

Corte di giustizia CE, sentenza 12 luglio 2012, procedimento C-55/11

PRES. Bonichot

VB Vodafone Espana SA c. Ayuntamiento de Santa Amalia

Massima - L'articolo 13 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di un contributo per i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse, agli operatori che, senza essere proprietari di tali strutture, utilizzino le medesime per prestare servizi di telefonia mobile.

L'articolo 13 della direttiva 2002/20 ha un effetto diretto, per cui conferisce ai singoli il diritto di avvalersene direttamente dinanzi ad un giudice nazionale per contestare l'applicazione di una decisione dell'autorità pubblica incompatibile con tale articolo.

“Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 13 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU L 108, pag. 21).

Tali domande sono state presentate nell'ambito di tre controversie tra, da una parte, la Vodafone España SA (in prosieguo: la «Vodafone España») e gli Ayuntamientos de Santa Amalia (C-55/11) e de Tudela (C-57/11), e, dall'altra, tra la France Telecom España SA (in prosieguo: la «France Telecom España») e l'Ayuntamiento de Torremayor (C-58/11) in merito a contributi cui tali due società sono

state assoggettate per l'uso esclusivo e speciale del sottosuolo e della superficie del demanio pubblico municipale.

Contesto normativo.

Il diritto dell'Unione

La direttiva 97/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione (GU L 117, pag. 15), prevedeva al suo articolo 11:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano esclusivamente intesi a coprire i costi amministrativi sostenuti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali. I diritti per le licenze individuali sono proporzionati al lavoro che esse comportano e sono pubblicati in maniera appropriata e sufficientemente dettagliata perché possano essere facilmente accessibili.

In deroga al paragrafo 1, quando siano utilizzate risorse rare, gli Stati membri possono permettere all'autorità di regolamentazione nazionale di imporre diritti che riflettono la necessità di assicurare l'uso ottimale di tali risorse. I diritti devono essere non discriminatori e tener particolare conto della necessità di incoraggiare lo sviluppo di servizi innovativi e la concorrenza».

La direttiva 97/13 è stata abrogata dall'articolo 26 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (GU L 108, pag. 33; in prosieguo: la «direttiva quadro»).

L'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva quadro è formulato come segue:

«Gli Stati membri assicurano che, nell'esaminare:

*– una domanda per la concessione del diritto di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse ad un'impresa autorizzata a fornire reti pubbliche di comunicazione,
(...)*

l'autorità competente:

– agisca in base a procedure trasparenti e pubbliche, applicate senza discriminazioni né ritardi;

– rispetti i principi di trasparenza e non discriminazione nel prevedere condizioni per l'esercizio di tali diritti.

(...))».

L'articolo 12 della direttiva quadro dispone quanto segue:

«1. Quando un'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica ha il diritto, in forza della legislazione nazionale, di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse oppure può avvalersi di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, le autorità nazionali di regolamentazione incoraggiano la condivisione di tali strutture o proprietà.

2. In particolare quando le imprese non dispongano di valide alternative a causa di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale, gli Stati membri possono imporre la condivisione di strutture o proprietà (compresa la cospicua fisica) ad un'impresa che gestisce una rete di comunicazione elettronica o adottano misure volte a facilitare il coordinamento dei lavori pubblici soltanto dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione nel corso del quale a tutte le parti

interessate è data la possibilità di esprimere il proprio parere. Tali disposizioni su condivisione o coordinamento possono comprendere regole sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà».

I paragrafi dal trentesimo al trentaduesimo della direttiva autorizzazioni enunciano quanto segue:

«(30) Ai prestatori di servizi di comunicazione elettronica può essere richiesto il pagamento di diritti amministrativi a copertura delle spese sostenute dall'autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso. È opportuno che la riscossione di tali diritti si limiti a coprire i costi amministrativi veri e propri di queste attività. Pertanto occorre garantire la trasparenza della contabilità gestita dall'autorità nazionale di regolamentazione mediante rendiconti annuali in cui figurino l'importo complessivo dei diritti riscossi e dei costi amministrativi sostenuti. In questo modo le imprese potranno verificare se vi sia equilibrio tra i costi e gli oneri ad esse imposti.

(31) I sistemi di diritti amministrativi non dovrebbero distorcere la concorrenza o creare ostacoli per l'ingresso sul mercato. Con un sistema di autorizzazioni generali non sarà più possibile attribuire costi e quindi diritti amministrativi a singole imprese fuorché per concedere i diritti d'uso dei numeri, delle frequenze radio e dei diritti di installare strutture. Qualsiasi diritto amministrativo applicabile dovrebbe essere in linea con i principi di un sistema di autorizzazione generale. Un esempio di alternativa leale, semplice e trasparente per il criterio di attribuzione di tali diritti potrebbe essere una ripartizione collegata al fatturato. Qualora i diritti amministrativi fossero molto bassi, potrebbero anche essere appropriati diritti forfettari, o diritti

combinanti una base forfettaria con un elemento collegato al fatturato.

(32) Oltre ai diritti amministrativi possono essere riscossi anche contributi per i diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri quale strumento per garantire l'impiego ottimale di tali risorse. È opportuno evitare che tali contributi ostacolino lo sviluppo dei servizi innovativi e la concorrenza sul mercato. La presente direttiva lascia impregiudicato il fine per cui sono impiegati i contributi per i diritti d'uso. Detti contributi possono ad esempio essere usati per finanziare le attività delle autorità nazionali di regolamentazione che non possono essere coperte dai diritti amministrativi. Laddove, in caso di procedure di selezione competitiva o comparativa, i contributi per i diritti di uso delle frequenze radio consistono, interamente o parzialmente, in un importo in soluzione unica, le modalità di pagamento dovrebbero garantire che tali contributi non portino in pratica da una selezione sulla base di criteri estranei all'obiettivo di garantire l'uso ottimale delle frequenze radio. La Commissione può pubblicare, su base regolare, studi comparativi concernenti le migliori prassi in materia di attribuzione di frequenze radio, assegnazione di numeri o diritti di passaggio».

L'articolo 13 della medesima direttiva, intitolato «*Contributi per la concessione di diritti d'uso e di diritti di installare strutture*», dispone che:

«Gli Stati membri possono consentire all'autorità competente di riscuotere contributi sui diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri o sui diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse al fine di garantire l'impiego ottimale di tali risorse. Gli Stati membri fanno sì che tali contributi

siano trasparenti, obiettivamente giustificati, proporzionati allo scopo perseguito e non discriminatori e tengano conto degli obiettivi dell'articolo 8 della [direttiva quadro]».

La direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) (GU L 108, pag. 7), al suo articolo 12, paragrafo 1, primo comma, recita così:

«Ai sensi dell'articolo 8, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso (...) ad autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora l'autorità nazionale di regolamentazione reputi che il rifiuto di concedere l'accesso o termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio o sarebbe contrario agli interessi dell'utente finale».

Il diritto spagnolo

La legge generale 32/2003, relativa alle telecomunicazioni (Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones), del 3 novembre 2003 (BOE n. 264, del 4 novembre 2003, pag. 38890), come emerge dal suo preambolo, ha attuato nel diritto spagnolo le direttive in materia di telecomunicazioni adottate nel corso del 2002, tra cui figura la direttiva autorizzazioni.

Ai termini dell'articolo 49 di detta legge:

«1. Gli operatori e i titolari di diritti di uso della proprietà pubblica radioelettrica o delle risorse di numerazione sono soggetti al pagamento delle tasse stabilite nell'ordinamento giuridico.

Tali tasse perseguono le seguenti finalità:

- a) *coprire i costi amministrativi derivanti dal lavoro di regolamentazione relativo alla preparazione ed all'attuazione del diritto comunitario derivato nonché degli atti amministrativi, come quelli relativi all'interconnessione e all'accesso;*
- b) *coprire i costi derivanti dalla gestione, dal controllo e dall'applicazione del regime stabilito dalla presente legge;*
- c) *coprire i costi derivanti dalla gestione, dal controllo e dall'applicazione dei diritti di occupazione del demanio pubblico, dei diritti di uso della proprietà pubblica radioelettrica e delle risorse di numerazione;*
- d) *la gestione delle notifiche ai sensi dell'articolo 6 della presente legge;*
- e) *coprire i costi derivanti dalla cooperazione internazionale, dall'armonizzazione e normalizzazione, nonché dall'analisi di mercato.*

3. Fatto salvo il precedente paragrafo 2, le tasse sull'uso della proprietà pubblica radioelettrica, delle risorse di numerazione e del demanio pubblico necessario per l'installazione di reti di comunicazione elettronica mirano a garantire l'impiego ottimale di tali risorse, tenendo conto del valore del bene che viene concesso in uso e della sua limitatezza. Le dette tasse devono essere non discriminatorie, trasparenti, oggettivamente giustificate e proporzionali all'obiettivo perseguito. Esse devono inoltre contribuire al conseguimento degli obiettivi e dei principi enunciati all'articolo 3, con le modalità che verranno stabilite con regolamento.

Le imposte di cui ai precedenti paragrafi sono applicate in maniera obiettiva, trasparente e proporzionale, al fine di minimizzare i costi amministrativi supplementari ed i relativi oneri.

Il Ministerio de Ciencia y Tecnología [Ministero della Scienza e della Tecnologia], la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [commissione del mercato delle telecomunicazioni] e l'Agencia Estatal de Radiocomunicaciones [l'Agencia nazionale delle radiocomunicazioni], di concerto con le amministrazioni territoriali che gestiscono e liquidano le tasse ai sensi del paragrafo 2, del presente articolo, pubblicano un rendiconto annuale dei costi amministrativi che giustificano l'imposizione dei tributi medesimi, e dell'importo complessivo dei diritti riscossi».

Il regio decreto legislativo 2/2004, che ha approvato il testo consolidato della legge che disciplina le finanze locali (Real Decreto Legislativo 2/2004, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales), del 5 marzo 2004 (BOE n. 59, del 9 marzo 2004, pag. 10284), autorizza, al suo articolo 20, paragrafi 1 e 3, gli enti locali ad istituire tasse per l'uso esclusivo o speciale del demanio pubblico locale, in particolare del sottosuolo e della superficie della rete stradale comunale nonché dello spazio sovrastante il medesimo.

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

Dalle decisioni di rinvio emerge che diversi comuni del Regno di Spagna, tra cui gli Ayuntamientos de Santa Amalia, de Tudela e de Torremayor, hanno adottato, conformemente alla normativa spagnola, ordinanze fiscali che assoggettano le imprese a contributi per l'uso esclusivo o speciale del demanio pubblico municipale al fine di prestare servizi di fornitura di interesse generale, indipendentemente dalla circostanza se tali imprese siano oppure no le proprietarie delle strutture necessarie a tale prestazione di servizi e che occupano materialmente detto demanio. La prestazione di servizi di telefonia

mobile figura tra i servizi che sono tassati in applicazione di tali ordinanze.

La Vodafone España e la France Telecom España sono operatori di telecomunicazioni che prestano servizi di telefonia mobile nel territorio spagnolo.

La Vodafone España ha proposto ricorsi avverso le ordinanze fiscali adottate dagli Ayuntamientos de Tudela e de Santa Amalia rispettivamente dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Corte superiore di giustizia di Navarra) e al Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Corte superiore di giustizia di Extremadura).

La France Telecom España, da parte sua, ha proposto dinanzi a quest'ultimo giudice un ricorso contro l'ordinanza fiscale adottata dall'Ayuntamiento de Torremayor. Nell'ambito di tali ricorsi, detti operatori hanno contestato la conformità delle suddette ordinanze con il diritto dell'Unione. Detti ricorsi sono stati respinti con sentenze del 30 dicembre 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra e del 12 e 29 giugno 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

La Vodafone España ha quindi proposto ricorso per cassazione dinanzi al Tribunal Supremo (Corte suprema) contro le sentenze del 30 dicembre 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra e del 12 giugno 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. La France Telecom España ha proposto un ricorso per cassazione avverso la sentenza del 29 giugno 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Nelle decisioni di rinvio, il Tribunal Supremo, effettuando, in primo luogo, un'analisi degli articoli 12 e 13 della direttiva autorizzazioni, nutre dubbi in merito alla competenza degli Stati membri ad imporre un contributo per i diritti di installare strutture non solo all'operatore

che sia proprietario della rete di telecomunicazioni elettroniche ma anche agli operatori che si limitino a ricevere servizi di interconnessione e che, di conseguenza, si limitino ad avere accesso a detta rete nonché ad utilizzarla.

In secondo luogo, il giudice del rinvio si interroga sulla questione se i contributi di cui trattasi soddisfino i requisiti dell'articolo 13 della direttiva autorizzazioni.

