*Autorità Garante*
*della Concorrenza e del Mercato*

Autorita' garante della concorrenza e del mercato
AGCM
Prot. 0078725 del: 15/12/2016 09.48
Documento:Principale Registro:Partenza

Rif. n. S2692

*00198 Roma*
*Piazza G. Verdi, 6/a - Tel. 06858211*

Conferenza delle Regioni e delle
Province Autonome
c.a. Presidente
dott. Stefano Bonaccini
Via Parigi, 11
00185 Roma

Ministero dello Sviluppo Economico
Direzione generale per il mercato, la
concorrenza, il consumatore, la vigilanza
e la normativa tecnica
c.a. Dirigente Generale
dott. Gianfrancesco Vecchio
Via Sallustiana, 53
00187 Roma
PEC: dgmccvnt.dg@pec.mise.gov.it

Conferenza Unificata Stato – Regioni
c.a. Direttore dell'Ufficio di Segreteria
dott. Antonio Naddeo
Palazzo Cornaro - Via della Stamperia, 8
00187 Roma
PEC: statoregioni@mailbox.governo.it

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri ad essa assegnati dall'articolo 22 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, nella riunione del 7 dicembre 2016 ha inteso formulare alcune osservazioni in merito ai problemi di natura concorrenziale che caratterizzano il settore dell'assegnazione delle concessioni di posteggio per

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

il commercio su aree pubbliche, con particolare riguardo alla durata delle concessioni e ai criteri di selezione in caso di domande concorrenti.

Gli artt. 10 e 12 della Direttiva 2006/123/CE (di seguito anche Direttiva Servizi o Bolkestein) e gli artt. 14 e 16 del D.Lgs. n. 59/2010 di recepimento di tale Direttiva stabiliscono che è libera ogni attività non espressamente vietata e che, ove necessario ricorrere a un titolo autorizzatorio, questo è rilasciato all'esito di selezione pubblica, per una durata limitata, senza rinnovi automatici, né vantaggi al prestatore uscente.

Per quanto riguarda il commercio su aree pubbliche, i profili della durata e dei criteri di affidamento delle concessioni di posteggio hanno trovato una prima regolazione nell'Intesa Stato-Regioni del 2012 "*sui criteri da applicare nelle procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche*" (di seguito anche Intesa del 2012), adottata ai sensi dell'art. 70, comma 5, del D.Lgs. n. 59/2010. Secondo l'Intesa del 2012, il Comune fissa la durata della concessione, ma, "*In ogni caso, la durata della concessione non può essere inferiore ai nove anni, né, nel caso siano (...) necessari rilevanti investimenti materiali, superiore ai dodici anni*". Nei mercati a carattere turistico la durata delle concessioni deve essere "*comunque non inferiore a sette anni*" (punto 1).

Inoltre, il criterio prioritario di assegnazione è quello della "*maggiore professionalità acquisita*", definita in base all'anzianità di esercizio dell'impresa, anche nello specifico posteggio oggetto di selezione, che può ricevere una specifica valutazione nel limite del 40% del punteggio complessivo; nei centri di pregio, è dato rilievo all'impegno del titolare a operare secondo le esigenze della zona (con modalità o prodotti specifici); infine, si può tenere conto della regolarità contributiva, fiscale e previdenziale dell'impresa (punto 2, lett. a)[1].

In attuazione dell'Intesa del 2012, il Documento delle Regioni e Province Autonome del 24 gennaio 2013 (di seguito anche Documento 2013), per "*assicurare omogeneità territoriale*", propone di adottare un limite unico a livello nazionale di durata delle concessioni, pari a 12 anni, al fine di consentire il recupero degli investimenti anche immateriali in

[1] In particolare, secondo l'Intesa del 2012, "*la professionalità valutabile è riferita all'anzianità di esercizio dell'impresa, ivi compresa quella acquisita nel posteggio al quale si riferisce la selezione, che in sede di prima applicazione può avere specifica valutazione nel limite del 40% del punteggio complessivo; l'anzianità di impresa è comprovata dall'iscrizione quale impresa attiva nel Registro delle imprese, riferita nel suo complesso al soggetto titolare dell'impresa al momento della partecipazione alla selezione, cumulata con quella del titolare al quale è eventualmente subentrato*".

un'attività caratterizzata da limitati volumi di vendita (punto 1).

