

Senato della Repubblica - Commissione XIV “Politiche dell’Unione Europea”

DDL n. 2169 “Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione Europea - Legge europea 2019-2020”

Audizione Pres. R. Rustichelli - 18 maggio 2021

Gentile Presidente,

ringrazio la Commissione “Politiche dell’Unione Europea” per aver consentito all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di esprimere la propria opinione in merito al disegno di legge europea 2019-2020, che ha l’obiettivo di conformare l’ordinamento nazionale ai principi euro-unionali.

Le proposte di riforma in esso contenute si propongono, in effetti, di adeguare previgenti atti normativi a specifici vincoli posti dal diritto europeo in numerosi settori, e di porre fine altresì a procedure di infrazione comunitaria: obiettivo questo, - come osservato di recente dall’Autorità¹ - di importanza cruciale per il nostro Paese, anche alla luce delle conseguenze finanziarie che si ricollegano ad una pronuncia di condanna del Giudice europeo.

L’Autorità rileva che diverse sono le previsioni del disegno di legge che interessano da vicino l’ambito di esplicazione delle proprie competenze in materia di tutela della concorrenza e del consumatore.

Tra queste, si segnalano, in particolare, quelle contenute agli articoli 8, 25, 29 e 32, sulle quali, alla luce degli aspetti di possibile problematicità che le stesse presentano, l’Autorità svolge le seguenti considerazioni.

La disciplina dei contratti pubblici - articolo 8

Per quanto riguarda l’art. 8 rubricato “Disposizioni in materia di contratti pubblici”, tra le modifiche normative proposte, alcune riguardano l’istituto del subappalto e, in

¹ Audizione del Presidente dell’AGCM nell’ambito dell’Indagine conoscitiva sulle procedure di infrazione comunitaria presso la XIII Commissione della Camera dei Deputati, 4 maggio 2021.

particolare, la soppressione dell'obbligo di indicare la terna di subappaltatori in sede di offerta². La modifica è chiaramente volta a sanare il contrasto della disciplina interna con il diritto euro-unionale.

Nella procedura di infrazione n. 2018/2273, la Commissione europea aveva, infatti, ritenuto che la normativa in vigore violasse la direttiva n. 2014/24, imponendo agli offerenti, in caso di appalti sopra le soglie UE o quando si tratti di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, di indicare in ogni caso una terna di subappaltatori in sede di offerta anche quando i medesimi non intendano servirsi di un subappaltatore.

L'Autorità segnala, tuttavia, che le proposte contenute nell'art. 8 del DDL in esame non riguardano un ulteriore profilo che era stato oggetto di contestazione da parte della Commissione ed affrontato anche dall'Autorità nella recente segnalazione AS1707 – *Normativa sui limiti di utilizzo del subappalto*, del 3 novembre 2020.

Ci si riferisce al divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico, previsto dall'art. 105, comma 2, e temporaneamente innalzato al 40% dall'art. 1, comma 18, primo periodo del D.L. 32/2019 (salvo quanto disposto dall'art. 105, comma 5).

Tale ultima modifica era stata verosimilmente introdotta per superare i rilievi della Commissione europea, secondo la quale le restrizioni quantitative al subappalto, fissate in maniera astratta in una determinata percentuale, risultano incompatibili con il dettato europeo in materia di contratti pubblici.

Tuttavia, il limite in questione non appare ancora coerente con la normativa e i principi euro-unitari in tema di subappalto, posto che le direttive europee in materia non hanno mai inteso vietare il subappalto con la fissazione di una limitazione quantitativa³. Tale principio dovrebbe, pertanto, essere conformemente recepito nel testo in esame.

A tale riguardo, occorre ricordare come l'Autorità, in linea con la posizione assunta dalle Istituzioni europee, abbia più volte sottolineato la valenza pro-concorrenziale

²Cfr. modifiche ad art. 105, commi 4 e 6, e ad art. 174, commi 2 e 3 del Codice dei contratti pubblici e soppressione secondo periodo del comma 18 dell'art. 1 del decreto-legge 18 aprile 2019, n.32 relativo al periodo transitorio.

³ Cfr. art. 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere. La stessa impostazione si ritrova nell'art. 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25/UE (e nel considerando 87 di tale direttiva).

dell'istituto del subappalto⁴, anche ipotizzando un ampliamento dei limiti al suo utilizzo, al fine di aumentare le possibilità per le piccole e medie imprese di operare sui mercati⁵.

In termini generali, l'Autorità ha ritenuto che eventuali limiti all'utilizzo del subappalto dovrebbero essere proporzionati all'obiettivo di interesse generale che si intende perseguire e giustificarsi in via eccezionale in relazione al solo caso concreto, sulla base di criteri ben definiti e motivati dalla stazione appaltante in sede di gara.