In terzo luogo, il Tribunal Supremo ritiene che occorra verificare anche se l'articolo 13 della direttiva autorizzazioni soddisfi le condizioni richieste dalla giurisprudenza della Corte per essere dotata di effetto diretto. Esso indica che la giurisprudenza della Corte relativa all'effetto diretto dell'articolo 11, paragrafo 2, della direttiva 97/13 sembra deporre a favore di tale soluzione.

Pertanto il Tribunal Supremo ha deciso di sospendere i procedimenti e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, formulate in termini identici nelle tre cause C-55/11, C-57/11 e C-58/11:

Se l'articolo 13 della (direttiva autorizzazioni) debba essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di una normativa nazionale che consente di imporre un contributo per i diritti di installare strutture sul demanio pubblico comunale gravante sugli operatori che, pur non essendo proprietari della rete, la utilizzano per prestare servizi di telefonia mobile.

Qualora detta esazione sia giudicata compatibile con il citato articolo 13 della (direttiva autorizzazioni), se le condizioni per la riscossione del contributo in parola stabilite dal regolamento locale controverso soddisfino i requisiti di obiettività, proporzionalità e non discriminazione prescritti dalla disposizione medesima, nonché l'esigenza di assicurare l'impiego ottimale delle risorse di cui trattasi.

Se il citato articolo 13 della direttiva autorizzazioni sia dotato di effetto diretto.

Con ordinanza del Presidente della Corte del 18 marzo 2011, le cause C-55/11, C-57/11 e C-58/11 sono state riunite ai fini della fase scritta e orale, nonché della sentenza.

Sulla domanda diretta alla riapertura della trattazione orale

Con lettera depositata nella cancelleria della Corte il 25 aprile 2012, l'Ayuntamiento de Tudela ha chiesto la riapertura della trattazione orale facendo valere che le conclusioni dell'avvocato generale, presentate il 22 marzo 2012, sono fondate su premesse erranee.

Secondo giurisprudenza costante, la Corte può ordinare la riapertura della trattazione orale, ai sensi dell'articolo 61 del proprio regolamento di procedura, qualora ritenga di non essere sufficientemente edotta oppure qualora la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non sia stato oggetto di discussione tra le parti (v., in particolare, sentenze del giugno 2008, *Burda*, C-284/06, Racc. pag. I-4571, punto 37, nonché del 22 settembre 2011, *Interflora e Interflora British Unit*, C-323/09, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22).

La Corte ritiene di avere a disposizione, nella fattispecie, tutti gli elementi necessari per risolvere le questioni proposte dal giudice del rinvio e che la causa non debba essere esaminata in base ad un argomento che non è stato discusso dinanzi ad essa.

Ciò premesso, non occorre accogliere la domanda dell'Ayuntamiento de Tudela diretta alla riapertura della trattazione orale.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se una normativa nazionale che impone una tassa per l'uso del demanio pubblico municipale non solo agli operatori proprietari delle reti di telefonia installate su tale demanio, ma anche agli operatori titolari dei diritti d'uso, di accesso o di interconnessione a dette reti, rientri nella possibilità offerta agli Stati membri dall'articolo 13 della direttiva autorizzazioni di assoggettare a contributo i «*diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse*» al fine di tener conto della necessità di assicurare una ottimale ripartizione di tali strutture.

In particolare, detto giudice chiede alla Corte se siffatta tassa possa essere imposta non solo all'operatore che, conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva quadro, è titolare dei diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse e che, conformemente all'articolo 12 della medesima direttiva nonché all'articolo della direttiva accesso, può trovarsi a dover condividere tali strutture, ma anche agli operatori che forniscono servizi di telefonia mobile usando le dette strutture.

In via preliminare, occorre constatare che, nell'ambito della direttiva autorizzazioni, gli Stati membri non possono riscuotere tasse o contributi sulla fornitura di reti e servizi di comunicazioni elettroniche diversi da quelli previsti da questa direttiva (v., per analogia, sentenze del 18 luglio 2006, Nuova società di telecomunicazioni, C-339/04, Racc. pag. I-6917, punto 35, e del 10 marzo 2011, Telefónica Móviles España, C-85/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 21).

Come emerge dai considerando dal trentesimo al trentaduesimo nonché dagli articoli 12 e 13 della direttiva autorizzazioni, gli Stati membri possono quindi imporre soltanto o diritti amministrativi

destinati a coprire i costi amministrativi globali causati dalla gestione, dal controllo e dall'applicazione del regime generale di autorizzazioni, o contributi sui diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri oppure sui diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse.

Nel procedimento principale, il giudice del rinvio sembra partire dal presupposto che le tasse di cui trattasi non rientrano né nell'articolo 12 di detta direttiva né nella nozione di contributi sui diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri ai sensi dell'articolo 13 della medesima direttiva. La questione verte dunque unicamente sul fatto se la possibilità offerta agli Stati membri di assoggettare a contributo i «diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse» in virtù di detto articolo 13 consenta l'applicazione di contributi come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto si applicano agli operatori che, senza essere proprietari di tali strutture, le utilizzano per la prestazione di servizi di telefonia mobile e usano così tale demanio pubblico.

Benché nella direttiva autorizzazioni non siano definiti, in quanto tali, né la nozione di installazione di strutture su proprietà pubbliche o private, o al di sopra o al di sotto di esse, né il debitore del contributo relativo ai diritti afferenti a tale installazione, occorre rilevare, da una parte, che dall'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva quadro risulta che i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse sono concessi all'impresa autorizzata a fornire reti pubbliche di comunicazione, vale a dire all'impresa abilitata a installare le strutture necessarie sul suolo, nel sottosuolo o negli spazi sovrastanti il suolo.

D'altra parte, come ha rilevato l'avvocato generale ai paragrafi 52 e 54 delle sue conclusioni, i termini «strutture» e «installazione» rinviano, rispettivamente, alle infrastrutture materiali che consentono la fornitura di reti e servizi di comunicazioni elettroniche e la loro installazione materiale sulla proprietà pubblica o privata interessata.

Ne consegue che può essere debitore del contributo per i diritti di installazione delle strutture, previsto all'articolo 13 della direttiva autorizzazioni, solo il titolare dei detti diritti, che è anche il proprietario delle strutture installate sulle proprietà pubbliche o private interessate, al di sopra o sotto di esse.

Di conseguenza, non può essere ammessa, a titolo di *«contributo sui diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse»*, ai sensi dell'articolo 13 della direttiva autorizzazioni, l'imposizione di contributi come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto essi si applicano agli operatori che, senza essere proprietari di tali strutture, le utilizzano per prestare servizi di telefonia mobile e usano così tale demanio pubblico.