In caso di domande concorrenti, tale Documento propone ai Comuni di assegnare i seguenti punteggi:
a) per la "*maggiore professionalità acquisita nell'esercizio del commercio su area pubblica*", derivante dalla data di iscrizione come impresa attiva nel Registro delle imprese, 40 punti per un'anzianità di iscrizione fino a 5 anni; 50 punti per un'anzianità fino a 10 anni e 60 punti per un'anzianità superiore ai 10 anni;
b) per il titolare di concessioni in scadenza nel 2017-2020, che concorre all'assegnazione dello specifico posteggio in cui operava, altri 40 punti ;
c) infine, per l'impegno a eseguire specifiche opere/adattamenti in particolari contesti 7 punti e per la prova della regolarità contributiva altri 3 punti (punto 2).

Il Documento 2013 detta, infine, "*diposizioni transitorie*", per compensare le disparità di trattamento tra gli operatori che, essendo titolari di concessioni scadute prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 59/2010, hanno usufruito di una proroga e quelli che, diversamente, non se ne sono potuti avvantaggiare. Il regime transitorio consiste nel prorogare di diritto a maggio o luglio 2017 le concessioni che sarebbero scadute, rispettivamente, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 59/2010 e dell'Intesa del 2012, rinviando l'applicazione dei nuovi criteri di selezione soltanto dopo lo spirare del regime transitorio (punto 8)[2].

Con Risoluzione n. 34181 del 9 febbraio 2016 (di seguito anche Risoluzione 2016), avvicinandosi la scadenza del regime transitorio definito dal Documento 2013 (maggio e luglio 2017, punto 8), il Ministero dello Sviluppo Economico (di seguito anche MISE) ha dato ai Comuni la possibilità di stabilire la durata di un secondo periodo transitorio, che – diversamente dal primo – non incide sulla durata delle concessioni, ma sull'interpretazione e sulla "*prima applicazione*" dei criteri di selezione nelle gare bandite dal 2017 in poi[3]. Il criterio specifico dell'anzianità di esercizio

[2] In particolare, secondo il Documento Unitario 2013, "*a) le concessioni scadute e rinnovate (o rilasciate) dopo l'entrata in vigore del d.lgs 59/2010 (08 maggio 2010) sono prorogate di diritto per sette anni da tale data, quindi fino al 07 maggio 2017 compreso;*
*b) le concessioni che scadono dopo l'entrata in vigore dell'intesa della Conferenza unificata (05 luglio 2012) e nei cinque anni successivi sono prorogate di diritto fino al 04 luglio 2017 compreso;*
*c) le concessioni scadute prima dell'entrata in vigore del d. lgs 59/2010 e che sono state rinnovate automaticamente mantengono efficacia fino alla naturale scadenza prevista al momento di rilascio o di rinnovo*".

[3] Più precisamente, secondo la Risoluzione 2016, trattandosi di un periodo di "*prima applicazione*", "*deve essere individuata una ulteriore fase transitoria, la cui durata deve essere stabilita dal Comune, nel corso della quale, alle procedure di evidenza pubblica relative alle concessioni di posteggio nei mercati che sono*



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

dell'impresa si conferma, quindi, un criterio di selezione prioritario.

Il MISE indica, altresì, che la durata dell'ulteriore periodo transitorio deve essere fissata "*in relazione alle caratteristiche del mercato e comunque nell'arco dei limiti di ammortamento stabiliti al punto 1 dell'Intesa, ossia 9-12 anni* ". Viene, inoltre, specificato che, in tale periodo, il riconoscimento di un punteggio specifico per il concessionario uscente (in misura del 40%) non va limitato ai casi di parità di posizione dopo le procedure di selezione ai fini della definizione della graduatoria, ma va applicato al momento dell'attribuzione del punteggio complessivo ai concorrenti, per formare la graduatoria stessa. Soltanto dopo tale ulteriore fase transitoria, i Comuni potranno "*prescindere dalla riserva di attribuzione di un punteggio specifico al soggetto titolare del posteggio*".

