



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

SEGNALAZIONE

ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287

in merito a:

Proposte di riforma concorrenziale,
ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza
anno 2021

Inviata al

Presidente del Consiglio dei Ministri

Rif. n. S4143

Prof. Mario Draghi
Presidente del Consiglio dei Ministri
PEC: presidente@pec.governo.it

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in adempimento a quanto prescritto dall'art. 47, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, invia la presente segnalazione al Governo, al fine della predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza.

La concorrenza per tornare a crescere

La concorrenza e le autorità *antitrust* possono offrire un contributo prezioso anche nelle fasi di crisi economica e, soprattutto, per favorire la ripresa.

La grande recessione degli anni Trenta, la crisi del Giappone degli anni Novanta e le più recenti crisi finanziarie ci hanno insegnato che anche quando il sistema economico si trova in difficoltà la concorrenza non è un lusso. C'è ampia letteratura che conferma come l'allentamento delle regole di concorrenza abbia prolungato la recessione degli anni Trenta¹; come l'indulgenza nel controllo delle concentrazioni non abbia favorito incrementi di efficienza e una maggiore stabilità finanziaria durante la crisi finanziaria globale del 2009² e nell'esperienza maturata dall'economia giapponese negli anni novanta³; come, infine, i settori caratterizzati da una più intensa dinamica concorrenziale siano stati quelli che prima di altri hanno ripreso a crescere e a recuperare competitività, mentre i settori "protetti" con misure

¹ Cfr. Crane, D. (2010), "Did We Avoid Historical Failures of Antitrust Enforcement During the 2008-2009 Financial Crisis?", *Antitrust Law Journal*, Vol. 77/1, PP.219-228.; Cole, H. e Ohanian, L. (2004), "New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: a General Equilibrium Analysis", *Journal of Political Economy*, Vol. 112/4, pp. 779-816.

² Cfr. Vickers, J. (2008), "The Financial Crisis and competition Policy: Some Economics", *Global Competition Policy*, Vol.1; Lyons, B. (2009), "Competition Policy, Bailouts and the Economic Crisis", *Competition Policy International*, Vol. 5/2, pp.25-48; Stephan, A. (2011), "Did Lloyds/HBOS Mark the Failure of an Enduring Economic Based System of Merger Regulation?", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 62 (4), pp. 539-552.

³ Cfr. Harada, K. e Ito, T. (2011), "Did Mergers Help Japanese Mega-Bank Avoid Failure? Analysis of the Distance to Default of Banks", *Journal of the Japanese and International Economies*, Vol. 25/1, pp.1-22.

restrittive della concorrenza sono stati quelli dove l'impatto negativo sulla produttività è risultato più marcato⁴.

In questa prospettiva, emerge la necessità che le decisioni di politica economica e l'intervento pubblico a sostegno dell'economia e delle categorie maggiormente colpite – del quale c'è profonda necessità – siano disegnati nella piena consapevolezza degli effetti sulla concorrenza, soprattutto degli effetti di medio periodo che possono pregiudicare il recupero di produttività del sistema economico e le possibilità di crescita.

Analogamente anche l'applicazione rigorosa della disciplina *antitrust* – nella consapevolezza delle difficoltà cui sono sottoposte le imprese durante la crisi – costituisce un fattore prezioso per garantire una più rapida e solida ripresa. Un'attenzione particolare per i settori strategici per la crescita, la digitalizzazione e la sostenibilità, un efficace controllo dei processi di concentrazione e il contrasto alle condotte che possono esacerbare le conseguenze della crisi economica e sanitaria sono ingredienti imprescindibili per un'attività di *enforcement* sensibile agli effetti di più lungo periodo e alla componente più dinamica del processo competitivo.

L'ampio divario che caratterizza le dinamiche del sistema produttivo italiano rispetto al resto dell'Unione Europea – che comunque nasconde significative differenze tra imprese, settori e aree geografiche - si spiega infatti non solo sulla base del basso livello di investimenti e innovazione o delle carenze che caratterizzano il quadro istituzionale e amministrativo ma anche per il *deficit* di concorrenza che si registra in diversi settori.

La concorrenza, infatti, promuove la produttività e la creazione di posti di lavoro⁵: induce le imprese ad essere più produttive e innovative; favorisce una migliore allocazione delle risorse tra le attività economiche; consente alle imprese più innovative ed efficienti di entrare nel mercato e crescere.

C'è poi una ragione di carattere macroeconomico per la quale la concorrenza può contribuire alla ripresa economica: molte delle misure per contrastare la crisi rischiano di essere meno efficaci, a fronte di mercati scarsamente competitivi. In particolare gli interventi fiscali si caratterizzano per un effetto moltiplicativo più contenuto se il sistema economico risulta poco concorrenziale⁶.

Semplificazione e concorrenza

Un ruolo cruciale nella ripresa del Paese può essere svolto dalla modernizzazione e semplificazione della Pubblica Amministrazione. Un'amministrazione pubblica efficiente e

⁴ Cfr. Porter, M. e Sakakibara, M. (2004) "Competition in Japan", *Journal of Economic Perspectives*, Vol.18/1, pp. 27-50; Kehoe, T. e Prescott, E. (2007), "Great Depressions of the Twentieth Century" in *Great Depression of the Twentieth Century*.

⁵ Cfr. Banca Mondiale, *The Effects of Competition on Jobs and Economic Transformation*, <http://documents1.worldbank.org/curated/en/360861602285878538/pdf/The-Effects-of-Competition-on-Jobs-and-Economic-Transformation.pdf>.

⁶ Cfr. Padilla, J. (2020), "A Keynesian Antitrust Response to the Covid-19 Crisis", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 8/2, pp.302-4.

una regolazione semplice e trasparente costituiscono una pre-condizione essenziale per lo sviluppo competitivo dell'economia italiana in termini d'innovazione e di crescita.

In questo contesto, la riforma degli appalti pubblici, volta a modernizzare e semplificare le regole e le procedure applicabili, deve essere considerata tra gli obiettivi strategici ai fini del rilancio dell'economia e dell'attivazione degli investimenti.

Fin dalla sua nascita, infatti, il Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ha rinviato, per la definizione della normativa sui contratti, alla successiva emanazione di altri atti di varia caratura normativa. Complessivamente, si tratta di circa 50 atti attuativi ricompresi in varie tipologie, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010).

Ne è derivato un labirinto di norme che, di fatto, generano inefficienze nel *public procurement*: da qui la necessità di definire regole più semplici.

Al riguardo l'Autorità propone due interventi: uno più immediato consistente nella sospensione dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici e nel ricorso alle sole disposizioni contenute nelle direttive europee in materia di gare pubbliche del 2014 alle procedure interessate dall'erogazione dei fondi europei del *Next Generation EU* e alle opere strategiche. Ciò consentirebbe di poter eliminare immediatamente i vincoli che attualmente insistono, tra gli altri, sul subappalto, l'avvalimento, l'appalto integrato, i criteri di valutazione delle offerte, l'obbligo di nomina dei commissari esterni.

L'altro intervento, di medio periodo, consiste nella revisione del vigente Codice dei contratti pubblici nell'ottica di semplificare le procedure applicabili, lasciare maggiore spazio alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, definire regole certe.

Il ricorso a modelli flessibili di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, la riduzione dei formalismi e degli adempimenti non necessari vanno a vantaggio non solo dell'acquirente pubblico, che può spendere meglio le risorse assegnate, ma anche delle imprese, che, in assenza di norme eccessivamente di dettaglio, vengono liberate da tutti quegli oneri che, ad oggi, rendono spesso ingiustificatamente costosa e complessa la partecipazione agli appalti e ne ritardano l'aggiudicazione ed esecuzione.

Ulteriori proposte riguardano la specializzazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione delle procedure.

Il riconoscimento di una più ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti nel rispetto delle regole deve accompagnarsi ad una riqualificazione delle stesse, le quali, una volta individuati i propri bisogni, devono poter applicare in modo appropriato le diverse procedure e i diversi criteri di aggiudicazione, senza essere costrette a usare modelli eccessivamente rigidi.

Anche per i servizi pubblici locali si pone con urgenza la necessità di disciplinare in modo organico le modalità di affidamento e la gestione di tali servizi. Come più volte evidenziato dall'Autorità, una parte ancora molto significativa del mercato dei servizi pubblici locali è gestita in base ad affidamenti attribuiti a soggetti che non sempre rispettano i necessari requisiti dell'*in house providing*. Occorre delineare un quadro normativo improntato ai

principi di trasparenza, confronto competitivo ed efficienza, che consenta di raggiungere adeguati livelli di qualità dei servizi offerti ai cittadini e alle imprese. È fondamentale in questo contesto individuare il momento in cui l'amministrazione deve rendere nota la propria decisione di ricorrere all'affidamento *in house* rispetto alla procedura ad evidenza pubblica, nonché le relative motivazioni. L'Autorità propone al riguardo che la motivazione del ricorso all'*in house* sia contenuta nel primo atto con cui l'amministrazione decide di optare per il regime di autoproduzione rispetto a quello di esternalizzazione. Si suggerisce inoltre di introdurre modalità di affidamento in grado di incentivare procedure competitive anche nel settore dei trasporti pubblici locali.

Appare inoltre auspicabile un intervento nel settore delle società a partecipazione pubblica, considerato che l'efficienza di tale comparto dell'economia incide non solo sulla finanza pubblica, ma anche sulla qualità dei servizi.

Si ribadisce altresì la necessità, più volte segnalata dall'Autorità, di ridurre quegli oneri burocratici che rappresentano un significativo ostacolo all'attività di impresa e creano barriere all'apertura dei mercati.

In quest'ottica, è essenziale intervenire utilizzando in modo più ampio quegli strumenti già previsti nel nostro ordinamento, che consentono di semplificare e rendere più celere la conclusione dei procedimenti amministrativi. La tempistica certa, in particolare, rappresenta una variabile fondamentale nel calcolo economico e nella scelta se avviare o meno un nuovo investimento.

In questa prospettiva, appare utile valorizzare maggiormente il potere sostitutivo del livello territoriale di governo superiore rispetto all'inerzia di quello inferiore. Se il Comune non decide deve intervenire la Regione, e se questa è inerte la decisione si sposta in capo allo Stato. In questo modo si riconosce il valore del principio di sussidiarietà, si crea una competizione virtuosa tra istituzioni e si rende operativo il principio di responsabilità, evidenziando la differenza tra chi non ha la capacità di decidere e chi invece assume il peso della decisione.

L'ampliamento dei casi di esercizio del potere sostitutivo dovrà, ovviamente, avvenire nel rispetto degli ambiti di competenza tra Stato e Regioni così come definiti dalla giurisprudenza costituzionale ed essere conforme ai requisiti prescritti dall'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3».

L'Autorità propone, a titolo esemplificativo, di introdurre una disciplina del potere sostitutivo in caso di inerzia dell'amministrazione interessata, al fine di velocizzare la realizzazione delle reti di comunicazione fissa e mobile; di accelerare le gare per le concessioni di distribuzione del gas naturale; di semplificare ulteriormente le procedure autorizzative previste per la realizzazione dei termovalorizzatori. Come si vede, si tratta di settori strategici la cui effettiva apertura alla libera concorrenza rischia di essere significativamente compromessa in assenza di previsioni normative che consentano di superare l'inerzia delle amministrazioni.

Gli effetti benefici della concorrenza

Se larga parte del settore manifatturiero, più esposto alla concorrenza internazionale, non fa registrare problemi di produttività, il settore dei servizi, pubblici e privati, che rappresenta circa il 75% del valore aggiunto e dell'occupazione, mostra invece i ritardi più significativi. Sono numerose le evidenze in merito all'impatto sulla produttività, la crescita e l'occupazione che deriverebbe da un miglioramento della regolamentazione dei mercati di beni e di servizi in Italia e della riduzione delle barriere alla concorrenza⁷. Infatti, la produttività di un settore e le dinamiche di entrata e uscita dipendono in modo cruciale dal contesto normativo⁸: i) regolazioni più leggere facilitano la riallocazione delle risorse verso imprese più produttive, anche favorendo la concorrenza e riducendo le rendite monopolistiche; ii) regolazioni più pesanti, invece, riducono gli investimenti in capitale basati sulla conoscenza e quindi la produttività totale dei fattori; iii) le frizioni normative nei settori a monte, che forniscono beni e servizi impiegati dalle imprese attive nei settori a valle, hanno un impatto negativo sulla *performance* di questi ultimi.

È stato stimato che la sola rimozione delle barriere amministrative nei settori non manifatturieri indurrebbe un aumento della produttività superiore al 25%⁹.

In ragione di un ambiente normativo non favorevole allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, l'Italia viene collocata al cinquantesimo posto nella classifica "Doing Business" stilata dalla Banca Mondiale. Ventiseiesima sui ventotto Stati membri dell'Unione Europea. I potenziali benefici derivanti dall'ingresso di nuovi operatori, dinamici e innovativi, vengono vanificati dai ritardi nella concessione dei permessi, dalle difficoltà che si incontrano per avviare un'attività, per gli allacci dell'elettricità, per accedere al credito, per far rispettare i contratti e risolvere le insolvenze. In un simile contesto, la capacità di attrarre investimenti esteri rischia oggi di ridursi alle opportunità offerte dalla crisi per acquisire le imprese sane e efficienti prima della pandemia afflitte da problemi di liquidità. La semplificazione del quadro amministrativo, la riduzione degli oneri amministrativi e la riduzione dei tempi della giustizia civile sono passaggi importanti per la rimozione delle barriere all'ingresso e per cogliere a pieno i benefici di investitori in grado di creare valore aggiunto e occupazione.

Tuttavia la rimozione delle barriere all'ingresso, il miglioramento dell'ambiente normativo e le politiche di liberalizzazione, per quanto importanti, da sole non sono sufficienti.

Per recuperare il gap di produttività rispetto alle altre economie europee, occorre rimuovere anche le barriere all'uscita, soprattutto in settori come il commercio tradizionale, sia al dettaglio che all'ingrosso, caratterizzati da una massiccia presenza di piccole imprese

⁷ Cfr. Fondo Monetario Internazionale, *Identifying Service Market Reform Priorities in Italy*, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/02/21/Identifying-Service-Market-Reform-Priorities-in-Italy-49038>.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. Bugamelli, M. et al. (2018), "Productivity Growth in Italy: a Tale of Slow Motion Change", *Questioni di Economia e Finanza*, n. 422.

improduttive¹⁰. Va evidenziato, al riguardo, come il controllo delle concentrazioni non costituisce un ostacolo alle ristrutturazioni funzionali ad un aumento di produttività, posto che la grande maggioranza di tali operazioni ha luogo in mercati caratterizzati da un elevato livello di frammentazione e può consentire aumenti di efficienza senza destare alcuna preoccupazione concorrenziale.

Al contempo, la ripresa economica sarà estremamente lenta fintanto che le imprese che erano improduttive già prima della pandemia (le cosiddette imprese *zombie*) possono restare sul mercato in quanto “protette” dalla concorrenza di imprese più efficienti o perché la loro uscita non è socialmente accettabile. La loro uscita, infatti, può incontrare le resistenze di quella parte del sistema creditizio esposto nei loro confronti¹¹, nonché dei lavoratori che rischiano di perdere il posto di lavoro e che, in assenza di politiche attive del lavoro e di programmi di riqualificazione e di formazione, sono difficilmente riallocabili altrove e non sono protetti da un adeguato sistema di ammortizzatori sociali. Se, infatti nel medio-lungo termine la concorrenza può creare più posti di lavoro e una crescita più inclusiva, nel breve è indispensabile che la politica della concorrenza e le politiche del lavoro siano complementari e sinergiche¹².

Nella misura in cui la protezione di tutti i lavoratori non può coincidere con la protezione di tutte le attività produttive, perché la concorrenza possa esprimere pienamente tutte le sue potenzialità e contribuire alla crescita della produttività dell’economia italiana, è necessario un profondo adeguamento del sistema degli ammortizzatori sociali, delle politiche attive del lavoro, della formazione dei lavoratori occupati o disoccupati e una normativa della crisi di impresa più sensibile ai principi della concorrenza. In questo modo gli ostacoli di diversa natura al pieno svolgimento del processo competitivo e all’uscita dal mercato delle imprese improduttive, se non superati, possono essere almeno attenuati.

In assenza di un contesto in grado di assorbire i costi sociali di breve termine legati alla transizione verso un recupero di produttività, la promozione della concorrenza e l’applicazione della disciplina *antitrust* potrebbero incontrare resistenze significative e l’intervento pubblico essere evocato soprattutto per proteggersi dalla concorrenza.

Le proposte per la Legge annuale per il mercato e la concorrenza

In quest’ottica l’Autorità formula una serie di proposte, parte delle quali già suggerite in precedenti occasioni, volte a valorizzare il contributo che la concorrenza può offrire per riprendere tempestivamente il sentiero della crescita.

La prima sezione si concentra sui provvedimenti idonei a favorire e a velocizzare gli investimenti in infrastrutture strategiche, quali quelle digitali, portuali ed energetiche.

¹⁰ Cfr. Fondo Monetario Internazionale, (2020), “Identifying Service Market Reform Priorities in Italy”, cit.

¹¹ Cfr. Ricardo Caballero, B. et al. (2006) “Zombie Lending and Depressed Restructuring in Japan”, *American Economic Review*, Vol. 98/5, pp. 943-1977; Schivardi, F. et al. (2017), “Credit Misallocation During the European Financial Crisis”, *LUISS School of European Political Economy, Working Paper*, n.3.

¹² Cfr. Banca Mondiale, *The Effects of Competition on Jobs and Economic Transformation*, cit.

La seconda sezione auspica una riforma del settore degli appalti pubblici, volta a modernizzare e semplificare le regole e le procedure applicabili, ai fini del rilancio dell'economia e della ripresa degli investimenti.

Nella terza sezione si propone di completare la riforma dei servizi pubblici locali e di circoscrivere il ricorso agli affidamenti *in house* ai soli casi in cui l'alternativa offerta dal mercato non costituisca una soluzione più efficiente. Nella stessa ottica, la razionalizzazione delle partecipate pubbliche dovrebbe portare a esplicitare la loro effettiva missione e a evitare il loro uso distorto come "ammortizzatori sociali impropri".

La quarta sezione si focalizza, invece, sulle misure volte a rimuovere gli ostacoli all'ingresso di nuovi operatori e allo sviluppo di un confronto competitivo più dinamico, soprattutto nelle concessioni e nel comparto dei servizi, dove si registrano livelli di produttività particolarmente bassi.

Nella quinta sezione vengono formulate proposte per riforme pro-concorrenziali tali da agevolare il raggiungimento di obiettivi desiderabili sotto il profilo della sostenibilità ambientale.

Nella sesta sezione si suggeriscono interventi per un rafforzamento del sistema sanitario e della tutela della salute pubblica, in particolare mediante l'adozione di iniziative in grado di aumentare l'offerta di servizi sanitari e la loro efficienza e politiche più efficienti di acquisto dei farmaci grazie a interventi regolamentari.

Nella settima sezione l'Autorità auspica alcune modifiche della legge 10 ottobre 1990 n. 287 che le consentano di aumentare l'efficacia del controllo delle concentrazioni e della lotta ai cartelli, di rafforzare i poteri di indagine al di fuori dei procedimenti istruttori e di adeguare la strumentazione attualmente a disposizione alle sfide poste dall'economia digitale. Si sottolinea altresì come l'Autorità sia l'istituzione meglio posizionata in materia di pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare.

Infine, l'ultima sezione riporta un elenco delle principali, e più recenti, segnalazioni relative a ulteriori questioni di rilievo che vengono richiamate allo scopo di contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del mercato.

Di seguito, un sommario degli interventi proposti.

Sommario

I. LE INFRASTRUTTURE PER LA CRESCITA E LA COMPETITIVITÀ	10
A. Le reti e gli investimenti per la digitalizzazione	11
Promozione della concorrenza infrastrutturale	13
Riduzione degli oneri amministrativi e autorizzatori per velocizzare le tempistiche di realizzazione delle reti di telecomunicazione fissa e mobile	14
Allineamento agli standard europei riguardanti le telecomunicazioni mobili e principio della certezza e stabilità delle regole del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche	16
Stimolo alla domanda di connessioni a banda ultra-larga.....	17

B. Infrastrutture e attività portuale	20
Interventi generali in materia di concessioni portuali.....	20
Limitazioni all'attività di autoproduzione nelle operazioni portuali	24
C. Evoluzione delle infrastrutture di rete per l'energia elettrica	25
II. APPALTI PUBBLICI	28
III. EFFICIENZA E QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A BENEFICIO DI CITTADINI E IMPRESE	34
A. L'esigenza di organicità della normativa sui servizi pubblici locali e l'eccessivo ricorso all'affidamento <i>in house</i>	35
B. Le società a partecipazione pubblica	36
C. Gli oneri di motivazione analitica in caso di affidamento <i>in house</i>	39
D. L'affidamento <i>in house</i> nei trasporti pubblici locali	41
IV. RIMOZIONE DELLE BARRIERE ALL'ENTRATA, NUOVI INGRESSI PER STIMOLARE LA PRODUTTIVITÀ	42
A. Riforma delle concessioni evitando il mantenimento dello <i>status quo</i>	44
Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.....	45
Concessioni di posteggio per commercio su aree pubbliche	47
Concessioni di grande derivazione idroelettrica	49
Obblighi per i concessionari di esternalizzare parte dei contratti affidati senza gara	51
L'accelerazione delle gare per le concessioni di distribuzione del gas naturale	51
B. Rimozione degli ostacoli al commercio al dettaglio	54
Gli ostacoli normativi alla completa liberalizzazione del commercio al dettaglio	55
I vincoli all'apertura delle attività commerciali	56
I vincoli agli orari di apertura e le chiusure settimanali dei negozi	56
I vincoli alle vendite straordinarie	57
C. Eliminazione delle barriere alla realizzazione di un mercato libero della vendita di energia elettrica	58
D. Portabilità dei fondi pensione	61
E. Modifiche alla disciplina dei diritti di voto nelle società per azioni	62
V. LA CONCORRENZA A SERVIZIO DELLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE	65
A. Mobilità sostenibile e sviluppo delle infrastrutture per la ricarica elettrica	66
B. Il ruolo della concorrenza nella promozione di un'economia circolare nel settore dei rifiuti	68
C. Lo sviluppo dell'impiantistica per una gestione efficiente e concorrenziale del ciclo dei rifiuti indifferenziati	72
D. Oneri di sistema	74
VI. TUTELA DELLA SALUTE E CONCORRENZA.....	77
A. Servizio Sanitario	78
B. Interventi nel settore farmaceutico	80
Misure volte ad incrementare la competitività delle gare pubbliche per l'acquisto dei farmaci	80

Misure volte a contenere il prezzo dei farmaci e ad aumentare il potere negoziale del soggetto pubblico nel processo di contrattazione dei farmaci	82
Misure volte ad alleggerire gli obblighi di assortimento dei medicinali da parte dei grossisti	85
Rimozione dei vincoli alle procedure di registrazione dei medicinali equivalenti prima della scadenza del brevetto (patent linkage).....	86
I farmaci galenici.....	86
VII. I POTERI DELL'AUTORITÀ E LE MODIFICHE ALLA LEGGE N. 287/90	88
A. Misure di armonizzazione del controllo delle concentrazioni con la normativa euro-unitaria ..	88
Il test di valutazione sostanziale e il trattamento dei vantaggi di efficienza.....	89
Modifiche al sistema di notifica delle operazioni di concentrazione	90
Il trattamento delle imprese comuni.....	92
Il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari, di cui all'art. 16, comma 2, della legge 287/1990.....	94
B. Il termine previsto all'art. 16, comma 8, della legge n. 287/1990 per le istruttorie nelle concentrazioni	95
C. Abuso di dipendenza economica e piattaforme digitali.....	96
D. Rafforzamento dei poteri dell'Autorità in materia di contrasto al potere di mercato delle imprese che operano in più mercati	97
E. Introduzione della procedura di transazione (c.d. <i>settlement</i>).....	99
F. Poteri sanzionatori al di fuori dei procedimenti istruttori.....	100
G. Le competenze dell'Autorità nella filiera agro-alimentare	101
VIII. ULTERIORI TEMI PER LA TUTELA DELLA CONCORRENZA	104

I. LE INFRASTRUTTURE PER LA CRESCITA E LA COMPETITIVITÀ

Lo sviluppo infrastrutturale è da sempre associato alla crescita economica, agendo come moltiplicatore dal lato della domanda e consentendo un aumento della produttività dal lato dell'offerta e, dunque, della competitività del sistema economico. Gli investimenti in infrastrutture sono cruciali per sostenere nel breve termine la ripresa economica e, al contempo, per consentire uno sviluppo sostenibile e inclusivo.

Nella presente sezione si presentano alcune proposte in merito allo sviluppo concorrenziale di tre aree, particolarmente importanti per la crescita economica:

- **le reti digitali.** È del tutto evidente come le reti digitali costituiscano l'infrastruttura portante dell'economia contemporanea e il loro sviluppo sia una priorità nel pacchetto di stimolo all'economia del *Next generation EU*. Le proposte dell'Autorità si concentrano sul tema degli investimenti in reti di comunicazione fissa e mobile, rilevando sia l'importanza della concorrenza infrastrutturale, sia la necessità di rimuovere una serie di ostacoli di natura amministrativa agli investimenti;

- **le infrastrutture portuali.** Lo sviluppo di porti e infrastrutture competitive adeguate alle attuali caratteristiche del traffico navale costituisce un requisito fondamentale per poter beneficiare della rapida crescita del commercio globale. A tal fine, si propongono interventi in materia di concessioni portuali per rimuovere ostacoli agli investimenti e all'efficienza. In particolare, l'Autorità ritiene opportuno individuare criteri chiari, trasparenti e non discriminatori per il rilascio delle concessioni demaniali portuali, nonché per la definizione della loro durata e delle modalità di revoca. Al fine di agevolare investimenti infrastrutturali significativi, l'Autorità propone, inoltre, di limitare il divieto di cumulo di più concessioni alle sole realtà portuali di minori dimensioni. Infine, per sostenere la competitività dei porti italiani e fornire ulteriori stimoli all'efficienza dei gestori dei servizi portuali, l'Autorità suggerisce di abrogare la norma che limita il diritto all'autoproduzione delle operazioni e dei servizi portuali;
- **le infrastrutture energetiche.** Fenomeni di congestione della rete possono determinare un elevato potere di mercato di alcune unità produttive e un costo per gli utenti stimato in 1,3 miliardi di euro all'anno. Le proposte dell'Autorità si concentrano sul rapido recepimento della Direttiva (UE) 2019/944 e sull'approvazione e la concreta attuazione del Piano di sviluppo della rete predisposto da Terna in qualità di *Transmission System Operator* e sullo sviluppo di modalità innovative di fornitura dei servizi necessari per la gestione e il controllo della rete.

* * *

A. Le reti e gli investimenti per la digitalizzazione

L'ammodernamento delle reti di comunicazione elettronica è un elemento fondamentale per lo sviluppo economico del Paese e una leva strategica significativa per promuoverne la crescita. Gli obiettivi della strategia europea di connettività per un mercato unico competitivo¹³ prevedono che entro il 2025 tutte le famiglie europee, nelle aree rurali e in quelle urbane, abbiano accesso a connettività *Internet* che offra un *downlink* di almeno 100 Mbps, potenziabile a velocità Gigabit¹⁴. Inoltre, i nuovi obiettivi strategici europei enunciati il 9 marzo 2021, prevedono che entro il 2030 tutte le famiglie europee siano raggiunte da connessioni Gigabit¹⁵.

¹³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Connettività per un mercato unico digitale competitivo: verso una società dei Gigabit europea" (COM(2016)587).

¹⁴ Per connettività Gigabit si intende una connettività *Internet* simmetrica e conveniente in grado di offrire un *downlink* e un *uplink* di almeno 1 Gbit/s.

¹⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni" (COM(2021)118)

L'Autorità ha avuto modo di intervenire in diverse occasioni sul tema degli investimenti in reti di comunicazione fissa¹⁶ e mobile¹⁷, rilevando come la concorrenza infrastrutturale sia il principale motore per lo sviluppo delle reti: una maggiore pressione concorrenziale induce gli operatori a migliorare la qualità e la velocità del servizio, mantenendo altresì prezzi bassi.

Con riferimento agli effetti della concorrenza infrastrutturale, ad esempio, si può osservare come, a seguito dell'ingresso di nuovi operatori e dello sviluppo di accordi di co-investimento, la copertura delle abitazioni con reti a banda ultra-larga è passata dal 31,7% nel 2015, all'88,9% nel 2020¹⁸ ed è raddoppiata anche la copertura con reti ad altissima capacità (fino a 1 Gbit/s), passata dal 14,8% del 2015 al 30% del 2020¹⁹. Anche un confronto geografico suggerisce che gli operatori all'ingrosso tendono a sviluppare le proprie reti in modo più veloce nelle aree soggette a maggiore concorrenza: questo è il caso sia di TIM, che di Open Fiber. Si rileva, infine, come lo sviluppo delle reti mobili, storicamente connotate da un maggior grado di concorrenza infrastrutturale, abbia permesso l'adozione sempre più rapida delle nuove tecnologie trasmissive, al passo con il ritmo di innovazione degli altri Paesi europei.

L'azione volta ad accelerare l'infrastrutturazione del Paese con tecnologie "a prova di futuro" può basarsi su tre principali leve: *i)* garanzia della concorrenza infrastrutturale; *ii)* riduzione degli oneri amministrativi e autorizzatori; *iii)* allineamento agli *standard* europei; e *iv)* stimolo della domanda e della mobilità dei consumatori.

Tali interventi vanno declinati in un contesto normativo-regolamentare trasparente e non discriminatorio, che garantisca la certezza delle regole e che incentivi gli operatori a investire per la realizzazione di reti che possano permettere loro di competere in modo indipendente ed

¹⁶ Cfr. Provvedimento n. 25172 del 05/11/2014, in Boll. 45/2014, caso IC48 – *Mercati di accesso e reti di telecomunicazioni a banda larga e ultralarga*; **AS1180** – *Strategia italiana per la banda ultralarga*, del 10 marzo 2015, in Boll. 10/2015; **AS1543** – *Comune di Sant'Agnello (NA) – Sospensione dell'autorizzazione ad eseguire opere di scavo per la realizzazione di una rete di telecomunicazioni a banda ultralarga*, del 20 settembre 2018, in Boll. 43/2018; **AS1683** – *Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultralarga*, del 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020; **AS1696** – *Piano voucher per la connettività in banda ultralarga*, del 1° settembre 2020, in Boll. 37/2020. Si veda anche Provvedimento n. 27102 del 28 marzo 2018, in Boll. 13/2018, caso I799 – *Tim-Fastweb-Realizzazione rete in fibra*; Provvedimento n. 28162 del 25 febbraio 2020, in Boll. 10/2020, caso A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*.

¹⁷ Cfr. **AS1493** – *Procedure per l'assegnazione dei diritti d'uso di frequenze per favorire la transizione verso la tecnologia 5G*, del 14 marzo 2018, in Boll. 12/2018; **AS1544** – *Proroga dei diritti d'uso delle frequenze di telecomunicazioni*, del 31 ottobre 2018, in Boll. 43/2018; **AS1551** – *Ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e broadband wireless access e allo sviluppo delle reti di telecomunicazione in tecnologie 5G*, del 12 dicembre 2018, in Boll. 49/2018; **AS1576** – *Roma Capitale – Ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile*, del 12 dicembre 2018, in Boll. 14/2019; **AS1669** – *Proroga dei diritti d'uso delle frequenze di telecomunicazione ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche*, del 20 maggio 2020, in Boll. 23/2020; **AS1683** – *Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultralarga*, del 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020; **AS1691** – *Ostacoli all'installazione di impianti di telecomunicazione in tecnologia wireless 5G* del 28 luglio 2020, in Boll. 33/2020.

¹⁸ Cfr. *Digital Economy and Society Index*, 1b1 *Fast BB (NGA) coverage 2015-2020*.

¹⁹ Cfr. *Digital Economy and Society Index*, 1b2 *Fixed Very High Capacity Network (VHCN) coverage 2015-2020*.

efficace nei mercati delle comunicazioni. In tal senso, si sottolinea l'importanza del tempestivo recepimento della Direttiva (UE) n. 2018/1972, che istituisce il Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (CECE), il cui termine per il recepimento è scaduto il 21 dicembre 2020.

Promozione della concorrenza infrastrutturale

L'adeguamento tecnologico delle reti di comunicazione elettronica alle attuali necessità economiche e sociali richiede di adottare una politica strutturale che consenta agli operatori di competere efficacemente e in modo indipendente, pur tenendo in considerazione le differenze in merito alla sostenibilità degli investimenti tra aree geografiche.

In via generale, appare opportuno segnalare come l'azione di Governo dovrebbe ricorrere a politiche pubbliche di sostegno alle reti ad altissima capacità (Gigabit) per colmare il *gap* infrastrutturale nelle aree a parziale fallimento di mercato (aree grigie), tramite l'individuazione di procedure competitive per l'assegnazione degli aiuti pubblici che privilegino modelli di investimento in grado di assicurare che gli operatori di telecomunicazioni possano competere efficacemente nel lungo periodo.

In questa prospettiva, nelle aree grigie andrebbe valutata la possibilità di utilizzare la leva fiscale o l'erogazione di incentivi economici con procedure competitive trasparenti e non discriminatorie. Le procedure di assegnazione di aiuti pubblici potrebbero mettere in competizione gli operatori valutando contestualmente le risorse pubbliche richieste e le condizioni tecnico-economiche di offerta dei servizi, privilegiando: *i*) soluzioni che garantiscano a più co-investitori diritti strutturali di lungo periodo, quali diritti d'uso irrevocabili (*indefeasible rights of use* – IRU) su reti primarie e secondarie passive complete, rispetto a un modello basato sul mero accesso all'ingrosso su singole linee; *e/o ii*) l'erogazione di servizi *wholesale-only*, che permettano a diversi operatori di detenere reti complete in fibra spenta per tratti primari e secondari, consentendo loro di operare in modo indipendente.

L'azione di Governo dovrebbe altresì essere indirizzata a preservare e tutelare la concorrenza infrastrutturale e la pluralità delle reti di comunicazione e delle tecnologie disponibili nelle aree in cui non sono presenti fallimenti di mercato (aree nere). In particolare, si ritiene auspicabile l'abrogazione del comma 4-*bis* dell'art. 50-*ter* del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, di cui al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259²⁰, che introduce un meccanismo di regolazione delle tariffe all'ingrosso sganciato dai costi e che – oltre a non apparire conforme a quanto previsto dal Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche in via di recepimento – rischia di comportare un incremento significativo dei profitti (e dei prezzi) dei servizi all'ingrosso, incentivando il consolidamento tra reti pur in assenza di efficienze economiche. Infatti, si andrebbe a riconoscere un trattamento di favore – con conseguente aumento generalizzato dei prezzi al dettaglio – a un consolidamento tra reti che operano efficacemente

²⁰ Comma aggiunto dall'art. 23-*ter*, comma 1, lett. b), d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136.

in concorrenza, mostrando di essere in grado di sostenere sia gli investimenti, sia una dinamica di miglioramento delle condizioni tecnico-economiche.

Al fine di incentivare lo sviluppo e la concorrenza infrastrutturale, si propone di:

- 1. recepire tempestivamente la Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (CECE);*
- 2. prevedere strumenti di supporto pubblico all'infrastrutturazione delle reti di telecomunicazione nelle aree a parziale fallimento di mercato (aree grigie) che mettano a gara i progetti di realizzazione delle reti con l'obiettivo di minimizzare le risorse pubbliche impiegate e selezionare le migliori condizioni tecnico-economiche per gli operatori, privilegiando soluzioni: i) che garantiscano a più co-investitori diritti strutturali di lungo periodo, quali diritti d'uso irrevocabili (IRU), su reti primarie e secondarie passive complete, rispetto ad un modello basato sul mero accesso all'ingrosso su singole linee; e/o ii) l'erogazione di servizi wholesale-only, che permettano a diversi operatori di detenere reti complete in fibra spenta per tratti primari e secondari, consentendo loro di operare indipendentemente;*
- 3. definire una politica pubblica volta a preservare gli incentivi alla realizzazione di reti di telecomunicazione in concorrenza nelle aree non a fallimento di mercato (aree nere), anche abrogando il comma 4-bis dell'art. 50-ter del Codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.*

Riduzione degli oneri amministrativi e autorizzatori per velocizzare le tempistiche di realizzazione delle reti di telecomunicazione fissa e mobile

Sebbene il d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle Comunicazioni Elettroniche" (anche "CCE"), anche a seguito delle recenti modificazioni introdotte dopo i rilievi dell'Autorità²¹, preveda un meccanismo di silenzio assenso per parte preponderante dei procedimenti di autorizzazione alla realizzazione di reti di telecomunicazione, nella prassi si assiste a un'applicazione difforme dei principi del CCE da parte delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari pubblici.

Con riferimento alle infrastrutture la cui installazione ricade in aree in concessione – quali aree portuali, aeroportuali, autostradali e reti ferroviarie, elettriche e del gas – andrebbe introdotto un termine specifico entro il quale il concessionario deve concretamente consentire l'accesso agli operatori di telecomunicazioni le cui richieste siano state accolte ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 33.

Sarebbe auspicabile altresì una modifica degli artt. 93 e 94 del CCE per prevedere che i soggetti che gestiscono beni demaniali o beni in concessione non possano imporre oneri per

²¹ In particolare, l'art. 88 è stato parzialmente modificato dall'art. 38, comma 1, lett. d), n. 2), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

la posa di reti di telecomunicazione nelle aree demaniali o pubbliche date in concessione e per snellire il processo di imposizione della servitù sulle sedi autostradali di proprietà dei concessionari. Si raccomanda anche di ridurre il termine previsto all'art. 86, comma 1, del CCE entro il quale le autorità competenti alla gestione del suolo pubblico adottano le decisioni relative alle domande per la concessione del diritto di installare infrastrutture, favorendo altresì l'adozione generalizzata di accordi quadro aperti da parte degli enti locali per il riuso delle infrastrutture esistenti di loro proprietà.

