustificatamente restrittivi.

In primo luogo, infatti, gli affidamenti in esame avevano ad oggetto servizi pubblici di rilevanza economica che, secondo il diritto nazionale ed europeo, potevano essere affidati anche in forma diretta a società terze, purché: *i)* i servizi affidati costituissero l'attività prevalente della società beneficiaria; *ii)* questa fosse a totale partecipazione pubblica; e *iii)* soggetta

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

a controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi. Nel caso di specie, invece, tali ultimi due requisiti difettavano. Pertanto, come più volte affermato dall'Autorità, nei mercati in cui specifiche caratteristiche oggettive giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi a operare, l'affidamento dei servizi deve avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica, al fine di attenuare gli effetti distorsivi connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario.

Tali considerazioni sono state ritenute assorbenti rispetto alla durata, in ogni caso eccessivamente lunga, degli affidamenti "storici", rispetto alla quale l'Autorità ha ricordato, tra l'altro, come essa non dovesse essere necessariamente parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, atteso che il valore degli investimenti effettuati dal concessionario poteva ben essere posto a base d'asta in sede di gara.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che le considerazioni svolte siano tenute in adeguata considerazione dai Comuni interessati in sede di revisione delle complessive modalità di affidamento e di gestione delle vie di accesso alle aree dell'Etna, al fine di introdurre criteri concorrenziali che consentano di superare gli affidamenti agli operatori storici, contribuendo, per questa via, anche allo sviluppo del settore turistico/ricettivo della zona.

*AFFIDAMENTO PLURIENNALE DELLE VIE DI ACCESSO ALLE ZONE SOMMITALI DELL'ETNA  
MEDIANTE PISTA ROTABILE DA PIANO PROVENZANA - VERSANTE NORD*

Nel dicembre 2016, l'Autorità ha formulato un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, ai Comuni di Castiglione di Sicilia e di Linguaglossa, da quest'ultimo richiesto in merito alle linee guida per procedere all'affidamento pluriennale delle vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna dalla pista rotabile che parte da Piano Provenzana, nel versante Nord.

Tali linee guida, assunte al fine di adeguarsi ai rilievi formulati dall'Autorità nel parere AS1253 *Gestione delle vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna*, sono contenute nella deliberazione n. 47/2016 e nell'allegato Protocollo d'Intesa del Comune di Linguaglossa con il Comune di Castiglione di Sicilia e riprese nelle discussioni del Tavolo Tecnico, al quale siedono i rappresentanti dei due Comuni citati e dell'Ente Parco dell'Etna, con funzioni regolatorie sull'uso del territorio.

Esse prevedono, in particolare, un affidamento della durata massima di nove anni, un importo a base d'asta che tenga conto degli investimenti previsti e dei valori dell'attività economica dell'ultimo quinquennio, tariffe ridotte per i residenti e per i turisti che soggiornano nella zona, forme adeguate di pubblicità sia per la procedura che per lo svolgimento dell'attività (su orari e tariffe), penali elevate volte a concretizzare un'effettiva forma di controllo sull'adempimento del concessionario, nonché

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

un requisito di partecipazione consistente nel “*fatturato globale di 80.000 euro nell'ultimo triennio*”. Rispetto alla modalità di affidamento, esse prospettano la possibilità di scegliere tra regime autorizzatorio, concessione di servizio pubblico o concessione d'uso di bene pubblico, tutte implicanti un confronto concorrenziale fra più operatori.

L'Autorità, nel condividere la conclusione raggiunta dal Tavolo Tecnico, ha, tuttavia, sottolineato che la scelta tra i modelli alternativi di affidamento prospettato nelle linee guida oggetto della richiesta di parere, deve tenere conto dello specifico oggetto dell'affidamento: trattandosi della sola pista rotabile, l'Autorità non ha ritenuto in concreto ravvisabili esigenze oggettive che possano limitare a un solo operatore in concessione lo svolgimento in esclusiva del servizio. Il regime autorizzatorio, sebbene per un numero limitato di operatori, come prospettato dallo stesso Comune richiedente, rappresenta per l'Autorità la modalità più idonea per introdurre dinamiche concorrenziali nel mercato in questione, anche ai sensi di quanto previsto dall'art. 16 del d.l. 59/2010, che traspone l'art. 12 della Direttiva Servizi n. 2006/123/CE.