Ad esempio, le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento potrebbero giustificare un limite al ricorso al subappalto laddove, in presenza di un limitato numero di possibili imprese partecipanti alla gara, il suo utilizzo potrebbe favorire l'attuazione di intese spartitorie. Ulteriori restrizioni potrebbero derivare dalla particolare natura delle prestazioni dedotte in contratto o da esigenze di sicurezza nella fase di esecuzione.

Inoltre, l'obbligo di indicare, già in sede di offerta, la quota parte dell'appalto e i lavori che si intendono subappaltare, oltre all'identità degli eventuali subappaltatori, potrebbe consentire alle stazioni appaltanti di individuare preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche circa la loro capacità e affidabilità, al fine di prevenire rischi di corruzione e collusione nelle fasi di affidamento ed esecuzione dell'appalto.

Ma, giova ribadirlo, solo in casi eccezionali la stazione appaltante può motivatamente imporre il divieto di subappalto dell'intera commessa, in considerazione delle sue particolari specificità.

In definitiva, l'Autorità auspica, anche al fine di superare i rilievi della Commissione europea, una modifica dell'art. 8 volta:

⁴ Da ultimo nella citata segnalazione AS1707.

⁵ Più specificamente, è stato evidenziato come, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE del 26 settembre 2019 nel caso C-63/18 *Vitali*, una normativa nazionale come quella italiana, che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto oltre una percentuale fissa dell'affidamento, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, non può essere ritenuta compatibile con la Direttiva 2014/24/UE. È stato, pertanto, auspicato di modificare le norme limitative del subappalto per il concessionario pubblico, che risultano in contrasto con la normativa europea. Cfr. segnalazione [AS1592](#) *Decreto Crescita - Incentivi fiscali riconosciuti in ipotesi di interventi di riqualificazione energetica e di adozione di misure antisismiche*, del 12 giugno 2019; segnalazione AS1683 *Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultra-larga*, del 1° luglio 2020.

- innanzitutto, a eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile;

- in secondo luogo, a 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 da subappaltare, oltre all'identità dei subappaltatori;

- infine, a consentire in via eccezionale 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 subappaltatori⁶.

Pubblicità nel settore sanitario - articolo 25

L'articolo 25 modifica la disciplina relativa ai direttori sanitari delle strutture sanitarie private di cura di cui all'art. 1, comma 536, della legge n. 145 del 2018, superando le criticità segnalate dall'Autorità in merito all'obbligo per il direttore sanitario di essere iscritto all'ordine territoriale nel cui ambito ha sede la struttura in cui opera⁷.

Tale obbligo costituisce, infatti, una ingiustificata restrizione della concorrenza nell'offerta dei servizi professionali sanitari non supportata da obiettive esigenze di interesse generale, non essendo volto né a garantire prestazioni sanitarie più sicure

⁶ Da ultimo, si segnala che l'Autorità è nuovamente intervenuta sulla materia con la segnalazione AS1730 sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021, suggerendo misure volte a modernizzare e semplificare le regole e le procedure applicabili agli appalti pubblici, che rientrano tra gli obiettivi strategici ai fini del rilancio dell'economia e dell'attivazione degli investimenti. Anche in questo contesto le coordinate da tenere presenti sono state rinvenute 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 e la esecuzione. In tal senso è stata segnalata proprio la disciplina del subappalto di cui all'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici, in quanto volta restringere ingiustificatamente, e in contrasto con la normativa euro unitaria, la partecipazione agli appalti delle piccole e medie imprese.

⁷ Cfr. AS1574 - Osservazioni in merito alla legge di bilancio 2019 del 12 marzo 2019, in Boll. 13/2019 e AS1553 - Legge di Bilancio 2019. Osservazioni in merito agli articoli 41bis e 51 del disegno di legge AC 1334, del 12 dicembre 2018 Boll. 49/2018.

a tutela dei consumatori né a consentire di esercitare un più efficace potere di vigilanza e disciplinare da parte dell'Ordine territoriale di competenza.

L'attuale proposta prevede, correttamente, che il direttore sanitario possa essere iscritto anche ad un albo di altro ordine territoriale e che, in ogni caso, egli comunichi il proprio incarico all'ordine territorialmente competente per la sede della struttura che glielo conferisce.

Il DDL non interviene, invece, su un altro profilo contestato dalla Commissione europea e più volte segnalato dall'Autorità⁸ - quello della pubblicità sanitaria - mantenendo le restrizioni previste al comma 525 dell'art. 1 della citata legge n. 145/2018.

Tale norma dispone che *“Le comunicazioni informative da parte delle strutture sanitarie private di cura e degli iscritti agli albi degli Ordini delle professioni sanitarie [...] possono contenere unicamente le informazioni (...) funzionali a garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari, escluso qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo (...)”*⁹.