Inoltre, appare utile introdurre appositi poteri sostitutivi per quei procedimenti relativi all'installazione di reti di telecomunicazione, ai sensi degli artt. 87 e ss. del CCE, che non sono soggetti ad un meccanismo di silenzio assenso, nonché in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche ad applicare l'art. 86, comma 1, del CCE. Si suggerisce, infine, la previsione di un meccanismo di risoluzione dei contenziosi amministrativi con *fast track* che permetta agli operatori di ottenere la celere definizione dei contenziosi aventi ad oggetto i dinieghi ingiustificati da parte delle Amministrazioni Pubbliche; in particolare, si propone di applicare l'art. 120, comma 6, del Codice del processo amministrativo anche ai contenziosi amministrativi riguardanti le procedure di autorizzazione ai sensi degli artt. 87, 87-bis, 87-ter e 88 del CCE.

Con riferimento ai contenziosi relativi all'accesso ai condomini per l'installazione di elementi di rete in fibra ottica, ai sensi dell'art. 91, commi 2, 4, 4-bis e 4-ter, del CCE, occorrerebbe prevedere meccanismi di conciliazione e di definizione delle controversie, ad esempio attraverso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni²². Inoltre, si potrebbero prevedere sanzioni amministrative per gli amministratori di condominio che oppongono rifiuti ingiustificati all'installazione dei suddetti elementi.

Al fine di rimuovere gli ostacoli amministrativi che rallentano la realizzazione delle nuove reti, si propone di:

- 1. modificare gli artt. 93 e 94 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché l'art. 3 del d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 33, al fine di rendere più efficiente la posa di reti di telecomunicazione in aree pubbliche e demaniali gestite in concessione;*
- 2. introdurre appositi poteri sostitutivi per i procedimenti relativi all'installazione di reti di telecomunicazione che non sono soggetti a un meccanismo di silenzio assenso;*
- 3. introdurre strumenti di deflazione del processo amministrativo relativo ai contenziosi relativi ai procedimenti di cui agli artt. 87, 87-bis, 87-ter e 88 del Codice delle comunicazioni elettroniche, come ad esempio l'applicazione dell'art. 120, comma 6, del Codice del processo amministrativo;*

²² Ad esempio, ciò consentirebbe di superare più velocemente i rifiuti all'installazione di elementi di rete, cavi, fili, riparti, linee o simili apparati privi di emissioni elettromagnetiche a radiofrequenza in violazione dell'art. 91 del CCE, dell'art. 8 del d.lgs. 33/2016 ("Decreto Fibra") e dell'art. 2, comma 15, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

4. prevedere meccanismi di conciliazione per la risoluzione delle controversie relative all'accesso presso i condomini per la posa di reti in fibra ottica e di sanzioni amministrative nei casi in cui siano opposti ostacoli ingiustificati.

Allineamento agli standard europei riguardanti le telecomunicazioni mobili e principio della certezza e stabilità delle regole del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche

Con segnalazione ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/90 del 20 maggio 2020²³, l'Autorità ha posto l'attenzione sulla necessità di garantire un contesto regolamentare stabile, secondo i principi euro-unitari del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche, in modo da creare un *level playing field* che favorisca il dispiegamento degli investimenti e il corretto svolgersi del gioco della concorrenza tra gli operatori.

In particolare, si rilevava la necessità di definire un quadro di regole certe e di lungo periodo nella gestione delle risorse frequenziali scarse, al fine di superare due criticità riguardanti: *i*) l'assenza di regole *ex-ante* certe circa il rinnovo delle frequenze, con regole adottate *ex-post* e in modo difforme tra operatori e blocchi di frequenze; e *ii*) la tardiva definizione dei canoni di rinnovo delle frequenze, i cui importi non sono sempre definiti tempestivamente rispetto al rinnovo e sono spesso modificati anche diversi anni dopo il rinnovo delle frequenze stesse.

L'Autorità ha inoltre rilevato in diverse occasioni²⁴ la necessità di verificare la validità degli attuali limiti elettromagnetici, previsti dal DPCM 8 luglio 2003²⁵, e degli *standard* di misurazione alla luce delle nuove tecnologie e dei nuovi strumenti in via di adozione. I suddetti limiti appaiono essere estremamente ridotti rispetto a quelli raccomandati in sede europea²⁶. Ciò, oltre a costituire una barriera all'entrata e all'espansione di nuovi operatori e di nuovi servizi, può contribuire anche alla proliferazione delle torri di trasmissione, posto che la loro condivisione tra operatori ne risulta limitata.

Inoltre, si auspica un intervento normativo volto a chiarire e a dettagliare i poteri delle ARPA in tema di revisione delle autorizzazioni già concesse agli operatori storici, laddove si riscontri il raggiungimento, anche solo teorico, dei tetti emissivi. In particolare, l'art. 6 del DPCM 8

²³ Cfr. Segnalazione ASI669 – Proroga dei diritti d'uso delle frequenze di telecomunicazione ai sensi del codice delle comunicazioni elettroniche, del 20 maggio 2020, in Boll. 23/2020.

²⁴ Cfr. Segnalazione ASI551 – Ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e broadband wireless access e allo sviluppo delle reti di telecomunicazione in tecnologie 5G, del 12 dicembre 2018, in Boll. 49/2018; Segnalazione ASI683 – Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultralarga, del 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020.

²⁵ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 luglio 2003, recante "Fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione della popolazione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici generati a frequenze comprese tra 100 kHz e 300 GHz".

²⁶ Raccomandazione del Consiglio, del 12 luglio 1999, relativa alla limitazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici da 0 Hz a 300 GHz (1999/519/CE). La valenza di questi ultimi anche per le tecnologie 5G, inoltre, è stata confermata nelle linee guida dell'*International Commission On Non-Ionizing Radiation Protection* (ICNIRP) pubblicate nel 2020 (Cfr. ICNIRP, "Guidelines for limiting exposure to electromagnetic fields (100 Khz To 300 Ghz)", *Health Phys* 118(5): 483–524; 2020). Cfr. anche Politecnico di Milano (2019), *Valutazione dell'impatto dei limiti di esposizione ai campi elettromagnetici sui costi di sviluppo e sulla qualità delle reti 5G*.

luglio 2003, l'art. 87, comma 3, d.lgs. n. 259/2003 e l'art. 14, comma 8, lett. d), d.l. n. 179/2012²⁷ dispongono la necessità per le ARPA di fare riferimento alle norme tecniche CEI²⁸. Tali norme prevedono, tra l'altro, che debbano essere poste in essere azioni correttive coordinate tra tutte le stazioni radioemittenti in fase di progettazione e/o esistenti al fine di eliminare eventuali situazioni di superamento dei limiti emissivi. Sarebbe quindi opportuno disciplinare direttamente nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche tali azioni correttive, al fine di rendere più certa l'applicazione da parte delle ARPA dei poteri di revisione e armonizzazione delle autorizzazioni già concesse e permettere una riduzione delle barriere all'entrata.

Al fine di agevolare lo sviluppo delle nuove reti mobili, si propone di:

- 1. allineare le previsioni del Codice delle comunicazioni elettroniche ai principi europei in tema di diritti d'uso delle risorse scarse (rinnovi e definizione dei canoni) al fine di favorire la prevedibilità regolamentare;*
- 2. verificare della validità dei limiti emissivi previsti dal D.P.C.M. 8 luglio 2003;*
- 3. adottare una disciplina che consenta e assicuri l'effettività dell'azione delle ARPA regionali per la risoluzione delle situazioni di inquinamento elettromagnetico dovuto al contributo di impianti esistenti e di impianti di nuova costruzione.*

Stimolo alla domanda di connessioni a banda ultra-larga

Come osservato in precedenza, la concorrenza rappresenta il principale motore per lo sviluppo di reti di telecomunicazioni performanti, così come la reattività della domanda è importante per l'effettiva diffusione dell'utilizzo dei servizi a banda ultra-larga offerti attraverso le reti più innovative.

La sostanziale differenza tra tassi di copertura e tassi di penetrazione delle reti a banda ultra-larga²⁹ evidenzia la necessità di intervenire anche per stimolare la mobilità dei consumatori. Su tale punto, le linee di indirizzo riguardano: *i)* la rimozione dei meccanismi di *lock-in* contrattuale mediante la fornitura di apparati essenziali e la presenza di sconti; *ii)* la definizione di processi *standard* per la portabilità del numero tra reti e tecnologie differenti.

²⁷ Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, recante, "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese" (in S.O. n. 208, relativo alla G.U. 18/12/2012, n. 294.)

²⁸ Il Comitato Elettrotecnico Italiano è un'associazione di diritto privato, senza scopo di lucro, responsabile in ambito nazionale della normazione tecnica in campo elettrotecnico, elettronico e delle telecomunicazioni, con la partecipazione diretta – su mandato dello Stato Italiano – nelle corrispondenti organizzazioni di normazione europea.

²⁹ A fronte di un tasso copertura delle reti con velocità ad almeno 100 Mbps del 30 per cento nel 2020, il tasso di adozione delle medesime tecnologie è pari al 13,4%. Inoltre, a fronte di un tasso copertura delle reti con velocità ad almeno 30 Mbps dell'88,9%, il tasso di adozione delle medesime tecnologie è pari al 60,9%. Cfr. *Digital Economy and Society Index*, 1b2 *Fixed Very High Capacity Network (VHCN) coverage* (2020); 1a2 *At least 100 Mbps fixed BB take-up* (2020); 1b1 *Fast BB (NGA) coverage* (2020); 1a2 1a1 *Overall fixed BB take-up* (2020).

Una riduzione delle barriere alla mobilità potrebbe essere ottenuta attraverso un intervento normativo volto a impedire pratiche tariffarie che determinano elevati *switching cost* e *lock-in* contrattuale, rendendo estremamente costosa la migrazione dei clienti per periodi estremamente lunghi, anche fino a 30-48 mesi, e vincolando i consumatori all'uso di tecnologie meno recenti³⁰.

In tal senso, occorrerebbe modificare la normativa vigente³¹ al fine di impedire agli operatori di imporre corrispettivi rilevanti in caso di recesso anticipato dei consumatori. In particolare, si potrebbe modificare l'art. 1, comma 3-*ter*, del d.l. 31 gennaio 2007 n. 7 prevedendo che il periodo di ventiquattro mesi sia ridotto a dodici mesi e che i costi per il consumatore, nel caso di recesso anticipato, siano equi e proporzionati al valore del contratto, escludendo comunque gli sconti promozionali.

L'assenza di certezza sul mantenimento del numero e sulla continuità del servizio quando vi è un trasferimento su reti diverse – c.d. *number portability* pura – può scoraggiare l'adozione di nuove tecnologie da parte dei consumatori, ma soprattutto delle imprese. In linea generale, si auspica, a questo proposito, la definizione di processi di portabilità mobile e fissa gestiti da soggetti terzi rispetto agli operatori, sulla scorta di quanto accade in altri paesi europei.

Si rileva, inoltre, la necessità di aggiornare – con riguardo in particolare alla previsione contenuta nell'art. 106 del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche – i principi che regolano il trasferimento del numero telefonico fisso garantendo la definizione di procedure di validità generale, in grado di consentire la migrazione di clienti indipendentemente dalle porzioni di rete di accesso da riutilizzare, definendo limiti temporali per il celere trasferimento del numero e l'interoperabilità tra reti all'ingrosso e tecnologie differenti.

³⁰ Infatti, si osserva che è prassi di mercato imporre oneri di attivazione e di fornitura di apparati ben al di sopra dei reali costi sopportati, tali oneri vengono poi scontati e/o rateizzati imponendo contestualmente ai consumatori un obbligo di permanenza contrattuale che arriva fino a 48 mesi, pena l'applicazione di corrispettivi a compensazione di tali sconti o a saldo di tali rate. Poiché tali oneri di attivazione non corrispondono ai reali costi di fornitura dei servizi di attivazione, assistenza e degli apparati necessari, tali meccanismi tariffari impediscono di fatto ai consumatori di recedere dal contratto senza spese non giustificate da costi dell'operatore.

³¹ In particolare, con l'art. 1 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, è stata per la prima volta prevista "la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore". La legge 4 agosto 2017, n. 124 (di seguito "Legge concorrenza"), che integra la disciplina sui costi di recesso inizialmente prevista dal predetto decreto, ha aggiunto un nuovo paragrafo all'art. 1, comma 3, nonché il nuovo comma 3-*ter*. Con la Legge concorrenza, il legislatore ha: *i*) confermato il principio generale secondo cui non possono essere imputate agli utenti "spese non giustificate da costi degli operatori" (art. 1, comma 3); *ii*) specificato che le spese di recesso devono essere "commisurate al valore del contratto e ai costi realmente sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio". Tuttavia, secondo la Delibera AGCOM n. 487/18/CONS, la restituzione degli sconti in caso di recesso può avvenire nel limite pari alla differenza tra la somma dei canoni che l'operatore avrebbe riscosso qualora fosse stato applicato il prezzo implicito e la somma dei canoni effettivamente riscossi dall'operatore fino al momento del recesso.

Infine, anche in ragione dei nuovi obiettivi strategici europei³², occorre fornire uno stimolo alla domanda per l'adozione delle tecnologie più avanzate, creando un sistema di erogazione dei *voucher* che sia di semplice adozione, trasparente nelle tempistiche e nelle regole di adozione, che premi gli investimenti in reti a prova di futuro. Come auspicato dall'Autorità nelle segnalazioni del 1° luglio e del 1° settembre 2020³³, i piani di incentivazione della domanda – individuati nel “*Piano voucher per la connettività in banda ultralarga di famiglie con ISEE fino a 50.000 euro e imprese*” (fase II) pubblicato in data 31 luglio 2020 per la consultazione pubblica ai sensi del paragrafo 64 e 78, lettera b) degli Orientamenti dell'Unione europea, per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga – dovrebbero prevedere un beneficio per le sole reti in grado di raggiungere una velocità di almeno 100 Mbps, e privilegiando il sostegno alla domanda per le connessioni con tecnologia Gigabit. Tale struttura del programma di incentivi garantirebbe la non discriminazione e un adeguato incentivo allo sviluppo delle reti di telecomunicazione, nonché l'effettività della misura.

Al fine di stimolare la domanda di connessioni a banda ultra-larga, si propone di:

- 1. modificare l'art. 1, comma 3-ter, del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, prevedendo che il periodo di ventiquattro mesi sia ridotto a dodici mesi e che i costi per il consumatore, nel caso di recesso anticipato, siano equi e proporzionati al valore del contratto, escludendo comunque la possibilità di recuperare gli sconti promozionali già fruiti dal consumatore stesso;*
- 2. aggiornare, secondo quanto previsto dall'art. 106 del CECE, i principi che governano i processi standard per la portabilità delle numerazioni sulle reti di telecomunicazione fissa, assicurando la mobilità fra fornitori, tecnologie e reti differenti, nonché la gestione terza rispetto agli operatori;*
- 3. modificare il “Piano voucher per la connettività in banda ultralarga di famiglie con ISEE fino a 50.000 euro e imprese” (fase II), messo in consultazione in data 31 luglio 2020, prevedendo un sistema di semplice applicazione, trasparente nelle tempistiche e nelle regole di adesione, limitando il beneficio all'utilizzo di reti in grado di raggiungere una velocità di almeno 100 Mbps, e privilegiando il sostegno alla domanda per le connessioni con tecnologia Gigabit.*

³² Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, “*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*” (COM(2021)118).

³³ Cfr. **AS1683** – *Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultralarga*, del 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020; **AS1696** – *Piano voucher per la connettività in banda ultralarga*, del 1° settembre 2020, in Boll. 37/2020.

B. Infrastrutture e attività portuale

L'incremento della competitività del sistema portuale nazionale è un fattore strategico per la crescita del Paese. Il commercio intercontinentale via mare ha visto negli ultimi anni, lo sviluppo di un numero assai limitato di grandi imprese armatoriali e il fenomeno del cosiddetto gigantismo navale, ovvero la tendenza delle compagnie navali a dotarsi di flotte composte di navi *porta-container* con capacità e dimensioni particolarmente elevate. Ciò ha richiesto (e richiede tutt'ora) l'adeguamento delle infrastrutture dei nostri porti e la necessità che alcuni di essi assumano la connotazione di *hub* portuali per lo svolgimento dell'attività di *transshipment*. Inoltre, la specializzazione dei commerci marittimi su navi *portacontainer* di grandi dimensioni, comportando un abbattimento dei costi di navigazione, tende ad esacerbare la concorrenza tra porti situati anche a centinaia di chilometri l'uno dall'altro, premiando quelli meglio attrezzati e con costi portuali inferiori³⁴. Assume rilievo anche la tendenza, su scala globale, ad una progressiva integrazione verticale delle grandi imprese di navigazione nelle infrastrutture portuali, come testimoniato, a livello nazionale, anche da alcune recenti operazioni notificate all'Autorità³⁵.

In tale prospettiva, una maggiore competitività dei porti del Paese rispetto a quelli dei Paesi limitrofi potrà consentire di intercettare quote sempre maggiori di traffico – sia di tipo *hinterland* sia di tipo *transshipment*. Inoltre, la crescita dei principali scali nazionali consentirà altresì di valorizzare al meglio gli importanti investimenti infrastrutturali volti a fornire adeguato supporto logistico alle attività retroportuali (collegamenti ferroviari, centri di scambio logistico, raccordi autostradali, ecc.). Nel contesto delineato, la realizzazione di investimenti volti ad aumentare la competitività degli scali nazionali, soprattutto in termini di raggiungimento di adeguati livelli di efficienza delle infrastrutture, e i processi di concorrenza dinamica possono risultare in parte limitati da alcune norme e/o regolazioni vigenti. Pertanto, l'Autorità ritiene necessario un intervento dei legislatori sugli aspetti normativi nel seguito descritti.

Interventi generali in materia di concessioni portuali

L'attuale procedura per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime in ambito portuale è quella prevista dall'art. 37 del Codice della Navigazione e dall'art. 18 del suo

³⁴ “Fino ad un recente passato, la scelta del porto da parte dell'utenza (armatori, operatori portuali e spedizionieri) dipendeva in prevalenza dal fattore geografico. Il generale miglioramento delle infrastrutture retroportuali [...] ha progressivamente ridotto l'importanza del fattore localizzativo rispetto ad altre caratteristiche [...]. L'attuale competizione vede identificati porti per bacino di influenza [N.d.r. *catchment area*], sempre meno determinato dalla vicinanza o prossimità geografica, mentre assume maggiore importanza altri fattori facenti capo al paradigma economico ispirato al concetto di *catena del valore*”. Si veda, Autorità di Regolazione dei Trasporti – Relazione AIR, allegata alla delibera n. 40/2017.

³⁵ Cfr. provv. C12225 – Terminal Investment Ltd/CSG Italia-Gate del 17 luglio 2019, in Boll. 31/2019 e provv. C12255 - Marinvest-Gruppo Messina/Ignazio Messina & C.-Ro-Ro Italia del 25 settembre 2019, in Boll. 42/2019.

regolamento di attuazione (d.P.R. n. 328/1952). L'art. 37 del Codice della Navigazione stabilisce che, nell'ipotesi in cui pervengano all'Autorità preposta (le Autorità di Sistema Portuale) più domande di concessione in relazione ad un medesimo bene del demanio marittimo, deve essere preferito il richiedente che *"offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico"*. In questo contesto normativo molto risalente, nel 1994, si è inserito l'art. 18 della legge 28 gennaio 1994 n. 84³⁶, recante *"Riordino della legislazione in materia portuale"*, che al comma 1 prevede che l'Autorità preposta affidi in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese che siano state autorizzate all'espletamento delle operazioni portuali, rinviando, ad un successivo decreto ministeriale la definizione di adeguati criteri per stabilire le forme di pubblicità per le procedure di affidamento delle concessioni, la scelta del concessionario, la durata delle concessioni, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario, i limiti minimi dei canoni da versare e i criteri per il rilascio delle concessioni.

Il Ministero competente, in tre distinte occasioni ha predisposto una bozza di Decreto attuativo dell'art. 18, comma 1, della legge n. 84/1994; in tutti e tre i casi il Consiglio di Stato ha reso un proprio parere sullo schema di provvedimento³⁷; tuttavia, come anche evidenziato dall'Autorità nel 2018³⁸, questo decreto non è mai stato approvato e ciò ha causato negli anni un regime di incertezza con riferimento alle modalità di affidamento delle concessioni³⁹.

Nell'ultima occasione in cui ha dovuto esprimersi su di una bozza del decreto attuativo, il Consiglio di Stato, non condividendo le soluzioni proposte nello schema di provvedimento

³⁶ La legge n. 84/1994 è stata di recente interessata da una profonda revisione, combinatasi alla necessità di verificare alcuni parametri interpretativi a valle di importanti atti e sentenze di matrice UE. In particolare, la legge 28 gennaio 1994, n. 84, è stata oggetto di riforma a mezzo del d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, e, da ultimo, del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 232. Obiettivo principale degli interventi normativi occorsi negli ultimi anni è stato il superamento della frammentazione operativa del sistema portuale nazionale; ciò al fine di aumentare l'efficienza e competitività del c.d. sistema-mare nazionale per adeguarsi alle nuove dinamiche internazionali dei commerci e circuiti marittimi, sviluppando sia le attività all'interno delle aree demaniali che quelle afferenti ai porti, in particolare la filiera logistica. Nello specifico, la riorganizzazione operativa ha previsto il passaggio da 24 Autorità Portuali competenti su 43 porti a 15 Autorità di Sistema Portuale (ASP). In questa prospettiva, le nuove ASP rappresentano centri decisionali strategici, in grado di operare in un sistema integrato su base nazionale e, per quanto qui più interessa, risultano essere gli enti direttamente competenti all'assentimento di concessioni in ambito portuale.

³⁷ Cfr. i Pareri n. 95/1998 n. 20/2001 e, da ultimo, n. 1505/2016.

³⁸ Cfr. Segnalazione **ASI550** - *Concessioni e criticità concorrenziali* del 12 dicembre 2018, in Boll. 48/2018.

³⁹ Cfr. Segnalazione **ASI457** - *Rilascio concessione demaniale marittima nel porto di Livorno per Terminal Multipurpose*, dell'8 novembre 2017, in Boll. 49/2017 in cui si affermava che *"[...] in tutti i casi di concorso di domande di concessione demaniale marittima, [...] l'Autorità preposta dovrebbe – prima di avviare il procedimento di comparazione – stabilire e rendere noti i criteri tecnici ed economici (con indicazione del relativo punteggio) di aggiudicazione sulla cui base procedere alla valutazione ai sensi dell'art. 37 del Codice della Navigazione, assegnando alle parti un termine congruo per il deposito di tutta la documentazione ai sensi dell'art.18 della legge n. 84/94"*; si veda altresì Segnalazione **ASI235** - *Autorità portuale di Genova. Procedura di assegnazione bacini di carenaggio*, 28 ottobre 2015, in Boll. 45/2015.

(che erano ancora rigidamente allineate alla procedure ex art. 37 del Codice della Navigazione e del suo regolamento attuativo), ha dichiarato che *“non può accettarsi che tutta la procedura continui a prendere le mosse dall’istanza dello stesso soggetto interessato al rilascio della concessione demaniale (o al rinnovo della stessa, come è il caso tipico), concedendo agli altri soggetti solo la possibilità, in un termine che può andare da trenta a novanta giorni, di presentare osservazioni o eventuali domande concorrenti [...] Non risulta, cioè, accettabile che, invece di assecondare le nuove linee strategiche nazionali di pianificazione e programmazione del ruolo dei singoli porti, non più considerati entità a sé, la procedura di assegnazione della concessione dell’area o della singola banchina muova esclusivamente dall’istanza dell’interessato, senza un atto di programmazione a monte che sfoci poi in un bando ed in una, seppur peculiare, procedura di gara ad evidenza pubblica per la concessione del bene, dove la valutazione strategica non sia spostata al momento successivo della verifica di coerenza dell’istanza presentata per le concessioni di più lunga durata, e delle eventuali istanze concorrenti, con l’atto di pianificazione nazionale.”*⁴⁰. A questa posizione del Consiglio di Stato in sede consultiva si sono poi aggiunti gli interventi del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁴¹ e dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART)⁴², che vanno nella direzione di aumentare l’efficienza, la trasparenza e la non discriminatorietà delle procedure.

Tutto ciò considerato, l’Autorità ritiene necessario un intervento in via normativa al fine di giungere a una modalità di assegnazione delle concessioni portuali che limiti l’attuale eccessiva discrezionalità delle autorità competenti in merito alle modalità di rilascio/rinnovo delle concessioni e che garantisca i partecipanti sul rispetto dei principi comunitari di trasparenza, pubblicità e non discriminazione⁴³.

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 1505/2016.

⁴¹ MIT, *Concessioni di aree demaniali marittime e banchine portuali nei porti sede di Autorità di sistema portuale*, DGVPTM/DIV.2/PS, 5 febbraio 2018. Nella circolare ministeriale è stato fatto specificamente presente che la valutazione della migliore offerta in caso di istanze concorrenti va effettuata da parte dell’autorità competente sulla base di alcuni parametri di valutazione predeterminati, volti in primo luogo a stimolare un’efficiente organicità dello sviluppo di portualità e logistica.

⁴² Cfr. Delibera n. 57/2018 del 30 maggio 2018, “Approvazione di metodologie e criteri per garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione”. Tale delibera, che si mostra in coerente continuità con le raccomandazioni espresse dal Consiglio di Stato circa la necessità di riconoscere un ruolo attivo a tutti i soggetti eventualmente interessati dalla procedura di concessione, ha provveduto a definire le modalità di assegnazione delle concessioni nella maniera meglio rispondente a criteri di efficienza, trasparenza e non discriminazione delle procedure.

⁴³ Al riguardo il citato parere del Consiglio di Stato n. 1505/2016 è chiaro nell’affermare che anche nei casi di concessione di beni demaniali (o comunque nei casi esplicitamente esclusi dall’ambito del Codice dei Contratti Pubblici) *“non possono, parimenti, che richiamarsi i principi già in più occasioni espressi dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo cui i principi di derivazione comunitaria a tutela della concorrenza (imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione) sono applicabili anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza. L’indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima venga fornita un’occasione*

Pur nella consapevolezza delle specificità che caratterizzano il settore portuale – che non consentono un'agevole e immediata trasposizione delle procedure di selezione previste dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento delle concessioni portuali – si ritiene in ogni caso necessario prevedere forme di affidamento che consentano, nel rispetto delle *best practice* di settore, alle Autorità di Sistema Portuale, in qualità di soggetti deputati ad individuare le esigenze di sviluppo delle aree portuali, di mettere in competizione tra loro domande concorrenti allo sviluppo di determinate aree e beni demaniali e di valutarle sulla base di parametri tecnici, economici e finanziari oggettivi e conoscibili *ex ante*. Al tempo stesso, si ritiene che andrebbe rafforzato lo strumento della revoca delle concessioni ove gli affidatari non rispettino le condizioni definite nel contratto di affidamento, al fine di stimolare l'efficienza dei concessionari e incrementare la contendibilità dei beni.

L'Autorità auspica una riformulazione dell'art. 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, nel senso di individuare criteri certi, chiari, trasparenti e non discriminatori per il rilascio delle concessioni demaniali portuali, nonché per la definizione della loro durata e delle modalità di revoca.

In coerenza con la richiesta di prevedere criteri più competitivi per il processo di affidamento delle concessioni portuali in ambito demaniale, si ritiene opportuno un intervento sull'art. 18, comma 7, della legge n. 84/1994. La norma – che stabilisce che un medesimo soggetto non possa essere titolare di due o più concessioni demaniali concernenti la medesima tipologia di attività economica all'interno dello stesso porto⁴⁴ – era nata con finalità antimonopolistiche in un contesto di mercato (che oggi appare superato in diversi casi) in cui ciascun porto rappresentava un distinto mercato rilevante. In tale contesto, si riteneva necessario vietare il cumulo di più concessioni in capo al medesimo soggetto al fine di contrastare situazioni di potere di mercato eccessivo che potevano risultare dannose per l'utenza portuale.

La continua evoluzione del settore portuale ha mutato – in particolare per alcune attività che si svolgono negli scali di maggiore dimensione, come ad esempio i servizi di *terminal container*⁴⁵ – il perimetro competitivo in cui si confrontano gli operatori portuali, che devono essere sempre più efficienti e adeguati alle caratteristiche della domanda rappresentata, lato mare, dai grandi gruppi armatoriali globali e, lato terra, dagli spedizionieri, dalle agenzie marittime e dagli operatori di logistica su terra. Nell'attività consistente nell'intercettare i

di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione (da ultimo, Cons. Stato, VI, 7 marzo 2016, n. 889)".

⁴⁴ Cfr. art. 18, comma 7, legge n. 84/1994

⁴⁵ I servizi di *terminal container* sono erogati dai c.d. terminalisti, imprese che hanno in concessione aree o banchine portuali per effettuare le operazioni di carico, scarico, trasbordo, deposito e movimentazione delle merci oggetto del trasporto su nave. Si veda, Autorità di Regolazione dei Trasporti – Analisi d'Impatto della Regolazione, allegato alla delibera n. 40/2017, avente a oggetto "Metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali".

grandi flussi del commercio globale, possono essere tra loro sostituibili porti situati anche a distanze notevoli, superiori ai 200-300 km⁴⁶.

In questo contesto, quanto meno per i porti nazionali di dimensione maggiore⁴⁷, l'attuale divieto normativo di cui all'art. 18, comma 7 della legge 84/1994 può rappresentare un ostacolo allo sviluppo e alla competizione con i porti di altri paesi limitrofi che si affacciano sul Mediterraneo, oltre che limitare la possibilità di realizzare progetti di crescita degli operatori, volti al raggiungimento di economie di scala, propedeutica al confronto con operatori del trasporto sempre più grandi e globalizzati.

Al tempo stesso, la norma di cui all'art. 18 comma 7 potrebbe conservare la propria funzione antimonopolistica in porti di più ridotte dimensioni e con riferimento ad attività svolte su beni demaniali in concessione che ancora conservano una dimensione competitiva limitata al singolo porto (si pensi alla distribuzione di carburanti per la navigazione da diporto o, in alcuni contesti molto piccoli, al *bunker* per le navi).

L'Autorità propone, in un'ottica di sviluppo e crescita del settore portuale, che il comma 7 dell'art. 18, della legge 28 gennaio 1994, n. 84 sia riformulato, prevedendo un'applicazione del divieto di cumulo di concessioni per la medesima attività solo per i porti di ridotte dimensioni, al cui interno è più facile che si creino situazioni di potere di mercato, e/o per quelle tipologie di attività che prevedono dinamiche concorrenziali limitate al singolo porto.

Limitazioni all'attività di autoproduzione nelle operazioni portuali

Un'altra questione di rilievo nel settore portuale, suscettibile di impattare sulla competitività dello stesso, è relativa alle recenti limitazioni all'attività di autoproduzione derivante dall'adozione del comma 4 *bis* all'art. 16 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, introdotto dall'art. 199 *bis* del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come convertito con legge 17 luglio 2020, n. 77, recante: "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". Al riguardo l'Autorità ha recentemente avuto modo di rappresentare che l'introduzione del citato comma 4 *bis* – nella misura in cui prevede che l'attività di autoproduzione delle operazioni e dei servizi portuali possa essere svolta solo in caso in cui non vi siano le necessarie attrezzature o maestranze nel porto di attracco – riduca drasticamente la possibilità per i vettori marittimi

⁴⁶ Cfr. *CI2225 Terminal Investment Ltd/CSM Italia-Gate*, in Boll. 31/2019, dove si chiarisce che "Sotto il profilo geografico, secondo la prassi consolidata della Commissione europea e dell'Autorità, il mercato rilevante geografico dei servizi di movimentazione merci tramite container è determinato in base alle cosiddette 'aree di attrattività' o 'catchment area', ciascuna delle quali rappresenta l'ambito che il terminal container generalmente serve".

⁴⁷ Ci sono varie modalità per distinguere i porti sulla base della loro dimensione. Sulla base di dati Assoporti è possibile ad esempio individuare i 15 porti nazionali che nel 2018 hanno movimentato circa il 75% del totale delle merci (rinfuse liquide, rinfuse solide, container, Ro/Ro, altre merci). Si tratta dei porti di Trieste, Genova, Livorno, Cagliari Sarroch, Gioia Tauro, Ravenna, Venezia, Messina-Milazzo, Augusta, Napoli, Taranto, La Spezia, Savona-Vado, Salerno, Ancona-Falconara.

di ricorrere all'autoproduzione delle operazioni portuali (che diventa ipotesi meramente residuale)⁴⁸. Peraltro, il ricorso all'autoproduzione è subordinato al possesso di vari requisiti, tra i quali la disponibilità di personale idoneo del vettore marittimo, aggiuntivo rispetto all'organico della tabella di sicurezza e di esercizio della nave, nonché dedicato esclusivamente allo svolgimento di tali operazioni. Ad avviso dell'Autorità, il ricorso all'auto-produzione può essere un elemento importante per contenere l'eventuale potere di mercato delle compagnie portuali e stimolare l'efficienza nella fornitura dei servizi portuali. Inoltre, la norma in questione appare suscettibile di ridurre la competitività dei porti italiani rispetto ai porti limitrofi di altri Stati membri, potendo penalizzare il settore portuale laddove incida sulla scelta dei vettori marittimi di non attraccare nei porti italiani, non potendo ivi svolgere in autoproduzione le operazioni portuali.

L'Autorità, al fine di valorizzare il vincolo competitivo esercitabile dall'autoproduzione, propone l'abrogazione della norma di cui al comma 4 bis dell'art. 16 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, onde rafforzare le dinamiche competitive e di mercato nell'esercizio delle attività portuali, al fine di accrescere l'attrattività, anche internazionale, del comparto portuale in Italia.

C. Evoluzione delle infrastrutture di rete per l'energia elettrica

La rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica è gestita in Italia da Terna S.p.A. ("Terna") che, per assicurare il mantenimento dell'equilibrio tra immissioni e prelievi di energia e un funzionamento in sicurezza della rete, acquista sul mercato i cosiddetti "Servizi di Dispacciamento" da particolari impianti termoelettrici di adeguate dimensioni⁴⁹; tuttavia, data la conformazione della rete nazionale, affetta da strozzature causate, tra l'altro, da limiti di transito sulle interconnessioni e dal formarsi di congestioni locali, il raggio d'azione entro il quale ogni singolo impianto può utilmente fornire a Terna i propri servizi è circoscritto a specifiche aree geografiche.

Dall'inizio della liberalizzazione ad oggi⁵⁰, la progressiva sostituzione delle fonti fossili con fonti rinnovabili non programmabili come solare ed eolico, ha determinato una sempre minore disponibilità di impianti abilitati ad offrire i summenzionati servizi a Terna e, come

⁴⁸ Segnalazione *AS1708 - Decreto rilancio - modifiche all'art. 16 comma 4-bis della legge 84/1994 in materia portuale*, del 27 ottobre 2020, in Boll. 45/2020.

⁴⁹ La partecipazione al relativo mercato ("MSD") infatti è di norma riservata alle sole unità produttive controllabili di taglia non inferiore a 10 MW.

⁵⁰ Negli ultimi venti anni le fonti termoelettriche sono passate dall'80 al 60% del totale; le centrali alimentate con prodotti petroliferi, che fornivano nel 1999 ben oltre la metà della produzione termoelettrica sono di fatto scomparse nel 2019, sostituite dagli impianti a gas, che da soli forniscono i 4/5 dell'energia termoelettrica. La quota sul totale della produzione da fonti rinnovabili nel 1999 era di circa il 20%, ottenuto attraverso la sola energia idroelettrica e una piccola componente geotermica. Nel 2019 il peso delle rinnovabili è raddoppiato. Al loro interno l'idroelettrico e il geotermico rappresentano ormai meno della metà del totale. Il resto è fornito in parti sostanzialmente uguali da fotovoltaico, eolico e biomasse/rifiuti (Elaborazione da ARERA, Produzione di energia elettrica per fonte, <https://www.arera.it/it/dati/cem6.htm>).

evidenziato in più occasioni anche dal regolatore di settore ARERA, pochi impianti hanno acquisito potere di mercato in numerose aree del paese, in particolare del Centro-Sud.

Tali criticità concorrenziali, in relazione alle quali è intervenuta in passato anche l’Autorità con un procedimento per abuso di posizione dominante⁵¹, secondo ARERA hanno causato, negli anni 2018-2019, un onere medio annuo di 1,3 miliardi di euro, pagato dal complesso degli utenti attraverso i corrispettivi specifici che compongono il costo totale dell’energia⁵².

L’eliminazione del potere di mercato detenuto da alcune unità produttive in determinate aree geografiche rappresenta, dunque, un obiettivo importante di politica della concorrenza, tanto per contenere i costi dell’energia che gravano sia sui consumatori domestici che sulle attività produttive, quanto per assicurare una sempre maggiore penetrazione della generazione da fonti rinnovabili. Al riguardo, l’Autorità ritiene che, in questi mercati, interventi volti a rimuovere *ex ante* le cause dell’esistenza di potere di mercato risultino preferibili rispetto a complesse soluzioni di tipo regolatorio, non solo in quanto coerenti con le previsioni euro-unitarie⁵³ ma anche perché favoriscono lo sviluppo tecnico, il miglioramento delle reti e lo sviluppo di soluzioni innovative, assecondando altresì l’esigenza di incrementare la quota di produzione ottenuta da fonti rinnovabili.

L’Autorità ritiene fortemente auspicabile che, accanto a interventi di adeguamento dell’infrastruttura elettrica, necessari a eliminare le strozzature che agevolano la creazione di potere di mercato, venga favorita un’offerta più concorrenziale dei servizi acquistati da Terna sul mercato, grazie allo sviluppo di nuovi soggetti abilitati a fornirli. In particolare, in base alle nuove tecnologie e alla diffusione di più efficienti modalità di stoccaggio di energia elettrica (cd. “accumuli”) è oggi possibile aggregare soggetti che immettono o ritirano energia dalla rete (produttori da fonti rinnovabili non programmabili ma anche consumatori finali⁵⁴), i quali individualmente non sarebbero in grado di soddisfare le esigenze di Terna, ma se opportunamente aggregati nelle cd. Unità Virtuali Abilitate, con il coordinamento di apposite

⁵¹ Cfr. **A498A - Enel - Prezzi servizi di dispacciamento area Brindisi**, provvedimento n. 26562 del 4 maggio 2017, in Boll. 17/2017.