L'Autorità ha precisato che tale disposizione impone anche di definire una durata limitata dell'autorizzazione, senza rinnovi automatici alla scadenza, in quanto essa è considerata essenziale per rispettare i principi concorrenziali a presidio del confronto fra operatori e ha, inoltre, osservato che, ai sensi dell'art. 164, comma 1, secondo capoverso, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), i provvedimenti autorizzatori per l'esercizio di un'attività economica possono prevedere anche “*l'utilizzo di impianti e di altri beni immobili pubblici*”. Tale strumento sarebbe quindi compatibile con l'affidamento in esame.

Con specifico riferimento alla durata, l'Autorità ha inteso anche evidenziare che gli indirizzi individuati dai Comuni di Castiglione e Linguaglossa possono ritenersi rispondenti alle preoccupazioni concorrenziali dell'Autorità soltanto nella misura in cui la durata massima degli affidamenti ivi individuata non costituisca un parametro rigidamente applicato e sia rapportata a quanto strettamente necessario per recuperare gli investimenti, senza escludere completamente il rischio d'impresa.

In conclusione, l'Autorità ha sollecitato i Comuni interessati ad avviare rapidamente un regime autorizzatorio di affidamento pluriennale della pista rotabile, onde introdurre effettivi criteri concorrenziali nella selezione degli operatori.

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

*COMUNE DI TARANTO- AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DI SERVIZI PUBBLICI AD ASSOCIAZIONI VOLONTARISTICHE SENZA RICORSO A PROCEDURE SELETTIVE.*

Nel febbraio 2016, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990 al Comune di Taranto, in merito all'affidamento in convenzione, alle associazioni protezionistiche o animaliste, della concessione di gestione dei servizi pubblici aventi ad oggetto il ricovero e la custodia dei cani, secondo quanto previsto dall'articolo 14, comma 2-bis, della legge regionale Puglia 3 aprile 1995, n. 12 (*Interventi per la tutela degli animali d'affezione e prevenzione del randagismo*).

In proposito, l'Autorità ha richiamato il proprio consolidato orientamento secondo cui, coerentemente con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, le associazioni di volontariato, ancorché non perseguano fini di lucro e siano ispirate da principi solidaristici e sebbene le prestazioni fornite dai collaboratori siano per lo più o totalmente a titolo gratuito, sono imprese ai sensi del diritto antitrust allorché svolgano attività economica e, pertanto, non sono di per sé sottratte all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica.

Ai fini dello scrutinio del caso di specie, rileva l'orientamento della Corte di Giustizia UE teso a considerare legittimo l'affidamento diretto di servizi pubblici ad associazioni di volontariato esclusivamente laddove l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. In tale ipotesi, secondo la Corte, l'amministrazione non è tenuta ad effettuare neppure una preventiva comparazione delle proposte di varie associazioni, o ad adempiere a specifici obblighi di pubblicità.

In proposito, l'Autorità ha osservato che affinché possa ritenersi legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico alle associazioni volontaristiche, è richiesto che le riferite associazioni non perseguano obiettivi diversi da quelli sopra menzionati e che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo, necessari per fornire le relative prestazioni, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. In particolare, relativamente al rimborso dei costi, occorre verificare che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato e che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che anche la disposizione di cui all'articolo 8, comma 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai*

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

*cittadini*) convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, concernente gli affidamenti alle associazioni di volontariato per importi non superiori a 200.000 euro, non possa che essere letta secondo le delineate indicazioni giurisprudenziali rese dalla Corte di giustizia UE.