Con riferimento a tutte queste considerazioni, occorre rispondere alla prima questione che l'articolo 13 della direttiva autorizzazioni deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di un contributo per i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse, agli operatori che, senza essere proprietari di tali risorse, utilizzino le medesime per prestare servizi di telefonia mobile.

Alla luce della risposta fornita alla prima questione, occorre rispondere soltanto alla terza questione posta dal giudice del rinvio, con cui quest'ultimo chiede in sostanza se l'articolo 13 della direttiva autorizzazioni abbia un effetto diretto, per cui, in circostanze come

quelle del procedimento principale, un singolo possa avvalersene dinanzi ai giudici nazionali.

A questo proposito occorre ricordare che, per costante giurisprudenza della Corte, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, ove quest'ultimo non abbia recepito nei termini tale direttiva nel diritto interno o non l'abbia recepita correttamente (v., in tal senso, sentenze del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, Racc. pag. I-8835, punto 103; del 17 luglio 2008, Arcor e a., da C-152/07 a C-154/07, Racc. pag. I-5959, punto 40, e 24 gennaio 2012, Dominguez, C-282/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 33).

Nella fattispecie, come ha rilevato l'avvocato generale ai paragrafi 48, 97 e 98 delle sue conclusioni, l'articolo 13 della direttiva autorizzazioni soddisfa tali criteri. Infatti, detta disposizione prevede, in termini incondizionati e precisi, che gli Stati membri possono assoggettare a contributo i diritti in tre casi specifici, vale a dire per i diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri o per i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse.

Risulta da quanto precede che occorre rispondere alla terza questione che l'articolo 13 della direttiva autorizzazioni ha un effetto diretto, per cui conferisce ai singoli il diritto di avvalersene direttamente dinanzi ad un giudice nazionale per contestare l'applicazione di una decisione dell'autorità pubblica incompatibile con tale articolo.

Sulle spese

Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

1) L'articolo 13 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di un contributo per i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse, agli operatori che, senza essere proprietari di tali strutture, utilizzino le medesime per prestare servizi di telefonia mobile.

2) L'articolo 13 della direttiva 2002/20 ha un effetto diretto, per cui conferisce ai singoli il diritto di avvalersene direttamente dinanzi ad un giudice nazionale per contestare l'applicazione di una decisione dell'autorità pubblica incompatibile con tale articolo.

I principi di “trasparenza” e di “non discriminazione” nelle procedure pubbliche e nel mercato europeo.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fatto e le questioni pregiudiziali. – 3. Il principio di “trasparenza” nelle procedure pubbliche. – 4. La direttiva 2002/20 sui contributi per diritti d'uso ed i diritti di installare strutture. - 5. Il codice dei contratti di concessione di lavori, servizi e forniture. – 6. La funzione di vigilanza e di garanzia

nei mercati: il principio di “non discriminazione”. – 7. Osservazioni conclusive.

1.Introduzione.

La politica di trasparenza nel quadro normativo italiano ed europeo viene intesa come uno strumento di potenziamento della crescita economica nello spazio europeo¹.

In questa accezione teleologica, il principio di trasparenza è da intendersi come la facoltà riconosciuta alle imprese ed ai cittadini di accedere ad informazioni in possesso dell’Unione, tanto di carattere amministrativo quanto di carattere generale, come quelle di natura statistica, geografica o finanziaria².

Si ritiene, dunque, che l’accesso alle predette informazioni possa dispiegare i propri effetti in senso positivo relativamente al corretto funzionamento del mercato, allo sviluppo della concorrenza e alle scelte degli investimenti, poiché permette agli operatori economici di prendere decisioni che siano squisitamente ponderate sulla base delle suddette informazioni³.

L’applicazione del principio di trasparenza e di non discriminazione alle attività dell’Unione rende, infatti, possibile un maggior controllo

¹Si consideri che il quadro normativo europeo volge al corretto funzionamento del mercato, allo sviluppo della concorrenza e alle scelte degli investimenti, poiché permette agli operatori economici di prendere decisioni che siano specificatamente ponderate sulla base delle suddette informazioni.

²Si approfondisca in CASSETTI L., *La cultura del mercato fra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997.

³Nella accezione più semplificata la trasparenza si presenta come principio generale del diritto nelle scopo di un ampliamento in senso democratico dell’Unione.

Secondo un’ accezione diametralmente opposta, invece, la trasparenza si esaurirebbe esclusivamente nel principio generale del diritto comunitario da applicarsi all’attività delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione, con il preciso scopo di un ampliamento in senso democratico dell’Unione. Si approfondisca circa l’argomento in MERUSI F., *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n.3, 2000, pag.499 e ss.

che i cittadini europei ed i soggetti che risiedono o hanno sede sociale in uno Stato membro sono in grado di effettuare.

Infatti, semplicità, trasparenza interna ed esterna, facilità di confronto, apertura nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, riduzione dei costi, tracciabilità delle informazioni, recupero di risorse umane nonché la spinta alla loro riqualificazione, immediatezza di utilizzo, certificazione dell'azione amministrativa e flessibilità organizzativa sono solo alcuni degli obiettivi fondamentali cui ambisce il mercato unico europeo⁴.

L'art. 15 TFUE opera come una norma ad ampio raggio, nel senso che estende l'applicazione del principio di trasparenza alla totalità delle figure soggettive pubbliche in ambito europeo, riferendosi genericamente ad istituzioni, organi ed organismi dell'Unione. Da questo punto di vista, la trasparenza di dimensione europea è classificabile come principio generale del diritto comunitario, applicabile al complesso delle attività di svolgimento di funzioni sovranazionali, ivi comprese tanto le funzioni normative dell'Unione quanto le funzioni amministrative svolte da soggetti pubblici

⁴Una breve digressione relativa alla garanzia di trasparenza nel mercato e nelle procedure pubbliche risiede nell'abilitazione ai bandi del mercato elettronico. Essa è aperta a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i requisiti richiesti ed è relativa tanto ai fornitori, quanto ai prodotti e i servizi offerti.

Una volta abilitati ad essere immessi nel mercato, i prodotti ed i servizi sono presentati attraverso cataloghi strutturati e descritti nel rispetto dei requisiti minimi indicati nei bandi di riferimento. E' proprio il riferimento alla documentazione del bando e la standardizzazione delle principali caratteristiche tecniche che permette una reale e tempestiva comparazione delle offerte, favorendo un risparmio sui tempi per la definizione delle caratteristiche tecniche della fornitura e/o per la stesura di eventuali condizioni particolari di contratto.