⁵² Vale a dire il “*corrispettivo per l’approvvigionamento delle risorse nel mercato per il servizio di dispacciamento*” e il “*corrispettivo a copertura dei costi delle unità essenziali per la sicurezza del sistema*”. Cfr. ARERA, “*Rapporto dell’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente in materia di monitoraggio del mercato per il servizio di dispacciamento: segmento relativo alla regolazione di tensione*”, 21 luglio 2020.

⁵³ Il reg. 943/2019 all’art. 13, comma 1, prevede infatti espressamente che l’individuazione dei fornitori dei servizi per la gestione della rete (cd. “ridispacciamento”), sia che si tratti di ricorrere alla generazione che di ricorrere alla gestione della domanda, “*si basa su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. È aperto a tutte le tecnologie di generazione, tutto lo stoccaggio di energia e tutta la gestione della domanda, compresi quelli ubicati in altri Stati membri, salvo laddove non sia tecnicamente realizzabile*”. Il medesimo art. indica al comma 3 le ipotesi di deroga al criterio di mercato, che nella sostanza consistono nella mancanza di alternative tra loro in concorrenza,

⁵⁴ I consumatori di energia (sia industriali che domestici) possono modulare la loro domanda sia con un effetto “a scendere”, accrescendo il ritiro di energia (per esempio stoccando l’energia prelevata e non immediatamente consumata in appositi accumuli quali, non ultimi, le batterie dei veicoli elettrici) sia con un effetto “a salire”, diminuendo i prelievi (ad esempio sospendendo il ritiro in seguito ad appositi accordi che prevedono, in determinati tipi di contratti che sono ovviamente più vantaggiosi per i consumatori, la cd. “interrompibilità”, a richiesta, della fornitura oppure immettendo in rete energia precedentemente accumulata).

società di servizi (cd. *Balancing Service Provider*), possono agire in concorrenza con gli impianti più tradizionali.

Al riguardo, in via preliminare, l'Autorità rileva che questi due obiettivi sono condivisi anche dalla Direttiva UE n. 944/2019⁵⁵, il cui mancato recepimento ha recentemente determinato l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti del nostro paese. La prima misura da adottare è dunque rappresentata da una sollecita trasposizione nell'ordinamento nazionale della direttiva.

Più nel dettaglio, in relazione alla promozione dell'adeguamento dell'infrastruttura, appare indispensabile garantire tempestività di approvazione ed effettiva attuazione al Piano di investimento che individua le linee di sviluppo degli interventi elettrici infrastrutturali su base decennale. Detto Piano, come noto⁵⁶, è predisposto dal gestore della rete Terna con cadenza biennale ed è soggetto ad approvazione ministeriale, previo parere del regolatore ARERA. Sul punto si rileva che l'ultimo Piano approvato dal MISE, con decreto del febbraio 2021, risulta essere quello elaborato nel 2018, con una approvazione che è dunque intervenuta successivamente alla pubblicazione del nuovo Piano 2020, sul quale ARERA ha già reso il proprio parere⁵⁷. Anche al fine di agevolare la valutazione e la verifica della attuazione del Piano stesso, risulta quindi necessario che il processo di approvazione avvenga con tempi più serrati in modo da garantire che quest'ultima non si riferisca ad un documento già superato, inserendo al comma 12 dell'art. 36 del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 una previsione che consenta al Ministero competente, entro un determinato lasso temporale pari a sei mesi, di approvare tale Piano anche qualora le Regioni territorialmente interessate non abbiano provveduto alla trasmissione del previsto parere.

Appare poi necessario aggiornare i contenuti del Piano, declinati nell'art. 36 comma 12, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 seguendo i precetti della Direttiva n. 944/2019, che richiede esplicitamente che il gestore della rete tenga in considerazione la necessità di promuovere modalità innovative per la fornitura dei servizi acquistati⁵⁸.

Con riferimento al necessario coinvolgimento di nuovi soggetti, quali i produttori da fonte rinnovabile e i consumatori finali anche domestici nella fornitura di tali servizi, attraverso il ricorso alla loro aggregazione e all'utilizzo intensivo degli stoccaggi, l'Autorità osserva che in Italia l'intera architettura per lo sviluppo di tali modalità risulta ancora in una fase iniziale, se non sperimentale, benché, dando seguito alle previsioni dell'art. 11 del d.lgs. 4 luglio 2014,

⁵⁵ Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

⁵⁶ Cfr. art. 36, commi 12, 13 e 14 del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, come modificato da ultimo dall'art. 60, comma 3 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (cd. decreto Semplificazioni), convertito con legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁵⁷ ARERA, del. 22 dicembre 2020, n. 574/2020/I/EEL, "Valutazione degli schemi di piano decennale di sviluppo della rete di trasmissione nazionale 2019 e 2020".

⁵⁸ "Nell'elaborare il piano decennale di sviluppo della rete, il gestore del sistema di trasmissione tiene pienamente conto delle potenzialità dell'impiego della gestione della domanda, degli impianti di stoccaggio di energia o di altre risorse in alternativa all'espansione del sistema", Dir. 944/2019, art. 51, comma 3.

n. 102, ARERA abbia posto le basi per la individuazione dei nuovi soggetti e la loro partecipazione al MSD con la del. n. 300/2017⁵⁹, aprendo una fase di progetti pilota tuttora in corso⁶⁰.

L'Autorità ritiene auspicabile che la promozione di queste nuove modalità venga perseguita con la massima speditezza, garantendo in ogni caso che la selezione dei nuovi soggetti avvenga attraverso procedure competitive. Anche a questi fini può contribuire un pronto recepimento della Direttiva n. 944/2019, la quale tiene espressamente conto della necessità che le caratteristiche di tutte le componenti rilevanti della filiera siano funzionali alla promozione, con modalità concorrenziali, delle predette innovazioni.

Si propone, in linea con l'esigenza di promuovere uno sviluppo concorrenziale e innovativo delle infrastrutture elettriche in coerenza con le previsioni della Direttiva (UE) n. 944/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva n. 2012/27/UE:

- 1. il tempestivo recepimento nell'ordinamento nazionale della Direttiva (UE) 2019/944;*
- 2. l'introduzione di disposizioni normative che garantiscano la tempestività nell'approvazione e nella concreta attuazione del Piano di sviluppo della rete predisposto da Terna, integrando il comma 12, art. 36, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 nel senso di prevedere un termine di sei mesi per l'approvazione del Piano da parte del Ministero competente, anche qualora le Regioni territorialmente interessate non abbiano provveduto alla trasmissione del prescritto parere da rendersi entro il termine di tre mesi dalla ricezione del Piano.*

II. APPALTI PUBBLICI

Gli appalti pubblici rappresentano circa il 13% del PIL dell'Unione europea e l'11% di quello italiano⁶¹, livelli destinati ad aumentare a seguito degli investimenti pubblici in programmazione per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia in corso. In

⁵⁹ ARERA, del. 5 maggio 2017, n. 300/2017/R/EEL, "Prima apertura del mercato per il servizio di dispacciamento (MSD) alla domanda elettrica ed alle unità di produzione anche da fonti rinnovabili non già abilitate nonché ai sistemi di accumulo. Istituzione di progetti pilota in vista della costituzione del testo integrato dispacciamento elettrico (tide) coerente con il balancing code europeo".

⁶⁰ Si veda ad esempio la recentissima modifica ad alcune caratteristiche del progetto pilota per la partecipazione a MSD di nuovi soggetti aggregati in unità virtuali operata da ARERA con del. 23 febbraio 2021, n. 70/2021/R/EEL, "Approvazione delle modifiche, predisposte da Terna S.p.A., al progetto pilota per la partecipazione di unità virtuali miste al mercato per il servizio di dispacciamento (MSD), ai sensi della deliberazione dell'autorità 300/2017/R/EEL".

⁶¹ Cfr. Commissione europea, *Public Procurement Indicators 2017*.

Italia, la spesa pubblica canalizzata attraverso i contratti pubblici è pari a circa il 20% del totale e tale quota si accrescerà nel prossimo futuro⁶².

La disciplina degli appalti riveste, dunque, un ruolo cruciale nell'ambito del piano di crescita e di sviluppo economico da attuare attraverso i fondi del programma europeo *Next Generation EU*, poiché costituisce la cinghia di trasmissione degli interventi pubblici all'economia reale, rappresentando un volano indispensabile ai fini del successo delle politiche macroeconomiche espansive da implementare in futuro.

Per questa ragione e tenuto conto della complessità della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, una riforma del settore degli appalti, volta a modernizzare e semplificare le regole e le procedure applicabili, deve essere inclusa tra gli obiettivi strategici ai fini del rilancio dell'economia e dell'attivazione degli investimenti.

Le coordinate da tenere presenti per riordinare la complessa materia degli appalti pubblici sono contenute nelle direttive europee del 2014, il cui principale obiettivo è di aumentare l'efficienza delle scelte dell'amministrazione garantendo, da un lato, una maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti e, dall'altro, una semplificazione delle regole e delle procedure da seguire. Ciò a vantaggio non solo dell'acquirente pubblico, che può spendere meglio le risorse assegnate, ma anche delle imprese che vengono liberate da tutti quegli oneri che rendono spesso ingiustificatamente costosa e complessa la partecipazione agli appalti e, per un altro, ne ritardano l'aggiudicazione ed esecuzione.

Nell'attività di riduzione dei vincoli che imbrigliano le stazioni appaltanti e le imprese due sono gli ambiti sui quali appare necessario intervenire: la semplificazione della normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici e la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, da attuarsi anche mediante lo sviluppo di strumenti procedurali innovativi.

In particolare, nel *primo ambito*, con riferimento alla *semplificazione delle norme*, l'Autorità suggerisce le seguenti modalità di intervento che potrebbero parallelamente essere intraprese: *i*) una proposta da percorrere nel breve periodo per affrontare la gestione dei fondi europei provenienti dal *Next Generation EU* e delle opere strategiche; *ii*) una proposta di medio periodo finalizzata a una revisione complessiva del vigente Codice dei contratti pubblici.

Nel **breve periodo**, in relazione alla spesa pubblica da finanziare mediante i fondi europei del *Next Generation EU*, l'Autorità suggerisce di prendere in considerazione la possibilità di sospendere temporaneamente l'applicazione del Codice dei contratti pubblici, introducendo una disciplina speciale riservata esclusivamente a tali procedure, in relazione alle quali troverebbero applicazione le sole norme contenute nelle direttive europee del 2014 in materia di gare pubbliche, con le dovute integrazioni laddove le disposizioni europee non siano immediatamente *self-executing*⁶³. In tal modo, sarebbe possibile superare una serie di criticità

⁶² Cfr. OECD, *Government at Glance 2017 - Size of Public Procurement*.

⁶³ Si veda, in tal senso, anche il rapporto per il Presidente del Consiglio dei Ministri, *Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022"*, Giugno 2020.

presenti nella vigente disciplina in materia di appalti pubblici, alcune delle quali saranno esaminate nel prosieguo, riducendo il c.d. *red tape*, ossia gli oneri amministrativi e burocratici imposti alle imprese e alle stazioni appaltanti che rallentano, spesso ingiustificatamente, le procedure di gara.

A titolo esemplificativo, attraverso la misura proposta, cadrebbero i limiti e le preclusioni attualmente previsti in materia di ricorso al subappalto e all'avvalimento, così come le restrizioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in materia di appalto integrato, valutazione delle offerte economiche in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esclusione delle offerte anomale, obbligo di nomina dei commissari esterni.

A fronte dell'alleggerimento degli oneri amministrativi e burocratici derivanti dalla sola applicazione delle direttive europee, non dovrebbero comunque venire meno i presidi volti a tutelare la legalità delle gare pubbliche e, in particolare, quelli volti a impedire l'infiltrazione della criminalità e la corruzione. Di conseguenza, si potrebbe ipotizzare, con riferimento alle opere da finanziare tramite i fondi del *Next Generation EU*, la costituzione di una struttura dotata delle necessarie risorse economiche, umane e tecniche per vigilare esclusivamente su tali opere. Le risorse umane e tecniche dovrebbero assicurare la complementarietà delle conoscenze al fine di garantire l'efficacia e la tempestività dei controlli, così che questa struttura possa fungere da centro di raccordo, elaborazione e diffusione delle informazioni provenienti dalle istituzioni chiamate a vigilare su profili specifici delle gare pubbliche, la cui attività fortemente complementare manca di un centro di coordinamento. A tal fine, si dovrebbe coinvolgere non solo l'*expertise* tecnica dei Ministeri e dell'Autorità nazionale anticorruzione, ma anche le specifiche competenze della magistratura (ordinaria, amministrativa e contabile), nonché le capacità investigative dei reparti che operano quotidianamente nel contrasto alla criminalità organizzata di tipo economico.

Nel medio periodo, l'Autorità suggerisce di pervenire a una revisione del Codice dei contratti pubblici improntata a una serie di principi che dovrebbero modernizzare le sue previsioni, al fine di semplificare le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici.

In tal senso si segnala, in particolare, la necessità di eliminare tutte quelle disposizioni che introducono oneri non necessari e più elevati rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, applicando in tale processo di revisione i seguenti principi:

- i) utilizzo del principio del *copy-out* dalle direttive, come già impiegato in altri Paesi europei, dando conto con rigore delle eccezioni, ammesse solo laddove necessarie a garantire specifici interessi pubblici, tra cui quello dell'apertura alla concorrenza, secondo il metodo del "*comply or explain*";
- ii) applicazione stringente del principio di proporzionalità per eventuali deroghe del divieto di *gold-plating*, così da individuare, laddove necessario, lo strumento meno restrittivo della concorrenza o oneroso per le imprese al fine di tutelare efficacemente eventuali interessi

pubblici meritevoli di garanzia; in ogni caso, con riferimento agli oneri imposti alle imprese non richiesti dalle direttive europee dovrebbe essere sempre possibile sanare la loro mancanza;

iii) riaffermazione e ampliamento del ruolo dell'autocertificazione, come strumento per la partecipazione alle gare pubbliche, intensificando il controllo *ex post* anziché *ex ante*;

iv) introduzione di misure volte ridurre il ricorso alla c.d. "burocrazia difensiva" che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, ad esempio prevedendo la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo.

Nello specifico, l'Autorità intende sin da ora evidenziare alcune previsioni vigenti che non rispondono ai principi sopra evidenziati e conseguentemente, nell'ambito della più ampia revisione del Codice dei contratti pubblici, dovrebbero essere eliminate o modificate in senso meno restrittivo.

Innanzitutto, si ribadisce⁶⁴ la necessità di rimuovere le disposizioni in materia di subappalto che contrastano con la disciplina euro-unitaria⁶⁵ e ostacolano ingiustificatamente la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, in particolare delle piccole e medie imprese (PMI). Tale partecipazione necessita di essere maggiormente favorita, anche tenuto conto del periodo di emergenza sanitaria ed economica in corso. In particolare, sarebbe opportuno: *(i)* eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; *(ii)* prevedere l'obbligo in capo agli offerenti che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; *(iii)* consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori.

Parimenti incompatibile con la disciplina euro-unitaria risulta il divieto generale ed universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto (c.d. subappalto a cascata). Tale divieto potrebbe essere eventualmente sostituito da una previsione che consenta alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati.

Per le medesime ragioni, andrebbero altresì eliminati i divieti generali e i limiti ingiustificati all'impiego dell'avvalimento, in particolare con riferimento al c.d. avvalimento a cascata, nonché l'esclusione dell'avvalimento per contratti relativi a progetti che richiedono "opere complesse".

Un ulteriore limite, che non trova fondamento in alcuna previsione normativa euro-unitaria è costituito dalla previsione relativa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa -

⁶⁴ Cfr. *AS1707 – Normativa sui limiti di utilizzo del subappalto*, del 27 ottobre 2020, in Boll. 45/2020.

⁶⁵ Cfr. Corte di giustizia, causa C-63/18, *Vitali S.p.A. c. Autostrade per l'Italia S.p.A.*.

individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo – che stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%. L’Autorità ha già evidenziato come tale previsione limiti eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un’ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e a una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti⁶⁶.

Sempre nella prospettiva di eliminare i vincoli delle stazioni appaltanti e di permettere una più attenta considerazione delle offerte economiche presentate nell’ambito di procedure pubbliche, si segnala la necessità di rivedere la disposizione che – contrariamente a quanto disposto dalle direttive e tenuto conto delle indicazioni della Corte di giustizia⁶⁷ – consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire giustificazioni.

L’Autorità auspica, inoltre, un definitivo ripensamento in merito all’obbligo generalizzato di mettere a gara opere dotate di progetto esecutivo, e non di semplice progetto definitivo, e la rimozione del divieto generale, fatti salvi i casi tassativamente indicati dal Codice, di appalto integrato.

Tale divieto ha creato, almeno nella fase iniziale, difficoltà operative per molte stazioni appaltanti, soprattutto per le Amministrazioni locali, non in possesso delle competenze tecniche per poter realizzare al proprio interno la progettazione esecutiva, con la conseguente necessità di metterla a gara separatamente rispetto all’appalto di esecuzione dell’opera, con evidente allungamento dei tempi. D’altra parte, anche quando le competenze tecniche sarebbero disponibili all’interno delle Amministrazioni pubbliche, il divieto, introdotto dal Codice, di corrispondere incentivi in caso di progettazione curata da tecnici dipendenti delle Amministrazioni pubbliche, sembrerebbe aver scoraggiato la progettazione interna.

Occorre sottolineare, al riguardo, che le direttive unionali non pongono limiti all’appalto integrato che presenta, invece, degli indubbi vantaggi in termini di semplificazione della procedura (una sola gara per due fasi, riduzione dei costi amministrativi e dei tempi di attraversamento).

La sfida sanitaria derivante dalla pandemia in corso, nonché le sfide aperte dalla digitalizzazione dei mercati dovrebbero spingere a una riflessione sul ruolo del partenariato per l’innovazione, previsto dall’attuale Codice dei contratti pubblici ma poco utilizzato nella pratica, ricercando le cause del suo sotto-utilizzo al fine sfruttarlo pienamente per la ripresa economica del Paese. Questo strumento, infatti, è pensato per rispondere a esigenze che non possono essere soddisfatte ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato ed è diretto, in particolare, a sviluppare prodotti, servizi e lavori innovativi e ad acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano.

⁶⁶ Cfr. *ASI422 - Normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti*, del 2 agosto 2017, in Boll. 32/2017.

⁶⁷ Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP SpA e Santorso Soc. coop. arl c. Comune di Torino.

Anche per il Partenariato Pubblico Privato (PPP) si auspica una rivisitazione della relativa disciplina. In un contesto caratterizzato da scarse risorse pubbliche, il PPP infatti può rappresentare una soluzione idonea a finanziare, costruire e rinnovare infrastrutture di pubblica utilità, di cui il Paese necessita per migliorare la qualità dei servizi offerti alla collettività, ridurre i divari economici territoriali, favorire la crescita e la competitività

Una revisione delle norme volta a favorire la c.d. eleggibilità del PPP (ovvero compatibilità con investimenti di *equity* degli investitori istituzionali) consentirebbe, unitamente al rispetto dei patti negoziali conclusi e alla garanzia di stabilità (per quanto possibile) della normativa in materia, di attrarre i capitali nazionali e internazionali, che finora si sono tenuti lontani dal mercato italiano del PPP proprio a causa delle previsioni normative che tendono ad identificare la figura del concessionario con quella del costruttore.

Il *secondo ambito* rispetto al quale occorre intervenire riguarda la *specializzazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione delle procedure*, che rappresentano dei requisiti necessari per rendere più efficiente l'azione amministrativa e per indirizzare la maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti verso il conseguimento di più stringenti obblighi di risultato.

L'Autorità, nell'esercizio dei propri poteri di *enforcement* e di *advocacy*, ha riscontrato, in diverse occasioni, che le distorsioni al funzionamento dei meccanismi concorrenziali possono discendere non solo dal mancato espletamento delle gare, ma anche dal non corretto disegno delle stesse.

Sul punto occorre, innanzitutto, dare attuazione alle disposizioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, la qualificazione degli operatori economici e lo sviluppo di strumenti procedurali innovativi. In tal senso, andrebbe, in particolare, adottato il decreto di fissazione degli *standard* di qualità della committenza di cui agli artt. 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, andrebbero emanati i decreti di attuazione degli artt. 41 e 44 del medesimo Codice relativi alla semplificazione delle procedure di gara svolte dalle centrali di committenza e alla digitalizzazione delle procedure. Ciò consentirebbe di aggregare la domanda dei committenti pubblici e di aumentare l'efficienza nello svolgimento delle procedure di gara sfruttando le professionalità migliori.

Va, in secondo luogo, completata la digitalizzazione degli appalti pubblici (c.d. *e-procurement*) per giungere alla costituzione di una base di dati capillare e qualitativamente elevata. La digitalizzazione dei contratti, dalla fase di programmazione fino a quella di collaudo e liquidazione delle somme dovute, consente evidenti semplificazioni delle procedure, standardizzazione delle stesse, risparmi in termini di tempi e costi, nonché il continuo monitoraggio dell'evoluzione dei contratti. A tal fine, appare necessario che tutte le informazioni inerenti ai contratti pubblici confluiscono nella piattaforma dell'ANAC, consentendo così l'avvio definitivo e la piena funzionalità della piattaforma digitale ANAC prevista dall'art. 73 del Codice dei contratti pubblici.

Poiché all'aumento di discrezionalità deve corrispondere un accrescimento degli obblighi di risultato si potrebbero prevedere dei meccanismi di premialità per le amministrazioni più efficienti basati su sistemi di misurazione dei risultati conseguiti.

Nell'ottica di riduzione dei vincoli in capo alle stazioni appaltanti e alle imprese, si propone:

- 1. la semplificazione della normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici, tramite i) una strada da percorrere nel breve periodo per affrontare la gestione dei fondi europei provenienti dal Next Generation EU e delle opere strategiche; ii) una strada di medio periodo finalizzata a una revisione complessiva del vigente Codice dei contratti pubblici, per semplificarne le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici;*
- 2. la specializzazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione delle procedure, che rappresentano presupposti necessari per rendere più efficiente l'azione amministrativa e per indirizzare la maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti verso il conseguimento di più stringenti obblighi di risultato.*

III. EFFICIENZA E QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A BENEFICIO DI CITTADINI E IMPRESE

Uno snodo cruciale per il rilancio dell'economia è dato dalla revisione del settore dei servizi pubblici locali e, più in generale, delle società pubbliche. Mercati efficienti dei servizi pubblici locali non solo possono migliorare la qualità dei servizi erogati, ma possono anche avere ricadute positive sulla competitività e lo sviluppo dei sistemi economici locali ed incidere sul livello di produttività aggregata e sulla crescita del prodotto pro capite. Eppure, i servizi pubblici locali sono tuttora erogati sulla base di un "capitalismo pubblico" che non appare generalmente idoneo ad assicurare adeguati livelli di efficienza e di qualità dei servizi. Le proposte dell'Autorità si focalizzano, come in passato, sulla necessità dell'adozione di un Testo Unico che disciplini in maniera organica le modalità di affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, di una razionalizzazione delle società pubbliche e una riduzione del ricorso allo strumento dell'*in house providing*. Quest'ultimo tema è approfondito anche con particolare riferimento al settore del trasporto pubblico locale.

* * *

A. L'esigenza di organicità della normativa sui servizi pubblici locali e l'eccessivo ricorso all'affidamento in house

In Italia, il quadro normativo in materia di servizi pubblici locali è, come noto, disaggregato e complesso: nel corso degli anni, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto di una iperproduzione legislativa, con interventi non omogenei tra loro - molti dei quali realizzati attraverso decretazione d'urgenza - dovuti anche alla necessità di armonizzare la normativa nazionale con i principi dell'ordinamento UE, di un'abrogazione referendaria, nonché di una consistente attività ermeneutica da parte della giurisprudenza, anche costituzionale.

In tale contesto, tanto la concorrenza *nel* mercato, quanto quella *per* il mercato, hanno avuto una rilevanza molto residuale, in ragione sia del controllo economico e politico che gli enti tendono a conservare su tali servizi, sia della presenza preponderante nel settore di società a partecipazione pubblica locale. Tale risultato è dovuto al fatto che tanto più ci si avvicina agli interessi locali tanto più aumentano i rischi di "cattura" del regolatore da parte del gestore. Inoltre, la presenza preponderante nel settore di società a partecipazione pubblica locale ha implicato che le gare, anche laddove sono state indette, hanno visto l'amministrazione giocare un doppio ruolo: quello di banditore e di soggetto partecipante alla competizione, con tutte le conseguenze che ciò può comportare in termini di conflitto di interessi.

In particolare, è emerso un ricorso massiccio all'affidamento *in house* a società anche prive dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla normativa, ovvero in assenza di adeguata motivazione circa la convenienza della forma di affidamento prescelta. La Corte dei Conti, nella propria *Relazione sugli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari* di fine 2019, ha sottolineato come vi sia una netta prevalenza di affidamenti *in house*, laddove le gare con impresa terza risultano pari soltanto a 878 (su un totale di 14.626 affidamenti) e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, pari a 178⁶⁸.

Posto tale scenario, l'Autorità ritiene indispensabile l'introduzione di un Testo Unico sui Servizi Pubblici Locali di interesse economico generale, volto a fornire agli operatori del settore regole chiare e certe e ad assicurarne la gestione efficiente di tali servizi⁶⁹.

Segnatamente, come più volte auspicato dall'Autorità, il riordino normativo dei servizi pubblici locali dovrebbe:

- (i) fornire una chiara nozione di servizi pubblici locali di interesse economico generale;

⁶⁸ Stante la predominanza degli affidamenti diretti - che incidono sul totale nella misura del 93% - la Corte dei Conti avverte l'esigenza di monitorare la sussistenza dei requisiti del "controllo analogo" e del "controllo analogo congiunto" nelle ipotesi di partecipazione plurima.

⁶⁹ Cfr. Audizione del Capo di Gabinetto dell'AGCM, Avv. Filippo Arena, Camera dei Deputati - Commissioni Congiunte I e V, del 13 luglio 2016, nell'ambito dell'esame dello "Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale". Il tentativo di riordinare in modo organico le disposizioni vigenti tuttavia non si è mai concretizzato, posto che, nel corso della XVII Legislatura, lo schema di decreto legislativo per l'adozione del Testo unico in questione non ha concluso l'iter di approvazione.

- (ii) prevedere una disciplina generale organica della materia, attraverso indicazione di principi generali per l'assunzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale;
- (iii) individuare chiaramente le modalità di affidamento di tali servizi, eliminando i regimi di esclusiva non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare l'efficienza e la qualità del servizio;
- (iv) per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, individuare modalità di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo;
- (v) introdurre un generale onere motivazionale rafforzato in caso di affidamento del servizio *in house*, che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, tenendo anche conto dei costi *standard* del servizio definiti dalle autorità indipendenti di settore;
- (vi) prevedere che la durata degli affidamenti sia ispirata a criteri di proporzionalità e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie;
- (vii) prevedere la netta distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi.

Considerato il quadro normativo disaggregato e complesso in materia di servizi pubblici locali, si propone l'adozione in tempi brevi di un Testo Unico sui Servizi Pubblici Locali, che disciplini in modo organico le modalità di affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale.

B. Le società a partecipazione pubblica

Il miglioramento dell'efficienza e della qualità dei servizi resi dalle partecipate pubbliche costituisce un importante tassello di una strategia volta alla promozione della competitività e della crescita economica. Il settore delle partecipate pubbliche, infatti, ha dimensioni significative sia in termini di valore aggiunto che di occupati e l'efficienza di tale comparto dell'economia incide non solo sulla finanza pubblica, ma anche sulla qualità dei servizi offerti e, dunque, sulle imprese che utilizzano i servizi in questione come *input* produttivo.

I dati più aggiornati forniti dall'Istat⁷⁰ indicano che le partecipate dal settore pubblico sono 8.510 – di cui il 53 controllate - e impiegano 924.068 addetti, circa il 5% dell'occupazione complessiva. Oltre 6.000 imprese a partecipazione pubblica operano nel settore dell'industria e dei servizi, anche se aumentano del 10,5% le partecipate pubbliche attive in altri settori. Complessivamente, al netto delle attività finanziarie e assicurative, le imprese a controllo pubblico generano oltre 56 miliardi di valore aggiunto, il 7% di quello prodotto dal settore dell'industria e dei servizi.

⁷⁰ Istat, *Le partecipate pubbliche in Italia*, Anno 2018, 20 dicembre 2020.

Negli ultimi anni il numero di imprese a partecipazione pubblica attive si è ridotto di circa il 19,7% rispetto al 2012. Rispetto all'anno precedente si registra una riduzione del 6,7% delle unità a fronte di un aumento degli addetti del 4,4%.

La riduzione del numero delle partecipate può essere ricondotta agli interventi legislativi che, nel tempo, hanno perseguito l'obiettivo di razionalizzazione di tale comparto. In particolare, l'adozione del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*, anche "TUSPP") ha dato una forte spinta a tale processo, riconducendo, per la prima volta, a un unico *corpus* normativo la disciplina delle società pubbliche, al fine di assicurare – tra gli altri – i principi di tutela e promozione della concorrenza.

Si tratta, tuttavia, di un processo che nel tempo ha perso vigore a causa di taluni interventi legislativi che hanno indebolito il disegno iniziale e delle inerzie nella fase attuativa; soprattutto a livello locale, ove si registrano resistenze e difficoltà nell'affrontare razionalizzazioni complesse e le sanzioni introdotte dal TUSPP appaiono avere un effetto limitato.

Le società attive all'inizio del decennio, le cui partecipazioni sono state dismesse, erano prevalentemente società di dimensioni ridotte (una su due aveva meno di cinque addetti e oltre un quarto era senza addetti) e caratterizzate da gestioni in perdita (in circa la metà dei casi si trattava di imprese con risultati di esercizio negativi). Al 2018, le società che avrebbero dovuto essere dismesse e che, al contrario, risultavano ancora partecipate erano prevalentemente società controllate dal pubblico, localizzate nel Mezzogiorno, con enti locali (soprattutto comuni) come soci di maggioranza relativa e con una più elevata rappresentanza di politici nei consigli di amministrazione.

A ciò si aggiunga che le società pubbliche in Italia si sono caratterizzate spesso per l'inefficienza delle loro gestioni, con un impatto negativo sulla finanza pubblica e sulla qualità dei servizi offerti, costituendo al tempo stesso un ostacolo alla concorrenza in quei settori in cui è possibile un confronto competitivo per lo svolgimento delle stesse attività. Peraltro, uno studio recente suggerisce che l'efficienza operativa e la profittabilità delle società controllate dal pubblico, rispetto a società private simili operanti nello stesso mercato, peggiora progressivamente all'aumentare del rischio di corruzione stimato a livello locale⁷¹.

Nei piani di revisione delle partecipazioni adottati dagli enti locali è emerso il mantenimento di partecipazioni in società, soprattutto *in house*, che si trovano in forti difficoltà finanziarie e che, di fatto, svolgono la funzione di "ammortizzatori sociali impropri": una risposta distorta a problemi di natura occupazionale che incidono negativamente sulla competitività del sistema produttivo e sull'efficienza della Pubblica Amministrazione.

Il mantenimento di partecipazioni in società in difficoltà finanziarie, infatti, è idoneo a determinare un doppio danno per la collettività: da un lato, comporta un danno diretto per la

⁷¹ S. Mocetti e G. Roma, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, Questioni di Economia e Finanza, Banca d'Italia Occasional Papers, Luglio 2020.

Pubblica Amministrazione tenuta a ripianare con le entrate pubbliche le perdite di bilancio provocate da una società inefficiente; dall'altro lato, l'impiego delle risorse economiche pubbliche a tal fine determina anche danni indiretti per la collettività dal momento che la Pubblica Amministrazione non potrà destinare le stesse ad altri scopi.

Dall'entrata in vigore del TUSPP, l'Autorità ha avuto modo di segnalare alcuni interventi normativi che nel tempo hanno escluso dall'ambito di applicazione del Testo Unico (o di alcune sue disposizioni) diverse società attive in regime di libero mercato e non connotate dalla finalità di raggiungere un prevalente interesse pubblico. Tali iniziative sono apparse suscettibili di alterare le dinamiche concorrenziali nei settori interessati, in totale disaccordo con i principi di tutela della concorrenza e di efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, posti alla base della riforma Madia⁷².

Inoltre, nell'analisi delle delibere di acquisto di partecipazioni pubbliche comunicate ai sensi dell'art. 5, comma 3, del TUSPP, si è potuto riscontrare un eccessivo ricorso al modello *in house*, in particolare per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

Dalle delibere in questione è altresì frequentemente emerso l'acquisto da parte degli enti locali di partecipazioni di minoranza in società interamente pubbliche, al fine di un successivo, ma eventuale, affidamento *in house* di servizi. A tale riguardo, l'Autorità ritiene che delibere di acquisizioni di questo tipo, per non risolversi in operazioni meramente finanziarie, dovrebbero contestualmente indicare sia la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti per l'affidamento *in house*, sia la motivazione analitica stabilito dall'art. 5, comma 1, del TUSPP.

Tale interpretazione è, del resto, coerente con il principio di stretta necessità delle partecipazioni per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, di cui all'art. 4, comma 1, del TUSPP, e non si pone in contrasto con la normativa di matrice euro-unitaria⁷³. Al fine di rendere chiaro siffatto principio, l'Autorità ritiene opportuno che l'art. 5 del TUSPP preveda espressamente che le delibere di acquisto di partecipazioni in società pubbliche finalizzate a successivi affidamenti *in house* (o ad affidamenti diretti, laddove consentiti), indichino contestualmente la presenza dei requisiti normativi previsti per tale forma di affidamento e diano conto della motivazione analitica richiesta dal medesimo art. 5, comma 1.

⁷² Cfr. *ASI609 – Osservazioni in merito al disegno di legge sulle partecipazioni in società operanti nel settore lattiero-caseario* del 24 luglio 2019, in Boll. 33/2019, nonché *ASI553 – Legge di bilancio 2019 - Osservazioni in merito agli articoli 41-bis e 51 del disegno di legge AC 1334* del 12 dicembre 2018, in Boll. 49/2018.

⁷³ Cfr. Corte di Giustizia UE, ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19: "l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici".

Con riferimento alle società a partecipazione pubblica, si propone di:

1. rimuovere gli interventi normativi che ingiustificatamente hanno limitato l'ambito di applicazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica e sollecitare la dismissione da parte degli enti locali delle partecipazioni in società in perdita e che non soddisfano i requisiti previsti dal TU stesso;
2. prevedere espressamente, all'art. 5 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, che le delibere di acquisto di partecipazioni in società pubbliche finalizzate a successivi affidamenti in house o affidamenti diretti, illustrino contestualmente la sussistenza dei requisiti previsti per tale forma di affidamento e la relativa motivazione analitica.

C. Gli oneri di motivazione analitica in caso di affidamento in house

Con specifico riferimento agli oneri di motivazione analitica in caso di affidamento *in house*, deve ricordarsi che l'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici⁷⁴ prevede che, in caso di affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta⁷⁴.

Detto obbligo motivazionale è stato ritenuto legittimo sia dalla Corte di Giustizia UE sia dalla Corte Costituzionale.

Secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia⁷⁵, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione ritenuto più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi deve essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE e, segnatamente dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza. L'introduzione della previsione di cui all'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, che prevede un regime speciale degli affidamenti *in house* per i contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, subordinando la scelta di tale modalità di affidamento al rispetto di determinate condizioni (nella specie, al rafforzato onere motivazionale), deve dunque ritenersi conforme con la normativa europea.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 100/2020, del resto, ha evidenziato come la norma in esame segua una direttrice pro-concorrenziale, in quanto volta ad allargare il ricorso al mercato, ed è "espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è

⁷⁴ Cfr. altresì, in caso di acquisto di partecipazioni pubbliche, il richiamato art. 5, comma 1, del TUSPP.

⁷⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2019, causa C-285/18; ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19.

costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali".

In proposito, l'Autorità sottolinea che la scelta di procedere all'affidamento diretto dovrebbe avvenire a seguito di valutazioni di carattere sostanziale ed economico che giustifichino, in concreto, la preferenza per l'affidamento *in house* rispetto alla procedura ad evidenza pubblica. Dalla prassi applicativa, emerge tuttavia come la prescritta motivazione presenti spesso formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione concreta⁷⁶.

Le ragioni di tali carenze potrebbero derivare dalla previsione contenuta nel citato art. 192, comma 2, secondo cui l'onere motivazionale deve essere assolto (soltanto) nel provvedimento di affidamento del servizio *in house*; tale previsione vanifica l'obbligo in capo alla stazione appaltante di svolgere una effettiva e concreta indagine comparativa per stabilire l'opportunità di ricorrere alla forma di affidamento *in house*.

In questa prospettiva, si ritiene necessaria una modifica legislativa che anticipi il momento di pubblicazione della motivazione ad una fase antecedente a quella dell'adozione del provvedimento di affidamento, al fine di garantire che le valutazioni rimesse alla stazione appaltante siano effettivamente ed efficacemente svolte - non risolvendosi in un mero adempimento formale *ex post* - e di consentire ad eventuali terzi interessati di inviare le proprie osservazioni, anche contestando il modello organizzativo prescelto.

In particolare, la motivazione dovrebbe essere illustrata nel momento in cui l'amministrazione decide di optare per il regime di autoproduzione rispetto a quello di esternalizzazione.

Tale motivazione dovrebbe essere finalizzata a rendere trasparenti e conoscibili agli interessati tanto le operazioni di riscontro delle caratteristiche che fanno dell'affidataria una società *in house*, quanto il processo d'individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti⁷⁷.

Nel provvedimento di affidamento del servizio l'amministrazione potrà poi ulteriormente motivare la propria decisione, tenendo conto delle osservazioni pervenute.

Si propone di modificare l'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, anticipando la pubblicazione della motivazione nel momento in cui l'amministrazione decide di optare per il regime di autoproduzione, al fine di garantire che le valutazioni rimesse all'amministrazione siano effettivamente ed efficacemente svolte.

⁷⁶ Cfr. altresì Relazione illustrativa dell'ANAC allo schema di Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'art. 192, co. 2, del d.lgs. 50/2016".