In conclusione, al fine di scrutinare la conformità alla normativa comunitaria e nazionale di affidamenti senza ricorso a procedure selettive ad associazioni volontaristiche, mediante un sistema di convenzionamento diretto, l'Autorità ha sottolineato che occorre verificare in concreto il contesto normativo e convenzionale in cui si iscrive detto affidamento diretto. Ciò al fine di valutare l'applicabilità dei principi e delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, con particolare riferimento all'effettivo perseguimento, tramite tale affidamento, di finalità sociali, obiettivi di solidarietà ed efficienze di bilancio, a condizione che all'associazione volontaristica che gestisce il servizio venga riconosciuto esclusivamente il rimborso delle spese sostenute.

*DISCIPLINA E OPERATIVITÀ DEI FONDI INTERPROFESSIONALI PER IL FINANZIAMENTO DI PIANI FORMATIVI AZIENDALI*

Nell'aprile 2016, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990 al Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali e al Presidente dell'INPS in merito alla disciplina e all'operatività dei fondi interprofessionali per il finanziamento di piani formativi aziendali istituiti e regolati dall'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001*) e successive modifiche e integrazioni.

In particolare, l'Autorità ha rilevato l'esistenza di talune criticità idonee a determinare implicazioni pregiudizievoli sulle dinamiche concorrenziali del mercato dei servizi formativi finanziati dai fondi. Infatti, è risultato che non tutti i fondi provvedevano ad esternalizzare attività di propria pertinenza attraverso meccanismi ad evidenza pubblica come invece richiesto dalla normativa in materia di appalti pubblici.

L'Autorità ha rilevato in particolare che tali fondi, sebbene connotati da una forma giuridica di diritto privato, siano da considerare alla stregua di organismi di diritto pubblico, e in tal senso si sono espressi anche il Consiglio di Stato e l'ANAC. Per tale ragione ogni rapporto negoziale intrattenuto, a titolo oneroso e in regime di esternalizzazione, dai fondi con soggetti terzi deve essere governato da un contratto scritto di diritto pubblico stipulato tramite idonea procedura selettiva ad evidenza pubblica.

L'Autorità ha inoltre rilevato che la regolamentazione e la manualistica di cui i fondi si dotavano per le attività loro spettanti, ai fini dell'approvazione dei piani formativi da finanziare, presentavano carenze sotto il profilo della completezza contenutistica.

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

In particolare, non sempre era sufficientemente esaustiva l'informativa *i)* sui presupposti per l'approvazione dei piani formativi, *ii)* sulle modalità e le tempistiche entro cui i fondi approvavano i piani formativi, *iii)* sulle modalità e tempistiche di disamina dei riscontri alle eventuali integrazioni richieste dal fondo, *iv)* sulle modalità con cui doveva essere rendicontata l'esecuzione dei piani formativi autorizzati per la liquidazione dei finanziamenti.

Per le medesime esigenze di certezza e parità di trattamento, l'Autorità ha ritenuto auspicabile che la regolamentazione e manualistica di cui i fondi si dotavano chiarissero espressamente che eventuali modifiche ai criteri e presupposti per l'autorizzazione dei piani formativi e per la conseguente rendicontazione potevano trovare applicazione, di regola, solo per i nuovi piani formativi, la cui autorizzazione fosse stata richiesta successivamente alla pubblicazione delle modifiche così introdotte. Invero, modifiche nelle regole di rendicontazione dei piani formativi operanti retroattivamente rischiavano di creare ingiustificate vischiosità nell'operatività del sistema di finanziamento dei piani formativi. Laddove le modifiche dovessero necessariamente operare retroattivamente (poiché, ad esempio, derivanti da *ius superveniens* immediatamente applicabile), le stesse avrebbero dovute essere comunicate tempestivamente a tutte le aziende interessate, per consentire a queste ultime di potersi adeguare per tempo alle nuove regole introdotte.