Il mercato elettronico è un sistema in cui tutti vedono e si confrontano tra loro offrendo l'opportunità ad amministrazioni ed imprese di acquisire maggiori informazioni e competenze.

La documentazione disponibile per i diversi bandi rappresenta un utile riferimento e supporto per la formulazione delle richieste e delle offerte contribuendo ad aumentare la qualità della fornitura. Gli operatori economici, inoltre, hanno la possibilità di acquisire maggiore conoscenza relativamente all'ambito merceologico d'interesse, ottimizzando il proprio posizionamento competitivo rispetto alla concorrenza. Per ulteriori approfondimenti in tal senso si veda anche il link: www.consip.it.

comunitari (nonché da soggetti nazionali, sia in quanto chiamati a dare esecuzione amministrativa a norme di diritto comunitario, sia perché obbligati dal legislatore nazionale al rispetto di quei principi generali del diritto comunitario sorti col fine di disciplinare l'attività delle istituzioni europee)⁵.

Non v'è dubbio, dunque, che il principio di trasparenza a livello europeo pur non esaurendosi nel concetto stesso di trasparenza esclusivamente amministrativa, necessariamente la ricomprenda. Ne discende, pertanto, che le amministrazioni europee, quali figure soggettive dotate di poteri amministrativi che svolgono funzioni di esecuzione del diritto comunitario, siano figure che inevitabilmente rientrano nel complesso delle istituzioni, degli organi o degli organismi dell'Unione e che, dunque, anche le diverse forme di azione dell'amministrazione europea debbano essere vincolate al criterio di trasparenza⁶.

Alla stregua di tali premesse, si intende, evidentemente, che tali azioni debbono essere ispirate al rispetto dei criteri di pubblicità, così che sia possibile per i soggetti privati accedere alla conoscenza dei processi decisionali e cioè alla conoscenza delle loro modalità di svolgimento, dei loro esiti, delle motivazioni a quest'ultimi sottese, dell'organizzazione dei soggetti che li svolgono e delle informazioni da questi possedute.

La trasparenza è, infatti, l'insieme delle norme e degli accorgimenti finalizzati a rendere chiaro e comprensibile non solo il rapporto tra consumatore e professionista ma anche tra pubblica amministrazione e

⁵Il testo integrale del suddetto articolo è reperibile in www.europa.eu.it

⁶Si può approfondire ulteriormente l'argomento in LAURIA F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, Giuffrè, 1991; MERUSI F., *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n.3, 2000, pag.499 e ss.

privato. Il principio di trasparenza si compone di differenti sottoprincipi: innanzitutto, l'obbligo di informazione ma anche l'obbligo di pubblicità e di vigilanza affinché le disposizioni in materia di trasparenza vengano rispettate.

Parlare di trasparenza delle istituzioni europee, e in senso più ristretto di trasparenza della pubblica amministrazione, significa però parlare di *“una metafora che esprime una certa idea di come si ritiene debba essere l'amministrazione”*⁷.

Alla stregua di tali premesse, la direttiva 2002/20, dopo un lungo e travagliato iter legislativo, ha rappresentato un momento significativo del difficile processo di armonizzazione normativa in materia di telecomunicazioni destinato a regolare i rapporti giuridici instaurati all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea.

Infatti, l'esigenza di ridurre, per quanto possibile, pratiche scorrette nell'ambito delle procedure pubbliche, al fine di evitare eventuali distorsioni della concorrenza, hanno indotto il legislatore comunitario ad adottare un insieme di regole comuni volte a proteggere gli interessi nei rapporti contrattuali che giornalmente vengono stipulati.

2. Il fatto e le questioni pregiudiziali.

La sentenza della Corte di Giustizia ha ad oggetto una controversia sorta tra un noto gestore telefonico, la Vodafone Espana SA e l'Ayuntamiento de Santa Amalia, relativamente al pagamento di

⁷Per ulteriori approfondimenti in tal senso si vedano anche i seguenti testi: CASSETTI L., *La cultura del mercato fra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997 e GIRAUDI G., *Europeizzazione delle politiche pubbliche e mutamento istituzionale. La politica antitrust italiana del non governo di partito alla governance regolativi indipendente*, in *Riv. It. Scienza politica*, vol. XXX, 2000 pag.57 .

contributi per il diritto di installare strutture di telecomunicazione sul suolo pubblico⁸.

La pronuncia della Corte fa perno sulla direttiva 2002/21 ed in particolare sull'art. 11 della medesima ai sensi del quale gli Stati membri garantiscono che l'Autorità competente per territorio, nel valutare una domanda relativa alla concessione del diritto d'uso e del diritto di installare strutture sul suolo pubblico, agisca secondo procedure che rispettino il principio di trasparenza e che non siano finalizzate a falsare in alcun modo la concorrenza tra operatori economici che si muovono sul mercato⁹.

La vicenda nonché le questioni pregiudiziali intorno alle quali ruota la controversia in esame sono tre¹⁰.

Per quanto concerne la prima, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se possa esservi una normativa nazionale che preveda una tassa per l'uso del demanio pubblico municipale non solo agli operatori proprietari delle reti di telefonia installate su tale demanio ma anche agli operatori titolari dei diritti d'uso, di accesso o di interconnessione a dette reti¹¹. In particolare, il giudice interroga la Corte sulla circostanza che la suddetta tassa possa essere imposta non solo all'operatore che può trovarsi a dover condividere tali strutture

⁸Si confronti il testo della sentenza in www.eurlex.it

⁹Si veda in tal senso anche la giurisprudenza di seguito riportata: CORTE DI GIUSTIZIA CE, 22/09/2011, C-323/2009, in www.europa.eu.it; CORTE DI GIUSTIZIA CE, 10/03/2011, C-85/10, in www.europa.eu.it; CORTE DI GIUSTIZIA CE, 26/06/2008, C-246/2006, in www.eurlex.it; CORTE DI GIUSTIZIA CE, 18/07/2006, C-339/04, in www.eurlex.it; CORTE DI GIUSTIZIA CE, 5/10/2006, C-397/01, in www.eurlex.it; CORTE DI GIUSTIZIA CE, 15/05/2003, C-214/09, in *Urb. Appalti*, 2003, pag.885; CORTE DI GIUSTIZIA CE, 05/10/2004, C-397/01, in www.eurlex.it

¹⁰Si approfondisca anche analizzando il testo integrale della sentenza in www.eurlex.it

¹¹È opportuno precisare, però, che il giudice del rinvio rientri nella possibilità offerta agli Stati membri dall'articolo 13 della direttiva relativa alle autorizzazioni di assoggettare a contributo i «diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse» al fine di tener conto della necessità di assicurare una ottimale ripartizione di tali strutture e di conseguenza un adeguato servizio all'utenza.

ma anche agli operatori che forniscono servizi di telefonia mobile usando dette strutture¹².