Come già osservato dall'Autorità, la disposizione richiamata ha reintrodotto delle ingiustificate limitazioni all'utilizzo della pubblicità nel settore delle professioni sanitarie, in controtendenza rispetto al trend di liberalizzazione che ne ha contraddistinto l'evoluzione, peraltro non motivate né proporzionate all'interesse generale di tutelare il consumatore.

In particolare, la citata disposizione richiama l'art. 2 del D.L. 223/2006 (c.d. riforma Bersani)¹⁰ per escludere *“qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo”*, mentre la disposizione di liberalizzazione aveva proprio inteso legittimare l'utilizzo dello strumento pubblicitario nel settore, al punto da richiedere che i Codici deontologici fossero modificati in tal senso¹¹.

⁸ Cfr. AGCM, pareri AS1574 e AS1553 sopra citati.

⁹ Il citato comma 525 della legge n. 145/2018 dispone, in particolare, che *“Le comunicazioni informative da parte delle strutture sanitarie private di cura e degli iscritti agli albi degli Ordini delle professioni sanitarie di cui al capo II della legge 11 gennaio 2018, n. 3, in qualsiasi forma giuridica svolgano la loro attività, comprese le società di cui all'articolo 1, comma 153, della legge 4 agosto 2017, n. 124, possono contenere unicamente le informazioni di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, funzionali a garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari, escluso qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo, nel rispetto della libera e consapevole determinazione del paziente, a tutela della salute pubblica, della dignità della persona e del suo diritto a una corretta informazione sanitaria”*.

¹⁰ Convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

¹¹ Viene altresì in rilievo l'art. 4 del D.P.R. n. 137 del 7 agosto 2012, recante la riforma degli ordinamenti professionali a norma dell'art. 3, comma 5 del D.L. 138/2011 (convertito nella legge 183/2011).

Tra l'altro, circoscrivere il contenuto legittimo di una "comunicazione informativa" all'unico fine di "garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari" rende inefficace e inutile lo strumento pubblicitario.

Come già rilevato¹², infatti, non è la pubblicità che garantisce la sicurezza dei trattamenti sanitari, quanto piuttosto le misure in tal senso concretamente adottate dai professionisti nell'esercizio della propria attività, misure peraltro imposte dalla disciplina di settore e dalla dovuta diligenza professionale.

Inoltre, il suddetto riferimento ("garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari"), quale parametro vincolante di valutazione delle comunicazioni informative, risulta talmente vago nella sua effettiva applicazione da generare incertezza nei professionisti circa la legittimità dell'impiego dello strumento promozionale.

Pertanto, l'art. 25 del Disegno di legge in discussione dovrebbe intervenire anche nella materia della pubblicità sanitaria, rimuovendo dal comma 525 della legge n. 145/2018, l'inciso "funzionali a garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari, escluso qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo" riferito alle comunicazioni informative nel settore.

Portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno - articolo 29

L'art. 29 designa l'AGCOM quale autorità competente per l'applicazione del regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno.

Si tratta del regolamento che garantisce il diritto degli abbonati a servizi di contenuti *online* (film, serie tv, eventi sportivi), erogati legittimamente nel loro Stato membro di residenza, ad accedere e a fruire di tali servizi allorché si trovino temporaneamente presenti in uno Stato membro diverso dal loro Stato membro di residenza, con le stesse modalità del servizio offerto in quest'ultimo.

Poiché non è da escludere che le condotte adottate per impedire od ostacolare la fruizione dei contenuti on line all'estero costituiscano anche violazioni del Codice

¹² Cfr. AS1553, cit.

del consumo, appare opportuno inserire una “clausola di salvaguardia” che faccia salva la competenza dell’Autorità ad intervenire, ex art. 27 del Codice del Consumo, nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, una violazione della Direttiva n. 2011/83/ (c.d. *Consumer Rights*) o l’adozione di clausole vessatorie.

Cooperazione tra autorità europee nella repressione degli illeciti consumeristici transfrontalieri e competenza AGCM in materia di servizi turistici - articolo 32

L’articolo 32 attribuisce all’Autorità, che è designata quale autorità competente all’applicazione della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive, il potere di diffidare le imprese alla rimozione delle suddette clausole, nonché di irrogare sanzioni in caso di accertamento di vessatorietà.

Si tratta di un potere che più volte l’Autorità ha richiesto, a partire dalla segnalazione inviata in questo senso il 6 novembre 2017¹³.

Attualmente, l’Autorità, non avendo poteri di diffida per vietare l’uso della clausola vessatoria, è priva di qualunque strumento di intervento in caso di mancata eliminazione o di modifica della medesima, con conseguente assenza di ogni effetto deterrente del proprio intervento.