Sempre in ossequio ai richiamati obblighi di trasparenza connessi con la gestione di risorse pubbliche e nell'ottica di neutralizzare, sotto il profilo concorrenziale, asimmetrie informative foriere di possibili svantaggi competitivi, l'Autorità ha ritenuto opportuno che i fondi rendessero edotte le aziende iscritte circa l'entità e la natura di tutti i costi e oneri (ad esempio, i costi di funzionamento dei fondi, i costi amministrativi prelevati dall'INPS e i prelievi per alimentare il fondo di solidarietà per i dipendenti non coperti dalla cassa integrazione guadagni) suscettibili di incidere a vario titolo, riducendone la consistenza, sul gettito del contributo integrativo destinato ad alimentare la massa gestita dai fondi per finanziare le attività formative.

Infine, per ciò che riguardava le criticità in merito alla mobilità tra tali fondi, è stata segnalata la necessità di modifiche alla normativa vigente in materia al fine di consentire la portabilità anche alle micro e piccole imprese.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che le proprie osservazioni venissero tenute in considerazione dai soggetti destinatari del parere nell'ambito dell'attività di vigilanza loro ascritta sulla gestione dei fondi, anche attraverso la formulazione di opportune indicazioni interpretativo-applicative della legislazione vigente in materia, nell'ambito del sistema di

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

controlli la cui architettura era stata di recente ridisegnata con il decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150 (*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*).

*PROBLEMI CONCORRENZIALI NEL SETTORE DELL'AFFIDAMENTO DELLE CONCESSIONI DI POSTEGGIO*

Nel dicembre 2016, l'Autorità ha formulato un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, alla Conferenza Unificata Stato-Regioni, alla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome e al Ministero dello Sviluppo Economico, in merito ai problemi di natura concorrenziale che caratterizzano il settore dell'assegnazione delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche, con particolare riguardo alla durata delle concessioni e ai criteri di selezione in caso di domande concorrenti.

L'Autorità ha prima ricostruito il quadro normativo e regolamentare di riferimento, richiamando gli artt. 10 e 12 della Direttiva 2006/123/CE (di seguito anche Direttiva Servizi o Bolkestein) e gli artt. 14 e 16 del d.lgs. 59/2010 di recepimento di tale Direttiva, l'Intesa Stato-Regioni del 2012 "*sui criteri da applicare nelle procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche*" (di seguito anche Intesa del 2012), adottata ai sensi dell'art. 70, comma 5, del d.lgs. 59/2010, il Documento delle Regioni e Province Autonome del 24 gennaio 2013 (di seguito anche Documento 2013) adottato in attuazione dell'Intesa del 2012, nonché la Risoluzione n. 34181 del 9 febbraio 2016 (di seguito anche Risoluzione 2016) del Ministero dello Sviluppo Economico, che riconosce e disciplina il potere dei Comuni di definire un secondo periodo transitorio prima di procedere all'assegnazione dei posteggi mediante gara.

L'Autorità ha, quindi, riaffermato il consolidato principio secondo cui i termini eccessivamente estesi di durata delle concessioni possono alterare il funzionamento del mercato in quanto rendono più difficoltoso l'ingresso di nuovi operatori. Nello specifico settore in esame, caratterizzato di norma da limitati investimenti soprattutto di natura strutturale, l'Autorità ha ritenuto che una durata minima di 9 anni (7 nel caso di mercati turistici) individuata dall'Intesa del 2012 su tutto il territorio nazionale può risultare sproporzionata e non rispettosa dei principi sopraesposti.