Come si evince dalla direttiva, gli Stati membri possono quindi imporre soltanto diritti dell'amministrazione finalizzati a coprire i costi amministrativi globali causati dalla gestione, dal controllo e dall'applicazione del regime generale di autorizzazioni, ovvero contributi sui diritti d'uso delle frequenze radio, dei numeri ed anche sui diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio sembra partire dal presupposto che le tasse di cui trattasi nella vicenda non rientrano né nell'articolo 12 di detta direttiva né nella nozione di contributi sui diritti d'uso delle frequenze della medesima. Pertanto, la questione verte esclusivamente sul fatto se la possibilità offerta agli Stati membri di assoggettare a contributo i «*diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse*» (in virtù dell'art. 13) consenta l'applicazione di contributi come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto si applicano agli operatori che, senza essere proprietari di tali strutture, le utilizzano per la prestazione di servizi di telefonia mobile e usano così tale demanio pubblico¹³.

D'altra parte, come nella relazione dell'Avvocato Generale ai paragrafi 52 e 54 delle sue conclusioni, *“i termini strutture ed installazione rinviano, rispettivamente, alle infrastrutture materiali*

¹² Si confrontino anche gli artt. 11 e 12 della direttiva 2002/20.

¹³ Benché non essendo definite nella direttiva come autorizzazioni, né la nozione di installazione di strutture su proprietà pubbliche o private, o al di sopra o al di sotto di esse, né il debitore del contributo relativo ai diritti afferenti a tale installazione, occorre rilevare, da una parte, che dall'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva quadro risulta che i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse sono concessi all'impresa autorizzata a fornire reti pubbliche di comunicazione, vale a dire all'impresa abilitata a installare le strutture necessarie sul suolo, nel sottosuolo o negli spazi sovrastanti il suolo.

*che consentono la fornitura di reti e servizi di comunicazioni elettroniche e la loro installazione materiale sulla proprietà pubblica o privata interessata.*¹⁴. Ne discende che può essere debitore del contributo per i diritti di installazione delle strutture, previsto all'articolo 13 della direttiva autorizzazioni, solo il titolare dei detti diritti, che è anche il proprietario delle strutture installate sulle proprietà pubbliche o private interessate, al di sopra o sotto di esse. Peraltro, non può essere ammessa, a titolo di «contributo sui diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse», ai sensi dell'articolo 13 della direttiva autorizzazioni, l'imposizione di contributi come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto essi si applicano agli operatori che, senza essere proprietari di tali strutture, le utilizzano per prestare servizi di telefonia mobile e usano così tale demanio pubblico.

È importante sottolineare, dunque, che con riferimento a tutte queste considerazioni, occorre rispondere alla prima questione, considerando che l'articolo 13 della direttiva relativa alle autorizzazioni deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di un contributo per i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse, agli operatori che, senza essere proprietari di tali risorse, utilizzino le medesime per prestare servizi di telefonia mobile. Per quanto riguarda la seconda e la terza questione pregiudiziale, alla luce della risposta fornita dalla prima, è opportuno rispondere soltanto alla terza questione posta dal giudice del rinvio, con cui quest'ultimo chiede in sostanza se l'articolo 13 della direttiva abbia un effetto

¹⁴Si legga nuovamente a tal riguardo il testo integrale della sentenza reperibile in www.eurlex.it

diretto in forza del quale, in circostanze come quelle del procedimento principale, un singolo possa avvalersene dinanzi ai giudici nazionali¹⁵.

3. Il principio di “trasparenza” nelle procedure pubbliche.

Parità di trattamento e non discriminazione sono principi contigui ma sostanzialmente differenti sulla cui portata e sull'applicabilità è bene approfondire anche sulla base degli strumenti di verifica che la regolamentazione impone ad alcuni operatori soggetti a determinati obblighi¹⁶.

Nella fattispecie in esame, pertanto, nel settore delle telecomunicazioni, *“il principio di parità di trattamento rappresenta un'applicazione particolare del più generico principio di non discriminazione”* che completa la disciplina comunitaria e nazionale a tutela della concorrenza (in particolare più volte è stato sancito come criterio regolatore ai fini dello sviluppo della liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni)¹⁷. Ne consegue che il principio di non discriminazione risulta essere una misura irrinunciabile da imporsi agli operatori dotati di maggior potere di mercato per garantire un equilibrato sviluppo della concorrenza.

La parità di trattamento è, infatti, concetto di regolamentazione estrema al quale pertanto sono da associare situazioni estreme di fallimento del mercato che non sono proprie di tutti i settori nel

¹⁵A questo proposito occorre ricordare che, per costante giurisprudenza della Corte, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, ove quest'ultimo non abbia recepito nei termini tale direttiva nel diritto interno o non l'abbia recepita correttamente (si veda, in tal senso, sentenze del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01).

¹⁶Si approfondisca in RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

¹⁷Si confronti anche in MERUSI F., *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n.3, 2000, pag.499 e ss.

mercato delle telecomunicazioni¹⁸. In attesa che, attraverso la consapevolezza istituzionale dell'evoluzione dei mercati, si completi il naturale processo di convergenza delle imposizioni regolatrici *ex ante* verso la più generale disciplina della concorrenza, già la regolamentazione in vigore ha riconosciuto e riconosce necessaria una gradualità di intervento che tenga conto del diverse caratteristiche concorrenziali dei mercati delle telecomunicazioni¹⁹.

In particolare gli operatori radiomobili con significativo potere di mercato non condividono tutti gli obblighi ai quali sono sottoposti gli operatori di rete fissa parimenti identificati. Gli obblighi non previsti nel settore radiomobile hanno particolare rilevanza proprio in relazione alla dicotomia tra i principi di non discriminazione e parità di trattamento²⁰.