⁷⁷ Cfr. TAR Lombardia, Sez. III, sentenza n. 1781 del 3 ottobre 2016, secondo cui la relazione richiesta dall'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012, per i servizi pubblici locali, deve essere predisposta precedentemente rispetto alla determinazione della scelta del modello gestionale; il mancato rispetto di tale circostanza, "lungi dal costituire una mera omissione formale o una discrasia temporale, testimonia l'assenza di un elemento essenziale nel processo decisionale dell'ente. In altri termini e più semplicemente, non può avere alcuna concreta portata - sotto il profilo dei necessari elementi di valutazione - la relazione di cui all'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179 del 2012 predisposta quando la scelta della forma di gestione è già stata compiuta, potendo al più "giustificare" a posteriori la manifestazione di volontà".

D. L'affidamento in house nei trasporti pubblici locali

Il descritto art. 192, comma 2, del CCP non risulta applicabile al settore dei trasporti pubblici locali, in forza dell'espressa esclusione contenuta nell'art. 18, lett. a), del Codice dei contratti pubblici⁷⁸.

In proposito l'Autorità ritiene che gli obblighi di motivazione analitica circa il mancato ricorso al mercato e i benefici derivanti dalla forma di gestione prescelta dovrebbero essere espressamente previsti anche per gli affidamenti diretti e *in house* dei servizi di trasporto pubblico locale.

Del resto, per tali servizi (e per gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica), l'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, già prevede che, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

A tale riguardo, la Corte Costituzionale, nella citata sentenza n. 100/2020, ha chiarito che la disposizione in esame richiede l'indicazione delle ragioni dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il rispetto della parità degli operatori e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento., Ciò non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'*in house* invece di rivolgersi al mercato.

Considerata la necessità di rendere trasparente e conoscibile la volontà dell'amministrazione nei confronti di eventuali terzi interessati, l'Autorità ritiene dunque opportuno un intervento normativo che renda applicabile l'art. 192, comma 2, del CCP anche al settore dei trasporti pubblici locali o, alternativamente, che modifichi l'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 nel senso di prevedere che, in caso di affidamento *in house*, l'amministrazione motivi espressamente anche le ragioni del mancato ricorso al mercato e i benefici per la collettività, pubblicando la relativa relazione prima della determinazione di affidamento del servizio⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. Sentenza del TAR Liguria, 3 ottobre 2020, n. 683.

⁷⁹ Tale proposta appare compatibile anche con la pronuncia della Corte di Giustizia del 24 ottobre 2019, resa nella causa C-515/18 *AGCM c. Regione Sardegna*, secondo la quale il Regolamento CE n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia non impone un obbligo in capo all'amministrazione che intenda procedere con l'affidamento diretto di un contratto di servizio pubblico di trasporto passeggeri per ferrovia di pubblicare tutte le informazioni necessarie affinché altri operatori economici possano predisporre un'offerta idonea, né di effettuare una valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute. È la stessa Corte, infatti, che, oltre a richiamare l'obbligo di motivazione della decisione di aggiudicazione diretta, previsto all'art. 7, paragrafo 4, del Regolamento, sottolinea "che il Regolamento mira a stabilire una maggiore trasparenza per i contratti di servizio pubblico aggiudicati

In materia di trasporto pubblico locale si propone di rendere applicabile l'articolo 192, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici anche al settore dei trasporti pubblici locali o, alternativamente, modificare l'articolo 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 nel senso di prevedere che, in caso di affidamento in house, l'amministrazione motivi espressamente anche le ragioni del mancato ricorso al mercato e i benefici per la collettività, pubblicando la relativa relazione nel primo momento in cui l'amministrazione decide di optare per il regime di autoproduzione.

IV. RIMOZIONE DELLE BARRIERE ALL'ENTRATA, NUOVI INGRESSI PER STIMOLARE LA PRODUTTIVITÀ

La dinamica della produttività dell'Italia mostra un ampio divario con il resto dell'UE ed è frenata da una serie di fattori strutturali.

Il processo concorrenziale incentiva le imprese ad essere più produttive e innovative e consente la riallocazione delle risorse dai settori e dalle imprese meno produttive a quelli più produttivi.

A tal fine, è necessario rimuovere le barriere all'entrata e all'uscita che incidono sulle dinamiche di sviluppo settoriale e, dunque, sulla produttività. In particolare, la rimozione delle barriere all'entrata può dare i maggiori benefici nei settori con margini elevati, mentre la rimozione delle barriere all'uscita potrebbe andare a beneficio soprattutto dei settori nei quali sono attive numerose imprese con bassi livelli di produttività⁸⁰.

L'attuazione di tale processo richiede una rete di ammortizzatori sociali ben funzionante, un regime di insolvenza moderno ed efficiente e politiche attive del mercato del lavoro per promuovere la mobilità e la riqualificazione dei lavoratori.

Le proposte dell'Autorità coprono diversi settori:

- **le concessioni.** Come rilevato più volte dall'Autorità, ma anche dalla Commissione Europea e dal Fondo Monetario Internazionale, il regime delle concessioni in Italia spesso non rispetta i principi della concorrenza e della trasparenza e le riassegnazioni sono spesso soggette a proroghe *ex lege* ripetute. Ciò incide negativamente

direttamente e che, ai sensi del suo considerando 29, le misure di pubblicità di cui all'articolo 7, paragrafo 2, del medesimo regolamento sono dirette a consentire ai potenziali operatori di servizi pubblici di reagire".

L'obbligo di motivazione rafforzata proposto in questa sede è dunque teso a rendere trasparenti, anticipatamente, le scelte dell'amministrazione circa la forma di affidamento che intende adottare (e la relativa convenienza economica e sociale) e a consentire ad eventuali terzi interessati di fornire le proprie osservazioni, in coerenza con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, di matrice euro-unitaria, contenuti nell'art. 4 del CCP e applicabili anche ai servizi esclusi.

⁸⁰ Fondo Monetario Internazionale, *Identifying Service Market Reform Priorities in Italy*, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/02/21/Identifying-Service-Market-Reform-Priorities-in-Italy-49038>

sull'ingresso di nuovi operatori e sugli investimenti, come pure sulla gestione delle risorse limitate e sulla qualità dei servizi;

- **il commercio al dettaglio.** Come rilevato anche dalle analisi dell'OCSE e della Commissione Europea⁸¹, l'Italia è uno degli Stati membri con le maggiori restrizioni nel settore del commercio al dettaglio, sia per quanto concerne l'apertura di nuovi negozi, sia con riguardo alle regole che incidono sulle attività quotidiane dei commercianti. Una maggiore concorrenza in questo settore può contribuire in misura considerevole alla crescita economica nel lungo periodo⁸²: si tratta del principale settore economico non finanziario⁸³ e presenta significative interdipendenze con altri settori economici, quali vendita all'ingrosso e produzione, trasporti e logistica e altri servizi alle imprese;
- **il mercato libero della vendita di energia.** Si tratta di uno dei mercati in cui i prezzi sono tra i più alti dell'UE e in cui negli ultimi anni l'aumento del tasso di cambio di fornitore è correlato alla riduzione dei prezzi al dettaglio dell'energia elettrica per le famiglie. Come recentemente rilevato anche dalla Commissione europea, occorre superare le barriere alla piena competizione che derivano dai disincentivi regolamentari, dalle diseguaglianze di mercato, dagli ostacoli operativi e procedurali nonché dall'inerzia dei consumatori;
- **i fondi pensione.** L'Autorità ribadisce l'esigenza che la mobilità delle posizioni individuali sia pienamente garantita, anche evitando vincoli o condizionamenti indebiti nell'ambito della contrattazione collettiva tali da pregiudicare la piena e concreta operatività dell'istituto della mobilità tra fondi pensione;
- **la disciplina sul voto plurimo nelle società per azioni.** L'Autorità ritiene necessario evidenziare come la capacità delle imprese di competere efficacemente nei mercati in cui operano o aspirano ad entrare, dipenda anche dalle opzioni sulle quali possono contare nell'organizzazione dei modelli di gestione dell'iniziativa economica. Ciò posto, l'Autorità individua un profilo di rilievo nella disciplina dei diritti di voto nelle società per azioni, auspicando un più ampio ricorso alla categoria di azioni a voto plurimo.

⁸¹ OECD, *Economic Surveys, Italy*, <https://www.oecd.org/economy/surveys/Italy-2019-OECD-economic-survey-overview.pdf>; Commissione Europea, Documento di lavoro dei servizi della commissione, Relazione per paese relativa all'Italia 2019 Comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/2019-european-semester-country-report-italy_it.pdf#page=56&zoom=100,109,48.

⁸² Con specifico riferimento al settore del commercio al dettaglio in Italia, alcune evidenze empiriche mostrano come grandi negozi localizzati in aree provinciali molto regolamentate presentino una produttività inferiore al 3% rispetto agli stessi punti vendita localizzati in province con minori barriere all'ingresso.

⁸³ Il commercio al dettaglio è il maggiore settore dell'economia non finanziaria. Secondo gli ultimi dati Eurostat disponibili (relativi all'anno 2017) a livello dell'UE, il settore rappresenta il 4,5 % del valore aggiunto dell'economia europea e l'8,3% dell'occupazione totale. In Italia, il settore del commercio al dettaglio rappresenta il 5,6% del valore aggiunto prodotto e impiega l'8,6% della forza lavoro (codici Eurostat NAMA_10_A64 e NAMA_10_A64_E).

* * *

A. Riforma delle concessioni evitando il mantenimento dello status quo

L'Autorità ha già avuto modo, nel 2018⁸⁴, di segnalare le principali criticità concorrenziali riscontrate a seguito dell'utilizzo distorto dello strumento concessorio in molti mercati italiani⁸⁵, auspicandone un profondo ripensamento in relazione all'ampiezza, alla durata e alle modalità di subentro al concessionario presente.

In particolare, è stata sottolineata l'importanza del ricorso a modalità di affidamento competitive, soprattutto per le concessioni in scadenza o già scadute, evitando rinnovi automatici e proroghe ingiustificate; inoltre, è stato evidenziato come il perimetro delle concessioni oggetto di affidamento non dovrebbe essere ingiustificatamente ampio, dovendo piuttosto tenere conto delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta, mentre la loro durata dovrebbe essere limitata, in rapporto ad esigenze di natura tecnica, economica e finanziaria ed alle caratteristiche degli investimenti; infine, è stata suggerita l'eliminazione dei casi di preferenza per i gestori uscenti o per l'anzianità acquisita.

L'Autorità ha rilevato come un regime concessorio maggiormente coerente con i principi della concorrenza e volto a valorizzare i limitati spazi per il confronto competitivo sarebbe estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione delle infrastrutture e un'offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza; non ultimo, potrebbe contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

Nonostante quanto segnalato, nel corso del 2019 e del 2020 vi sono stati numerosi interventi che, anziché ampliare le opportunità di ingresso di nuovi operatori, hanno mantenuto ingessata la struttura di molti mercati, anche prorogando la durata delle relative concessioni. In più di un'occasione, la proroga automatica e ingiustificatamente lunga delle concessioni è stata motivata dall'impatto sociale che gli affidamenti competitivi avrebbero comportato. Una lettura che, tuttavia, sottostima largamente i costi sopportati dai soggetti esclusi e le implicazioni per la competitività.

Seppure, in una fase emergenziale come quella attuale, possa ritenersi giustificabile il ricorso a meccanismi di affidamento più rapidi e snelli, l'assenza di adeguate procedure competitive per la selezione del miglior offerente difficilmente potrebbe consentire di individuare operatori economici in grado di competere efficacemente sul mercato e di offrire il servizio qualitativamente migliore.

Le misure che meriterebbero un ripensamento da parte del legislatore sono di seguito illustrate.

⁸⁴ Cfr. segnalazione *ASI550 – Concessioni e criticità concorrenziali* del 12 dicembre 2018, in Boll. 48/2018.

⁸⁵ Nella segnalazione sono state formulate proposte puntuali di modifica della normativa vigente e raccomandazioni alle amministrazioni concedenti, nei seguenti settori: autostrade; aeroporti; distribuzione del gas; grandi derivazioni d'acqua per uso idroelettrico; concessioni portuali e marittime; concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; posteggio per commercio su aree pubbliche; poste – servizio postale universale; radiotelevisione; frequenze della banda 700 MHz per i servizi di telecomunicazione mobile (5G) e rinnovo dei diritti d'uso.

Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative

L'art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di Bilancio 2019), ha disposto la proroga di quindici anni (sino al 31 dicembre 2033) delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative⁸⁶.

L'Autorità ha più volte sottolineato che la proroga delle concessioni in esame viola i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere⁸⁷.

Le proroghe, dunque, impediscono di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure competitive.

All'uopo, si osserva che l'affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consente la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, come riconosciuto anche all'art. 1, comma 675, della legge n. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese. Peraltro, è evidente che l'incentivo all'innovazione e, quindi, alla valorizzazione del bene, è particolarmente ridotto in capo ai concessionari che beneficiano di lunghe e ripetute proroghe *ex lege*, rispetto a coloro che, interessati a fare il loro ingresso nel settore, puntano all'affidamento della concessione in sede di procedura competitiva. Infatti, ai sensi dell'art. 37 del Codice della Navigazione (R.D. n. 327/1942) l'amministrazione concedente affida la concessione al soggetto che offre maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione.

Pertanto, in un mercato in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive, esiste un'esclusiva o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve avvenire mediante procedure trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario.

L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti.

⁸⁶ Inoltre, l'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. Decreto Rilancio), ha previsto, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, la prosecuzione dell'attività in favore dei concessionari esistenti di beni del demanio marittimo.

⁸⁷ Cfr., *ex multis*, **ASI712** - Comune di Castiglione della Pescaia (GR) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative del 1° dicembre 2020, in Boll. 50/2020; **ASI714** - Comune di Latina/Estensione della durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative del 1° dicembre 2020, in Boll. 1/2021; **ASI701** - Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative del 28 luglio 2020, in Boll. 41/2020. Cfr. altresì **ASI684** - Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio del 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020.

In conclusione, la proroga del termine di durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa si pone in contrasto con gli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE (c.d. direttiva Servizi).

Tale principio è stato, da ultimo, ribadito dal TAR Toscana con sentenza n. 363 dell'8 marzo 2021 che, in conformità a quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE⁸⁸, ha espressamente affermato che *“la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara “non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento”*”, posto che *“le spiagge sono beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato, in ragione della scarsità delle risorse naturali”*. Peraltro, la proroga *ex lege* delle concessioni è illegittima anche ai sensi dell'art. 49 TFUE, nella misura in cui comporta una restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento delle imprese con sede in un altro Stato membro, in relazione ad un bene che, posta la sua valenza economica e turistica, è di evidente interesse transfrontaliero. Pertanto, il rilascio delle concessioni *“è necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità”*.

Ciò posto, va rilevato che il ricorso ingiustificato a proroghe *ex lege* di lunga durata, unitamente alla possibilità di un generalizzato ricorso alle *sub*-concessioni *ex art. 45bis* del Codice della Navigazione e alla ridotta misura dei canoni determinati secondo i criteri previsti dall'art. 3 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, è causa anche di un evidente danno per le finanze pubbliche.

All'uopo, innanzitutto osservare che, nel 2019, su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime (aventi qualunque finalità), ben 21.581 erano soggette ad un canone inferiore ad euro 2.500⁸⁹. Per lo stesso anno, l'ammontare complessivo dei canoni concessori è stato pari a 115 milioni di euro.

Quanto alle *sub*-concessioni, l'art. 45bis del Codice della Navigazione consente al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell'ambito della concessione stessa). L'attuale formulazione della norma è il risultato della modifica disposta dall'art. 10, comma 2, della legge 16 marzo 2001, n. 18, che ha soppresso le parole *“in casi*

⁸⁸ Sentenza Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15. La Corte di Giustizia ha affermato che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rientrano nel campo di applicazione della Direttiva servizi, con conseguente illegittimità della proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, in quanto ritenuta equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, che è espressamente vietato dall'art. 12 della Direttiva. Ad ogni buon fine, la Corte ha chiarito che, anche per le concessioni alle quali la Direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del TFUE osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere per finalità turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

⁸⁹ Cfr. Relazione tecnica all'art. 100 del d.l. n. 104/2020 (cd. Decreto agosto). Al riguardo, giova precisare che il comma 4 del citato art. 100 ha disposto che, a decorrere dal 1° gennaio 2021, l'importo minimo del canone annuo non può essere comunque inferiore ad euro 2.500.

eccezionali e per periodi determinati”, rendendo possibile il ricorso alla *sub*-concessione in via generalizzata e senza limiti temporali.

Fatte tali necessarie premesse, va evidenziato come le proroghe *ex lege* delle concessioni, disposte in via generalizzata e per lunghi periodi di tempo, consentono ai concessionari di ricavarne ingiustificate rendite di posizione. Invero, a causa del ridotto canone che essi versano all’amministrazione concedente, lo stesso avrà la possibilità di ricavare, tramite la *sub*-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che rifletterà il reale valore economico e l’effettiva valenza turistica del bene.

Ciò posto, è auspicabile una modifica legislativa che, in relazione alle sole concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, consenta alle amministrazioni concedenti di sfruttare appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all’esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

È, inoltre, in ogni caso auspicabile che l’art. 45*bis* del Codice della Navigazione venga riformato nel senso di reintrodurre i vincoli alla *sub*-concessione soppressi con la riforma del 2001.

Si propone di:

- 1. abrogare l’articolo 1, commi 682, 683 e 684, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, relativo alle proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e adottare in tempi brevi una nuova normativa che preveda l’immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità;*
- 2. in relazione alle sole concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, affidare anche la determinazione dei canoni concessori alla procedura competitiva per la selezione dei concessionari;*
- 3. modificare comunque l’art. 45*bis* del R.D. n. 327/1942 (Codice della Navigazione), reintroducendo le parole “in casi eccezionali e per periodi determinati”, sopprese dalla legge 16 marzo 2001 n. 18.*

Concessioni di posteggio per commercio su aree pubbliche

Con l’art. 1, comma 686, della legge di Bilancio 2019, che ha modificato il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 di recepimento della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi), l’intero settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche è stato sottratto dall’applicazione di tale Direttiva. Nonostante si tratti di attività economiche per le quali il numero dei titoli autorizzatori risulta limitato, in base alla nuova formulazione degli artt. 7, lett. *f-bis*, e 16, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 59/2010, non trovano più applicazione le disposizioni normative che imponevano di individuare i prestatori all’esito di una procedura selettiva, secondo criteri

trasparenti e non discriminatori, stabilendo una durata dei titoli autorizzatori limitata e non soggetta a rinnovo automatico (artt. 7 e 16 del d. lgs. n. 59/2010)⁹⁰.

Il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77, ha poi prorogato al 2032 le concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche in scadenza (art. 181, comma 4-*bis*), nonché previsto che eventuali posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione siano assegnati “*in via prioritaria e in deroga a qualsiasi criterio*” agli aventi titolo, senza l’espletamento di alcuna procedura ad evidenza pubblica (art. 181, comma 4-*ter*)⁹¹.

Alla luce del quadro normativo nazionale sopra descritto, che fornisce la cornice per l’attuazione della disciplina a livello regionale e locale, il settore del commercio su aree pubbliche risulta attualmente impenetrabile all’applicazione dei principi della concorrenza, costantemente richiamati dall’Autorità nei numerosi e convergenti interventi in materia, nei quali sono state più volte evidenziate le criticità concorrenziali connesse alla durata eccessivamente lunga delle concessioni e al rinnovo delle stesse senza adeguate procedure competitive o secondo criteri di preferenza dei prestatori uscenti, idonei a cristallizzare gli assetti di mercato⁹².

Al riguardo, l’Autorità ribadisce che le norme sopra richiamate sollevano seri dubbi di compatibilità con il diritto europeo⁹³. In primo luogo, l’esclusione dell’attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del d.lgs. n. 59/2010 contrasta con la puntuale individuazione dei settori esclusi da parte della Direttiva Servizi⁹⁴ che, rappresentando un’eccezione al principio di liberalizzazione, deve ritenersi tassativa. In secondo luogo, la necessità di prevedere una durata limitata della concessione e criteri di aggiudicazione trasparenti e non discriminatori costituisce un principio generale dell’ordinamento europeo,

⁹⁰ Viene anche abrogato l’art. 70 del d.lgs. n. 59/2010, che, al comma 5, demandava all’Intesa in sede di conferenza Unificata Stato – Regioni, di individuare “*anche in deroga all’art. 16 del presente decreto*”, i criteri di rilascio e rinnovo della concessione di posteggio.

⁹¹ Tali previsioni hanno trovato ulteriore conferma nei punti 6, 7 e 9 dell’Allegato A al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 novembre 2020, recante le previste Linee Guida.

⁹² Cfr., tra gli altri, *ASI335 - Affidamento delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche* del 7 dicembre 2016, in Boll. 46/2016, *ASI638 - Regione Lazio – Testo unico del commercio-durata delle concessioni dei posteggi* del 3 dicembre 2019, in Boll. 2/2020, *ASI678 - Regione Campania - Aspetti restrittivi in materia di commercio su aree pubbliche e distribuzione dei carburanti* del 10 giugno 2020, in Boll. 26/2020, *ASI684 - Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio* del 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020.

⁹³ Cfr. *ASI720 - Comune di Roma/Rilascio concessioni posteggio su aree pubbliche* e *ASI721 - Disciplina delle concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica*, entrambi del 2 febbraio 2021, in Boll. 9/2021.

Si noti, che già nel 2012, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l’illegittimità di una normativa regionale che escludeva il settore del commercio su aree pubbliche dall’ambito di applicazione dell’art. 16 del d.lgs. n. 59/2010, nella misura in cui, per non meglio specificati motivi imperativi di interesse generale, aveva escluso qualsiasi procedura di selezione nell’assegnazione delle concessioni di posteggio (sentenza 19 dicembre 2012, n. 291).

⁹⁴ Cfr. Considerando da 10 a 27 e art. 2.

volto a evitare preclusioni all'accesso al mercato e indebite restrizioni della concorrenza⁹⁵. Si tratta di principi la cui applicazione si impone in forza del primato del diritto europeo su disposizioni nazionali incompatibili⁹⁶.

Pertanto, l'Autorità ritiene che le modifiche apportate al d.lgs. n. 59/2010, le norme del Decreto Rilancio e le conseguenti determinazioni ministeriali si pongano in violazione delle norme costituzionali ed euro-unitarie poste a tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, in quanto idonee a restringere indebitamente l'accesso e l'esercizio di un'attività economica.

Si propone, in linea con la disciplina e i principi di diritto europeo a presidio della concorrenza, di:

- 1. includere l'attività del commercio su aree pubbliche nel campo di applicazione del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59;*
- 2. prevedere una durata limitata delle relative concessioni, seguendo criteri di aggiudicazione trasparenti e non discriminatori e ponderando gli effetti di lungo periodo di chiusura del mercato in seguito a provvedimenti di proroga, che dovrebbero essere rigorosamente temporanei e non eccedere comunque le reali esigenze delle amministrazioni.*

Concessioni di grande derivazione idroelettrica

La legge 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. legge di Bilancio 2018), ha trasferito alla competenza legislativa esclusiva delle Province Autonome la disciplina in materia di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, mentre il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con legge 11 febbraio 2019, n. 12, ha attribuito la materia alla competenza legislativa concorrente delle Regioni, dettando una normativa di principio e rimettendo quella di dettaglio ad apposite leggi regionali da adottare entro il 31 marzo 2020. Tale termine è stato prorogato dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. Decreto Cura Italia), al 31 ottobre 2020 e di ulteriori sette mesi per le Regioni interessate dalle elezioni amministrative regionali.

Al riguardo, l'Autorità rileva che le procedure per l'assegnazione di concessioni per grandi derivazioni idroelettriche dovrebbero essere definite dal legislatore statale in maniera unitaria su tutto il territorio nazionale. Infatti, rientra nella materia della «*tutela della concorrenza*», attribuita alla competenza legislativa esclusiva statale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., l'intera disciplina delle procedure di gara, comprensiva della tempistica, della

⁹⁵ Cfr. Direttiva (UE) n. 2014/23, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, considerando 52 e artt. 3 e 18.

⁹⁶ Tale principio ha come corollario il dovere di collaborazione degli Stati membri alla realizzazione degli obiettivi sanciti dal Trattato che li obbligano a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa e regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese.

definizione del contenuto dei bandi, nonché dell'onerosità delle concessioni messe a gara nel settore idroelettrico, in quanto volta a garantire e promuovere la concorrenza in modo uniforme sull'intero territorio nazionale⁹⁷.

La frammentazione normativa derivante dall'adozione di discipline regionali non omogenee, innalzando i costi di partecipazione alle gare, è idonea ad alterare il confronto concorrenziale, in particolar modo a danno degli operatori di minori dimensioni, nonché a creare un'artificiale compartimentazione territoriale nella produzione energetica da fonte idroelettrica, che costituisce parte del più ampio mercato nazionale della generazione elettrica.

Con specifico riguardo alla definizione delle modalità di assegnazione delle concessioni, l'Autorità auspica, innanzitutto, che venga individuata una procedura equa, non discriminatoria e trasparente come modalità ordinaria di assegnazione delle concessioni. In secondo luogo, la garanzia di massima partecipazione e di parità di condizioni tra partecipanti richiede un attento vaglio dei criteri di quantificazione dei canoni concessori e dei criteri per l'ammissione alla procedura di assegnazione, affinché non risultino ingiustificatamente gravosi in termini di requisiti tecnici ed economici, tali da costituire una barriera all'accesso non necessaria né proporzionata alla selezione di un operatore qualificato. Nello stesso senso, deve essere evitata l'introduzione di misure che possano impropriamente avvantaggiare il gestore uscente. In particolare si deve assicurare una corretta quantificazione delle somme spettanti al gestore uscente per l'eventuale utilizzo dei beni di cui all'art. 25, comma 2, del Testo Unico delle Acque (R.D. n. 1775/1933) all'atto del trasferimento del ramo d'azienda idroelettrico in favore dell'eventuale nuovo entrante⁹⁸.

Nel settore della generazione idroelettrica, si propone di:

- 1. rivedere l'attuale assetto normativo delle procedure di assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica, basato su discipline regionali, definendo viceversa procedure uniche per tutto il territorio nazionale in ossequio all'articolo 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva statale la materia della tutela della concorrenza;*
- 2. individuare come modalità ordinaria di assegnazione delle concessioni procedure eque, non discriminatorie e trasparenti, assicurando la massima partecipazione, a parità di condizioni tra i partecipanti, tramite l'adeguata quantificazione dei canoni concessori e requisiti di ammissione che non risultino ingiustificatamente gravosi né discriminatori in favore del gestore incumbent.*

⁹⁷ Cfr., *ex multis*, Corte costituzionale, sentenza n. 28/2014.

⁹⁸ A tale riguardo, sussiste, nel settore in esame, un problema di conflitto di interessi, in considerazione della frequente coincidenza, in capo a Regione o Provincia Autonoma, dei ruoli di Legislatore, Stazione appaltante e gestore uscente (sovente società partecipata direttamente o indirettamente dalla Regione o dalla Provincia Autonoma o da altri Enti locali): le Province Autonome e le Regioni devono, pertanto, evitare l'introduzione, anche surrettizia, di misure di protezione e/o agevolazione delle società dalle stesse partecipate, a maggior ragione se si tratta di gestori *incumbent*.

Obblighi per i concessionari di esternalizzare parte dei contratti affidati senza gara

L'art. 1, comma 9-bis, del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 (c.d. Decreto Milleproroghe) ha modificato il testo dell'art. 177, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, disponendo: *i)* la proroga al 31 dicembre 2021 del termine a decorrere dal quale i titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del CCP - non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica - devono affidare mediante procedure ad evidenza pubblica una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiori a 150.000 euro; *ii)* la conferma dell'obbligo per i titolari di concessioni autostradali già in essere di affidare entro il 31 dicembre 2020, mediante procedure ad evidenza pubblica, una quota pari al 60% dei propri contratti.

A tale riguardo, deve evidenziarsi che l'ulteriore proroga al 31 dicembre 2021 del termine per l'operatività dell'obbligo in capo ai concessionari di esternalizzare i propri contratti affidati senza gara rappresenta un ostacolo nuovamente posto da legislatore allo sviluppo di un mercato concorrenziale⁹⁹.

Quanto alla seconda modifica normativa che conferma, per i titolari di concessioni autostradali, la diversa percentuale del 60% dei contratti di lavori, servizi e forniture da esternalizzare tramite procedure ad evidenza pubblica, si ribadisce quanto già in passato segnalato dall'Autorità circa la necessità di equiparare tale quota percentuale a quella percentuale prevista per la generalità degli altri concessionari (80%), anche in considerazione del fatto che la quasi totalità delle concessioni autostradali è stata affidata senza procedure ad evidenza pubblica e per durate particolarmente lunghe¹⁰⁰.

Si propone l'innalzamento della quota prevista dall'articolo 177, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici per i concessionari autostradali dal 60% all'80% e si sollecita il rapido espletamento delle procedure di gara per l'affidamento delle quote.

L'accelerazione delle gare per le concessioni di distribuzione del gas naturale

La selezione del concessionario del servizio di distribuzione del gas attraverso procedure di concorrenza *per* il mercato, già stabilita dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (c.d. Decreto Letta), definisce un'occasione importante per massimizzare l'impegno del gestore negli investimenti e ottimizzare le condizioni economiche alle quali viene svolto il servizio¹⁰¹.

⁹⁹ Il termine era stato dapprima fissato a 24 mesi dalla data di entrata in vigore del CCP e poi prorogato al 31 dicembre 2020 dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32.

¹⁰⁰ Cfr. *ASI679 - Distorsioni concorrenziali derivanti da alcune previsioni contenute nel Decreto Milleproroghe* del 17 giugno 2020, in Boll. 27/2020, *ASI550 - Concessioni e criticità concorrenziali* del 12 dicembre 2018, in Boll. 48/2018, nonché Audizione del Segretario Generale dell'Autorità, Avv. Filippo Arena, Camera dei Deputati - Commissioni VIII e IX, 8 ottobre 2018.

¹⁰¹ Al netto della definizione della tariffa, che come noto viene comunque stabilita dal regolatore di settore.

Nonostante il quadro normativo per l'espletamento delle gare d'ATEM sia definito da tempo, il programma di svolgimento delle stesse è in grave ritardo: ad oggi sono state avviate solo 35 delle 177 gare previste¹⁰². L'Autorità è intervenuta più volte per sottolineare tale ritardo, invitare il governo a esercitare i propri poteri sostitutivi e suggerire modifiche alle norme esistenti volte a favorire una più rapida attuazione del programma di gare; anche alla luce dell'esperienza maturata attraverso l'applicazione della normativa *antitrust* in questo settore, intende quindi suggerire in questa sede alcune modifiche normative idonee a velocizzare il processo di predisposizione dei bandi e/o ad accrescere la partecipazione e la concorrenza attesa alle future gare.

In primo luogo, si ritiene necessario accrescere gli incentivi degli enti locali (sia le stazioni appaltanti che gli altri comuni dell'ATEM) a bandire le gare in tempi brevi, considerando che detti incentivi possono risultare affievoliti nel caso in cui gli enti locali siano proprietari della rete esistente o di una sua parte. In questo caso, infatti, la prassi attualmente in vigore prevede che per acquisire tali *asset* il gestore subentrante paghi una somma inferiore (la cd. RAB) rispetto a quella percepita dal gestore uscente per la cessione degli impianti di sua proprietà (il cd. VIR, valore di rimborso)¹⁰³. Al fine di evitare resistenze e, al contempo, incentivare l'indizione delle gare, sarebbe quindi opportuno equiparare per legge la remunerazione che i comuni possono ottenere dalla cessione degli impianti di loro proprietà a quella garantita ai gestori uscenti, integrando opportunamente l'art. 14, comma 8, del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164.

In secondo luogo, appare necessario eliminare le situazioni di conflitto di interesse che possono generarsi nei casi, non infrequenti, in cui le stazioni appaltanti risultano essere anche azionisti, spesso di controllo, delle società di distribuzione che partecipano alle gare. Al fine di evitare che situazioni simili finiscano non solo per nuocere all'effettivo dispiegarsi in gara della concorrenza per il mercato ma anche per scoraggiare la stessa partecipazione alla gara, si ritiene opportuno istituire un albo nazionale di commissari di gara. A tale albo, che avrebbe anche il vantaggio di garantire una riserva di esperti in grado di apportare una adeguata competenza tecnica e amministrativa alle commissioni di gara, si dovrebbe attingere quantomeno in casi di conflitto di interesse, al fine di garantire la terzietà delle valutazioni compiute per conto delle stazioni appaltanti. In tal senso andrebbe modificato l'art. 11 del DM 12 novembre 2011 n. 226, così come modificato con DM 20 maggio 2015, che definisce

¹⁰² Tra queste, solo cinque sono state definitivamente aggiudicate (ma due sono state impugnate al TAR), altre tredici sono state revocate, annullate o sospese e solo le restanti diciassette sono attualmente in corso, benché perlopiù ancora nelle fasi preliminari (Arthur D. Little, *Gare gas tra innovazione e transizione*, marzo 2021).

¹⁰³ L'art. 14, comma 8 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, prevede che "il nuovo gestore [...] è tenuto [...] a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari al valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore". La norma che prevede la corresponsione del VIR riguarda dunque solo il corrispettivo per gli impianti del gestore uscente e nulla dice invece in merito al valore di alienazione degli impianti di proprietà degli enti locali. L'indicazione di corrispondere a questi ultimi solo il valore delle immobilizzazioni nette di località al netto dei contributi pubblici e privati (c.d. RAB) è contenuta solo in una delle FAQ in merito alle gare d'ATEM pubblicate dal MISE sul proprio sito.

nomina e caratteristiche della commissione delle gare per l'aggiudicazione delle concessioni d'ATEM.

In terzo luogo, ai fini di una accelerazione nell'indizione delle gare, sarebbe opportuna una semplificazione di alcune delle procedure propedeutiche allo svolgimento delle stesse, anche mediante una riduzione dei casi di verifica dello scostamento tra VIR e RAB di competenza del regolatore di settore ARERA.

Da ultimo, al fine di tutelare la concorrenza effettiva in sede di gara, si ritiene indispensabile che le inevitabili asimmetrie informative tra gestori uscenti e potenziali terzi partecipanti siano minimizzate, in modo da evitare che i primi godano di eccessivi vantaggi nella predisposizione dell'offerta. Gli obblighi informativi cui sono assoggettati i gestori uscenti per predisporre dei bandi di gara sono stabiliti dagli artt. 4 e 5 del DM n. 226/2011. Nella propria esperienza applicativa l'Autorità ha verificato che la attuale definizione di tali obblighi non risulta sempre sufficientemente chiara e inequivocabile. In particolare, con riferimento ad un importante elemento informativo come la cartografia dell'impianto, che fa parte dello stato di consistenza che il gestore uscente deve fornire ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera a), del citato DM, è emerso che l'obbligo che la stessa sia fornita in formato aperto e interoperabile (e dunque effettivamente fruibile dai potenziali concorrenti), si deduce solo da un chiarimento pubblicato sul sito del MISE. Al fine di scongiurare incertezze interpretative che si potrebbero riverberare negativamente sulla predisposizione degli atti di gara, è essenziale che tale obbligo sia chiarito attraverso una adeguata modifica del predetto comma 1 dell'art. 4 del DM n. 226/2011. Più in generale, è necessario che sia fatta definitiva chiarezza su tutte le prescrizioni in materia di obblighi informativi dei gestori uscenti per le quali possano emergere dubbi interpretativi.

Sempre al fine di tutelare la concorrenza effettiva in sede di gara, e ridurre le inevitabili asimmetrie informative tra gestori uscenti e potenziali terzi partecipanti alla gara, si ritiene necessaria una modifica della normativa primaria tesa a ampliare i poteri delle stazioni appaltanti, mediante la previsione di meccanismi di penalizzazione per i distributori che non forniscano i dati richiesti.

Al fine di accelerare lo svolgimento delle gare d'ATEM per la concessione del servizio di distribuzione del gas e accrescere il livello di concorrenza nelle medesime, si propone di:

- 1. modificare l'art. 14, comma 8, del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164, prevedendo che anche gli impianti di proprietà comunale siano valorizzati a VIR, anziché a RAB, in caso di loro cessione al gestore entrante;*
- 2. modificare l'art. 11 del DM n. 226/2011, prevedendo l'istituzione di un albo nazionale di commissari di gara cui si possa attingere per la formazione delle commissioni, quantomeno nei casi in cui si palesino dei conflitti di interesse tra la stazione appaltante e i possibili partecipanti alla gara;*

3. *introdurre una casistica più ampia di situazioni in cui lo scostamento tra VIR e RAB non richiede la verifica da parte di ARERA;*
4. *specificare, al comma 1 dell'art. 4 del DM n. 226/2011, che la cartografia e le altre componenti dello stato di consistenza dell'impianto per le quali ciò sia applicabile vengano fornite in formato aperto e interoperabile, e, più in generale, evitare che residuino margini di discrezionalità o incertezza interpretativa in merito al contenuto degli obblighi informativi dei gestori uscenti nei confronti delle stazioni appaltanti;*
5. *adottare una norma di fonte primaria finalizzata a rafforzare il potere delle stazioni appaltanti nei confronti dei gestori uscenti nel raccogliere le informazioni, prevedendo meccanismi di penalizzazione per i distributori che non forniscano i dati richiesti*

B. Rimozione degli ostacoli al commercio al dettaglio

Nella *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia*¹⁰⁴ il Consiglio dell'Unione Europea sottolinea come migliori condizioni concorrenziali favorirebbero un'allocazione più efficiente delle risorse e aumenti di produttività. In tale ottica, il documento evidenzia come permangano ostacoli rilevanti alla concorrenza in alcuni settori, tra cui i servizi alle imprese e il commercio al dettaglio, in relazione ai quali la terza delle quattro raccomandazioni invita alla rimozione delle restrizioni alla concorrenza, anche mediante una nuova legge annuale sulla concorrenza.

Inoltre, nella *Relazione per paese relativa all'Italia*, pubblicata del 2020¹⁰⁵, la Commissione europea sottolinea che nessun progresso è stato compiuto nell'affrontare le restrizioni alla concorrenza, che restano elevate nel settore del commercio al dettaglio. Dall'indicatore *PMR (Product Market Regulation)* 2018 dell'OCSE e dall'indicatore di restrittività della Commissione europea (*IRR*), emerge che l'Italia è lo Stato membro più restrittivo per quanto riguarda la regolamentazione relativa alla creazione di nuovi negozi e il secondo più restrittivo con riferimento sia agli stabilimenti commerciali sia alle operazioni quotidiane dei dettaglianti.