Al riguardo, l'Autorità intende ripercorrere i principi concorrenziali in materia e svolgere alcune considerazioni in merito alla durata delle concessioni e ai criteri di selezione.

In più occasioni, l'Autorità ha affermato il principio per cui un termine eccessivamente ampio di durata delle concessioni può alterare il funzionamento del mercato, rendendo più difficoltoso l'ingresso da parte di nuovi operatori, a detrimento della qualità dell'offerta, e determinando, di conseguenza, una cristallizzazione degli assetti esistenti nel mercato di riferimento. Riferendosi, in particolare, alla previgente disciplina del commercio su aree pubbliche, l'Autorità ha ritenuto eccessivamente lunga la durata decennale della concessione, "*anche tenuto conto della natura dell'attività che il soggetto aggiudicatario andrà a svolgere, la quale non richiede particolari investimenti*"[4].

Tale principio è stato costantemente ribadito in tutti i settori economici caratterizzati dal ricorso allo strumento concessorio (di beni o servizi), per affermare l'opportunità di ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari, basandosi su criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori, e di rispettare i principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Una durata delle concessioni non eccessivamente ampia risulta strettamente funzionale al

---

*oggetto di proroga per effetto delle disposizioni transitorie di cui al punto 8 e che, scadute le proroghe devono essere oggetto di riassegnazione, si applica, in ogni caso, il criterio dell'anzianità di esercizio dell'impresa nel posteggio al quale si riferisce la selezione che (...) può avere una specifica valutazione nel limite massimo del 40% del punteggio complessivo*".

[4] Cfr. segnalazione del 12 ottobre 2011 – AS876, *Disposizioni relative all'esercizio dell'attività di commercio al dettaglio su aree pubbliche.*



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

rispetto di tali principi e l'Autorità, nell'esercizio delle proprie funzioni consultive nell'ambito di vari settori produttivi affidati in concessione ha sempre affermato che la durata "*dovrebbe essere rigorosamente definita in maniera da perseguire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, senza però rinviare per tempi eccessivamente lunghi il confronto concorrenziale*"[5].

Pertanto, considerato lo specifico settore in esame, caratterizzato di norma da limitati investimenti soprattutto di natura strutturale, una durata minima di 9 anni (7 nel caso di mercati turistici) individuata su tutto il territorio nazionale può risultare sproporzionata e non rispettosa dei principi sopraesposti.

Quanto ai criteri di assegnazione dei posteggi, va ribadito che quelli che danno peso decisivo a requisiti di anzianità o di esperienza pregressa in un determinato settore sono comunque idonei a pregiudicare il corretto dispiegarsi di dinamiche di mercato, in quanto possono favorire gli operatori esistenti, a scapito di nuovi concorrenti. Pertanto, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, tali criteri dovrebbero essere considerati soltanto in maniera residuale[6].

Si pongono, quindi, in contrasto con tale principio le previsioni che attribuiscono ai criteri di anzianità quasi la totalità dei punteggi massimi conseguibili, declinati dal Documento 2013 tra i 40 e i 60 punti per la professionalità pregressa, attestata attraverso l'iscrizione dell'operatore nel registro delle imprese e altri 40 punti per i concessionari uscenti.