Infine, ogni regolamentazione che afferisse soltanto all'impresa avente notevole forza di mercato esclusivamente nel settore delle telecomunicazioni, eventualmente limitandone o vincolandone, dal punto di vista sostanziale (verifiche della congruità del prezzo in corso

¹⁸La graduazione degli interventi risponde, peraltro, alle esigenze di un altro principio cardine generale del quadro comunitario, ossia quello di proporzionalità. Il principio di non discriminazione consente, infatti, alle imprese che operino su mercati caratterizzati da un vivace tenore concorrenziale di operare in un sostanziale regime di *self regulation* in cui si ha attenzione ad evitare azioni sul mercato palesemente scorrette, senza tuttavia "ingessare" ex ante il mercato stesso, contravvenendo agli obiettivi stessi dell'intervento. Per ulteriori approfondimenti si veda anche GIRAUDI G., *Europeizzazione delle politiche pubbliche e mutamento istituzionale. La politica antitrust italiana del non governo di partito alla governance regolativi indipendente*, in *Riv. It. Scienza politica*, vol. XXX, 2000 pag.57.

¹⁹In particolare gli operatori radiomobili con significativo potere di mercato non condividono tutti gli obblighi ai quali sono sottoposti gli operatori di rete fissa parimenti identificati (www.ricercagiuridica.it).

²⁰Identificati come operatori con notevole forza di mercato, tutti i gestori (fissi e mobili) sono tenuti ad ottemperare ad una serie di obblighi tra i quali osservare il principio di non discriminazione rispetto all'interconnessione offerta ad altri, applicando condizioni analoghe in circostanze similari; definire le condizioni economiche di interconnessione in modo che sia rispettato il principio dell'orientamento ai costi (questo principio si applica alla terminazione sulle reti degli operatori radiomobili solo se notificati come aventi notevole forza sul mercato nazionale dell'interconnessione).

In relazione all'argomento trattato si veda anche MERUSI F., Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa, in *Il diritto dell'Unione europea*, n.3, 2000, pag.499 e ss.

di gara, valutazione caso per caso etc.) e formale la partecipazione rispetto ad altri soggetti, sarebbe gravemente lesivo non solo del principio di non discriminazione ma anche del diritto dell'ente appaltante a poter contare sulla pressione competitiva dell'operatore al fine della formulazione di un'offerta realmente concorrenziale e conveniente per la stazione appaltante²¹.

4.La direttiva 2002/20 sui contributi per diritti d'uso ed i diritti di installare strutture.

La direttiva 2002/20 armonizza e semplifica le norme e le condizioni di autorizzazione per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica al fine di agevolarne la fornitura in tutta la Comunità²². L'ambito di applicazione, finalità e principio generale prevede che la direttiva si applichi alle autorizzazioni di tutte le reti ed i servizi di comunicazione elettronica forniti o non forniti al pubblico. Per contro, tali disposizioni si applicano alla concessione dei diritti d'uso delle frequenze radio soltanto qualora tale uso implichi la fornitura di una rete o servizio di comunicazione elettronica, generalmente a pagamento.

L'obiettivo è realizzare un mercato armonizzato delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica limitando la normativa allo stretto

²¹Per ulteriori approfondimenti si confronti anche il testo di LAURIA F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, Giuffrè, 1991.

²²In www.eurlex.it si veda nel particolare la direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni). Si fa presente inoltre che la direttiva 2002/20/CE fa parte del «Pacchetto Telecom» che rappresenta il nuovo dispositivo legislativo destinato ad inquadrare il settore delle comunicazioni elettroniche e a sostituire la normativa esistente che disciplina il settore delle telecomunicazioni. Il «Pacchetto Telecom» comprende quattro altre direttive concernenti il quadro generale, l'interconnessione, il servizio universale e la tutela della vita privata. Il «Pacchetto Telecom» è stato modificato nel dicembre 2009 dalle due direttive «Legiferare meglio» e «Diritto dei cittadini», nonché dall'istituzione di un Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche.

necessario. L'innovazione principale di questo testo è la sostituzione delle licenze individuali con delle autorizzazioni generali, accanto alle quali sussiste un regime specifico per l'assegnazione delle frequenze e dei numeri. In base a questo principio, la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica può quindi solo essere oggetto di un'autorizzazione generale. In altri termini, l'impresa interessata può essere invitata a presentare una notifica, ma non può esigere una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'Autorità Nazionale di Regolamentazione (ANR) prima di esercitare i diritti derivanti dalle autorizzazioni²³.

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti preposti ad esercitare funzioni regolamentari, si deve osservare che la disciplina europea in materia di indipendenza prevede espressamente che le ANR debbano essere giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica, precisando che *“gli Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica provvedono alla piena ed*

²³È opportuna una breve digressione sulle finalità e sulle caratteristiche delle autorità nazionali di regolamentazione. Gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica. Le ANR, responsabili della regolamentazione ex ante dei mercati, non devono accettare istruzioni da nessun altro organismo. Tuttavia, gli Stati membri devono permettere a qualunque utente e a qualunque impresa che fornisce reti e/o servizi di comunicazione elettronica di ricorrere contro una decisione dell'ANR dinanzi ad un organo indipendente. Gli stessi, inoltre, provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, nell'esercizio delle loro funzioni agiscano in modo imparziale e trasparente ed istituiscano meccanismi di consultazione delle parti interessate quando intendono adottare misure che abbiano un impatto rilevante sul mercato. Le ANR hanno il compito di rendere pubblici i risultati della consultazione e devono collaborare per stabilire gli strumenti e le soluzioni più appropriate per far fronte a determinati tipi di situazioni che possono verificarsi nel mercato interno delle comunicazioni elettroniche. In alcuni casi, la Commissione ha facoltà di rifiutare le misure proposte dalle stesse (www.europa.eu.it).

effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo”²⁴.

Le imprese che forniscono servizi transfrontalieri presentano una sola notifica per Stato membro interessato. La direttiva opera una netta distinzione tra le condizioni applicabili a titolo dell'autorizzazione generale e quelle legate ai diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri.

Pertanto, le imprese sono abilitate a fornire reti e servizi di comunicazione elettronica e a negoziare le interconnessioni con altri fornitori nella Comunità europea. Quando le imprese offrono reti o servizi di comunicazione elettronica pubblici, l'autorizzazione generale le abilita a svolgere alcune missioni di servizio universale²⁵.