Il rafforzamento della competitività nel settore del commercio al dettaglio può contribuire in misura considerevole alla crescita economica nel lungo periodo. Ciò in quanto, da un lato, è il principale settore economico non finanziario¹⁰⁶ e, dall'altro, presenta significative

¹⁰⁴ Consiglio (2019), *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, COM(2019) 512 final, 5 giugno 2019.

¹⁰⁵ Commissione Europea (2020), *Relazione per paese relativa all'Italia 2020 che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale europea e all'Eurogruppo, Semestre europeo 2020: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011*, SWD(2020) 511 final, 26 febbraio 2020.

¹⁰⁶ Il commercio al dettaglio è il maggiore settore dell'economia non finanziaria. Secondo gli ultimi dati Eurostat disponibili (relativi all'anno 2017) a livello dell'UE, il settore rappresenta il 4,5 % del valore aggiunto dell'economia europea e l'8,3% dell'occupazione totale. In Italia, il settore del commercio al dettaglio

interdipendenze con altri settori economici, quali vendita all'ingrosso e produzione, trasporti e logistica e altri servizi alle imprese.

Inoltre, il commercio al dettaglio è uno snodo fondamentale per assicurare che la competitività dei settori manifatturieri collocati a monte, abbia ricadute positive a valle anche sui consumatori. Uno scarso livello di concorrenza nel settore del commercio al dettaglio può vanificare i benefici, in termini di prezzi più bassi, che potrebbero essere invece garantiti da mercati manifatturieri competitivi.

In Italia è stato osservato come alcune forme di deregolamentazione del settore avviate in passato abbiano avuto delle ricadute positive, ad esempio sull'occupazione. Questo è il caso della liberalizzazione degli orari di apertura dei negozi avvenuta nel 2011, che ha aumentato l'occupazione ed il numero di punti vendita di circa il 2%¹⁰⁷.

Più in generale, una maggiore competitività nel commercio al dettaglio fornisce un valido stimolo all'economia nel suo complesso¹⁰⁸. Una ricerca della Commissione Europea ha evidenziato come negli Stati membri in cui la regolamentazione del settore è meno restrittiva la produttività del lavoro è più elevata¹⁰⁹. Quanto all'Italia, alcune evidenze empiriche mostrano come grandi negozi localizzati in aree provinciali molto regolamentate presentino una produttività inferiore del 3% rispetto agli stessi punti vendita localizzati in province con minori barriere all'ingresso¹¹⁰.

Una maggiore competitività genera effetti positivi anche per i consumatori, in termini non solo di maggiore varietà, innovazione, qualità dei prodotti e servizi offerti, ma anche in termini di prezzi più bassi. Secondo le analisi della Commissione Europea, la riduzione di un punto dell'indicatore di restrittività elaborato dall'OCSE in tale settore produrrebbe una riduzione del 7 % dei prezzi¹¹¹. La deregolamentazione riduce quindi le rendite degli operatori storici attivi nel settore. Secondo uno studio relativo all'Italia, infatti, negozi di metratura elevata localizzati in province con regolamenti che limitano fortemente l'ingresso di nuovi operatori presentano un livello di profitti mediamente superiore dell'8% rispetto agli stessi negozi situati in province che presentano contesti di mercato meno restrittivi¹¹².

Gli ostacoli normativi alla completa liberalizzazione del commercio al dettaglio

rappresenta il 5,6% del valore aggiunto prodotto e impiega l'8,6% della forza lavoro (codici Eurostat NAMA_10_A64 e NAMA_10_A64_E).

¹⁰⁷ Rizzica, L., Roma, G., Rovigatti, G. (2020), *The effects of shop opening hours deregulation: evidence from Italy*, Banca d'Italia, Temi di discussione n. 1281.

¹⁰⁸ Commissione Europea (2018), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European retail sector fit for the 21st century*, SWD (2018) 236-237.

¹⁰⁹ Commissione Europea (2018) *Background documents for the European Semester. The EU retail sector*.

¹¹⁰ Schivardi, F., Viviano, E. (2011), Entry barriers in retail trade. *The Economic Journal*, 121(551), 145-170.

¹¹¹ Commissione Europea (2018), *cit.*

¹¹² Schivardi, F., et al. già cit. Tale studio, ha stimato per l'Italia una elasticità rispetto alle barriere all'entrata di margini e produttività rispettivamente pari a -14% e +5%.

Il quadro normativo di settore è ancora soggetto a stringenti regolamentazioni, soprattutto a livello regionale e locale, che ostacolano il processo di liberalizzazione introdotto a livello nazionale dai decreti Salva Italia (d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214) e Cresci Italia (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27).

Oltre alla previsione di stringenti requisiti per l'apertura di nuovi esercizi commerciali, si riscontrano ancora, a livello locale, limitazioni all'orario di apertura dei negozi¹¹³ e vincoli ingiustificati alle vendite promozionali (<https://www.confcommercio.it/-/saldi>).

Tali restrizioni sono suscettibili di peggiorare le condizioni di offerta e la libertà di scelta per i consumatori, senza che abbiano una valida giustificazione in termini di efficienza dal punto di vista degli operatori. Piuttosto, la permanenza di ostacoli all'ingresso di nuovi operatori consente alle imprese meno efficienti di rimanere sul mercato senza recuperare il *gap* di produttività che ancora caratterizza il settore.

I vincoli all'apertura delle attività commerciali

Attualmente l'inizio di un'attività commerciale deve essere preceduto dalla presentazione della SCIA al Comune, fatto salvo il rispetto dei requisiti previsti dalle normative di settore. Attraverso il portale "impresa in un giorno" del Governo¹¹⁴ e gli sportelli SUAP¹¹⁵ a livello comunale è possibile avviare rapidamente le attività accentrando tutte le comunicazioni necessarie.

Permangono, tuttavia, una serie di complicati adempimenti che andrebbero sensibilmente semplificati e, ove non strettamente necessari, eliminati, al fine di consentire un accesso rapido al commercio, che ne limiti anche i costi di ingresso. Nella stessa ottica, sarebbe auspicabile il rafforzamento degli oneri di trasparenza e semplificazione degli enti locali, in analogia a quanto previsto dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, progetto "*P.A. semplice e connessa, semplificazione delle procedure amministrative, digitalizzazione dei processi*".

I vincoli agli orari di apertura e le chiusure settimanali dei negozi

L'art. 3, comma 1, lettera *d-bis* del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, introdotto dall'art. 31 del d.l. Salva Italia, prevede che "*le attività commerciali, come individuate dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni:*

d-bis) il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio".

¹¹³ Cfr. *AS1694 - Provincia Autonoma di Trento – Disciplina delle aperture nei giorni domenicali e festivi delle attività commerciali* del 4 agosto 2020, in Boll. 35/2020 e *AS1705 - Regione Trentino-Alto Adige - modificazioni al DPR 1017/1978 in materia di orari degli esercizi commerciali e di somministrazione di alimenti e bevande* del 30 settembre 2020, in Boll. 44/2020, nonché il disegno di legge in discussione in Parlamento per reintrodurre limiti alle aperture domenicali (DDL S. 611).

¹¹⁴ Cfr. <https://www.impresainungiorno.gov.it/web/l-impresa-e-il-comune/avvio-di-impresa-e-inizio-attivita>.

¹¹⁵ Sportello Unico Attività Produttive istituito dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

Tale norma ha tacitamente abrogato i commi 4 e 5 dell'art. 11 del d.lgs. del 31 marzo 1998, n. 114, secondo i quali: "4. *Gli esercizi di vendita al dettaglio osservano la chiusura domenicale e festiva dell'esercizio e, nei casi stabiliti dai comuni, sentite le organizzazioni di cui al comma 1, la mezza giornata di chiusura infrasettimanale.* 5. *Il comune, sentite le organizzazioni di cui al comma 1, individua i giorni e le zone del territorio nei quali gli esercenti possono derogare all'obbligo di chiusura domenicale e festiva. Detti giorni comprendono comunque quelli del mese di dicembre, nonché ulteriori otto domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell'anno*".

Tuttavia, sarebbe opportuna un'abrogazione espressa dei commi sopra citati, al fine di prevenire la perdurante introduzione, a livello locale, di vincoli e limitazioni contrarie a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lettera d-bis del d.l. n. 223/2006.

I vincoli alle vendite straordinarie

Ai fini della completa liberalizzazione delle vendite promozionali¹¹⁶, sarebbe opportuno modificare l'art. 3 comma 1, lett. f), del d.l. n. 223/2006, che recita:

"[...] le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni: [...]

f) l'ottenimento di autorizzazioni preventive e le limitazioni di ordine temporale o quantitativo allo svolgimento di vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno degli esercizi commerciali, tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti".

In particolare, l'Autorità ritiene necessario sopprimere le parole "tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti".

Quanto alle vendite di fine stagione, l'art. 15, comma 6, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114¹¹⁷, recita "Le regioni, sentite i rappresentanti degli enti locali, le organizzazioni dei consumatori e delle imprese del commercio, disciplinano le modalità di svolgimento, la pubblicità anche ai fini di una corretta informazione del consumatore, i periodi e la durata delle vendite di liquidazione e delle vendite di fine stagione".

A riguardo, l'Autorità ritiene opportuno sopprimere le parole "i periodi e la durata".

In tema di commercio al dettaglio si propone di:

- 1. promuovere un'azione di semplificazione e trasparenza a livello locale imponendo ai Comuni: (i) l'obbligo immediato di pubblicare sul SUAP i riferimenti normativi integrali relativi alle istanze di apertura dei negozi; (ii) il riordino dei regolamenti che disciplinano i diversi requisiti per l'avvio di attività di commercio al dettaglio,*

¹¹⁶ Vedi anche AS785 – *Salvaguardia saldi di fine stagione*, del 5 gennaio 2011, in Boll. 1/2011.

¹¹⁷ Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59.

eliminando quelli non necessari e proporzionati e favorendo l'inclusione, in un unico testo, di tutte le norme rilevanti;

- 2. abrogare espressamente i vincoli agli orari di apertura e alle chiusure settimanali dei negozi di cui ai commi 4 e 5 dall'art. 11 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114;*
- 3. eliminare i vincoli alle vendite promozionali, sopprimendo all'art. 3 comma 1, lettera f), del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, le parole "tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti";*
- 4. eliminare i vincoli alle vendite di fine stagione, sopprimendo all'art. 15, comma 6, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 le parole "i periodi e la durata".*

C. Eliminazione delle barriere alla realizzazione di un mercato libero della vendita di energia elettrica

In Italia, l'elevato livello di concentrazione del mercato della vendita *retail* dell'energia elettrica, con il primo fornitore che deteneva, nel 2019, quote di poco inferiori al 70% nell'offerta all'utenza residenziale¹¹⁸, comporta che i prezzi siano ancora tra i più alti dell'UE; inoltre, benché la crescita progressiva del tasso di cambio del fornitore delle utenze domestiche (14,4% nel 2019) abbia comportato, a partire dal 2015, una riduzione della quota parte del prezzo dell'energia sulla quale si esercita la concorrenza tra i fornitori nel mercato libero, la crescita delle componenti "fisse" del prezzo (costi di rete, di misura e soprattutto oneri di sistema) non ha consentito al cliente finale di apprezzare i benefici di tale concorrenza di prezzo¹¹⁹.

Inoltre, l'obiettivo di un mercato della vendita di energia elettrica realmente competitivo su base nazionale e incentrato sulla necessità di garantire ai consumatori una piena ed effettiva libertà di scelta e prezzi di fornitura basati sul mercato, come richiesto dalla Direttiva (UE) n. 2019/944, incontra in Italia ancora numerosi ostacoli.

Un recente rapporto della Commissione Europea sullo stato della liberalizzazione dei mercati *retail* dell'energia in trenta Paesi europei¹²⁰ individua per l'Italia tre principali ostacoli alla liberalizzazione del mercato elettrico derivanti dalla regolazione:

i) l'elevata incidenza della regolazione dei prezzi (a dicembre 2020 ancora riferibile al 44% della clientela domestica), peraltro con carattere discriminatorio, in quanto il c.d. servizio

¹¹⁸ Laddove il secondo fornitore detiene una quota leggermente superiore al 6%. Questi dati e quelli successivamente citati sono tratti dal documento Monitoraggio Retail ARERA 2019, www.arera.it.

¹¹⁹ Il prezzo finale dell'energia, che i consumatori percepiscono quale risultato del processo concorrenziale, è solo leggermente diminuito fino al 2017 ed è poi tornato a salire, con maggior decisione nel 2019, quale effetto di composizione fra una riduzione delle componenti di prezzo imputabili alle aziende (costi di approvvigionamento, vendita e margine di vendita, passati, per i clienti domestici, da 132 €/MWh nel 2015 a 115€/MWh nel 2019) e un aumento, fra il 2017 e il 2019, delle componenti del prezzo determinate in via regolatoria, quali i costi di rete e misura, cresciuti da 52,90 €/MWh a 62,10€/MWh e gli oneri di sistema, aumentati da 41,90 €/MWh a 56€/MWh.

¹²⁰ Napolitano, L. & Zabal, C. (2021) European Barriers in retail Energy Market Project: Italy Country Handbook, Luxembourg, publications Office of the European Union.

di Maggior Tutela può essere offerto solo da operatori verticalmente integrati nella distribuzione, e l'elevata incertezza sui tempi e modi della cessazione del regime regolato¹²¹;

ii) gli obblighi incombenti sui venditori, attraverso le bollette elettriche, di esazione dei cd. oneri di sistema, a loro non imputabili e non correlati all'offerta di energia. Tali obblighi ostacolano l'attività dei venditori, specialmente se non verticalmente integrati, e gravano, come detto, sul prezzo finale dell'energia impedendo ai consumatori finali di percepire i vantaggi del mercato libero¹²²;

iii) perduranti ostacoli alla competizione derivanti dalle difficoltà di accesso ai dati necessari per lo sviluppo di prodotti innovativi.

L'effetto di ostacolo ad una effettiva liberalizzazione della penetrante regolazione dei prezzi è determinato anche dalla importante distorsione della struttura di mercato originata dalla scelta, compiuta dal legislatore nel 2007, di attribuire in via esclusiva il servizio di Maggior Tutela ai soli venditori verticalmente integrati nella distribuzione, con conseguente elevata concentrazione, compartimentazione dell'offerta su base locale e correlate pratiche di trasferimento del relativo potere di mercato anche sul segmento non regolato. Il fornitore in Maggior Tutela, infatti, può strategicamente procedere allo "svuotamento" del proprio bacino di clienti tutelati, spostandoli sul mercato libero come clienti dell'impresa del proprio gruppo attiva su tale mercato, e ciò risulta effettivamente essersi verificato fino ad oggi¹²³.

L'Autorità ha in passato ripetutamente censurato l'adozione di continue proroghe del termine di cessazione del regime tutelato, che sono causa di perdurante incertezza per i consumatori e per gli operatori e determinano il protrarsi del processo di "svuotamento" del bacino di clienti tutelati e la conseguente cristallizzazione dei mercati, che rischiano di restare ingessati anche quando saranno completamente liberalizzati¹²⁴.

In questo contesto, la data del 1° gennaio 2023 individuata dal legislatore nazionale per la cessazione del regime tutelato per le utenze residenziali elettriche deve configurarsi, ai sensi dell'art. 5 della Direttiva n. 944/2019, quale termine ultimo del periodo transitorio consentito

¹²¹ L'originaria data di cessazione del regime tutelato per le utenze residenziali elettriche, fissata dalla Legge Concorrenza al 1° luglio 2020, è stata prorogata ben tre volte, da ultimo con la Legge 26 febbraio 2021, n. 21, di conversione del d.l. n. 183/2020 (cosiddetto "Decreto Milleproroghe") ed è fissata al 1° gennaio 2023

¹²² Detti oneri sono volti a finanziare principalmente gli incentivi per lo sviluppo della generazione da fonti rinnovabili, pertanto le misure ad essi relative saranno illustrate *infra*

¹²³ Come confermato da alcuni procedimenti per abuso di posizione dominante condotti recentemente dall'Autorità, ogni ritardo nel processo di abbandono del regime di regolazione del prezzo viene utilizzato strategicamente dagli operatori dominanti verticalmente integrati per trasferire la propria clientela tutelata su proprie offerte a mercato libero: secondo i dati prodotti dal regolatore di settore, il 60% dei clienti che passano a mercato libero sceglie infatti l'offerta del proprio ex fornitore di tutela. Agli attuali ritmi di uscita dalla maggior tutela, che dal 2017 ad oggi ha comportato ogni anno la diminuzione di cinque punti percentuali della quota dei clienti domestici serviti in regime regolato, a fine 2022 il bacino di clienti che potrà essere esposto ad una effettiva contendibilità sul mercato libero non sarà superiore al 30% del totale.

¹²⁴ Cfr. da ultimo *ASI646 - Liberalizzazione mercati della vendita di energia elettrica e gas*, del 16 febbraio 2020, in Boll. 7/2020, e *ASI709- Disciplina per l'ingresso consapevole delle piccole imprese nel mercato libero dell'energia elettrica*, del 25 novembre 2020, in Boll. 49/2020.

per un intervento pubblico di fissazione dei prezzi dell'energia elettrica ai clienti civili e alle microimprese.

Alla luce delle dinamiche di progressiva concentrazione del mercato sopra delineate, l'Autorità ritiene che sia necessario procedere, senza ulteriori ritardi, all'allocazione su diversi fornitori della clientela domestica e di microimprese che oggi è ancora servita in maggior tutela.

In tal senso potrà utilmente essere seguito il modello già adottato per il Servizio a Tutele Graduali per le Piccole e Medie Imprese, con il ricorso alle procedure di asta competitiva stabilite dal Decreto del Mise del 31 dicembre 2020, recante "*definizione delle modalità e dei criteri per un ingresso consapevole dei clienti finali nel mercato dell'energia*", pur con le opportune modifiche che tengano conto della dimensione e delle caratteristiche della clientela interessata (clientela domestica e microimprese). Saranno, pertanto, necessarie la definizione di un numero maggiore di lotti (omogenei dimensionalmente e per caratteristiche della clientela, evitando invece omogeneità territoriali che possano avvantaggiare gli *incumbent* locali) e l'imposizione di tetti *antitrust* inferiori a quelli previsti per le PMI. Gli aggiudicatari delle gare, futuri fornitori del Servizio a Tutele Graduali, dovranno subentrare immediatamente nella fornitura, garantendo alla clientela loro affidata il servizio regolato di Maggior Tutela fino alla scadenza del periodo transitorio (31 dicembre 2022): potrà essere così assicurata la tutela di prezzo prevista dal legislatore, nel rispetto del *level playing field* fra i diversi fornitori del servizio richiesto dalla Direttiva n. 944/2019.

Un ulteriore ostacolo allo sviluppo di un mercato pienamente liberalizzato della vendita di energia elettrica è rappresentato dalle barriere all'innovazione. Esemplificativi, al riguardo, sono gli ostacoli alla diffusione di soluzioni avanzate di monitoraggio dei consumi elettrici (c.d. *smart metering*).

Tali funzionalità, previste e promosse nell'ambito del d.Lgs. 4 luglio 2014, n. 102, incentivano comportamenti volti a raggiungere obiettivi di efficienza energetica, consentono lo sviluppo di servizi innovativi intermediati dallo stesso venditore di energia o da altri soggetti imprenditoriali incaricati dal cliente, determinano un maggiore coinvolgimento del cliente e possono assicurare una maggiore partecipazione della domanda al mercato dell'energia, anche a valle di fenomeni di aggregazione, con benefici per l'intero sistema. a tal fine sono richiesti contatori elettrici c.d. di seconda generazione ("2G"), diffusi progressivamente sul territorio nazionale secondo piani di installazione pluriennali predisposti dai distributori elettrici e approvati dall'Autorità di regolazione¹²⁵. L'attuazione di detti piani, iniziata nel 2017, appare tuttavia allo stato limitata ai principali distributori elettrici e non ne coinvolge la generalità, con la conseguente mancanza di omogeneità, per la clientela elettrica, delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie ai fini di una consapevole

¹²⁵ Cfr. principalmente, sulla materia, Delibere ARERA nn. 646/2016/R/eel, 222/2017/R/eel, 306/2019/R/eel, 177/2020/R/eel, 213/2020/R/eel, 278/2020/R/eel e 293/2020/R/eel.

partecipazione al mercato, e per i venditori della possibilità di formulare offerte concorrenziali su tutto il territorio nazionale.

L'Autorità ritiene quindi utile, in ausilio al processo di liberalizzazione del settore, un intervento normativo che definisca, quale obbligo generalizzato per i concessionari dei servizi di distribuzione elettrica, l'adozione di piani di sostituzione dei contatori con apparecchiature con funzionalità 2G, individuando una scadenza unica per tutto il territorio nazionale almeno per i distributori con più di 100.000 utenze.

Ai fini di uno sviluppo pienamente concorrenziale del mercato retail dell'energia elettrica, nel rispetto della normativa euro-unitaria di cui alla Direttiva (UE) n. 944/2019, e per assicurare una omogenea e completa disponibilità di dati di misura per lo sviluppo di soluzioni di offerta innovative, si propone di prevedere che:

- 1. con riguardo alla prosecuzione, fino al 31 dicembre 2022, del regime di Maggior Tutela per i clienti domestici e le microimprese, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) definisca le procedure di selezione per l'individuazione dei fornitori su base nazionale del servizio c.d. a tutele graduali per le suddette categorie di utenze, utilizzando quelle stabilite dal Decreto del Mise del 31 dicembre 2020 recante "definizione delle modalità e dei criteri per un ingresso consapevole dei clienti finali nel mercato dell'energia", previo il necessario adeguamento, alla luce delle diverse categorie di clientela interessate, della numerosità e delle caratteristiche dei lotti messi a gara nonché del numero dei lotti massimi assegnabili a ciascun operatore, sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tali procedure di selezione dovranno essere concluse dall'Acquirente Unico entro il 31 dicembre 2021 in modo da consentire entro tale data l'operatività dei fornitori individuati, i quali avranno l'obbligo di garantire alla propria clientela, fino al 31 dicembre 2022, la fornitura del servizio a condizioni di Maggior Tutela;*
- 2. tutte le imprese di distribuzione elettriche titolari di concessione sul territorio nazionale che servono più di 100.000 utenze predispongano entro il 2022 Piani per la sostituzione dei contatori con contatori 2G con funzionalità avanzate secondo le specifiche stabilite da ARERA che li approva e implementino detti piani in tempi brevi.*

D. Portabilità dei fondi pensione

In tema di previdenza complementare, l'Autorità ha in più occasioni auspicato la rimozione di quelle residue rigidità del sistema regolatorio, nella prospettiva di agevolare la mobilità dei

lavoratori e favorire una più estesa concorrenza tra i fondi pensione, anche nell'ottica di una maggiore sostenibilità di lungo periodo del settore previdenziale¹²⁶.

L'Autorità ritiene opportuno ribadire l'esigenza che la mobilità delle posizioni individuali sia pienamente garantita, anche evitando vincoli o condizionamenti indebiti nell'ambito della contrattazione collettiva. Di particolare rilievo, al riguardo, è la questione della effettiva portabilità dei contributi pensionistici, anche con riferimento alla quota a carico del datore di lavoro, in relazione alla quale il d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, contenente la disciplina delle forme pensionistiche complementari, all'art. 14, comma 6, consente ancora possibili limitazioni al diritto al versamento, nella forma pensionistica prescelta, del TFR maturando e dell'eventuale contributo a carico del datore di lavoro.

Nell'ottica di consentire il più ampio dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, appare auspicabile che il citato d.lgs. n. 252/2005 e, in generale, il quadro di regole in tema di previdenza complementare perseguano la massima espansione possibile del diritto di scelta, ad esempio garantendo la più ampia possibilità, per le varie tipologie di fondi, di raccogliere le sottoscrizioni dall'intera platea di lavoratori, anche a prescindere dalla categoria professionale di riferimento, ovvero rimuovendo ogni possibile indebita discriminazione in ordine al diritto alla portabilità, quali che siano la tipologia e la dimensione delle imprese.

Si propone una revisione dell'articolo 14, comma 6, del d.lgs 5 dicembre 2005, n. 252, in modo da eliminare le possibili limitazioni, anche in sede di contrattazione collettiva, al diritto al versamento, nella forma pensionistica prescelta, del TFR maturando, incluso l'eventuale contributo a carico del datore di lavoro, nonché la rimozione, nell'ambito del quadro di regole in tema di previdenza complementare, di indebiti vincoli residui, al fine di consentire la scelta tra la più ampia gamma possibile di strumenti di previdenza complementare e di garantire analogo diritto alla portabilità, a prescindere dalla categoria professionale dei lavoratori e dalla tipologia di imprese.

E. Modifiche alla disciplina dei diritti di voto nelle società per azioni

La capacità delle imprese di competere efficacemente nei mercati in cui operano o aspirano ad entrare dipende anche dalle opzioni sulle quali possono contare nell'organizzazione dei modelli di gestione dell'iniziativa economica.

Un profilo di sicuro rilievo riguarda la disciplina dei diritti di voto nelle società per azioni, nell'ambito della quale deve essere garantito un più ampio ricorso allo strumento delle azioni a voto plurimo.

Le azioni a voto plurimo conferiscono al titolare un maggior numero di voti in sede assembleare, in deroga alla regola generale "una azione, un voto" e costituiscono una particolare categoria di azioni che può essere creata ed emessa per scelta statutaria, a

¹²⁶ Cfr. *inter alia* ASI273 - *Disciplina e operatività dei fondi interprofessionali per il finanziamento di piani formativi aziendali* del 13 aprile 2016, in Boll. 15/2016.

differenza delle azioni a voto maggiorato che non rappresentano una categoria di azioni ma una sorta di “premio” (fino a due voti per azione), riconosciuto dallo statuto, per ciascuna azione appartenuta al medesimo soggetto per un periodo continuativo non inferiore a ventiquattro mesi (art. 127^{quinquies} del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, anche “TUF”).

Dopo un lungo periodo di assoluto divieto, il d.l. 24 giugno 2014 n. 91 (c.d. decreto Competitività, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014 n. 116) ha previsto, per le sole società non quotate, la possibilità di emettere *categorie speciali di azioni a voto plurimo*, fino a tre voti per azione (art. 2351 c.c.).

L'art. 127^{sexies} TUF vieta, invece, la possibilità di emettere tale categoria di azioni alle società quotate, che possono accedere al solo sistema delle azioni a voto maggiorato sopra citato.

Nella bozza del d.l. n. 34/2020 (cd. decreto Rilancio) era prevista l'estensione alle società quotate della possibilità di emettere azioni a voto plurimo. Tale proposta, tuttavia, è stata ritirata dal testo della riforma.

Ciò posto, si ritiene che la questione meriti di essere riconsiderata.

Le azioni a voto plurimo sono ampiamente diffuse in altri ordinamenti (come quello inglese, olandese e statunitense) nei quali rappresentano uno strumento del tutto ordinario per differenziare le posizioni degli azionisti, cui sono dunque garantiti margini di autonomia negoziale ben maggiori di quelli consentiti dalla legge italiana. In Olanda, ad esempio, pur essendo prevista, come in Italia, la regola generale per cui le azioni hanno uguale valore nominale e conferiscono uguali diritti di voto, è ammessa l'emissione di azioni dotate di *valore nominale diverso* e un certo grado di proporzionale gradazione nella distribuzione dei diritti di voto. Tale sistema ha, tra l'altro, permesso a molte società di premiare in modo diverso e anche significativo la fedeltà dei soci disposti a non disinvestire le azioni acquisite per periodi anche molto lunghi. L'impiego di questi strumenti da parte di numerose società – con il consenso delle minoranze azionarie, non necessariamente escluse da questi processi di emissione – induce a ritenere che l'introduzione di tali più flessibili meccanismi sia una misura utile all'organizzazione delle imprese.

La letteratura economica conferma che le azioni a voto plurimo possono assicurare diversi benefici.

Le azioni a più voti, infatti, rafforzando la stabilità del controllo, incentivano una gestione più attenta a una prospettiva di medio-lungo periodo, in luogo di una gestione focalizzata sul solo rendimento immediato del titolo, che rischia di essere invece incoraggiata nelle società in cui il controllo è instabile. Nelle società non ancora quotate, l'emissione di azioni a voto plurimo si ritiene adatta a favorire la futura quotazione dei titoli, mentre nelle società quotate, l'emissione di azioni di questo genere può prestarsi a favorire l'ingresso di nuovi capitali, quando gli attuali azionisti non siano in grado di affrontare da soli una nuova capitalizzazione. L'emissione di azioni a voto plurimo si può prestare anche a trattenere nella società, oltre al

nucleo di comando, gli investitori interessati all'iniziativa economica intrapresa e alle sue prospettive, ripagando questa scelta non solo in termini di rendimento, ma anche attraverso una maggiore possibilità di coinvolgimento nelle scelte di gestione.

Il disfavore con il quale da più parti si guarda allo strumento in questione dipende da fattori (quali il fatto di prestarsi ad alterare quella proporzione tra potere e rischio che tipicamente viene garantita dalla regola "un'azione per ogni voto") che ricorrono tipicamente anche in numerosi altri istituti, ampiamente utilizzati anche nel nostro ordinamento: si pensi, ad esempio, alle azioni prive del diritto di voto o a voto limitato o, ancora, ai sindacati di voto, senza considerare i molti altri accorgimenti, più o meno desiderabili e di fatto impiegati, come i meccanismi del controllo c.d. piramidale.

La corretta esigenza di prevenzione di eventuali abusi non si ottiene privando gli operatori della possibilità di impiegare determinati istituti, bensì accompagnando la loro introduzione ad adeguati meccanismi di controllo, attuati anche attraverso una concreta ed effettiva informazione del mercato in merito agli assetti proprietari e ai progetti di *business* delle imprese. L'esperienza degli anni anche più recenti evidenzia, del resto, che in assenza di strumenti più trasparenti di gradazione del peso delle azioni, come i titoli a voto multiplo o maggiorato, non è affatto infrequente il ricorso a meccanismi che, pur perseguendo il medesimo obiettivo, sono meno trasparenti e meno controllabili.

Le azioni a voto multiplo, peraltro, seppure molto usate come meccanismo di rafforzamento del gruppo di comando, si prestano ad assolvere, specialmente nella grande impresa, anche ad una funzione di fidelizzazione degli azionisti alla società e al suo progetto d'impresa.

In tale contesto, i limiti che l'ordinamento italiano continua ad esprimere nei confronti delle azioni a voto plurimo sembrano non tener conto delle esigenze che il mercato manifesta e rappresentano, per le società interessate a mantenere o aprire una sede in Italia, ostacoli non desiderabili alla libera organizzazione dell'attività economica, destinati a tradursi in costi ingiustificati che spingono le imprese a non scegliere l'Italia come propria sede o a spostare quest'ultima all'estero, come più volte accaduto anche dopo la riforma del 2014.

Il limite posto dall'ordinamento nazionale alla libertà di organizzazione dell'attività economica crea altresì un differenziale competitivo tra le imprese aventi sede in Italia e quelle aventi sede in altri Paesi in cui tali limiti non sono previsti. Si manifesta, pertanto, l'esigenza di garantire il *level playing field* per le imprese italiane, che dovrebbero essere, anche sotto questo profilo, poste in condizione di competere efficacemente anche con le straniere, senza incorrere in vincoli normativi che non siano realmente essenziali e proporzionati.

Si propone di consentire un più ampio ricorso allo strumento delle azioni a voto plurimo, i cui vincoli posti dall'ordinamento possono tradursi in limitazioni non desiderabili all'organizzazione dell'attività economica, che spingono le imprese a non scegliere l'Italia come propria sede o a spostare quest'ultima all'estero, oltre a creare un differenziale

competitivo tra le imprese aventi sede in Italia e quelle straniere che non sono soggette alle stesse limitazioni.

Le azioni a più voti, infatti, rafforzando la stabilità del controllo, incentivano una gestione più attenta a una prospettiva di medio-lungo periodo.

V. LA CONCORRENZA A SERVIZIO DELLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

La concorrenza, pur non avendo il precipuo scopo di promuovere lo sviluppo sostenibile, può contribuire, integrando gli strumenti esistenti quali la regolamentazione e la tassazione, a favorire il processo di transizione verso un modello di crescita sostenibile sotto il profilo ambientale.

La pressione concorrenziale, infatti: *i)* incoraggia le imprese a utilizzare al meglio le risorse disponibili producendo al costo più basso (efficienza produttiva), *ii)* favorisce una migliore allocazione tra imprese dei fattori di produzione, incluse le risorse naturali (efficienza allocativa); *iii)* consente di mantenere sul mercato le imprese più virtuose che adottano tecnologie più efficienti dal punto di vista energetico¹²⁷. Inoltre, la concorrenza stimola le imprese ad innovare attraverso il miglioramento di processi produttivi e la creazione di nuovi prodotti (efficienza dinamica) che limitano le emissioni di CO₂ e improntati sull'utilizzo di energia proveniente da fonti rinnovabili. Nel complesso, dunque, la concorrenza esercita un potente incentivo a utilizzare le scarse risorse del nostro pianeta in modo efficiente¹²⁸.

La transizione verso un'economia sostenibile deve essere anche guidata da un processo normativo, evitando i rischi derivanti da un irrigidimento dei mercati che può imbrigliare l'attività imprenditoriale. La concorrenza può dunque integrarsi efficacemente con una regolamentazione virtuosa.

Nella consapevolezza che non vi è un dilemma ontologico tra concorrenza e sviluppo sostenibile, le proposte dell'Autorità si concentrano soprattutto sui nodi infrastrutturali della sostenibilità, con particolare riferimento ai seguenti profili:

- **infrastrutture per la ricarica delle auto elettriche.** Lo sviluppo delle infrastrutture per la ricarica degli autoveicoli elettrici costituisce un importante presupposto per abilitare la crescita della mobilità elettrica con ricadute in termini di crescita e sostenibilità. Le proposte dell'Autorità si concentrano sulle condizioni necessarie per garantire che, nella fase di sviluppo del settore, non si creino distorsioni idonee a comprometterne l'efficiente funzionamento concorrenziale in futuro;
- **gestione dei rifiuti differenziati.** Si propongono modifiche normative volte a: eliminare ingiustificate discriminazioni tra gestore pubblico e operatori privati nella gestione dei rifiuti urbani; evitare che la nozione di gestione integrata del ciclo dei

¹²⁷ Report from the Nordic competition Authorities, "Competition Policy and Green Growth. Interaction and challenges" (2010).

¹²⁸ Nowag, J. (2020), "Sustainability and Competition Law and Policy", *OECD Background Note*.

rifiuti possa essere utilizzata impropriamente; escludere la partecipazione delle imprese di selezione alla negoziazione dell'accordo di programma tra sistemi di *compliance*, ANCI e Unione delle Province Italiane e Enti di Gestione di Ambito Territoriale;

- **impianti di incenerimento/termovalorizzatori.** La promozione della concorrenza nella filiera di gestione dei rifiuti indifferenziati difficilmente può prescindere da un'omogenea diffusione sul territorio nazionale dell'impiantistica di termovalorizzazione. A tal fine si propone una ulteriore semplificazione delle procedure autorizzative, introducendo anche meccanismi di attivazione di poteri sostitutivi in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche interessate, e la previsione di incentivazioni per le popolazioni interessate;
- **oneri di sistema.** Al fine di assicurare una maggiore trasparenza dei prezzi dell'energia elettrica e gestire adeguatamente il finanziamento delle fonti rinnovabili, l'Autorità ha proposto di eliminare il peso improprio degli oneri di sistema sulla filiera elettrica, riportando gradualmente e più correttamente nell'ambito della fiscalità generale il finanziamento delle diverse voci, tra cui quelle di incentivazione alle fonti rinnovabili, che potrebbero gravare, in modo selettivo, sul consumo di combustibili fossili nel riscaldamento e nei trasporti.

* * *

A. Mobilità sostenibile e sviluppo delle infrastrutture per la ricarica elettrica

Come emerge con chiarezza già a partire dal quadro normativo euro-unitario di riferimento e dalla sua declinazione nazionale¹²⁹, lo sviluppo della infrastrutturazione elettrica per la ricarica degli autoveicoli rappresenta un importante passo verso una mobilità sostenibile, che deve tuttavia basarsi sui principi di concorrenza dell'offerta, di neutralità tecnologica degli impianti e di interoperabilità generalizzata degli stessi.

La fotografia del settore della mobilità elettrica in Italia¹³⁰ mostra uno stadio di sviluppo ancora iniziale, ma caratterizzato da tassi di crescita estremamente elevati. A titolo esemplificativo, benché risultino a oggi circolanti in Italia solo circa 70.000 auto elettriche (a fine 2019 tali veicoli rappresentavano lo 0,1% del parco circolante), ben 30.000 di queste sono state immatricolate nei primi nove mesi del 2020. Una crescita altrettanto significativa si registra in relazione alle infrastrutture di ricarica, con 9.000 punti di ricarica pubblici o privati aperti al pubblico a fine 2019 e un'ulteriore forte accelerazione nell'anno successivo, con circa 16.000 analoghi punti di ricarica registrati ad agosto 2020. Particolare fermento si registra nell'ancora più embrionale segmento delle infrastrutture di ricarica ad alta potenza¹³¹,

¹²⁹ Cfr. Direttiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi (cd. DAFI - "Directive Alternative Fuel Initiative") e d.lgs. n. 257/2016, di recepimento della stessa.

¹³⁰ Cfr. "Smart Mobility Report 2020", Politecnico di Milano.

¹³¹ C.d. "High Power Charging" - "HPC" o infrastrutture "ultra-fast", caratterizzate da una potenza di ricarica superiore a 100 kW. Solo il 2% dei punti di ricarica attualmente esistenti in Italia è di tipo HPC.

un cui adeguato sviluppo risulta centrale nell'ottica del contenimento dei tempi necessari alla ricarica dei veicoli elettrici, elemento chiave per un reale decollo del comparto, per rendere i veicoli stessi adatti anche a percorrenze medio-lunghe.

L'Autorità osserva che uno sviluppo del settore della mobilità elettrica secondo dinamiche concorrenziali sin dalla sua fase embrionale è altamente auspicabile a beneficio dei consumatori, in termini di varietà di scelta di soluzioni per le proprie esigenze di mobilità e di ricarica, di qualità dei servizi e di prezzi competitivi, nonché a beneficio dell'intero sistema economico e della collettività.