In proposito, si osserva che il secondo periodo transitorio individuato dalla Risoluzione 2016 del MISE prevede che il requisito dell'anzianità specifico per l'impresa uscente, benché complessivamente non possa portare a un punteggio superiore al 40% di quello complessivo, deve essere "*in ogni caso*" applicato: ciò significa che, per un ulteriore periodo della durata di 9-12 anni, difficilmente, nuovi operatori o semplicemente soggetti diversi dal

---

[5] Cfr., ad esempio, le segnalazioni del 21 giugno 2016, *Concessioni per la gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in 24/2016; del 16 dicembre 2015, *Comune di Albiano (TN) - Disciplina del settore delle cave*, in Boll. n. 48/2015; il parere del 29 gennaio 2014, AS1114 - *Regime concessorio presente nel porto di Livorno*, in Boll. n. 12/2014; il parere ex art. 21-*bis* del 19 dicembre 2012, AS1002 - *Comune di Roccaraso (AQ) – Impianti sciistici di risalita*, in Boll. n. 51/2012; AS994 - *Comune di Gallipoli (LE) - Rinnovo di concessioni demaniali marittime*, in Boll. n. 46/2012, etc..
Sul punto, peraltro, l'articolo 18 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europe e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, rubricato "Durata della concessione", secondo cui la durata delle concessioni deve essere limitata e, se superiore a 5 anni, essa non può superare il periodo di tempo necessario a recuperare gli investimenti e un ritorno sul capitale investito.

[6] Cfr., da ultimo, la segnalazione del 9 novembre 2016 – S2658, *Comune di Venezia - Regolamento disciplina attività artistiche suolo pubblico*, non ancora pubblicata.

concessionario uscente potranno seriamente contendere un posteggio da riassegnare, in quanto anche sommando tutti i punteggi previsti per i criteri diversi dall'anzianità/esperienza/iscrizione, nessun operatore potrà arrivare allo stesso punteggio del concessionario uscente.

Il *favor* per il concessionario uscente che verrebbe così significativamente a determinarsi potrebbe di fatto dissimulare, nella sostanza, una forma di rinnovo automatico della concessione, ponendosi in contrasto con l'art. 12 della Direttiva Servizi, in base al quale, l'assegnazione di un titolo autorizzatorio (che già deve avere una durata limitata) "*non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente*".

La portata di tale disposizione è stata di recente precisata dalla Corte di Giustizia, con particolare riferimento alle concessioni demaniali marittime, rispetto alle quali è stato affermato che, in base all'art. 12 della Direttiva Servizi, non è possibile consentire la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati[7].

Il principio sarebbe chiaramente disatteso, se la procedura pubblica, in ragione dei criteri di selezione previsti, fosse ridotta al rango di mero adempimento formale[8].

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

L'Autorità auspica, quindi, che i documenti di riferimento nel settore siano modificati recependo le indicazioni sopra esposte e che, in ogni caso,

[7] Cfr. la sentenza del 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, riguardante proprio la normativa italiana, ovvero l'art. 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009, convertito con L. n. 25/2010.

[8] Ad analoghe considerazioni e conclusioni si giunge anche osservando che la "*seconda fase transitoria*" contemplata dalla Risoluzione 2016 sembra andare oltre quanto stabilito dall'art. 70, comma 5, del D.Lgs. n. 59/2010 , che costituisce la base giuridica del Documento 2013 che ha definito il primo periodo transitorio ormai in scadenza. Secondo tale disposizione, la Conferenza doveva individuare "*le disposizioni transitorie da applicare, con le decorrenze previste, anche alle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto ed a quelle prorogate durante il periodo intercorrente fino all'applicazione di tali disposizioni transitorie*". Tecnicamente, quindi, il potere di definire un regime transitorio è già stato esercitato e si è esaurito con lo scadere della proroga di diritto disposta dal punto 8 del Documento 2013.



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

le amministrazioni locali esercitino la propria potestà sull'individuazione della durata delle concessioni e dei criteri di selezione in maniera coerente con i principi sopra richiamati e con le disposizioni della Direttiva Servizi.

L'Autorità invita a comunicare, entro un termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte con riguardo alle criticità concorrenziali evidenziate.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
*Giovanni Pitruzzella*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

# PARERE

ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287

in merito ai problemi riguardanti la concorrenza e il mercato nel settore dell'affidamento delle concessioni di posteggio

inviato a

Conferenza Unificata Stato – Regioni

Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome

Ministero dello Sviluppo Economico