Del resto, l’unica conseguenza in caso di accertamento di vessatorietà è una sanzione di tipo reputazionale, rappresentata dall’obbligo per l’impresa di diffusione del provvedimento di accertamento, anche per estratto, mediante pubblicazione sul sito internet dell’Autorità, sul sito dell’operatore e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno¹⁴.

¹³ Cfr. segnalazione AS1445, *Poteri di intervento dell’Autorità in materia di clausole vessatorie*, inviata al Presidente del Senato, al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri, 6 novembre 2017, in *Boll.* 43/2017.

¹⁴ Cfr. art. 37-bis, comma 2, del Codice del consumo ai sensi del quale “*Il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell’Autorità, sul sito dell’operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all’esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell’operatore*”. Nella citata segnalazione del 2017, l’Autorità rilevò che un sistema così concepito stava rivelando tutti i limiti di un controllo amministrativo privo di mezzi attivabili direttamente o indirettamente dall’Autorità, al fine di obbligare l’impresa alla modifica della clausola illecita. I procedimenti istruiti dall’Autorità in tema di clausole vessatorie avevano mostrato che il timore di discredito reputazionale, di fatto, non produce sempre e con la dovuta efficacia i risultati attesi, e all’accertamento della vessatorietà non fanno seguito a volte comportamenti conformativi delle imprese. Di qui il rischio che si determinasse un *vulnus* insanabile, qualora l’impresa non si dovesse obbligare spontaneamente a modificare la clausola reputata abusiva, e, al contempo, nessuno dei

L'Autorità esprime, dunque, vivo apprezzamento per la scelta del legislatore di colmare tale lacuna e di riconoscere ad essa un pieno potere di intervento sulle clausole vessatorie, analogo a quello relativo alle pratiche commerciali scorrette e alla tutela dei diritti dei consumatori.

L'art. 32 prevede altresì che le autorità competenti all'applicazione del Regolamento (UE) n. 2017/2394, dunque anche l'AGCM, dispongano, con riferimento alle infrazioni lesive degli interessi dei consumatori aventi dimensione nazionale, dei medesimi poteri previsti dal regolamento 2017/2394 per le infrazioni intra-UE.

Si tratta nuovamente di una previsione positiva, in quanto pur potendo l'Autorità già applicare la maggior parte dei poteri in ambito nazionale in virtù del Codice del consumo, in assenza di tale norma i nuovi poteri introdotti dal Regolamento sarebbero rimasti esclusi per le infrazioni nazionali. Ci si riferisce alla facoltà di *mystery shopping*, alla possibilità di impedire l'accesso ai siti internet attraverso i quali vengono commesse le infrazioni, al potere di tracciare i flussi finanziari e dei dati.

Infine, il citato art. 32 introduce il comma 1-bis dell'articolo 51-*octies* del Codice del Turismo (decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79).

Al riguardo, si accoglie con favore la conferma che l'Autorità è designata quale autorità competente, ai sensi del citato Regolamento di cooperazione, per l'applicazione della Direttiva europea n. 2015/2302 relativa ai pacchetti e ai servizi turistici collegati¹⁵.

Il nuovo comma 1-bis dell'articolo 51-*octies* prevede, inoltre, che “*in materia di accertamento e sanzione delle violazioni della citata Direttiva 2015/2302, si applica l'articolo 27 del Codice del Consumo (..)*”.

Al riguardo, si osserva che tale formulazione appare lasciare inalterati i dubbi interpretativi già sollevati dall'Autorità nel parere rilasciato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in merito allo schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva n. 2015/2302¹⁶, in ragione della perdurante presenza di un duplice

soggetti legittimati all'azione inibitoria richiedesse al giudice competente, sulla base dell'accertamento della vessatorietà da parte dell'Autorità, di inibirne l'uso.

¹⁵ La direttiva è stata recepita nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 62.

¹⁶ Cfr. AS1500 – Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva UE relativo ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, in Boll. n. 16/2018.

regime sanzionatorio rispettivamente previsto dall'art. 51-*septies* e dal comma 1 del successivo art. 51-*octies*

In particolare, nel citato parere si rilevava che il comma 1 dell'art. 51-*octies* del Codice del Turismo conferisce all'Autorità il compito di accertare alcune specifiche violazioni avvalendosi degli strumenti previsti dal Codice del Consumo, che prevedono sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, mentre l'art. 51-*septies* prevede, al contempo, un differente e più lieve apparato sanzionatorio per alcune violazioni del Codice del Turismo, sempre a danno dei consumatori.

Purtroppo, l'introduzione ad opera del DDL in esame del comma 1-*bis* all'art. 51-*octies*, pur ribadendo il potere dell'Autorità di applicare il regime sanzionatorio di cui all'art. 27 del Codice del Consumo per le violazioni della Direttiva n. 2015/2302, ripropone regimi sanzionatori paralleli, lasciando inalterati i citati profili di criticità.