Alcune recenti disposizioni normative nazionali hanno introdotto diverse misure finalizzate, da un lato, alla semplificazione delle procedure e all'incentivazione alla realizzazione di infrastrutture di ricarica da parte degli enti locali, dall'altro, all'introduzione di un obbligo in capo ad ARERA di regolamentare il prezzo dell'energia distribuita attraverso le infrastrutture di ricarica¹³². Da ultimo, l'art. 1, comma 697, della legge di Bilancio 2021¹³³, ha previsto l'obbligo per i concessionari autostradali di dotare le reti in concessione di un numero adeguato di punti di ricarica ad alta potenza (assicurando tempi di attesa non superiori a quelli per i veicoli a combustione) entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge.

Rispetto a tale quadro normativo e fattuale, l'Autorità auspica, in primo luogo, nell'ambito della desiderabile ulteriore incentivazione alla diffusione su larga scala di infrastrutture di ricarica pubbliche sul territorio nazionale¹³⁴, che sia posta particolare attenzione agli aspetti di neutralità tecnologica e interoperabilità degli impianti, in modo da evitare ogni possibile restrizione alla competizione tra operatori (derivante, ad esempio, da un eventuale ingessamento del mercato a favore di una determinata tecnologia di natura proprietaria e utilizzabile per la fornitura del servizio di ricarica da parte di un solo operatore).

In secondo luogo, l'Autorità intende sottolineare come sia cruciale che le pubbliche amministrazioni seguano procedure trasparenti e non discriminatorie per l'assegnazione degli spazi pubblici per l'installazione di colonnine di ricarica, atteso che si tratta di risorse scarse, al fine di evitare che un unico soggetto possa gestire tutte o gran parte delle infrastrutture su suolo pubblico in una determinata area geografica. Allo stesso modo, appare necessario che adeguate procedure competitive vengano applicate da parte di tutti i concessionari pubblici (ad esempio, concessionari autostradali), al fine di assicurare parità di condizioni tra gli operatori del settore attivi, *in primis*, nella fornitura dei servizi di installazione e gestione di infrastrutture di ricarica.

A tal fine, potrebbero essere opportunamente modificati i menzionati art. 57 (in particolare, comma 6) del D.L. 76/2020 e art. 1, comma 697, della Legge 178/2020, al fine di prevedere che l'assegnazione degli spazi e/o la selezione degli operatori per l'installazione di

¹³² Cfr. art. 57 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. "Decreto Semplificazioni", convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

¹³³ Legge 30 dicembre 2020, n. 178.

¹³⁴ Al riguardo, particolare attenzione andrebbe posta al tema della velocità di ricarica, e, dunque, la rete impiantistica dovrebbe comprendere anche un adeguato numero di infrastrutture di ricarica ad alta potenza.

infrastrutture di ricarica elettrica da parte degli enti locali e dei concessionari autostradali avvenga tramite procedure competitive trasparenti e non discriminatorie.

Sul tema dei prezzi, l'Autorità intende infine segnalare che, a maggior ragione in un contesto di completamento del processo di liberalizzazione del settore elettrico in Italia che vede l'abbandono di ogni forma di regolazione tariffaria anche nel segmento più tradizionale della fornitura di energia elettrica, il perseguimento di un livello ragionevole ed equo dei prezzi per i nuovi servizi non dovrebbe basarsi sul ricorso a tariffe regolate per questo comparto; si rappresenta, in tal senso, la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi, più concorrenziali, quale l'individuazione del prezzo dei servizi di ricarica quale parametro di competizione nell'ambito delle gare pubbliche per l'attribuzione di spazi. Più in generale, un livello ragionevole delle tariffe potrà essere garantito dalla presenza di una pluralità di operatori e da dinamiche genuinamente competitive. L'Autorità auspica, pertanto, l'abrogazione della norma richiamata (art. 57, comma 12, del D.L. n. 76/2020), coerentemente con la natura di servizi in concorrenza dei servizi di ricarica nel settore della mobilità elettrica.

Ai fini di uno sviluppo concorrenziale delle infrastrutture di ricarica elettrica per la mobilità sostenibile, si propone di:

- 1. modificare il comma 6 dell'articolo 57 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 e il comma 697 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2020, n. 178, al fine di prevedere, con riguardo alle attività delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari pubblici, l'adozione di procedure trasparenti e non discriminatorie per l'assegnazione degli spazi pubblici e/o per la selezione degli operatori per l'installazione di colonnine di ricarica, individuando il prezzo dei servizi di ricarica offerti quale parametro di valutazione ed assicurando la neutralità tecnologica e interoperabilità degli impianti;*
- 2. abrogare il comma 12 dell'articolo 57 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, in materia di regolazione tariffaria per la fornitura di energia elettrica destinata alla ricarica sia privata che pubblica.*

B. Il ruolo della concorrenza nella promozione di un'economia circolare nel settore dei rifiuti

La concorrenza ha un valore cruciale nel settore dei rifiuti nella misura in cui è idonea a garantire adeguati sbocchi di mercato a *input* produttivi che, realizzati attraverso attività di riciclo, ossia di lavorazione dei rifiuti c.d. speciali o differenziati da raccolta urbana (carta, plastica, vetro, alluminio)¹³⁵, possono sostituire *input* realizzati in materia prima vergine, con un chiaro vantaggio commerciale e di competitività dal momento che, secondo la

¹³⁵ La gestione dei rifiuti urbani rientra nelle competenze degli Enti Locali, e perciò la loro gestione è affidata attraverso le modalità tipiche della concorrenza "per il mercato"; per converso, i rifiuti speciali sono gestiti nel mercato libero, secondo criteri di specializzazione e nel rispetto della normativa tecnica di controllo.

Commissione europea, il settore manifatturiero europeo destina in media circa il 40% della spesa all'acquisto di *input* produttivi¹³⁶.

Nel complesso, la lavorazione dei rifiuti al fine di reimmetterli nei cicli produttivi, contribuisce a rendere più efficiente l'utilizzo di risorse scarse, proteggendo al contempo le imprese dalle fluttuazioni dei prezzi delle *commodities*. Inoltre, l'attività di riciclo promuove la concorrenza dinamica, dal momento che è idonea a favorire l'innovazione e lo sviluppo di nuove filiere nelle quali i rifiuti vengono trasformati in *input* produttivi per l'industria manifatturiera, soprattutto se alle filiere industriali a monte giungono precisi segnali per un progressivo miglioramento del tasso di riciclabilità¹³⁷. In Italia, sulla base dei dati Eurostat, il tasso di riutilizzo di beni già impiegati nei cicli produttivi è stato pari, nel 2019, a circa il 19%¹³⁸, un livello superiore alla media europea e al valore registrato in paesi come la Germania.

L'economia circolare - a cui le attività di avvio a riciclo contribuiscono sia attraverso la riduzione dell'utilizzo di risorse naturali quali *input* produttivi sia tramite la riduzione dei rifiuti da smaltire - è potenzialmente in grado di aumentare il PIL di un ulteriore 0,5% entro il 2030, creando circa 700 mila nuovi posti di lavoro¹³⁹. Appare, pertanto, essenziale che tutte le fasi della gestione dei rifiuti assicurino dinamiche competitive in grado di innescare i positivi benefici sopra indicati.

Al riguardo, ai fini di un pieno sviluppo dell'economia circolare di cui possa beneficiare uniformemente l'intero paese, permangono una serie di criticità importanti, in parte connesse alla mancata piena applicazione del principio di concorrenza, il cui è espressamente previsto nel Testo Unico dell'Ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, anche "TUA"), come di recente novellato con il recepimento della Direttiva (UE) n. 2018/851.

Come noto, la fase della raccolta viene svolta in regime di privativa su base locale, spesso mediante affidamenti *in house providing*. Rispetto al corretto utilizzo di tale modalità di affidamento del servizio si rinvia a quanto già argomentato in ordine ai requisiti richiesti dalla legge in capo al fornitore e all'onere motivazionale che ricade sull'ente pubblico che procede all'affidamento (cfr. *supra*).

¹³⁶ Commissione Europea (2020), *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*. COM(20)98 final.

¹³⁷ A questo riguardo, in Italia il potenziale stimolo all'innovazione che potrebbe derivare dalle attività di trasformazione dei rifiuti non è ancora adeguatamente sfruttato, considerato che il numero di brevetti legati ad attività di riciclo sono stati nel 2016 soltanto pari a 14, un dato decisamente inferiore rispetto a quello registrato da paesi come Germania e Francia dove il numero di brevetti sale rispettivamente a 67 e 36 unità. Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/CEI_CIE020_custom_355163/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=2f9c5749-a486-4dbe-8cd9-974884540f79.

¹³⁸ Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/CEI_SRM030_custom_354994/bookmark/table?lang=en&bookmrkId=c6638243-2f7f-4256-b2fd-6a5159b4b68a.

¹³⁹ Cfr. Cambridge Econometrics, Trinomics e ICF (2018), *Impacts of circular economy policies on the labour market*, Rapporto per la Commissione Europea.

Il settore è caratterizzato da una struttura industriale estremamente disomogenea, in cui sono presenti alcune migliaia di operatori, tanto pubblici che privati, la maggioranza piccoli o piccolissimi, e pochi grandi player, prevalentemente *multiutilities* a partecipazione pubblica. L'auspicabile obiettivo di una dimensione media efficiente di impresa non può tuttavia essere perseguito mediante improprie estensioni delle private, di natura orizzontale o verticale, del servizio di raccolta dei rifiuti urbani.

Sotto il primo profilo, si osserva che il d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, ha modificato la definizione dei rifiuti urbani, introducendo in tale categoria la nozione di c.d. "rifiuti simili" merceologicamente a quelli domestici, e riaffermando la piena libertà delle attività economiche che producono rifiuti "simili" di affidarne la raccolta e l'avvio a recupero e/o a smaltimento al di fuori della gestione del servizio pubblico. Tanto premesso, si osserva che la nuova formulazione del comma 10 dell'art. 238 del TUA (*Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani*), nel prevedere in questi casi l'esclusione *dalla corresponsione della componente tariffaria rapportata alla quantità dei rifiuti conferiti*, stabilisce la necessità di stipulare con il gestore pubblico o con l'operatore privato prescelto un accordo contrattuale con una durata minima quinquennale stabilita *opé legis*. Tale previsione appare tuttavia discriminatoria per i gestori privati, in quanto, mentre è possibile rientrare nella gestione pubblica in ogni momento e, quindi, anche prima del decorso dei cinque anni, non è consentito il contrario; al fine di non ostacolare la concorrenza tra i diversi operatori (privati e pubblico) del servizio di raccolta e avvio a recupero dei rifiuti estendendo impropriamente la privativa delle gestioni pubbliche, si ritiene quindi necessaria l'eliminazione della durata minima quinquennale dell'accordo.

Con riguardo al perimetro di affidamento del servizio sotto il profilo verticale, si osserva che la nozione di "gestione integrata del servizio" viene spesso utilizzata impropriamente, ampliando il novero delle attività lungo la filiera che vengono ricomprese nella privativa senza verificare l'effettiva sussistenza di un rischio di fallimento di mercato per tali attività. Si tratta, in particolare, della tendenza, già censurata in passato dall'Autorità¹⁴⁰, ad affidare insieme alle attività di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento e recupero delle diverse frazioni della raccolta urbana, anche le attività di smaltimento, recupero e riciclo, tipicamente svolte in regime di mercato; ciò anche mediante una impropria attribuzione di titolarità esclusiva in capo al gestore delle suddette frazioni. Sul punto, appare necessario prevedere che la gestione integrata debba essere affidata e svolta nel rispetto del principio di concorrenza, e non possa comportare improprie monopolizzazioni dei mercati concorrenziali a valle, quali quelli del recupero e smaltimento.

Come noto, le fasi successive a quelle di raccolta, consistenti nella selezione e avvio a recupero dei materiali differenziati, possono essere gestite dall'affidatario del servizio, sia effettuando *in proprio* la gestione di tali rifiuti, provvedendo a proprie spese alle fasi del trattamento e incassando i ricavi della vendita dei rifiuti sul mercato ai riciclatori, sia avvalendosi dell'attività dei consorzi di avvio al riciclo e recupero (cd. sistemi di *compliance*

¹⁴⁰ ASI432 – Regione Emilia Romagna – gestione dei rifiuti urbani, del 6 settembre 2017, in Boll. 39/2017.

all'EPR - *Extended producer responsibility*) che, per conto dei produttori e utilizzatori consorziati (gravati dagli obblighi di *responsabilità estesa del produttore* - EPR), gestiscono tali rifiuti finanziandosi con i contributi ambientali percepiti dai consorziati e con i ricavi della vendita dei materiali avviati al riciclo.

Con riguardo in particolare al corretto funzionamento della filiera di recupero e riciclo per un pieno sviluppo dell'economia circolare e, segnatamente, all'avvenuta effettiva apertura al mercato dei servizi di *compliance* all'EPR per i produttori di imballaggi¹⁴¹, si osserva che la normativa, alla luce del presupposto per cui ciascun consorzio debba poter disporre della quota parte di rifiuti riconducibili all'immesso al consumo dei propri consorziati, ha modificato i meccanismi che CONAI ha sviluppato e applicato finché era l'unico consorzio esistente¹⁴². Sul punto, l'Autorità ritiene tuttavia improprio che l'*accordo di programma quadro* (o di comparto) introdotto dalla novella dell'art. 224 del TUA includa, oltre a tutti i sistemi di *compliance* (consorzi di filiera, CORIPET ed eventuali nuovi consorzi), l'ANCI, l'Unione delle province italiane (UPI), gli Enti di gestione di Ambito territoriale ottimale, anche le associazioni rappresentative dei centri di selezione (CSS). Ciò in quanto detti soggetti sono in competizione tra loro per la fornitura dei propri servizi ai sistemi di *compliance* o direttamente ai gestori della raccolta, e non risulta opportuno, quindi, che vi sia alcuna definizione concordata delle condizioni economiche e/o di servizio applicate.

Più in generale, infine, si osserva che l'assegnazione alle piattaforme di selezione dei rifiuti differenziati da raccolta urbana dovrebbe avvenire secondo meccanismi competitivi, sia nel caso in cui il gestore decida di amministrare per proprio conto i rifiuti raccolti, sia nel caso in cui i rifiuti siano conferiti ai sistemi di *compliance* all'EPR. Tutte le imprese di selezione

¹⁴¹ In passato, il CONAI (Consorzio Nazionale Imballaggi) e i consorzi di filiera ad esso afferenti per i diversi materiali (COREPLA (plastica), COREVE (vetro), COMIECO (carta e cartone), CIAL (alluminio), RICREA (acciaio), RILEGNO (legno) hanno costituito per anni l'unico sistema di assolvimento degli obblighi di responsabilità estesa del produttore. L'Autorità ha ripetutamente sostenuto la necessità di superare questo assetto, rendendo effettiva la possibilità, normativamente già prevista dal TUA (cfr. art. 221, comma 5) di concorrenza fra diversi *compliance scheme*, in ragione delle migliori *performance* di settore, anche con riguardo al raggiungimento degli obiettivi ambientali. La concorrenza tra sistemi di *compliance* all'EPR nei confronti dei produttori rappresenta un fattore costitutivo del corretto funzionamento del meccanismo di EPR anche ai fini degli obiettivi di tutela ambientale: la concorrenza fa sì che il corrispettivo/contributo ambientale richiesto a ciascun produttore sia il più vicino possibile al costo di avvio a riciclo e recupero degli imballaggi che questi ha immesso al consumo, incentivandolo dunque a sviluppare e adottare imballaggi maggiormente eco-compatibili, vale a dire con il minimo costo di avvio a riciclo e recupero. Da inizio 2020, grazie anche all'intervento dell'Autorità (cfr. procedimento A531, provv. n. 28430 del 27 ottobre 2020, si è assistito ad una concreta apertura alla concorrenza del mercato per l'avvio al riciclo e recupero dei rifiuti urbani differenziati della plastica, con l'ingresso sul mercato di un nuovo consorzio di produttori di bottiglie in plastica in CPL PET a uso alimentare, per cui ad oggi per questi prodotti esiste una possibilità di scelta ai fini dell'adempimento degli obblighi di responsabilità estesa del produttore

¹⁴² Tale sistema era basato storicamente sulla stipula (ai sensi dell'art. 224 del TUA) di un accordo quadro quinquennale fra CONAI e ANCI contenente i principi comuni per tutte le filiere, cui si affiancavano per ogni filiera i relativi allegati tecnici di individuazione dei corrispettivi per il servizio di raccolta spettanti ai gestori nonché delle modalità di consegna dei rifiuti oggetto di convenzionamento per i gestori aderenti. Nel settore della plastica, in particolare, il consorzio di filiera COREPLA stipulava altresì periodicamente accordi con le associazioni rappresentative dei circa 30 impianti di selezione della plastica (cd. CSS) distribuiti sul territorio nazionale, prevedendo la tipologia di prestazioni da questi fornite al consorzio e la remunerazione delle stesse.

presenti sul mercato dovrebbero essere poste in grado di competere sul prezzo e sulla qualità dei servizi offerti al gestore o all'ai sistemi di *compliance* all'EPR con procedure eque, trasparenti e non discriminatorie.

Al fine di promuovere l'introduzione di una maggiore concorrenza nella filiera di gestione dei rifiuti, in modo da favorire il perseguimento degli obiettivi conseguenti alla diffusione dell'economia circolare, si propone di:

- 1. Modificare l'art. 238, comma 10, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, eliminando la durata minima quinquennale prevista per gli accordi che le utenze non domestiche devono stipulare con il gestore pubblico o con l'operatore privato per la raccolta e l'avvio a recupero dei propri rifiuti;*
- 2. prevedere che le attività di gestione integrata dei rifiuti urbani affidate in via esclusiva non ricomprendano anche le attività di recupero e smaltimento disponibili in regime di libero mercato; nell'assegnazione delle frazioni raccolte, il gestore affidatario deve utilizzare procedure competitive, che non favoriscano le proprie controllate e/o collegate;*
- 3. modificare le norme che prevedono la partecipazione delle imprese di selezione alle negoziazioni per la definizione dell'accordo di programma quadro (o di comparto) tra tutti i sistemi di compliance (consorzi di filiera e sistemi autonomi riconosciuti), l'ANCI, l'Unione delle province italiane (UPI) e gli Enti di gestione di Ambito territoriale ottimale.*

C. Lo sviluppo dell'impiantistica per una gestione efficiente e concorrenziale del ciclo dei rifiuti indifferenziati

I principi euro-unitari e nazionali in materia di gestione dei rifiuti, come noto, perseguono contestualmente gli obiettivi della drastica diminuzione della loro produzione (c.d. "prevenzione") e della progressiva riduzione dello smaltimento in discarica, quale modalità residuale alla quale far ricorso solo laddove non sia possibile impiegarne altre più efficienti (ovvero il riutilizzo dei beni divenuti rifiuti e il riciclo delle materie derivanti dal trattamento degli stessi). Pur a fronte della prevista riduzione delle quantità di rifiuti indifferenziati derivante dal crescente sviluppo della raccolta differenziata, una corretta gerarchia nella gestione dei rifiuti richiede, dunque, la dotazione di una adeguata impiantistica che consenta di privilegiare ogni forma di recupero, anche energetico, dei rifiuti indifferenziati, rispetto alla soluzione peggiore dal punto di vista ambientale dello smaltimento in discarica.

Secondo l'ultimo censimento effettuato da ISPRA¹⁴³, in Italia lo smaltimento in discarica interessava nel 2019 ancora una quota significativa del totale dei rifiuti urbani, pari al 21%, ben superiore quindi all'obiettivo del 10% al 2035 introdotto dalla recente Direttiva (UE) n. 850/2018; alla stessa data, risultavano complessivamente operativi 656 impianti per il

¹⁴³ ISPRA, "Rapporto Rifiuti Urbani", edizione 2020.

trattamento e lo smaltimento dei rifiuti urbani¹⁴⁴, di cui solo 37 impianti di incenerimento/termovalorizzatori (“TMV”)¹⁴⁵, caratterizzati peraltro da una distribuzione sul territorio nazionale particolarmente disomogenea.

Da ulteriori dati raccolti dalla stessa Autorità nel corso dell’anno 2019¹⁴⁶ risulta una situazione di particolare pressione sulla capacità di termovalorizzazione esistente sul territorio nazionale, che nel 2018 ha sperimentato una percentuale media di utilizzo pari a circa il 90%. Complessivamente, i dati disponibili fotografano una situazione in Italia, ancora oggi, di rilevante *gap* impiantistico¹⁴⁷, soprattutto nelle aree del centro e del sud del Paese, che non riescono a trattare tutto il rifiuto urbano residuo raccolto, che viene quindi in parte destinato a impianti localizzati al Nord o all’estero.

Tale situazione appare generare diverse criticità concorrenziali, in quanto non consente, in una fase a valle della raccolta, relativa ad attività da svolgersi in regime di libero mercato, l’esplicarsi di stimoli competitivi idonei a promuovere il raggiungimento dell’efficienza allocativa, non permette un’adeguata valorizzazione economica dei rifiuti, con attivazione di ulteriori filiere (es. nel caso dei TMV, produzione di energia elettrica), e vale a definire un eccessivo potere di mercato in capo ai pochi impianti esistenti, con un possibile incremento dei costi di complessiva gestione dei rifiuti urbani e maggiore spesa per i cittadini.

Anche tenuto conto dei rinnovati obiettivi ambientali che il settore dovrà perseguire alla luce del nuovo pacchetto di direttive sull’economia circolare, l’Autorità auspica, previa una valutazione aggiornata del fabbisogno impiantistico, l’adozione di politiche volte a incentivare un celere sviluppo infrastrutturale nelle aree geografiche a oggi sotto-dotate, per una distribuzione più equilibrata della capacità di termovalorizzazione sul territorio nazionale. L’Autorità è consapevole che i principali ostacoli alla realizzazione degli impianti in questione non derivano da considerazioni di maggiore o minore redditività dell’attività, quanto piuttosto dalla complessità dell’*iter* autorizzativo cui sono sottoposti e dalla ostilità spesso mostrata dalla popolazione e dagli stessi enti locali nei confronti di tali opere (c.d. *sindrome “nimby”*). Tuttavia, l’Autorità non ritiene opportune né utili incentivazioni ottenibili mediante eventuali forme di regolazione tariffaria¹⁴⁸. In primo luogo, in quanto la fase della

¹⁴⁴ Di questi, oltre ai TMV, 345 impianti sono dedicati al trattamento della frazione organica (c.d. FORSU), 130 sono impianti per il trattamento intermedio di tipo meccanico o meccanico-biologico (TM o TMB), 131 sono discariche e 13 sono impianti industriali che effettuano il co-incenerimento dei rifiuti urbani.

¹⁴⁵ Tutti gli impianti effettuano il recupero energetico, principalmente sotto forma di produzione di energia elettrica. Di contro, la produzione di energia termica, effettuata per lo più in assetto cogenerativo su base stagionale, risulta circoscritta a soli 12 impianti, tutti localizzati nel Nord del Paese.

¹⁴⁶ Cfr. procedimento istruttorio n. I/831.

¹⁴⁷ Il dimensionamento del fabbisogno impiantistico nazionale è stato definito, per quel che concerne la termovalorizzazione, dal D.P.C.M. 10 agosto 2016, emanato in attuazione del comma 2 dell’art. 35 del D.L. n. 133/2014 (c.d. “Sblocca Italia”). Il menzionato art. 35 ha altresì disposto che, per tali impianti, il c.d. “principio di autosufficienza” operi su un ambito nazionale, per favorire una gestione il più possibile efficiente del ciclo dei rifiuti anche nelle more del necessario adeguamento impiantistico.

¹⁴⁸ Con il documento per la consultazione 713/2018/R/RIF, l’Autorità di regolazione ha presentato i primi orientamenti in materia tariffaria per il settore dei rifiuti, individuando tra gli obiettivi prioritari anche l’adeguamento infrastrutturale, attraverso l’introduzione di opportuni incentivi tariffari. Nella successiva

filiera non appare soffrire di fallimenti del mercato che giustifichino interventi regolamentari sui prezzi. In secondo luogo, perché tali interventi non sarebbero produttivi degli effetti voluti, in considerazione della permanenza delle richiamate barriere all'accesso al mercato.

Piuttosto, si ritiene che misure meno distorsive e più efficaci possano risiedere, da un lato, nella previsione di una ulteriore semplificazione delle procedure autorizzative previste per la realizzazione di tali impianti, di cui al Testo Unico Ambiente, ad esempio mediante l'attivazione di poteri sostitutivi in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche interessate, un maggiore ricorso a forme di autocertificazione, nonché tempistiche certe per la conclusione dei procedimenti per la relativa autorizzazione; dall'altro, nella definizione di meccanismi di incentivazione e/o compensazione non tanto a vantaggio degli investitori, quanto delle popolazioni e degli enti locali interessati.

Per un funzionamento più concorrenziale ed efficiente della filiera della gestione dei rifiuti indifferenziati l'Autorità auspica il potenziamento della dotazione impiantistica in modo da conseguire una omogeneità sul territorio nazionale e propone di:

- 1. modificare il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i. (in particolare, art. 237-quinques e ss.) introducendo opportune misure di ulteriore snellimento burocratico degli iter autorizzativi, prevedendo nell'ambito di ogni fase autorizzativa un maggiore ricorso a forme di autocertificazione e la certezza delle tempistiche per la conclusione dei procedimenti anche mediante l'attivazione di poteri sostitutivi in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche interessate;*
- 2. prevedere, in via normativa, adeguate incentivazioni e/o compensazioni per le popolazioni e gli enti locali interessati dagli sviluppi impiantistici di termovalorizzazione, senza che siano introdotte improprie estensioni della regolazione di prezzo ad attività che possono essere garantite dal mercato.*

D. Oneri di sistema

Come noto, al fine di migliorare la sostenibilità ambientale della generazione di energia elettrica, nel tempo sono stati concessi cospicui incentivi economici alla produzione da fonti rinnovabili, che in gran parte sono stati finanziati attraverso l'imposizione di una apposita voce ("oneri generali di sistema") a carico degli utenti finali dell'energia elettrica. L'incentivazione della generazione da fonti rinnovabili ha consentito lo sviluppo di tale attività, permettendo al nostro paese di essere in linea con gli obiettivi posti dagli accordi internazionali in termini di quota minima di produzione da fonti rinnovabili da raggiungere al 2020.

Nel sistema italiano, l'obbligazione del sovvenzionamento degli oneri di sistema, ad oggi costituiti per circa il 70% dalla spesa per il sostegno alle energie rinnovabili, è posta a carico

Delibera n. 443/2019, la specifica definizione dei criteri per la fissazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento è demandata a successivi provvedimenti, ancora da emanarsi.

degli utenti finali come voce di spesa nella bolletta elettrica. A partire dal 201,5 detti oneri hanno avuto un ammontare stabile quantificabile in circa 14-15 miliardi di euro annui, arrivando a pesare all'incirca tra un quinto e un quarto sul totale della bolletta¹⁴⁹. L'incidenza sulla bolletta elettrica di una imposizione volta a finanziare gli incentivi alla produzione da fonti rinnovabili è peraltro significativa in tutti i Paesi europei e l'analisi dei dati disponibili sulle *performance* di questi ultimi nel raggiungimento progressivo degli obiettivi di diffusione al 2020 delle fonti rinnovabili mostra la necessità di detti finanziamenti¹⁵⁰.

La modalità di imposizione ed esazione degli oneri adottata in Italia, così come in numerosi altri Paesi, ha tuttavia comportato che tale risultato sia stato raggiunto al prezzo di importanti e crescenti ostacoli alla concorrenza nel mercato al dettaglio dell'energia elettrica. Infatti, benché l'obbligazione al pagamento degli oneri ricada sull'utente finale, l'ammontare di oneri di sistema dovuto dai clienti di ciascun venditore è integralmente fatturato dal distributore al venditore come parte del corrispettivo che il venditore deve pagare in quanto utente della rete locale gestita dal distributore. A sua volta, quest'ultimo versa a GSE e CSEA l'intero valore degli oneri di sistema calcolato sul numero totale degli utenti finali e sul totale del loro consumo. Il meccanismo di esazione previsto, anche in considerazione della connessa esigenza dei venditori di prestare costose garanzie ai distributori per l'inadempimento ai propri impegni che ricomprendono, come detto, anche la corresponsione del 100% degli oneri fatturati ai clienti finali, ha determinato nel tempo crescenti difficoltà finanziarie di molti venditori, il cui effetto restrittivo dal punto di vista concorrenziale, risulta aggravato dalla contestuale presenza sul mercato di venditori integrati nella distribuzione. Inoltre, detti oneri, non connessi ai costi di produzione del servizio, esibiscono una tale rilevanza assoluta in bolletta da oscurare i vantaggi di prezzo ottenibili grazie allo sviluppo di un mercato concorrenziale, impedendo alla domanda di percepire e apprezzare appieno le conseguenze positive del passaggio al libero mercato.

Il crescente peso delle risorse che è necessario reperire al fine di garantire la sostenibilità ambientale della generazione elettrica non appare dunque più compatibile con un loro finanziamento attraverso la imposizione degli oneri di sistema all'interno della bolletta elettrica, in primo luogo a causa delle gravi conseguenze negative che tale soluzione comporta per la concorrenza nei mercati elettrici al dettaglio, distorcendo la struttura dell'offerta e alterando i segnali di prezzo. Si tratta, peraltro di una conclusione cui sono già giunti anche altri importanti Paesi come la Spagna e la Germania, nei quali sono in fase avanzata le iniziative legislative volte a spostare gli oneri di sistema dalla bolletta elettrica ad altre fonti di finanziamento.

¹⁴⁹ Relazioni Annuali ARERA, anni 2010-2019.

¹⁵⁰ Con poche eccezioni, soltanto i paesi che hanno imposto il pagamento quantomeno di più di un quarto della bolletta per i clienti domestici per finanziare in primo luogo lo sviluppo delle fonti rinnovabili sono riusciti a rispettare i propri impegni al 2020. Eurostat, *Electricity Prices (May 2020)* e *Renewable Energy Statistics (December 2020)*.

L'Autorità ritiene quindi che, al fine di garantire che la sostenibilità della generazione elettrica sia compatibile con un pieno sviluppo del mercato *retail* della vendita di energia elettrica, sia necessario eliminare il peso improprio degli oneri di sistema sulla filiera elettrica, per riportare più correttamente il finanziamento delle diverse voci, fra cui quelle di incentivazione alle energie rinnovabili, a meccanismi di fiscalizzazione mediante l'emanazione di una specifica normativa. Sul punto, l'Autorità sottolinea altresì l'opportunità di considerare, anche sulla scorta di rilevanti esperienze estere, modelli di finanziamento degli oneri di sistema che vadano a gravare, in modo selettivo, sul consumo di combustibili fossili nel riscaldamento e nei trasporti, in modo da conseguire contestualmente obiettivi concorrenziali e ambientali.

Ciò posto, l'Autorità suggerisce, laddove lo si ritenesse necessario al fine di contemperare l'esigenza di sollevare tempestivamente la filiera elettrica dagli oneri di sistema e quella di reperire una significativa mole di finanziamenti nell'ambito della fiscalità generale attraverso imposizioni selettive a carico delle attività inquinanti, che il passaggio dal modello attuale a quello futuro possa avvenire con una opportuna gradualità, in modo da consentire a tutti gli operatori un progressivo adeguamento al nuovo scenario disegnato per la riscossione degli oneri necessari al raggiungimento degli obiettivi ambientali.

Nell'immediato, il percorso di riforma del sistema potrebbe iniziare eliminando dalla bolletta gli oneri non connessi a obiettivi di sviluppo ambientalmente sostenibile e di contrasto alla povertà energetica: le componenti relative alla copertura dei costi connessi allo smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, nonché la copertura del regime tariffario speciale riconosciuto alla società RFI per i consumi di energia elettrica relativi ai servizi ferroviari su rete tradizionale. L'Autorità ritiene che alla copertura di tali oneri possa provvedersi mediante trasferimenti dal bilancio dello Stato.

Inoltre, sempre nell'ottica di assicurare un passaggio graduale verso il modello futuro sopra suggerito, alla copertura degli oneri potrebbe provvedersi con almeno una parte del gettito derivante dalla vendita all'asta delle quote di emissione di CO₂. Tale gettito attualmente confluisce nel bilancio dello Stato e dovrebbe, secondo quanto previsto dalla normativa europea, essere destinato, tra l'altro, alla copertura della spesa necessaria per ridurre le emissioni di gas serra e per promuovere l'utilizzo delle fonti rinnovabili. A tal fine, una parte dei proventi derivanti dalle aste CO₂ potrebbe essere trasferita alla Cassa per i servizi energetici e ambientali (CSEA), che si troverebbe dunque a gestire i fondi derivanti dal bilancio dello Stato per destinarli alla copertura degli oneri, come già avvenuto durante il primo periodo dell'emergenza sanitaria in corrispondenza delle misure volte ad alleviare il peso degli oneri di sistema per alcune categorie di consumatori.

Si propone di procedere ad una riforma del finanziamento per le energie rinnovabili che escluda gli oneri di sistema dalla bolletta elettrica e contempli viceversa forme di fiscalizzazione coerenti con il perseguimento di principi ambientali, prevedendo dunque che tali oneri gravino, in modo selettivo, sul consumo di combustibili fossili nel

riscaldamento e nei trasporti e ricorrendo, se necessario, ad una opportuna gradualità nella attuazione della riforma.

In una prima fase, si propone che alcune voci oggi impropriamente rientranti tra gli oneri di sistema (costi per lo smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, regime tariffario speciale riconosciuto alla società RFI) siano eliminate dai costi in bolletta e si provveda alla relativa copertura finanziaria con il bilancio dello Stato; nonché il trasferimento dal bilancio dello Stato alla CSEA di almeno una parte del gettito derivante dalla vendita all'asta delle quote di emissione di CO₂, affinché la CSEA la utilizzi per finanziare in misura corrispondente gli oneri di sistema.

VI. TUTELA DELLA SALUTE E CONCORRENZA

L'eccezionale pressione cui è sottoposto il Servizio Sanitario Nazionale - SSN a causa della pandemia Covid-19 rende necessari interventi volti ad aumentare l'efficienza, in modo da conciliare, per tale via, l'incremento della domanda di cure sanitarie con i vincoli del finanziamento pubblico. Una migliore allocazione delle risorse, evitando sprechi, consente, infatti, di indirizzare la spesa pubblica per la sanità verso la costruzione di un sistema in grado di far fronte ad eventi drammatici e di ampissima portata, come quello in corso, garantendo non solo una risposta adeguata alle esigenze di cura, ma anche elevati livelli di qualità dell'assistenza.

Dal rapporto OCSE 2020 *"Health at Glance"* emerge che l'Italia ha un'incidenza percentuale della spesa sanitaria sul PIL pari all'8,7% (a fronte di un valore medio EU dell'8,3%), con un'incidenza della spesa pubblica per il 6,4% e di quella privata per il restante 2,3%. Si registra tuttavia una distanza più consistente rispetto agli investimenti destinati all'assistenza sanitaria in Stati come la Germania (11,7% del PIL), la Francia (11,2%) o la Svizzera (12,1%). La spesa sanitaria pro capite nel nostro Paese è stata pari a 2.473 euro nel 2019 (a fronte di una media Ocse di 2.572 euro) e a valori di 3.644 euro e 4.504 euro, rispettivamente in Francia e in Germania.

Per quanto riguarda i dati sull'andamento della spesa sanitaria nel tempo, l'Italia è uno dei pochi paesi in Europa ad aver tagliato la spesa sanitaria nel periodo 2008-2013, per tornare a farla crescere – sia pure limitatamente – soltanto a partire dal 2014. Di contro, quasi tutti gli altri Stati non hanno mai ridotto gli investimenti destinati all'assistenza sanitaria.

Poiché un rafforzamento del sistema sanitario e della tutela della salute richiede il passaggio da un approccio basato sui tagli della spesa pubblica ad uno ispirato ad un utilizzo efficiente della stessa, l'Autorità suggerisce l'adozione di misure che garantiscano una maggiore apertura all'accesso delle strutture private all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN. Una più intensa integrazione tra pubblico e privato può, infatti, consentire di soddisfare meglio la crescente richiesta di assistenza e di protezione dei cittadini, senza tagli alla spesa sanitaria.

Strettamente connessi al tema della salute pubblica sono anche gli interventi riguardanti il settore farmaceutico, che riveste un ruolo importante nel perseguire obiettivi di miglioramento dello stato di salute della popolazione e che è stato investito in misura consistente dalle politiche di contenimento della spesa pubblica.

Si suggeriscono in particolare, i seguenti interventi:

- **servizio sanitario.** L'Autorità segnala l'opportunità di adottare iniziative in grado di aumentare l'offerta di servizi sanitari e la loro efficienza: *i)* eliminando gli ostacoli che limitano l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN, attualmente vincolato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari; *ii)* riformando il sistema di accreditamento; *iii)* prevedendo selezioni periodiche regionali ed adeguatamente pubblicizzate; *iv)* garantendo un'informazione piena sulle *performance* delle strutture pubbliche e private, per consentire alla domanda una scelta consapevole tra le strutture disponibili e promuovendo, dunque, la loro efficienza;
- **settore farmaceutico.** Le proposte dell'Autorità si concentrano sulla promozione di un contesto regolamentare che: *i)* faciliti la comparabilità, anche nelle procedure di gara, tra farmaci biologici aventi le stesse indicazioni terapeutiche; *ii)* permetta di incrementare il potere negoziale della domanda, con particolare riferimento ai farmaci che possono rientrare nella classe C "non negoziata"; *iii)* con riferimento agli obblighi di assortimento dei medicinali da parte dei grossisti, permetta di rimodularli su soglie quantitative flessibili basate sulla domanda espressa dal territorio, in modo consentire forme più efficienti e flessibili di organizzazione imprenditoriale, continuando a garantire la disponibilità di farmaci sul territorio. Ulteriori proposte sono altresì volte a rimuovere i vincoli esistenti con riferimento alle procedure di registrazione dei medicinali equivalenti prima della scadenza del brevetto, nonché ad incentivare la realizzazione di farmaci galenici.

* * *

A. Servizio Sanitario

Per garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico, si ribadisce la necessità di un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie.

Nel settore sanitario, l'apertura alla concorrenza deve, infatti, essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta di medici, assistiti e terzo pagante, consente l'allocazione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa.