Quanto ai criteri di assegnazione dei posteggi, l'Autorità ha ribadito che quelli che danno peso decisivo a requisiti di anzianità o di esperienza pregressa in un determinato settore (come nel caso di specie le previsioni che attribuiscono ai criteri di anzianità quasi la totalità dei punteggi massimi conseguibili, declinati dal Documento 2013 tra i 40 e i 60 punti per la professionalità pregressa, attestata attraverso l'iscrizione dell'operatore nel registro delle imprese, cui si aggiungono altri 40 punti per i concessionari uscenti), sono comunque idonei a pregiudicare il corretto dispiegarsi di

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

dinamiche di mercato, in quanto favoriscono gli operatori esistenti, a scapito di nuovi concorrenti. Tali criteri dovrebbero, invece, essere considerati soltanto in maniera residuale.

L'Autorità ha, inoltre, osservato che il secondo periodo transitorio individuato dalla Risoluzione 2016 del Ministero dello Sviluppo Economico prevede che il requisito dell'anzianità specifico per l'impresa uscente, benché complessivamente non possa portare a un punteggio superiore al 40% di quello complessivo, deve essere *"in ogni caso"* applicato. Per l'Autorità, quindi, per un ulteriore periodo della durata di 9-12 anni, difficilmente nuovi operatori o semplicemente soggetti diversi dal concessionario uscente potranno seriamente contendere un posteggio da riassegnare, in quanto anche sommando tutti i punteggi previsti per i criteri diversi dall'anzianità/esperienza/iscrizione, nessun operatore potrà arrivare allo stesso punteggio del concessionario uscente.

Il *favor* per il concessionario uscente che verrebbe così significativamente a determinarsi potrebbe di fatto dissimulare, nella sostanza, una forma di rinnovo automatico della concessione, ponendosi in contrasto con l'art. 12 della Direttiva Servizi, in base al quale, l'assegnazione di un titolo autorizzatorio (che già deve avere una durata limitata) *"non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente"*. Ciò è stato di recente ribadito anche dalla Corte di Giustizia, con particolare riferimento alle concessioni demaniali marittime<sup>79</sup>.

Secondo l'Autorità, tale principio sarebbe chiaramente disatteso se la procedura pubblica, in ragione dei criteri di selezione previsti, fosse ridotta al rango di mero adempimento formale.

In definitiva, i punti sopra richiamati, nel prevedere una durata eccessivamente lunga, predeterminata e rigida, oltre che nell'accordare preferenza agli operatori già presenti, valorizzando in maniera eccessiva e prioritaria i requisiti di anzianità, si pongono in contrasto con l'art. 12 della Direttiva Servizi e con l'art. 16 del d.lgs. 59/2010, secondo cui *"il titolo è rilasciato per una durata limitata e non (...) possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente (...)"*.

L'Autorità ha, quindi, auspicato che gli atti richiamati siano modificati recependo le osservazioni svolte e che, in ogni caso, le amministrazioni locali esercitino la propria potestà sull'individuazione della durata delle concessioni e dei criteri di selezione in maniera coerente con i principi espressi e con le disposizioni della Direttiva Servizi.

<sup>79</sup> cfr. la sentenza del 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

*Ristorazione**DISTORSIONI CONCORRENZIALI NEL SETTORE DELLA VENDITA DI ALIMENTI E BEVANDE CON CONSUMO SUL POSTO*

Nell'ottobre 2016, l'Autorità ha esercitato i poteri consultivi di cui all'art. 21 della l. 287/1990, formulando alcune osservazioni in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti da recenti Risoluzioni del Ministero dello Sviluppo Economico in materia di consumo di alimenti e bevande sul posto. Tali Risoluzioni, infatti, rese in risposta a precisi quesiti sollevati da enti locali, risultano ingiustificatamente restrittive per i c.d. esercizi di vicinato, ai quali vengono poste significative limitazioni all'esercizio della propria attività, con particolare riferimento al consumo sul posto di quanto acquistato.

Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che, sul piano normativo, il *discrimen* tra somministrazione e consumo sul posto negli esercizi di vicinato è dato dal fatto che soltanto nella prima modalità di offerta è previsto il servizio assistito al tavolo ai sensi dell'art. 3, lettera f-bis, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*), convertito con legge 4 agosto 2006 n. 248. Inoltre, si è evidenziato che i numerosi decreti di liberalizzazione, di derivazione europea, mirano tutti a garantire piena autonomia agli operatori economici in assenza di specifiche esigenze di interesse generale da tutelare e comunque sempre rispettando il principio di proporzionalità<sup>80</sup>.

Tanto premesso, l'Autorità ha richiamato alcuni interventi in materia del Ministero dello Sviluppo Economico che, nell'ambito della propria funzione consultiva, ha fornito indicazioni interpretative idonee a orientare le regolazioni locali. Nella Risoluzione dell'8 maggio 2013 n. 75893, avente ad oggetto "*Attività di vendita con il consumo sul posto e attività di somministrazione di alimenti e bevande*", detto Ministero ha concluso che la disciplina in materia di consumo sul posto "*continua (...) ad escludere la possibilità di contemporanea presenza di tavoli e sedie associati o associabili*", ammettendo invece soltanto un limitato numero di panchine o altre sedute "*non abbinabili ad eventuali piani di appoggio*".

La Risoluzione n. 146342 del 19 agosto 2014, riguardante la "*Attività di vendita con il consumo sul posto*", ha previsto, in particolare, che "*Nei locali degli esercizi di vicinato (...) gli arredi richiamati dalla disposizione non possono coincidere con le attrezzature tradizionalmente utilizzate negli esercizi di somministrazione, quali ad esempio le apparecchiature per le*

<sup>80</sup> Vedasi articolo 10 del d.lgs. 59/2010 e s.m.i., di attuazione della c.d. Direttiva Servizi, articolo 3 del d.l. 138/2011, convertito con legge n. 148/2011, articoli 31, comma 2, e 34, comma 2, il d.l. 201/2011 e articolo 1, commi 2 e 4, del d.l. 1/2012

## CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

*bevande alla spina, tavoli e sedie così come macchine industriali per il caffè, né può essere ammesso, in quanto espressamente vietato dalla norma, il servizio assistito”.*

Infine, la Risoluzione n. 86321 del 9 giugno 2015, avente ad oggetto il “*Quesito in materia di consumo sul posto per le imprese artigiane*”, dopo aver ribadito che la consumazione seduti al tavolo, anche con modalità *self service*, è tipica di bar e ristoranti, ha precisato che i piani e le sedute richiamati nella citata Risoluzione del 2013 “*devono intendersi non abbinabili (...) nel senso che l'utilizzo congiunto della seduta e del piano d'appoggio non deve risultare normalmente possibile (ad esempio, per le diverse altezze dei medesimi) in modo che sia consentito ai fruitori il consumo degli alimenti e delle bevande da seduti (ma non al tavolo) ovvero appoggiando i prodotti su un piano (ma senza poterlo utilizzare da seduti)*”.

L'Autorità ha rilevato che l'interpretazione fornita nelle richiamate Risoluzioni, oltre a risultare non aderente alle nuove abitudini di consumo e suscettibile di limitare le possibilità di scelta dei consumatori, risultava in palese contrasto con i principi posti dal legislatore e suscettibile di creare un'indebita discriminazione fra i vari operatori del settore.

Le richiamate Risoluzioni, infatti, non hanno tenuto conto, secondo l'Autorità, del fatto che già il richiamato d.l. 223/2006 aveva inteso superare, o quantomeno coordinare, con i principi di concorrenza tutte le attività di consumo sul posto di alimenti e bevande. Esse, inoltre, non hanno basato l'interpretazione offerta su quanto strettamente necessario a tutelare le esigenze di interesse generale tipizzate dal d.l. 201/2011, quali la “*tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali*”.