Purtroppo in l'Italia la riforma in senso concorrenziale del sistema sanitario sconta gravi ritardi dovuti all'eterogeneità dei meccanismi di implementazione del sistema da parte delle regioni.

Nell'ottica di eliminare gli ostacoli che limitano la libertà di iniziativa economica delle strutture sanitarie private si segnala la necessità di modificare l'art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502¹⁵¹ prevedendo che l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN sia svincolato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari. Sempre in tale ottica andrebbero modificati anche gli artt. 8-quater e ss. del d.lgs. n. 502/1992, al fine di riformare il sistema di accreditamento al SSN delle strutture private eliminando il regime di accreditamento provvisorio (comma 7, secondo cui *"l'accREDITAMENTO può essere concesso, in via provvisoria, per il tempo necessario alla verifica del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati"*), attraverso la previsione di una norma generale che disponga l'obbligo di accreditamento definitivo da parte delle Regioni per le nuove strutture sanitarie o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti. L'Autorità auspica, in secondo luogo, che il sistema di convenzionamento delle imprese private operi su base selettiva, non discriminatoria, periodica e trasparente. A garanzia di un accesso equo e non discriminatorio degli operatori privati al circuito del SSN, dovrebbe essere inserita nell'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992 una norma che preveda selezioni periodiche regionali, adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati ed alla conseguente eventuale razionalizzazione della rete in convenzionamento.

Al fine di favorire la scelta del luogo di cura da parte degli utenti, si rende altresì necessario incrementare l'informazione disponibile sulle *performance* delle strutture pubbliche e private, in termini di efficienza gestionale e di qualità del servizio, procedendo a rendere ampiamente disponibili i bilanci delle ASL e delle strutture private e i dati sugli aspetti qualitativi del servizio (es. lunghezza delle liste di attesa per le prestazioni presso le diverse strutture pubbliche dello stesso territorio), nonché sugli aspetti relativi all'attività medica svolta¹⁵². Tali informazioni potrebbero orientare la domanda verso le strutture più efficienti, creando di fatto una concorrenza fra strutture pubbliche ovvero fra strutture pubbliche e private convenzionate.

Per garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e riconoscere una maggiore tutela alla libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico, si ribadisce la necessità di un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie. In particolare, si propone di:

¹⁵¹ Recante: *"Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"*.

¹⁵² Al riguardo, non appare sufficiente quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013 in tema di trasparenza, considerato che esso si limita a prevedere la pubblicazione di informazioni circa i tempi di attesa ed è stato abrogato l'obbligo di pubblicare *"i risultati delle indagini di customer satisfaction"*, prima previsto dall'art. 35, comma 1, lett. n) (cfr. art. 30 del d. lgs. 97/2016).

1. *modificare l'art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, prevedendo che l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN sia svincolato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari;*
2. *modificare gli artt. 8-quater e ss. del d.lgs. 30 dicembre, n. 502, al fine di riformare il sistema di accreditamento al SSN di strutture private eliminando il regime di accreditamento provvisorio;*
3. *a garanzia di un accesso equo e non discriminatorio degli operatori privati al circuito del SSN, inserire nell'art. 8-quinquies del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 una norma che preveda selezioni periodiche regionali, adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati ed alla conseguente eventuale razionalizzazione della rete in convenzionamento;*
4. *incrementare l'informazione disponibile sulle performance delle strutture pubbliche e private, in termini di efficienza gestionale e di qualità del servizio, al fine di orientare la domanda verso le strutture più efficienti.*

B. Interventi nel settore farmaceutico

Misure volte ad incrementare la competitività delle gare pubbliche per l'acquisto dei farmaci

L'obiettivo fondamentale della riduzione del costo delle cure dei farmaci più costosi, specie quelli biologici utilizzati in ambito ospedaliero, con conseguente aumento dell'accessibilità alle stesse da parte dei pazienti, potrebbe essere più agevolmente raggiunto in presenza di un contesto regolamentare che faciliti l'intercambiabilità tra farmaci e la loro comparabilità a fini terapeutici, contribuendo così all'ampliamento del confronto competitivo tra medicinali differenti in sede di gare pubbliche.

L'art. 15, comma 11-*quater*, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modifiche dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, affronta il tema del rapporto tra farmaci biologici e farmaci biosimilari. La norma stabilisce che “[l]’esistenza di un rapporto di biosimilarità tra un farmaco biosimilare e il suo biologico di riferimento sussiste solo ove accertato dalla European Medicine Agency (EMA) o dall’Agenzia italiana del farmaco, tenuto conto delle rispettive competenze. Non è consentita la sostituibilità automatica tra farmaco biologico di riferimento e un suo biosimilare né tra biosimilari. Nelle procedure pubbliche di acquisto per i farmaci biosimilari non possono essere posti in gara nel medesimo lotto principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche”.

L’Autorità ha da sempre ritenuto necessario promuovere le dinamiche competitive nel mercato dei farmaci biologici, dal momento che questi pesano in maniera significativa sulla spesa sanitaria pubblica¹⁵³, in particolare attraverso lo stimolo all’uso dei cd biosimilari, come

¹⁵³ Tra il 2012 e il 2017, il fatturato globale dei farmaci biologici è cresciuto del 57%, fino a raggiungere i 267 miliardi di dollari, e ha mantenuto un tasso di sviluppo che ha costantemente superato quello delle molecole di sintesi chimica. Sempre a livello globale, i farmaci biologici sono passati dall’ 8% in termini di quota di mercato nel 2012 ad una crescita pari all’ 11% nel 2017. Cfr. IQVIA, *Farmaci biologici e biosimilari. Scenari*

strumento in grado di ampliare la platea dei pazienti che possono accedere ai farmaci biologici e di contribuire alla sostenibilità dei sistemi sanitari europei¹⁵⁴.

L'Autorità ritiene opportuna l'adozione di una disciplina che faccia leva, anche nel caso dei farmaci biosimilari con principi diversi, sul criterio dell'equivalenza terapeutica, la quale deve tuttavia essere declinata tenendo conto delle specificità che caratterizzano questa tipologia di medicinali. In merito all'assimilazione di composti biologici occorre, infatti, tenere a mente che essendo i farmaci biologici dei composti complessi prodotti a partire da un organismo vivente o da esso derivati, non si può parlare di vera e propria "equivalenza" terapeutica, più correttamente riferibile soltanto ai farmaci a sintesi chimica, ma piuttosto di sovrapponibilità. Ciò detto, tuttavia, l'esperienza clinica dimostra che vi sono ipotesi concrete di sovrapponibilità terapeutica tra alcune tipologie di biosimilari. Pertanto, il terzo periodo del comma 11-*quater* appare eccessivamente e ingiustificatamente restrittivo nel vietare in maniera assoluta la messa gara nel medesimo lotto di farmaci biosimilari con principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche. Come già riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, appare possibile contemperare l'obiettivo di tutela della salute dei pazienti con quello di riduzione del costo delle cure attraverso la realizzazione di gare pubbliche per l'acquisto dei farmaci biosimilari che mettano in concorrenza tra loro anche principi attivi differenti, commercializzati per le medesime indicazioni terapeutiche, sulla base di motivate e documentate decisioni sulla sovrapponibilità terapeutica previamente espresse dall'AIFA ai sensi dell'art. 15, comma 11-*ter*, del richiamato d.l. 6 luglio 2012, n. 95¹⁵⁵. Nell'ottica di un incremento della competitività nelle gare pubbliche si ritiene, dunque, che la citata previsione di cui all'art. 15, comma 11-*quater* vada abrogata in maniera da far confluire il tema dell'equivalenza terapeutica dei farmaci biologici nella disciplina generale di cui all'art. 15, comma 11-*ter*, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95¹⁵⁶.

terapeutici e stima del risparmio per il Sistema Sanitario italiano, 2018. Già nel 2016 - in IMS, *Delivering on the Potential of Biosimilar Medicines. The Role of Functioning Competitive Markets*, 2016 -, si affermava che entro il 2020 il mercato mondiale dei farmaci biologici avrebbe raggiunto un valore di 390 miliardi di Dollari, pari al 28% del mercato farmaceutico totale.

¹⁵⁴ V. le segnalazioni dell'Autorità **AS819** - *Nuove disposizioni in materia di farmaci biosimilari*, del 16 marzo 2011, in Boll. n. 11/2011 e **AS1049** - *Disciplina speciale di alcune gare per la fornitura di farmaci*, del 15 maggio 2013, in Boll. n. 21/2013. V. QuintilesIMS, *The Impact of Biosimilar Competition in Europe*, 2017. V. anche IMS, *Delivering on the Potential of Biosimilar Medicines. The Role of Functioning Competitive Markets*, 2016, dove si stimava che il risparmio complessivo per i primi cinque sistemi sanitari europei e per quello americano derivante dalla competizione dei farmaci biosimilari con quelli *originator* avrebbe potuto superare i 50 miliardi di dollari nel periodo che andava dal 2016 al 2020 e raggiungere la cifra di 110 miliardi di dollari, a seconda delle politiche che sarebbero state adottate da ogni singolo sistema sanitario. Da ultimo v. IQVIA, *White Paper, The Impact of Biosimilar Competition in Europe*, dicembre 2020.

¹⁵⁵ V. Tar Pescara, sent. del 1° aprile 2016, n. 113, Tar Puglia, sent. Del 1° febbraio 2019, n. 154.

¹⁵⁶ L'art. in questione recita: "*nell'adottare eventuali decisioni basate sull'equivalenza terapeutica fra medicinali contenenti differenti principi attivi, le Regioni si attengono alle motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia italiana del farmaco*".

Si propone di eliminare il divieto assoluto, nelle procedure pubbliche di acquisto per i farmaci biosimilari, di mettere in gara nel medesimo lotto principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche, laddove l'AIFA si sia espressa nel senso di una loro equivalenza dal punto di vista terapeutico.

Misure volte a contenere il prezzo dei farmaci e ad aumentare il potere negoziale del soggetto pubblico nel processo di contrattazione dei farmaci

I farmaci ad uso umano sono classificati in base al loro regime di rimborsabilità, che distingue i medicinali in commercio in base al soggetto che sopporta la relativa spesa: il SSN o il paziente¹⁵⁷. I farmaci classificati in fascia C sono a totale carico del paziente e sono distinti tra farmaci con obbligo di prescrizione medica e senza obbligo di prescrizione medica, i quali a loro volta si distinguono in farmaci con accesso alla pubblicità al pubblico (*Over the Counter* o OTC) e quelli per cui non è consentita la pubblicità (*Senza Obbligo di Prescrizione* o SOP). In relazione ai farmaci di fascia C con obbligo di prescrizione, l'AIFA svolge un'azione di monitoraggio sui prezzi, che possono essere aumentati solo ogni due anni (anni dispari) e con incrementi non superiori all'inflazione programmata, mentre il prezzo dei farmaci senza obbligo di prescrizione è stabilito liberamente dal produttore. La fascia C è una classe ampia ed eterogenea, che include anche farmaci che in taluni casi risultano essenziali: ad esempio, come già rilevato dall'Autorità nell'indagine conoscitiva sui vaccini del 2015, molti dei vaccini commercializzati in Italia rientrano tra i farmaci di fascia C, pur essendo tali prodotti prevalentemente destinati al soddisfacimento di una domanda pubblica espressa dalle strutture del SSN e le cui spese sono interamente a carico dello Stato¹⁵⁸. La fascia C include altresì tutti i medicinali per i quali l'AIFA non raggiunga un accordo di prezzo con le imprese produttrici, e ciò anche laddove il farmaco sia di potenziale interesse terapeutico per il SSN. Al riguardo, merita considerare come la sostanziale libertà di determinazione dei prezzi dei farmaci inclusi in classe C afferisca a prodotti che, in virtù delle specifiche dinamiche industriali che caratterizzano questo segmento di mercato, sono talvolta commercializzati in regime di monopolio, senza alcuna reale alternativa di mercato. Ciò conferisce alle imprese produttrici un potere di mercato esercitabile senza particolari vincoli, grazie alla libertà di prezzo che caratterizza questa classe farmaceutica e all'assenza di un adeguato bilanciamento del potere di mercato da parte della domanda pubblica.

Inoltre, merita considerare come il d.l. 13 settembre 2012 n. 158 (cd. Decreto Balduzzi), convertito con modifiche in legge 8 novembre 2012 n. 189, abbia mutato la disciplina delle

¹⁵⁷ L'art. 8, commi 10 e 14, della legge n. 537/1993 individua le seguenti fasce (o classi) di rimborsabilità: a) fascia A: farmaci essenziali e per malattie croniche, interamente a carico del SSN, forniti attraverso le farmacie territoriali o le strutture sanitarie pubbliche (distribuzione diretta); b) fascia H: farmaci di uso ospedaliero, a carico del SSN, utilizzati in ospedale o in strutture sanitarie; c) fascia C: farmaci a totale carico del paziente, distinti tra farmaci con obbligo di prescrizione medica e senza obbligo di prescrizione medica, i quali a loro volta si distinguono in farmaci per patologie di lieve entità e con accesso alla pubblicità al pubblico (OTC) e quelli per cui non è consentita la pubblicità (SOP).

¹⁵⁸ V. AGCM, *IC50 - Indagine conoscitiva sui vaccini per uso umano*, dell'11 maggio 2016, in Boll. 18/2016.

procedure di autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) e di classificazione dei farmaci, prevedendo che si possa presentare domanda di classificazione e definizione del prezzo solo dopo il rilascio dell'AIC. In tal modo, detto Decreto ha distinto la fase di autorizzazione alla commercializzazione dalla fase di classificazione del farmaco, che in precedenza costituivano momenti di uno stesso procedimento. Ai sensi dell'art. 12 del Decreto "[...] l'azienda farmaceutica interessata può presentare all'AIFA la domanda di classificazione di un medicinale fra i farmaci erogabili dal Servizio sanitario nazionale soltanto dopo aver ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio dello stesso medicinale". Lo stesso articolo dispone che i farmaci che abbiano ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio siano automaticamente classificati in un'apposita sezione, denominata classe C "non negoziata" (Cnn) dedicata ai farmaci non ancora valutati ai fini della rimborsabilità, nelle more della presentazione di una eventuale domanda di diversa classificazione da parte dell'azienda interessata. Tale classe si distingue dalle fasce tradizionali, in quanto si tratta di una classificazione temporanea che trova applicazione in attesa del perfezionamento del procedimento di rimborsabilità. Laddove, poi, la negoziazione del prezzo fallisca, il farmaco viene definitivamente classificato nella classe C e venduto ad un prezzo liberamente fissato dall'impresa, a totale carico del paziente.

La descritta disciplina pone dei problemi di carattere concorrenziale che emergono all'atto della negoziazione del prezzo dei farmaci rimborsabili dal SSN (quindi farmaci che ad esito della negoziazione dovrebbero entrare nelle fasce A o H, a seconda del canale di dispensazione). Se, infatti, l'attuale disciplina della classe Cnn consente un più rapido e agevole accesso dei cittadini ai farmaci¹⁵⁹, che già prima del raggiungimento di un accordo sul prezzo possono essere commercializzati ad un prezzo liberamente stabilito dall'impresa, tuttavia ciò significa che (a) le imprese partecipano alla negoziazione del prezzo quando la domanda del farmaco esiste già e (b) fino a quando non si raggiunge un accordo, il farmaco rimane nella classe Cnn e la domanda (pubblica) paga un prezzo liberamente fissato dall'impresa. Questo prezzo agisce come una sorta di *focal point* della negoziazione e condiziona la capacità dell'Agenzia di esercitare il proprio potere negoziale in sede di contrattazione del prezzo di un farmaco e di ottenere un significativo sconto. Specularmente esso rafforza la posizione contrattuale (e il conseguente potere di mercato, su cui si possono innestare eventualmente condotte abusive) delle imprese farmaceutiche, creando incentivi distorti e indebite rendite di posizione. Le imprese, infatti, non hanno incentivi a intraprendere e concludere rapidamente la negoziazione, giacché *medio tempore* i farmaci sono acquistati dal SSN al prezzo da esse liberamente fissato; e anche allorquando la negoziazione - una volta avviata - fallisca, le imprese sono consapevoli, specialmente nel caso di farmaci rilevanti in maniera strutturale per il SSN, che il prodotto continuerà ad essere acquistato allo stesso prezzo, dal cittadino o dalle ASL.

¹⁵⁹ La cui efficacia e sicurezza è stata provata attraverso il rilascio della AIC.

L'Autorità ha svolto un esame comparatistico delle esperienze degli altri Stati membri sul tema¹⁶⁰ e, al fine di porre rimedio a tali distorsioni, ritiene necessario disegnare un meccanismo che ribalti le posizioni dei soggetti partecipanti al tavolo negoziale, incentivando le imprese a concludere la negoziazione in tempi rapidi e liberando il regolatore dalla fretta di concludere l'accordo per garantire la continuità terapeutica ai pazienti e/o dalla prospettiva che un farmaco essenziale venga inserito nella classe C a carico dei cittadini.

In tale ottica, le nuove linee guida dell'AIFA per la compilazione del *dossier* a supporto della domanda di rimborsabilità e prezzo di un medicinale pubblicate il 30 dicembre 2020 e in vigore dal 1° marzo 2021¹⁶¹, seppur apprezzabili, in quanto suscettibili di incentivare le imprese a non dilungare la durata della procedura di negoziazione, non appaiono in grado di rafforzare sufficientemente il potere di acquisto dal lato della domanda, non eliminando ad esempio il rischio che un farmaco essenziale venga definitivamente classificato in classe C in caso di fallimento della negoziazione.

Si propone di correggere le distorsioni concorrenziali che inficiano la negoziazione del prezzo di rimborso dei farmaci da parte del SSN con l'introduzione nell'ordinamento di una previsione normativa che disegni dei meccanismi che rafforzino la posizione negoziale dell'AIFA, incentivando le imprese farmaceutiche ad avviare e concludere rapidamente la contrattazione con esito positivo, e al contempo garantiscano la continuità terapeutica ai pazienti. Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, attraverso:

¹⁶⁰ L'esame della disciplina vigente nei Paesi Bassi in tema di negoziazione del prezzo dei farmaci rimborsabili offre spunti utili per una riforma che possa porre rimedio alla descritta distorsione concorrenziale. La normativa vigente in tale Stato membro prevede, infatti, che il Ministero della Sanità possa decidere di collocare alcuni farmaci, ritenuti molto costosi per il SSN, e per i quali è in corso la negoziazione del prezzo, in una sorta di "cassaforte" (*sluis*). L'inserimento di tali farmaci nella "cassaforte" li esclude dal novero di quelli coperti dalle assicurazioni sanitarie fino a quando le autorità competenti non avranno concluso le proprie valutazioni e non si sarà conclusa la procedura di negoziazione del prezzo. Nel caso in cui si tratti di farmaci essenziali, l'inserimento del farmaco nella cassaforte non pregiudica l'accessibilità alla cura da parte dei pazienti. In questi casi, la continuità terapeutica è garantita ai pazienti attraverso vari strumenti, quali *i*) la fornitura gratuita del farmaco in base alla disciplina del cd uso compassionevole, *ii*) la stipula di accordi di prezzo temporanei tra l'impresa istante e il Ministero e, in ultima analisi, *iii*) lo stimolo alla produzione dei farmaci galenici da parte delle farmacie ospedaliere, laddove siano rispettati i requisiti previsti per l'allestimento della produzione.

¹⁶¹ Esse in particolare prevedono: "Con specifico riferimento ai medicinali di fascia Cnn si fa presente che, qualora il titolare del Prodotto non presenti domanda di rimborsabilità e prezzo entro 30 giorni dal rilascio dell'AIC, ai fini di un'efficiente gestione della programmazione delle attività negoziali AIFA trasmetterà a mezzo PEC al titolare dell'AIC un sollecito a presentare tale domanda, assegnando un termine di 30 giorni per la trasmissione della relativa istanza e necessaria documentazione. Qualora il titolare del Prodotto invii quanto richiesto entro tale termine, sarà avviata la procedura corrispondente alla specifica tipologia negoziale; in caso contrario, AIFA, ai sensi dell'art. 12, comma 5-ter del precitato D.L. n. 158/2012, adotterà un provvedimento con cui sarà disposta la sospensione del farmaco dalla collocazione in fascia Cnn, con la conseguenza che lo stesso – salvo temporanee eccezioni dovute a interessi di salute pubblica e/o rilevanti ragioni di continuità terapeutica – non potrà essere ulteriormente commercializzato sul territorio nazionale, fino alla riattivazione di procedura ordinaria da parte del Richiedente o di AIFA".

1. *l'introduzione di una classe temporanea nella quale classificare i farmaci in attesa di definizione del prezzo, eventualmente oggetto di un accordo di prezzo temporaneo i cui termini economici potrebbero essere prestabiliti;*
2. *l'introduzione nell'ordinamento di un meccanismo di "risoluzione della controversia" tra AIFA e le imprese istanti, in modo da evitare che la procedura di negoziazione sul prezzo di determinati medicinali fallisca e, laddove neanche tale meccanismo conduca ad un esito negoziale positivo, la previsione che tali farmaci siano inseriti in una classe ad hoc specificamente destinata a includere solo ed esclusivamente questi prodotti (ovvero quelli che non sono rimborsati dal SSN, non perché non siano di per sé meritevoli di rimborso, ma perché non è stato raggiunto un accordo di prezzo).*

Misure volte ad alleggerire gli obblighi di assortimento dei medicinali da parte dei grossisti

In un risalente intervento di *advocacy*¹⁶² l'Autorità aveva rilevato la portata anticompetitiva della norma che imponeva ai grossisti farmaceutici di detenere almeno il 90% di tutte le specialità medicinali autorizzate in commercio (art. 7 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 538, poi abrogato dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, che, all'art. 105, ha comunque riprodotto il medesimo obbligo).

Un successivo intervento normativo (d.l. n. 223/2006 convertito dalla legge. n. 248/2006, cd. Decreto Bersani) ha limitato la portata di tale obbligo ai soli farmaci rimborsati dal SSN, escludendo dunque tutti i farmaci in fascia C - farmaci a totale carico del paziente, distinti tra farmaci con obbligo di prescrizione medica e senza obbligo di prescrizione medica, i quali a loro volta si distinguono in farmaci per patologie di lieve entità e con accesso alla pubblicità al pubblico (OTC) e quelli per cui non è consentita la pubblicità (SOP).

Nonostante l'intervento normativo del 2006, tale misura non appare ancora sufficiente a garantire la finalità di contrasto al fenomeno dell'indisponibilità territoriale dei medicinali. L'obbligo normativo di assortimento minimo in misura percentuale fissa implica, infatti, per i distributori all'ingrosso, un livello di rigidità operativa che impedisce forme più efficienti e flessibili di organizzazione imprenditoriale.

L'Autorità ritiene che l'obiettivo della tempestività delle forniture dei medicinali sul territorio possa essere perseguito con modalità basate su tempistiche massime di fornitura (già previste dall'art. 105, comma 3, del d.lgs. 219/2006, il quale impone la fornitura del prodotto farmaceutico entro dodici ore dalla richiesta), invece che sulle dotazioni di magazzino presupposte.

Anche qualora si volesse mantenere un obbligo di dotazione minima, esso potrebbe essere configurato su soglie quantitative commisurate in maniera flessibile sulle esigenze ordinarie del territorio invece che in misura percentuale fissa, con conseguenti minori restrizioni delle dinamiche concorrenziali e consentendo innovazioni di processo e incrementi di efficienza,

¹⁶² Cfr. *IC14 - Settore farmaceutico* del 6 novembre 1997.

senza compromettere il primario interesse della salute dei cittadini. In particolare si potrebbe ipotizzare di parametrare l'obbligo in base alla domanda di farmaci a base del medesimo principio attivo anche su base territoriale. Una rimodulazione di questi obblighi lascerebbe ai grossisti maggiore libertà nelle modalità di esercizio della propria attività, fermo restando che gli obblighi in tema di disponibilità dei medicinali restano comunque assicurati dalle vigenti disposizioni in materia sanzionatoria.

Si propone di ripensare gli obblighi di assortimento dei medicinali da parte dei grossisti e di rimodularli su soglie quantitative flessibili che riproducano la domanda espressa dal territorio, in modo da consentire forme più efficienti e flessibili di organizzazione imprenditoriale che continuino a garantire la disponibilità di farmaci sul territorio.

Rimozione dei vincoli alle procedure di registrazione dei medicinali equivalenti prima della scadenza del brevetto (patent linkage)

L'Autorità ha già in passato avuto modo di segnalare¹⁶³ che, al fine di eliminare ostacoli all'ingresso sul mercato dei farmaci generici, sarebbe auspicabile l'abrogazione dell'art. 11, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, che subordina l'inserimento dei medicinali equivalenti nel Prontuario farmaceutico nazionale da parte di AIFA (ai fini del rimborso a carico del SSN) alla scadenza del brevetto o del certificato di protezione complementare dei medicinali di riferimento (c.d. "patent linkage"). Vincolando le procedure di concessione delle autorizzazioni per l'immissione in commercio di farmaci generici alla risoluzione di eventuali dispute inerenti a presunte violazioni della proprietà industriale e commerciale, si può, infatti, determinare un ritardo all'ingresso nel mercato degli stessi, riducendo i vantaggi economici conseguibili dal SSN. Al contempo, il quadro normativo in essere è suscettibile di favorire condotte ostruzionistiche su base brevettuale da parte delle imprese titolari dei farmaci "originatori", che potrebbero fare ricorso ad azioni giudiziali al solo fine di ritardare l'entrata dei genericisti sul mercato.

Si propone di abrogare la disposizione di legge, che, in occasione del periodico aggiornamento del prontuario farmaceutico nazionale da parte di AIFA, subordina la rimborsabilità dei farmaci equivalenti alla scadenza del brevetto o del certificato di protezione complementare dei medicinali di riferimento.

I farmaci galenici

In base all'art. 3, comma 1, lett. a) e b) del d. lgs. n. 219/2006, si definiscono farmaci galenici:

¹⁶³ Cfr. AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, del 28 settembre 2012, in Boll. 38/2012; e AS1137 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014, del 2 luglio 2014, in Boll. n. 27/2014.

- a) i medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente, detti “formule magistrali”, disciplinati più compiutamente dall’art. 5 del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 aprile 1998, n. 94¹⁶⁴;
- b) i medicinali preparati in farmacia in base alle indicazioni della Farmacopea europea o delle Farmacopee nazionali in vigore negli Stati membri dell’Unione Europea, detti “formule officinali”, e destinati ad essere forniti direttamente in modo indifferenziato ai clienti di tale farmacia¹⁶⁵.

In base all’art. 5, comma 2, del D.L. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla Legge 8 aprile 1998, n. 94, se sul mercato esiste una specialità medicinale a base di un determinato principio attivo autorizzata al commercio per il trattamento di una determinata patologia, non è consentito al medico prescrivere ad un paziente un preparato magistrale a base del medesimo principio attivo, a meno che la ricetta, per fini della personalizzazione della terapia, non preveda un diverso dosaggio o diversi eccipienti. Tale limitazione non si applica, per contro, ai preparati officinali. Anche l’art. 68 del D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 10 (Codice della Proprietà Industriale, “CPI”) contiene delle disposizioni applicabili a tali tipologie di farmaci. La norma, infatti, stabilisce che *“La facoltà esclusiva attribuita dal diritto di brevetto non si estende, quale che sia l’oggetto dell’invenzione: [...] c) alla preparazione estemporanea, e per unità, di medicinali nelle farmacie su ricetta medica, e ai medicinali così preparati, purché non si utilizzino principi attivi realizzati industrialmente”*. L’Autorità intende in questa sede ribadire, come ha già fatto in passato¹⁶⁶, che richiedere che il farmacista produca da sé le materie prime (e segnatamente i principi attivi) utili alla preparazione del medicinale richiesto, senza poterle acquistare da terzi, induca l’assoggettamento di un’intera categoria professionale a vincoli operativi rilevanti che in generale ne pregiudicano la libertà d’iniziativa economica.

Inoltre, tale obbligo restringe ulteriormente una forma di concorrenza che già di per sé appare molto limitata dall’art. 5, comma 2, del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 aprile 1998, n. 94, che dispone che il singolo farmacista possa allestire dei preparati magistrali sulla base di una ricetta medica che prescriva il farmaco ad uno specifico paziente solo con una formulazione quali-quantitativa diversa da quella del farmaco di produzione industriale immesso in commercio sul territorio nazionale (ovvero, con un diverso dosaggio e/o diversi eccipienti). L’allentamento dell’obbligo per il farmacista

¹⁶⁴ Il preparato magistrale è una preparazione galenica prodotta dal farmacista in base alle indicazioni quali-quantitative contenute in una prescrizione medica (ricetta magistrale) volta ad adattare la formulazione alle specifiche esigenze terapeutiche di un paziente (secondo il principio della personalizzazione della terapia).

¹⁶⁵ Il preparato officinale è prodotto dal farmacista sulla base della formulazione quali-quantitativa contenuta nella Farmacopea ufficiale, anche senza prescrizione medica. Le preparazioni officinali possono essere allestite preventivamente nella quantità necessaria a soddisfare le esigenze della farmacia e destinate ai pazienti della stessa.

¹⁶⁶ ASI215 - Codice della proprietà industriale - eccezione galenica, del 30 settembre 2015, in Boll. n. 37/2015.

allestitore di prodotti galenici di utilizzare di materie prime di origine non industriale, viceversa, incrementerebbe lo spazio di concorrenza esercitabile da parte di questa tipologia di farmaci e attribuirebbe ai pazienti un indubbio beneficio in termini di maggior varietà e più mirata efficacia terapeutica dei prodotti.

Si propone pertanto di eliminare l'obbligo per l'allestitore di preparati galenici di realizzare in via autonoma il principio attivo necessario al preparato, quando il farmaco prodotto industrialmente risulti altresì coperto da brevetto.

VII. I POTERI DELL'AUTORITÀ E LE MODIFICHE ALLA LEGGE N. 287/90

L'applicazione rigorosa della disciplina antitrust costituisce un fattore prezioso per garantire una più rapida e solida ripresa, nella consapevolezza delle difficoltà cui sono sottoposte le imprese durante la crisi e della necessità di tutelare gli effetti di più lungo periodo e la componente più dinamica del processo competitivo attraverso un'attenzione particolare per i settori strategici per la crescita, la digitalizzazione e la sostenibilità, un efficace controllo dei processi di concentrazione e il contrasto alle condotte che possono esacerbare le conseguenze della crisi economica e sanitaria. Nella presente sezione si propongono alcune modifiche alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, finalizzate a consentire all'Autorità di aumentare l'efficacia del controllo delle concentrazioni e della lotta ai cartelli, nonché di adeguare la strumentazione attualmente a disposizione alle sfide poste dall'economia digitale. Si sottolinea, infine, l'esigenza di individuare l'AGCM come unica Autorità di contrasto delle violazioni previste dalla Direttiva (UE) n. 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

A. Misure di armonizzazione del controllo delle concentrazioni con la normativa euro-unitaria

Le norme nazionali in materia di controllo delle operazioni di concentrazione che ricadono nella competenza dell'Autorità differiscono sotto vari profili di rilievo dalle previsioni del Regolamento (CE) n. 139/2004 applicate dalla Commissione Europea per la valutazione delle concentrazioni di dimensione euro-unitaria.

Tali divergenze riguardano in particolare: *i)* il test di valutazione sostanziale, di cui all'art. 6 della legge n. 287/1990 e il trattamento dei vantaggi di efficienza; *ii)* il trattamento delle imprese comuni, di cui all'art. 5 della legge 287/1990; e *iii)* il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari, di cui all'art. 16, comma 2, della legge 287/1990.

Nella convinzione che la convergenza fra il sistema europeo e quello nazionale contribuisca all'efficienza nel controllo delle operazioni di concentrazione, in particolare evitando la possibile insorgenza di valutazioni difformi, l'Autorità ritiene opportuno che il quadro

normativo nazionale sia quanto più possibile coerente con quello adottato dalla Commissione e dalla prevalenza dei Paesi dell'Unione Europea.

Il test di valutazione sostanziale e il trattamento dei vantaggi di efficienza

Si ricorda che l'art. 6 della legge n. 287/1990 prevede che l'eventuale divieto di un'operazione di concentrazione presupponga l'accertamento "*della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza*".

Tale previsione ricalca il *test* di dominanza del previgente regolamento comunitario¹⁶⁷, che è stato modificato con l'introduzione del regolamento n. 139/2004. Il nuovo test utilizzato a livello europeo richiede che, ai fini della valutazione di compatibilità di una concentrazione, l'operazione "*non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante*"¹⁶⁸. Esso pone al centro della valutazione l'impatto della concentrazione sulla concorrenza effettiva, rendendo non più necessario l'accertamento della dominanza per il divieto dell'operazione di concentrazione, sebbene tale situazione continui ad essere ritenuta la forma principale di ostacolo alla concorrenza¹⁶⁹.

Il *test* impiegato dalla Commissione consente di cogliere meglio gli effetti delle operazioni che vengono a realizzarsi in mercati oligopolistici con beni differenziati o in presenza di relazioni verticali particolarmente complesse. In tali contesti, infatti, la concentrazione potrebbe essere in grado di produrre un peggioramento delle condizioni concorrenziali anche in assenza di una posizione dominante. Tale innovazione si è rivelata particolarmente utile in ambito europeo, tanto che attualmente tutti gli Stati membri, ad eccezione di Italia e Austria, dispongono di un *test* di valutazione delle operazioni di concentrazione nazionali coerente con quello introdotto dal regolamento n. 139/2004.

La divergenza tra il *test* adottato dalla Commissione e quello applicato dall'Autorità espone le imprese che devono notificare in Italia al rischio che insorgano incoerenze nella valutazione della compatibilità dell'operazione non solo riguardo ai precedenti della Commissione relativi ai medesimi mercati, ma anche rispetto ad altri Stati Membri, allorché si esaminano operazioni di concentrazione multi-giurisdizionali ai sensi degli art. 4.4 e 9 del regolamento n. 139/2004. Ciò si rivela particolarmente grave allorché l'operazione risulti problematica sì da rendere possibile il divieto o l'esame di misure correttive.

In tema di valutazione sostanziale delle operazioni di concentrazione, rileva inoltre la possibilità, esplicitamente prevista dalla normativa comunitaria, di bilanciare gli effetti restrittivi della concorrenza, attesi dal realizzarsi di una concentrazione, con i vantaggi di

¹⁶⁷ Cfr. regolamento n. 4064/89.

¹⁶⁸ Cfr. art. 2, par. 2 e 3 del regolamento n. 139/2004.

¹⁶⁹ Cfr., al riguardo, parr. 2 e 4 della comunicazione della Commissione sugli "*Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*", GU C 031 del 5 febbraio 2004.

efficienza che si produrrebbero solo con il realizzarsi della stessa. Tali vantaggi, considerati dalla Commissione solo laddove siano significativamente riversati anche ai consumatori, non trovano nella norma nazionale un esplicito riferimento.

L'Autorità auspica, quindi, che l'art. 6, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sia modificato in modo da armonizzarlo con la norma europea.

Si propone di modificare l'art. 6, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 stabilendo che: "Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'art. 16, l'Autorità valuta se ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva alla luce, segnatamente, della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza attuale o potenziale, nonché della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza."

Modifiche al sistema di notifica delle operazioni di concentrazione

Le norme nazionali in materia di controllo delle concentrazioni definite dalla legge n. 287/1990 prevedono l'obbligo per le imprese di notificare tali operazioni all'Autorità qualora esse superino determinate soglie di fatturato su base nazionale sia nel loro insieme sia singolarmente. Negli ultimi anni, tuttavia, questo sistema di notifica basato sulla dimensione attuale delle imprese rischia di essere inadeguato nel cogliere lo sviluppo in chiave prospettica delle imprese interessate dalle operazioni di concentrazione nonché nel prevenire la formazione di monopoli locali.

La sfida proviene, ad esempio, dall'economia digitale - dove si assiste ad un fenomeno sempre più diffuso di acquisizione, da parte di grandi operatori di mercato¹⁷⁰, di potenziali futuri concorrenti - ma interessa anche settori tradizionali, dove alcune concentrazioni possono avere un impatto significativo su mercati geografici locali, ma il fatturato delle imprese coinvolte non supera le soglie per la notifica.

¹⁷⁰ Emblematica, in tal senso, è l'operazione di concentrazione *Apple/Shazam* in relazione alla quale nessuna delle soglie nazionali risultava superata, né risultavano superate le soglie previste dal regolamento europeo in materia di concentrazioni. Infatti, a fronte di fatturati mondiali assai elevati e dell'impatto della concentrazione sul processo concorrenziale nei mercati italiani o dell'Unione, i fatturati generati dalle imprese interessate a livello nazionale ed europeo erano inferiori alle soglie fissate dalle rispettive normative in materia di concentrazioni.

È auspicabile, quindi, rafforzare l'attuale sistema di controllo delle concentrazioni evitando che operazioni sotto-soglia potenzialmente problematiche non sfuggano al vaglio dell'Autorità.

A questo riguardo, una soluzione potrebbe essere quella di affiancare all'attuale sistema obbligatorio di notifica da parte delle imprese, la previsione della facoltà per l'Autorità di richiedere, motivandola, la notifica di concentrazioni sottosoglia di cui si è venuti a conoscenza. Questa soluzione è già stata adottata da alcuni Paesi europei (Germania¹⁷¹, Norvegia¹⁷², Svezia¹⁷³, Lituania¹⁷⁴) e da paesi extra-europei come Stati Uniti¹⁷⁵ e Giappone. Inoltre, in Francia, ancorché il sistema di notifica si basi ancora sulle soglie di fatturato, l'Autorità di concorrenza francese ha assunto, in ambito OCSE, una posizione favorevole all'introduzione di un meccanismo di controllo delle concentrazioni rafforzato che preveda l'obbligo di notifica su richiesta delle Autorità di concorrenza anche per operazioni sottosoglia che sono potenzialmente idonee a generare criticità concorrenziali¹⁷⁶.

¹⁷¹ A gennaio 2021 è entrata in vigore una legge di modifica della normativa in materia di concorrenza che ha abrogato il criterio del valore della transazione – tra le soluzioni previste per valutare operazioni problematiche in chiave prospettica che possono sfuggire al sistema di notifica obbligatorio basato sulle soglie di fatturato – per sostituirlo con il riconoscimento di un potere, in capo all'Autorità tedesca – di richiedere la notifica di operazioni sotto-soglia alle imprese in determinati settori economici quando dispone di elementi oggettivi che ulteriori concentrazioni possono avere un impatto negativo sulla concorrenza. In questi casi – indipendentemente dalle soglie generali di fatturato previste nell'ambito del sistema di notifica obbligatorio – l'Autorità può richiedere la notifica di concentrazioni sulla base di talune condizioni riguardanti il fatturato e le quote di mercato delle imprese interessate. L'Autorità può esercitare tale potere ma soltanto dopo aver completato un'indagine settoriale formale riguardante almeno uno dei settori economici interessati dalla concentrazione. Inoltre, decisioni che impongono la notifica possono essere impugnate dalle imprese.

¹⁷² OECD (2020), “*Start-ups, killer acquisitions and merger control-Note by Norway*”, DAF/COMP/WD(2020)23. In Norvegia, l'Autorità di concorrenza può richiedere, *ex post*, la notifica di concentrazioni sotto-soglia su istanza motivata fino a 3 mesi dalla conclusione dell'operazione. Inoltre, l'Autorità ha il potere di richiedere alle imprese informazioni su base discrezionale, considerati elementi fattuali come il grado di concentrazione e più in generale le condizioni concorrenziali dei mercati interessati, nonché le attività di acquisizione operate in passato dalle imprese coinvolte.

¹⁷³ In Svezia, accanto alla possibilità per l'Autorità di concorrenza di obbligare le imprese di notificare operazioni sotto-soglia, anche in questo caso su richiesta motivata, è previsto un sistema di notifica volontaria da parte delle imprese.

¹⁷⁴ Al fine di limitare l'incertezza giuridica, in Lituania è prevista la possibilità per l'Autorità di concorrenza di richiedere la notifica entro 12 mesi dall'operazione se le parti sono o sono state dirette concorrenti con quote di mercato superiori al 40% nei mercati interessati e se l'Autorità ha il sospetto che l'operazione sia idonea a generare una posizione dominante o una riduzione sostanziale della concorrenza.

¹⁷⁵ Negli Stati Uniti, l'Hart-Scott-Rodino Act (HSR Act) specifica le soglie in base alle quali la notifica è obbligatoria (sulla base del valore della transazione e della capacità economica delle persone fisiche riconducibili alle parti). Tuttavia, il regime statunitense in materia di fusioni è flessibile, poiché consente alla FTC o DOJ di indagare e contestare operazioni di concentrazione anche già concluse se sono idonee a produrre una sostanziale riduzione della concorrenza. Pertanto, l'FTC o il DoJ possono intervenire, anche se la transazione è già stata conclusa e anche se la transazione non soddisfa le soglie di notifica obbligatoria. Per esempio, la FTC ha recentemente usato i suoi poteri per intraprendere valutazioni *ex-post* di fusioni passate per richiedere informazioni su centinaia di acquisizioni fatte da Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft in un periodo di 10 anni. Questo fa seguito a casi passati in cui gli Stati Uniti hanno riesaminato e imposto rimedi a operazioni nel settore ospedaliero che si erano già concluse.

¹⁷⁶ Cfr. OECD (2020), “*Start-ups, killer acquisitions and merger control-Note by France*” DAF/COMP/WD(2020)16. In tale occasione, l'Autorità francese ha posto anche il tema riguardante la

Al contempo, definire con chiarezza l'ambito di applicazione del nuovo potere è particolarmente importante al fine di ridurre l'incertezza giuridica che si verrebbe a creare per le imprese che realizzano operazioni di concentrazione sottosoglia. In particolare, si propone di riconoscere un potere di intervento all'Autorità circoscritto alle operazioni:

- (i) per le quali si rinvenga un *funus* di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale (o in una sua parte rilevante);
- (ii) realizzate al massimo negli ultimi sei mesi;
- (iii) in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui all'art. 16, comma 1, ovvero il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro.

Si propone, dopo l'art. 16, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 di inserire il seguente comma 1-bis:

"1-bis. L'Autorità può richiedere alle imprese interessate di notificare entro 30 giorni un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui al comma 1, ovvero qualora il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione. In caso di omessa notifica si applicano le sanzioni di cui all'art. 19, comma 2".

Il trattamento delle imprese comuni

La disciplina nazionale relativa alle imprese comuni distingue tra imprese comuni di natura concentrativa e imprese comuni aventi natura cooperativa, sottoponendo solo le prime alla disciplina sulle concentrazioni. Infatti, l'art. 5, comma 1 della legge n. 287/1990 prevede che l'operazione di concentrazione si realizza "c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune"; mentre l'art. 5, comma 3, afferma che "Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione".

Ne discende che nell'attuale quadro normativo nazionale i requisiti per configurare come concentrazione la costituzione di una *joint venture* sono: i) l'autonomia funzionale, ossia la natura di impresa a pieno titolo (*full-function*); ii) l'assenza di rischi di coordinamento. Tale disciplina riflette l'impostazione originaria del previgente regolamento n. 4064/1989.

necessità di circoscrivere quanto più possibile situazioni di incertezza giuridica per le imprese, attraverso l'adozione di Linee Guida che dovrebbero chiarire i casi in cui un'operazione, anche se sotto-soglia, può dare luogo a criticità concorrenziali e definire gli aspetti di ordine procedurale e temporale - per il quale l'Autorità francese suggerisce un termine di 12 mesi - connessi all'esercizio del potere di richiedere la notifica. Infine, si suggerisce un sistema di notifica su base volontaria da parte delle imprese.

Il legislatore europeo ha successivamente ampliato la categoria delle imprese comuni soggette al controllo sulle concentrazioni fino a ricomprendervi le imprese comuni a carattere cooperativo idonee a generare effetti strutturali. Tale modifica è stata introdotta al fine di evitare situazioni di disparità di trattamento sulla base anche della considerazione che il regime applicabile alle concentrazioni offre alle imprese una maggiore speditezza e certezza dei tempi di valutazione.

A seguito di tale modifica sono configurate come concentrazioni ed assoggettate al regolamento n. 139/2004 tutte le imprese comuni *full-function*¹⁷⁷. La distinzione tra imprese comuni concentrative e cooperative, quindi, non influenza più la configurazione della natura dell'operazione, ma si riflette esclusivamente sulla scelta della disciplina sostanziale da adottarsi, che per le seconde sarà quella delle intese¹⁷⁸, ma sempre nel contesto delle regole procedurali fissate dal regolamento n. 139/2004.

Ciò implica che, allo stato attuale, la costituzione della medesima impresa comune *full-function*, configurabile come concentrazione secondo i parametri adottati dalla Commissione, potrebbe essere, viceversa, qualificata come una *joint venture* cooperativa e non darebbe luogo ad una operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 5, comma 3, della legge 287/1990. Questa situazione risulta idonea a ostacolare l'efficienza del sistema di valutazione delle operazioni di concentrazione perlomeno sotto due profili. In primo luogo, tale discrasia ostacola il regolare funzionamento dei "meccanismi di rinvio" previsti dal regolamento n. 139/2004 che, in deroga alla regola del fatturato, permettono di riallocare la competenza sulla valutazione di un'operazione di concentrazione individuando l'organo più idoneo a trattare il caso¹⁷⁹. Inoltre, la descritta incoerenza nel trattamento delle *joint ventures* potrebbe generare situazioni di disparità di trattamento tra imprese comuni di dimensione nazionale o comunitaria nonché esporre l'Autorità al rischio di giungere a valutazioni difformi rispetto a quelle della prevalenza degli Stati membri nelle operazioni multi-giurisdizionali.

L'Autorità osserva, inoltre, che attualmente la prevalenza degli Stati membri dispone di un quadro normativo che consente la valutazione di una impresa comune alla stregua di una concentrazione, indipendentemente dalla sua natura concentrativa o cooperativa. Al fine di superare le sopradescritte divergenze, pertanto, si propone la modifica dell'art. 5 della legge n. 287/1990.

¹⁷⁷ Cfr. al riguardo la "Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese" del 2008 (par 94).

¹⁷⁸ Ai sensi dell'art 2, comma 4 del regolamento n. 139/2004 "Se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ai sensi dell'art. 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'art. 81, paragrafi 1 e 3, del trattato, al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con il mercato comune".

¹⁷⁹ Ad esempio, risulterebbe particolarmente problematica la possibilità di richiamare ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 139/2004 la valutazione della costituzione di una *joint venture* cooperativa di competenza comunitaria suscettibile di produrre effetti restrittivi della concorrenza in Italia.

Si propone di modificare l'art. 5 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 mediante l'integrazione del comma 1, lettera c), di modo che esso reciti "c) quando due o più imprese procedono alla costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità autonoma.

Si propone altresì di modificare l'art. 5 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 mediante l'abrogazione del comma 3 e la sua sostituzione con il seguente: "Se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento verrà valutato secondo i parametri adottati per la valutazione delle intese, al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con l'art. 6. In tale valutazione, l'Autorità tiene conto, in particolare, della presenza significativa e simultanea di due o più imprese fondatrici sullo stesso mercato dell'impresa comune, o su un mercato situato a monte o a valle di tale mercato, ovvero su un mercato contiguo strettamente legato a detto mercato, nonché della possibilità offerta alle imprese interessate, attraverso il loro coordinamento risultante direttamente dalla costituzione dell'impresa comune, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi di cui trattasi."

Il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari, di cui all'art. 16, comma 2, della legge 287/1990

L'esigenza di convergenza della normativa nazionale verso quella euro-unitaria in materia di calcolo del fatturato rilevante ai fini dell'obbligo di notifica delle operazioni di contrazione che coinvolgano banche o istituti finanziari deriva dalle modifiche introdotte a livello comunitario nel 2004, con l'adozione del citato regolamento n. 139/2004. Fino ad allora, anche a livello comunitario il fatturato rilevante per le banche e gli istituti finanziari era considerato il valore di un decimo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine. La considerazione che tale variabile non rappresenta correttamente la dimensione delle imprese coinvolte ha condotto quindi il legislatore comunitario a scegliere nel regolamento 139/2004 come variabile rilevante l'ammontare dei proventi derivanti dalla gestione, ovvero a focalizzarsi su elementi che - come per le imprese industriali - rilevino le dimensioni dell'attività economica svolta, piuttosto che le dimensioni patrimoniali. Ciò, peraltro, anche con vantaggi in termini applicativi.

Appare opportuno, pertanto, prevedere anche per questo aspetto una piena convergenza del criterio nazionale di calcolo del fatturato con quello comunitario, anche al fine di facilitare gli operatori, stabilendo la modifica dell'attuale formulazione del comma 2 dell'art. 16 della legge n. 287/1990.

Si propone di modificare il comma 2 dell'art. 16 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 come segue: "2. Per gli Enti creditizi e gli altri istituti finanziari il fatturato è sostituito dalla

somma delle seguenti voci di provento al netto, se del caso, dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente associate ai suddetti proventi: a) interessi e proventi assimilati; b) proventi su titoli (proventi di azioni, quote ed altri titoli a reddito variabile, proventi di partecipazioni, proventi di partecipazioni in imprese collegate); c) proventi per commissioni; profitti da operazioni finanziarie; d) altri proventi di gestione. Per le imprese di assicurazioni il fatturato è sostituito dal valore di premi lordi emessi, che comprendono tutti gli importi incassati o da incassare a titolo di contratti d'assicurazione stipulati direttamente da dette imprese o per loro conto, inclusi i premi ceduti ai riassicuratori, previa detrazione delle imposte o tasse parafiscali riscosse sull'importo dei premi o sul relativo volume complessivo”.

B. Il termine previsto all'art. 16, comma 8, della legge n. 287/1990 per le istruttorie nelle concentrazioni

Se l'Autorità ritiene che un'operazione di concentrazione è suscettibile di determinare effetti restrittivi sulla concorrenza, avvia entro trenta giorni dal ricevimento della notifica un'istruttoria che, ai sensi dell'art. 16, comma 8, della legge n. 287/90 si deve concludere entro il termine perentorio di quarantacinque giorni.

La brevità del termine di quarantacinque giorni entro il quale deve concludersi l'istruttoria, incide sulla capacità dell'Autorità di approfondire tutti gli aspetti rilevanti della concentrazione oggetto di notifica, anche attraverso il ricorso ai più opportuni strumenti di analisi. Si consideri, ad esempio, come un termine così breve renda particolarmente difficoltoso, e in alcuni casi di fatto impossibile, il ricorso ad indagini di mercato per acquisire elementi utili a definire i mercati rilevanti e a valutare gli effetti della concentrazione. Tali difficoltà sarebbero peraltro acute laddove si procedesse all'auspicabile allineamento con la normativa europea in materia di test sostanziale e del trattamento delle imprese comuni sopra illustrato.

Si propone, dunque, di estendere il termine attualmente previsto per la “fase 2” delle operazioni di concentrazione a novanta giorni. Ciò si rifletterebbe positivamente non solo sul grado di approfondimento delle analisi svolte dall'Autorità nel corso delle attività istruttorie, ma anche sulla capacità delle parti di svolgere a loro volta i propri approfondimenti e di produrre elementi utili alla valutazione dell'operazione.

Si evidenzia come la modifica di detto termine sia privo di conseguenze per la valutazione delle concentrazioni che non danno luogo a criticità di natura concorrenziale e che non necessitano quindi di un approfondimento istruttorio. Tali concentrazioni, che vengono analizzate nella fase 1, rappresentano la pressoché totalità delle concentrazioni notificate (il 92% nel corso del 2020) e continuerebbero ad essere autorizzate entro il termine di trenta giorni.

Si propone di modificare l'art. 16, comma 8, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sostituendo "entro il termine perentorio di quarantacinque giorni" con "entro il termine perentorio di novanta giorni".

C. Abuso di dipendenza economica e piattaforme digitali

L'Autorità auspica un'integrazione dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, volta a rendere le previsioni relative all'abuso di dipendenza economica più appropriate ed efficaci rispetto alle caratteristiche e, in particolare, al potere di intermediazione delle grandi piattaforme digitali.

La modifica proposta riguarda l'introduzione di una presunzione relativa di dipendenza economica nelle relazioni commerciali con un'impresa che offre i servizi di intermediazione di una piattaforma digitale, allorché quest'ultima abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati.

Trattandosi di una presunzione relativa, è sempre possibile per la piattaforma dimostrare che non sussiste la dipendenza economica per le imprese terze.

La proposta di modifica si completa con l'indicazione esemplificativa di alcune pratiche che possono integrare un abuso di dipendenza economica da parte delle piattaforme. In tal modo si intende fornire una prima indicazione delle condotte vietate, cosicché, anche sotto il profilo della certezza giuridica, le piattaforme possano più facilmente definire e orientare il proprio comportamento nelle relazioni commerciali con le imprese terze che utilizzano i loro servizi di intermediazione.

Si propone di aggiungere i seguenti commi all'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192:

"4. Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati.

5. Ai fini del comma 1 le pratiche abusive realizzate dall'intermediario nei confronti dell'impresa in posizione di dipendenza economica possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive;*
- b) nell'applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti;*
- c) nel rifiutare l'interoperabilità di prodotti o servizi o la portabilità dei dati, limitando la concorrenza;*
- d) nel subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei*

contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre, anche in relazione all'utilizzo dei dati;

- e) nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito;*
- f) nel conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta; in particolare condizionando la qualità del servizio offerto al trasferimento di dati in misura non necessaria o proporzionata”.*

D. Rafforzamento dei poteri dell'Autorità in materia di contrasto al potere di mercato delle imprese che operano in più mercati

Al fine di contrastare più efficacemente le distorsioni concorrenziali, in particolare nei mercati in cui è presente una piattaforma digitale ovvero operano imprese che necessitano di tale piattaforma per accedere agli utenti finali o ai fornitori, l'Autorità auspica l'introduzione di una specifica disposizione, modellata sull'esperienza tedesca¹⁸⁰, che stabilisca la possibilità di attribuire ad alcune imprese la qualifica di imprese di primaria importanza per la concorrenza in più mercati, alle quali possono essere vietate taluni comportamenti particolarmente distorsivi della concorrenza, salvo che l'impresa non dimostri che la propria condotta risulta obiettivamente giustificata.

In particolare, si propone di attribuire all'Autorità il potere di qualificare, con proprio provvedimento, come di primaria importanza per la concorrenza le imprese che operano in mercati più mercati, utilizzando a tal fine una serie di indici che sono grado di far emergere il ruolo cruciale di questi operatori per l'economia digitale. Tali indici, che non sono né esaustivi né cumulativi, consistono segnatamente nel: *i)* possesso di una posizione dominante in uno o più mercati; *ii)* grado di integrazione verticale e/o la presenza su mercati contigui; *iii)* accesso ai dati rilevanti per la concorrenza; *iv)* importanza delle attività svolte per consentire a imprese terze l'accesso ai mercati di approvvigionamento o di sbocco e *v)* influenza sull'attività economica di imprese terze. Il provvedimento con cui l'impresa viene qualificata come di primaria importanza per la concorrenza in più mercati dovrebbe essere valido per cinque anni dalla sua adozione, così da poter verificare periodicamente la permanenza ovvero la perdita delle condizioni che giustificano l'attribuzione della qualifica.

All'impresa designata di primaria importanza per la concorrenza in più mercati, l'Autorità può vietare taluni comportamenti particolarmente distorsivi, salvo che l'impresa non dimostri che la propria condotta sia oggettivamente giustificata.

Il procedimento amministrativo per la designazione dell'impresa dovrebbe essere regolato dalla legge n. 287/1990 – ad eccezione dell'articolo 14-ter relativo agli impegni e, in caso di

¹⁸⁰ Cfr. articolo 19A della legge di concorrenza tedesca (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*), introdotto a seguito della riforma entrata in vigore il 19 gennaio 2021.

accoglimento della proposta di introduzione della procedura di transazione, dell'articolo 14-*quater* della legge n. 287/1990 – e dalle disposizioni del D.P.R. 217/1998.

Infine, se l'impresa designata viola i divieti ad essa ascritti, essa potrà essere sanzionata ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/1990, con provvedimento dell'Autorità adottato secondo le disposizioni della legge n. 287/1990 e del D.P.R. 217/1998. In aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, l'Autorità dovrebbe altresì poter imporre alle imprese designate, nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, eventuali rimedi comportamentali o strutturali, al fine di far cessare l'infrazione o i suoi effetti ovvero per impedire la reiterazione delle condotte vietate.

Si propone di inserire il seguente articolo nella legge n. 287/1990:

“Articolo 3-bis. Comportamenti abusivi da parte di imprese che rivestono una primaria importanza per la concorrenza in più mercati.

- 1. L'Autorità, con proprio provvedimento valido per cinque anni dalla sua adozione, può designare di primaria importanza per la concorrenza in più mercati le imprese che presentano, in particolare, le seguenti caratteristiche: i) il possesso di una posizione dominante in uno o più mercati; ii) il grado di integrazione verticale e/o la presenza su mercati contigui; iii) l'accesso ai dati rilevanti per la concorrenza; iv) l'importanza delle attività svolte per consentire a imprese terze l'accesso ai mercati di approvvigionamento o di sbocco e v) l'influenza sull'attività economica di imprese terze.*
- 2. In caso di accertamento ai sensi del comma 1, l'Autorità può, con il medesimo provvedimento, vietare all'impresa designata le seguenti condotte, salvo che l'impresa designata dimostri che le stesse sono oggettivamente giustificate:*
 - a) accordare un trattamento preferenziale, nell'intermediazione dell'accesso ai mercati di approvvigionamento o di sbocco, ai propri beni o servizi rispetto a quelli di altre imprese, in particolare favorendoli nella visualizzazione o pre-installando i propri servizi o prodotti ovvero integrandoli in altre offerte dell'impresa;*
 - b) ostacolare altre imprese nelle loro attività economiche sui mercati di approvvigionamento o di sbocco, quando le attività dell'impresa designata sono rilevanti per l'accesso a questi mercati;*
 - c) ostacolare altre imprese su mercati in cui l'impresa designata, anche senza essere dominante, potrebbe espandere rapidamente la sua posizione in particolare tramite strategie di offerte abbinata e leganti;*
 - d) utilizzare strategicamente il trattamento dei dati rilevanti per la concorrenza al fine di innalzare le barriere all'ingresso di altre imprese;*
 - e) ostacolare l'interoperabilità di beni o servizi o la portabilità dei dati;*
 - f) fornire ad altre imprese informazioni insufficienti sui servizi forniti dall'impresa designata o ostacolare la loro capacità di valutare tali servizi;*

- g) *richiedere per il trattamento delle offerte di un'altra impresa condizioni che non sono proporzionate al servizio offerto, in particolare chiedendo il trasferimento di dati o diritti non necessari per la fornitura del servizio ovvero subordinando la qualità dell'offerta al trasferimento di dati o diritti che non sono proporzionati al servizio.*
3. *Il procedimento di cui al comma 1 è disciplinato dalle disposizioni della presente legge, ad eccezione dell'articolo 14-ter, e del D.P.R. n. 217/98.*
4. *In caso di violazione dei divieti di cui al comma 2, l'impresa designata ai sensi del comma 1 è sanzionata ai sensi dell'articolo 15 con provvedimento adottato dall'Autorità secondo le disposizioni della presente legge e del D.P.R. n. 217/98. Con il medesimo provvedimento, l'Autorità può altresì imporre alle imprese designate rimedi comportamentali o strutturali al fine di far cessare l'infrazione o i suoi effetti ovvero per impedire la reiterazione delle condotte vietate”.*

E. Introduzione della procedura di transazione (c.d. settlement)

L'Autorità ritiene opportuno introdurre anche nell'ordinamento giuridico nazionale l'istituto della procedura di transazione (c.d. *settlement*) nei procedimenti amministrativi condotti dall'Autorità in materia di concorrenza.

Si propone di inserire il seguente art. 14-quater nella legge 10 ottobre 1990, n. 287:

“Art. 14-quater. Procedura di transazione.

1. Nel corso dell'istruttoria avviata ai sensi dell'art. 14, comma 1, fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione.

2. In caso di esito favorevole di tali discussioni, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono impegnarsi a seguire la procedura di transazione presentando proposte di transazione che rispecchino i risultati delle discussioni svolte e in cui riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione degli artt. 2 e 3 della presente legge ovvero degli artt. 101 e 102 del TFUE, nonché la rispettiva responsabilità.

3. Le imprese, nelle proprie repliche alla comunicazione delle risultanze istruttorie loro notificata, confermano, entro il termine in essa fissato dall'Autorità, che la comunicazione delle risultanze istruttorie rispecchia il contenuto delle loro proposte di transazione. L'Autorità può allora procedere all'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 15, comma 1, della presente legge.

4. Qualora l'Autorità intenda imporre una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 15, comma 1, della presente legge, alle imprese che abbiano completato con successo la procedura di transazione, tale sanzione pecuniaria è ridotta nella misura del 20%.

5. L'Autorità può decidere in qualsiasi momento di cessare completamente le discussioni in vista di una transazione, anche rispetto a una o più parti specifiche, qualora ritenga che sia comunque compromessa l'efficacia della procedura.

6. L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in linea con l'ordinamento dell'Unione Europea, le regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione di cui al presente articolo”.

F. Poteri sanzionatori al di fuori dei procedimenti istruttori

Per consentire un più efficace e tempestivo intervento nell'applicazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990 e degli artt. 101 e 102 del TFUE (anche nell'ambito delle indagini conoscitive), oltre che nel controllo delle operazioni di concentrazione, l'Autorità ritiene opportuno un rafforzamento dei suoi poteri di acquisizione di informazioni e documenti anche al di fuori dei procedimenti istruttori, prevedendo la possibilità di irrogare sanzioni amministrative in caso di rifiuto o ritardo nel fornire le informazioni o documenti richiesti o in presenza di informazioni ingannevoli od omissive¹⁸¹. La presente proposta è formulata sulla base dei poteri sanzionatori di cui l'Autorità attualmente dispone e dovrà pertanto essere uniformata alla luce del regime sanzionatorio previsto dalla Direttiva n. 2019/1 (c.d. Direttiva ECN Plus), al momento in fase di recepimento.

Si propone di sostituire l'art. 12 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, rubricato "Poteri di indagine", nel seguente modo:

"1. Ai fini dell'applicazione degli articoli 2 e 3, nonché per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, l'Autorità può in ogni momento richiedere ad imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili.

2. Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti richiesti di fornire gli elementi di cui al comma 1 sono sottoposti alle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 14, comma 5, se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Sono salve le diverse sanzioni previste dall'ordinamento vigente.

3. L'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3 e/o negli articoli 101 e 102 del TFUE.

4. L'Autorità può, inoltre, procedere, d'ufficio o su richiesta del Ministro dello Sviluppo Economico o del Ministro dell'Economia e delle Finanze, ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei

¹⁸¹ In questa direzione è ad esempio orientato il Codice in materia di protezione dei dati personali (cfr. art. 157 e 166, comma 2).

prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata, potendo esercitare a tal fine i poteri di cui al comma 1.”.

Si propone altresì di inserire il seguente art. 16-bis nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, rubricato “Richieste di informazioni”:

“1. Ai fini dell’esercizio dei poteri di cui all’articolo 16, l’Autorità può in ogni momento richiedere ad imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili.

2. Con provvedimento dell’Autorità, i soggetti richiesti di fornire gli elementi di cui al comma 1 sono sottoposti alle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all’articolo 14, comma 5, se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Sono salve le diverse sanzioni previste dall’ordinamento vigente.”.

G. Le competenze dell’Autorità nella filiera agro-alimentare

Nel settore agroalimentare si pone l’esigenza di rafforzare la competitività complessiva dei singoli comparti, innescando un processo di ristrutturazione che sappia coniugare i necessari interventi di modernizzazione e di efficientamento dei processi produttivi con una graduale riconversione verso modelli di produzione e distribuzione più sostenibili e a minore impatto ambientale.

In tale delicata fase di transizione, tutte le attività di monitoraggio e di intervento svolte da autorità e istituzioni preposte alla regolazione e/o vigilanza sul settore agricolo dovrebbero essere improntate a garantire: *i)* il mantenimento di una corretta dinamica concorrenziale in ciascun comparto produttivo, al fine di selezionare e premiare gli operatori che meglio sappiano adattarsi e rispondere alle mutate esigenze dei consumatori e dei mercati; *ii)* l’adozione da parte degli *stakeholders* di condotte commerciali corrette, tali da determinare un’equa ripartizione dei benefici e dei rischi tra tutti i soggetti attivi ai diversi stadi delle filiere produttive e distributive.

Nel contesto descritto, l’attuale fase di recepimento nel nostro ordinamento della Direttiva UE n. 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese delle filiere agricole e alimentari rappresenta una preziosa occasione per rivedere e razionalizzare l’intero *corpus* normativo in materia, con una chiara attribuzione delle competenze relative all’attività di *enforcement*. In particolare, l’individuazione dell’AGCM quale unica Autorità di contrasto delle violazioni individuate dalla direttiva, già auspicata dall’AGCM nel suo recente parere **ASI703 - Recepimento della direttiva UE 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare** del 20 ottobre

2020¹⁸², avrebbe il vantaggio di consentire modalità di interpretazione e applicazione delle disposizioni in materia in linea con i principi e i criteri posti a fondamento della normativa a tutela della concorrenza; inoltre essa potrebbe rispondere meglio all'esigenza di contemperare la tutela delle parti contraenti più deboli - tipicamente rappresentate dai produttori agricoli - con la tutela della libertà negoziale e di iniziativa economica degli acquirenti - tipicamente le imprese di trasformazione e quelle di distribuzione (la cd. GDO), per le quali l'ottimizzazione delle condizioni di approvvigionamento rappresenta un importante strumento di competizione sui mercati finali di sbocco¹⁸³.

L'intero quadro normativo nazionale vigente in materia di filiere agroalimentari risulta inoltre, allo stato, piuttosto complesso e frammentato¹⁸⁴. Appare, dunque necessario che l'auspicato processo di ristrutturazione del settore agricolo, ancora caratterizzato da un'estrema polverizzazione, si sviluppi in una cornice normativa e regolamentare solida, chiara e coerente con i principi comunitari, al fine di garantire certezza giuridica e agevolare il rispetto delle norme da parte degli operatori e lo svolgimento dell'attività di *enforcement*. In questa prospettiva, il processo di recepimento della Direttiva UE n. 2019/633 dovrebbe intervenire anche in quei casi in cui sono previste regole che rischiano di rivelarsi uno strumento difficilmente compatibile con il mantenimento di un adeguato confronto concorrenziale nell'ambito dei mercati di riferimento. Ci si riferisce in particolare alle norme vigenti che impongono agli acquirenti di prodotti agricoli l'applicazione di prezzi di acquisto agganciati ai costi medi di produzione, inevitabilmente riferiti a imprese che presentano diverse strutture produttive e livelli di efficienza¹⁸⁵. L'obbligo di rispettare rigidi parametri di riferimento nella definizione dei prezzi potrebbe, infatti, da un lato, disincentivare il processo di efficientamento delle filiere produttive agricole, dall'altro, favorire un crescente ricorso, da parte dell'industria di trasformazione nazionale, all'utilizzo di prodotti e materie prime eventualmente disponibili a costi inferiori sui mercati esteri.

Inoltre, l'Autorità reputa opportuno individuare con maggiore chiarezza gli strumenti e i soggetti attraverso i quali realizzare il processo di necessaria aggregazione dell'offerta agricola, al fine di aumentare, nello stesso tempo, il potere contrattuale e la capacità competitiva dei coltivatori. Al riguardo, un ruolo centrale andrebbe affidato a soggetti, quali

¹⁸² In tale intervento, l'Autorità ha sottolineato come l'individuazione di un'unica autorità di contrasto, che abbia già maturato esperienza e competenze nell'applicazione della norma, costituisca un'imprescindibile necessità al fine di evitare un rischio concreto di *bis in idem*.

¹⁸³ Si tenga conto che l'Autorità, nel corso degli anni, ha concluso diversi procedimenti istruttori, avviati nei confronti di operatori della GDO e di una società attiva nella produzione e vendita di sementi, per verificare se tali operatori, abusando del proprio maggior potere negoziale, avessero posto in essere pratiche commerciali sleali in danno dei propri fornitori, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1.

¹⁸⁴ Oltre all'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, altre norme che riguardano le relazioni commerciali nella filiera agricola sono contenute, ad esempio, nel D.M. 19 ottobre 2012 n. 199, nell'art. 10 *quater* del d.l. 29 marzo 2019, n. 27 e nell'art. 78 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e, con riferimento al settore del latte, nell'art. 2 del D.L. 5 maggio 2015, n. 51 e nell'art. 23 del d.l. 24 giugno 2016, n. 113.

¹⁸⁵ Cfr. al riguardo: il testo dell'art. 7, lett. *g*, della Legge di Delegazione Europea, attualmente all'esame della Camera; l'art. 4 del D.M. 19 ottobre 2012 n. 199 e l'art. 10 *quater* D.L. 27/2019.

le organizzazioni di produttori (le cd. OP), che, come ampiamente riconosciuto a livello comunitario, possano svolgere una funzione fondamentale nella concentrazione dell'offerta, nel miglioramento della commercializzazione, nella pianificazione e nell'ottimizzazione dei costi di produzione, operando sui mercati anche in una relazione di reciproca concorrenza e incentivando, per tale via, l'incremento dell'efficienza degli agricoltori associati. In virtù di tale ruolo, la normativa comunitaria prevede infatti, per le OP riconosciute, specifiche deroghe all'applicazione delle regole *antitrust* in materia di intese restrittive della concorrenza, sia nella fase di contrattazione con gli acquirenti che nella fase di programmazione della produzione per adeguare l'offerta alla domanda¹⁸⁶. Una maggiore armonizzazione con i principi comunitari in materia andrebbe operata, ad avviso dell'Autorità, anche con riferimento alle disposizioni interne relative agli "accordi quadro" e alle "intese di filiera" nel settore agricolo e alimentare¹⁸⁷ – che riconoscono alle organizzazioni di rappresentanza di categoria un ruolo centrale nella negoziazione collettiva, anche in deroga alla normativa a tutela della concorrenza. A tale riguardo, la normativa europea in materia prevede la possibilità di redigere "contratti tipo" compatibili con la normativa dell'Unione - tenendo conto della necessità di ottenere condizioni concorrenziali eque e di evitare distorsioni del mercato - solo in capo a soggetti (quali le organizzazioni interprofessionali riconosciute) che siano dotati di particolari caratteristiche strutturali e organizzative e perseguano precise finalità di potenziamento delle conoscenze e degli sbocchi di mercato degli associati¹⁸⁸.

Si propone di:

- 1. procedere, nell'ambito dell'attuale fase di recepimento della Direttiva (UE) n. 2019/633, ad una razionalizzazione dell'intero corpus normativo in materia agricola in un'ottica di maggiore armonizzazione con la normativa europea e di massimo mantenimento degli incentivi concorrenziali;*
- 2. individuare nell'AGCM l'unica Autorità di contrasto delle violazioni individuate dalla direttiva;*
- 3. riformulare l'articolato dei divieti relativi alle pratiche commerciali scorrette in coerenza con quelli individuati nella Direttiva, evitando di introdurre rigide parametrizzazioni dei prezzi di acquisto ai costi medi di produzione, da utilizzarsi, in*

¹⁸⁶ Cfr. Regolamento (UE) n. 1308/2013, per esempio i *considerando* 131, 133, 134 e 174 e gli artt. 152/156 e 209; inoltre, con riferimento a settori specifici, cfr. per esempio, l'art. 149 *Trattative contrattuali nel settore del latte e dei prodotti lattiero caseari*, l'art. 169 *Trattative contrattuali nel settore dell'olio di oliva* o l'art. 170 *Trattative contrattuali nel settore delle carni bovine*.

¹⁸⁷ Si pensi ad esempio alle norme contenute nell'art. 23 del d.l. n. 113/2016, nell'art. 7 *lett. s)* della Legge di delegazione europea A.S. 1721 (nel testo attualmente all'esame della Camera), nell'art. 9 del D.lgs. 27 maggio 2005, n. 102 e nel DPCM del 5 agosto 2005, questi ultimi a suo tempo segnalati dall'Autorità (Cfr. *AS318 - Disposizioni per la costituzione dei tavoli di filiera* del 30 novembre 2005, in Boll. 46/2005).

¹⁸⁸ Cfr. Regolamento (UE) n. 1308/2013, in via generale per esempio i *considerando* 132, 133, 134 e 175 e gli artt. 157/158 e 210.

aggiunta agli indicatori di mercato, come mero strumento di ausilio alla valutazione dell'illiceità delle condotte degli operatori;

- 4. attribuire un maggiore ruolo alle OP e alle Organizzazioni Interprofessionali riconosciute, rispettivamente, nel processo di superamento della frammentazione del settore agricolo e in quello di individuazione di eventuali strumenti (ivi compresa la definizione di standard contrattuali comuni) che contribuiscano al miglioramento degli sbocchi di mercato della parte agricola.*

VIII. ULTERIORI TEMI PER LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

Nel corso degli ultimi anni, l'Autorità ha esercitato i suoi poteri di *advocacy* anche su ulteriori questioni di rilievo, oggetto di costante monitoraggio.

Allo scopo di contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del mercato, di seguito, si riporta l'elenco delle principali più recenti segnalazioni, le cui indicazioni e auspici si ritengono ancora validi.

Servizi professionali

AS1602 - Considerazioni in merito all'articolo 93-ter, comma 1-bis, della Legge notarile, introdotto dall'articolo 1, comma 495, lettera c) della Legge di bilancio 2018 del 24 luglio 2019, in Boll. 32/2019

AS1452 - Misure contenute nel testo di conversione del decreto legge 148/2017 (Decreto fiscale) del 22 novembre 2017, in Boll. 45/2017

Pubblicità sanitaria

AS1553 - Legge di bilancio 2019 - Osservazioni in merito agli articoli 41-bis e 51 del disegno di legge AC 1334 del 12 dicembre 2018, in Boll. 49/2018

AS1574 - Osservazioni in merito alla Legge di bilancio 2019 del 12 marzo 2019, in Boll. 13/2019

Servizi di mobilità urbana¹⁸⁹

¹⁸⁹ Rispetto a tali servizi, si rappresenta che la Corte Costituzionale è recentemente intervenuta con sentenza n. 56 del 26 febbraio 2020, ritenendo costituzionalmente illegittima la previsione relativa all'obbligo in capo agli operatori NCC (noleggio con conducente) di iniziare e terminare ogni singolo servizio presso le rimesse (art. 11, comma 4, secondo periodo come modificato dall'10-bis, comma 1, lettera e del DL 135/2018.). I restanti vincoli sono stati invece ritenuti non irragionevoli e sproporzionati, in quanto adeguati ad assicurare l'effettività del fondamentale divieto per i vettori NCC di rivolgersi a un'utenza indifferenziata senza sottostare al regime del servizio pubblico di piazza che caratterizza il servizio taxi. Le valutazioni della Corte Costituzionale si basano sulla normativa vigente e tengono conto della diversità - per modalità di svolgimento, regime tariffario, ambito di operatività, rapporti con l'utenza, ecc. - dei due tipi di autoservizi pubblici non di linea (taxi e NCC), che l'Autorità, nelle proprie segnalazioni, ha ritenuto superabili ai fini dello sviluppo di una nuova modalità di gestione del servizio di mobilità urbana.

ASI620 - Disciplina dell'attività di noleggio con conducente del 1° ottobre 2019, in Boll. 42/2019

ASI595 - Comune di Genova/qualificazione giuridica del servizio di prenotazione tramite taxi del 22 maggio 2019, in Boll. 27/2019

ASI354 - Riforma del settore della mobilità non di linea del 10 marzo 2017, in Boll. 9/2017

ASI233 - Regolamento dell'offerta dei servizi di noleggio con conducente mediante vettura (NCC), del 21 ottobre 2015, in Boll. 45/2015

Camere di commercio

ASI682 - Attività di rilevazione di prezzi e tariffe delle camere di commercio, del 17 giugno 2020, in Boll. 28/2020.

Farmacie e parafarmacie

ASI652 - Osservazioni in merito alla legge di bilancio 2020, del 3 marzo 2020, in Boll. 12/2020

Servizi postali

ASI627 - Schema di contratto di programma 2020-2024 tra il Ministero dello Sviluppo Economico e Poste Italiane, del 27 novembre 2019, in Boll. 50/2019

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