L'Autorità, nel rilevare che le Risoluzioni in esame sono risultate idonee a favorire l'adozione di regolazioni a livello locale ingiustificatamente restrittive e discriminatorie, quali ad esempio il Regolamento per la disciplina delle occupazioni di spazi e aree pubbliche e per l'applicazione del relativo canone modificato dal Comune di Lucca nel 2014, ha auspicato che il Ministero dello Sviluppo Economico possa in futuro offrire un'interpretazione della materia in questione che tenga conto delle esigenze di tutela della concorrenza.

*Attività ricreative, culturali e sportive*

*PROBLEMI DI NATURA CONCORRENZIALE NEL SETTORE DELL'AUTOMOBILISMO SPORTIVO CON VEICOLI A MOTORE*

Nell'ottobre 2016, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della l. 287/1990, al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, in merito a

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

problematiche di natura concorrenziale che caratterizzano il settore delle competizioni sportive su strada con veicoli a motore, con particolare riguardo al ruolo consultivo attribuito all'Automobile Club d'Italia (ACI), in qualità di Federazione Sportiva Nazionale, nelle procedure di autorizzazione di tali competizioni.

Tale ruolo risulta attribuito dall'articolo 9 del Codice della Strada<sup>81</sup> alle federazioni sportive nazionali in generale e dalle Circolari annuali del Ministero dei Trasporti<sup>82</sup> recanti il programma delle gare da svolgersi in ciascun anno, all'ACI in particolare.

L'Autorità ha ritenuto che il coinvolgimento di ACI nell'*iter* autorizzatorio, previsto dal Codice della strada e ribadito dalle Circolari citate, assume specifica rilevanza sotto il profilo concorrenziale, stante l'assenza dei necessari requisiti di terzietà e imparzialità in capo alla stessa ACI, che svolge il ruolo di parte attiva del processo autorizzatorio di eventi concorrenti a quelli che essa stessa organizza anche tramite gli AC provinciali.

Tale assetto regolamentare, oltre che suscettibile di attribuire alla Federazione e alle sue articolazioni locali un ingiustificato vantaggio concorrenziale, è stato ritenuto dall'Autorità idoneo a limitare l'efficacia stessa delle funzioni tecniche attribuitegli, in ragione del conflitto di interessi cui siffatta commistione di ruoli può dare luogo.

L'Autorità ha escluso che la valenza anticompetitiva della previsione in esame possa ritenersi attenuata dalla natura non vincolante del parere, in quanto il ruolo dell'ACI, che agisce in qualità di unica Federazione sportiva di riferimento, non può che indurre l'Ente territoriale che deve autorizzare un evento motoristico ad adeguarsi alle conclusioni contenute nel parere federale. Tale conclusione ha tenuto anche conto di una pronuncia della Corte di Giustizia UE circa la contrarietà ai principi di concorrenza di una disposizione del Codice stradale della Grecia, che conferiva per legge alla Federazione greca per il motociclismo (ELPA) il potere di emettere un parere sulle domande di autorizzazione presentate dagli organizzatori<sup>83</sup>.

Inoltre, l'Autorità ha rilevato che le imprescindibili esigenze di salvaguardia della sicurezza delle persone (piloti e spettatori) possono essere perseguite ricorrendo a misure meno restrittive della concorrenza, sulla base del test di proporzionalità e adeguatezza della misura richiesti dall'ordinamento europeo, per verificare il carattere necessario di una restrizione, nonché l'esistenza di alternative che consentano di realizzare il

<sup>81</sup> Cfr. D. Lgs. del 30 aprile 1992, n. 285, "Nuovo codice della strada" e successive modificazioni, che riprende quanto stabilito dall'art. 3 del R.D. n. 2481/1926

<sup>82</sup> Circolare dell'11 febbraio 2016, n. 806; di identico tenore le precedenti circolari del 6 febbraio 2013, del 14 gennaio 2015, n. 164, fino alla prima Circolare esplicativa del 18 febbraio 2008

<sup>83</sup> Cfr. sentenza della Corte (grande sezione) 1 luglio 2008, causa C-49/07, MOTOE contro Elliniko Dimosio, in Racc. 2008 I-4863.