E' altresì importante fare riferimento al diritto d'uso delle frequenze radio e dei numeri. Gli Stati membri, infatti, agevolano l'uso di frequenze radio attraverso autorizzazioni generali ma possono subordinare tale uso alla concessione di diritti individuali, allo scopo di evitare interferenze dannose, garantire la qualità tecnica del servizio, preservare l'efficienza dell'utilizzo dello spettro radio, raggiungere altri obiettivi d'interesse generale definiti dagli Stati membri. Le decisioni in materia di diritti d'uso devono essere adottate e rese pubbliche quanto prima possibile dopo il ricevimento della domanda da parte dell'ANR²⁶.

L'autorizzazione generale ed i diritti d'uso possono essere assoggettati esclusivamente alle condizioni elencate nell'allegato della direttiva

²⁴Si legga l'art.3.3. della direttiva quadro in esame.

²⁵MERUSI F., Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa, in Il diritto dell'Unione europea, n.3, 2000, pag.499 e ss.

²⁶Per la precisione, il termine è di tre settimane nel caso dei numeri assegnati per scopi specifici nell'ambito del piano di numerazione nazionale e di sei settimane nel caso delle frequenze radio assegnate per scopi specifici nell'ambito del piano nazionale delle frequenze.

riguardante in particolare: i contributi finanziari a sostegno del servizio universale, l'intera operabilità dei servizi e l'interconnessione delle reti, l'accessibilità e la portabilità dei numeri che permette all'utente di mantenere il suo numero di telefono quando cambia operatore, le norme di tutela della vita privata e, in modo più specifico, la protezione dei minori nonché l'obbligo di trasmissione di alcuni programmi radiotelevisivi, gli obblighi da rispettare con riferimento alla normativa ambientale e alla pianificazione urbana e rurale, l'eventuale imposizione di oneri amministrativi alle imprese, le restrizioni relative ai contenuti illegali delle trasmissioni e l'uso dello spettro radio.

Quando uno Stato membro deve valutare l'opportunità di limitare il numero di diritti d'uso da concedere per le frequenze radio o di prorogare i diritti esistenti in base a modalità particolari, devono essere rispettate alcune condizioni e procedure quali la consultazione delle parti interessate, la necessità di rendere pubblici e di motivare la decisione e il riesame della limitazione a scadenze ragionevoli.

Bisogna ricordare che, qualora sia necessario limitare la concessione di diritti d'uso delle frequenze radio, gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori. Qualora uno Stato membro decida che è possibile concedere un numero supplementare di diritti d'uso delle frequenze radio, lo Stato membro rende nota tale decisione, invitando a presentare domanda di assegnazione di tali diritti. Le ANR controllano e monitorano l'osservanza delle condizioni dell'autorizzazione generale o dei diritti d'uso e degli obblighi specifici. In caso di inosservanza di una o più condizioni da parte di un'impresa, l'ANR è tenuta ad offrirle la possibilità di esprimere

osservazioni o rimediare alle violazioni entro un termine ragionevole. Se l'impresa non rimedia alle violazioni entro il termine fissato, gli Stati membri possono autorizzare le autorità competenti a imporre, se del caso, ingiunzioni di cessazione o sanzioni pecuniarie. Infine, qualora vi siano violazioni gravi e ripetute, le ANR possono impedire a un'impresa di continuare a fornire reti o servizi di comunicazione elettronica o sospendere o ritirare i diritti d'uso²⁷.

5. Il codice dei contratti di concessione di lavori, servizi e forniture.

L'istituto della concessione di lavori pubblici è considerata forma di cooperazione tra enti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di strutture ed infrastrutture a beneficio della collettività²⁸.

In particolare, la concessione di lavori pubblici è definita all'art. 3, c.11, del Codice come un *“contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, avente ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva, l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire*

²⁷Le ANR sono autorizzate a imporre diritti amministrativi alle imprese che forniscono un servizio o una rete ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali è assegnato un diritto d'uso. I diritti amministrativi possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato nonché di preparazione della regolamentazione. L'imposizione di diritti amministrativi richiede la pubblicazione da parte delle ANR di un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. L'autorità competente ha inoltre la possibilità di riscuotere contributi sui diritti d'uso delle frequenze radio e sui diritti relativi all'installazione delle strutture (www.giustizia-amministrativa.it).

²⁸Quanto sopra premesso è definito, all'articolo 3, comma 15-ter, del Codice, come un contratto di partenariato pubblico privato (“PPP”), intendendosi per tale, sostanzialmente, uno strumento che realizzi l'interesse pubblico mediante finanziamento totale o parziale a carico dei privati.

*l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*²⁹. Prevede testualmente l'art. 143 del Codice, rubricato "Caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici": "Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica eventualmente estesa, anche in via anticipata, ad opere o parti di opere in tutto o in parte già realizzate e direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa (...). La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati"³⁰. La norma sopra citata (art. 143 del Codice dei Contratti) peraltro, così prosegue (cfr. comma 4): "Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo nonché, eventualmente, la gestione funzionale ed economica, anche anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti

²⁹Emerge da tale articolata definizione, pur nella sua finalità di comprendere tutte le diverse possibili fattispecie, il tratto distintivo rispetto all'analogo istituto dell'appalto di lavori, ossia l'assunzione, da parte del privato contraente, del rischio connesso alla gestione dei servizi da erogare per mezzo dell'opera realizzata, in relazione alla tendenziale capacità di quest'ultima di "autofinanziarsi"; diversamente che nell'appalto, dove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera è dato dal prezzo corrisposto dall'amministrazione (per cui l'unico rischio dell'imprenditore è quello relativo alla remuneratività del prezzo offerto in relazione ai costi di realizzazione), nella concessione l'imprenditore è remunerato dell'investimento, di regola, mediante lo sfruttamento economico dell'opera: egli sostiene pertanto anche il rischio di mercato dei servizi da erogare mediante l'opera realizzata. Si approfondisca in tal senso SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008 pag. 435 e ss.

³⁰A conferma della natura dell'istituto, come disegnato, in primis, dalla normativa comunitaria, la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha avuto modo di ritenere non conformi "alle disposizioni degli articoli 43 e 49 del Trattato CE, nonché ai principi di cui all'art. 2 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la clausola che riconosce al concessionario la facoltà di revocare/revisionare le condizioni contrattuali in relazione al mutamento delle condizioni del mercato finanziario, consentendo di fatto il trasferimento del rischio economico – finanziario dell'operazione in capo all'Amministrazione aggiudicatrice".

prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”³¹.

Appurata, nel caso di concessionario avente natura di soggetto privato, l'obbligatorietà solo parziale delle norme del codice e del regolamento disciplinanti la fase di esecuzione dei lavori, appare opportuno individuare il ruolo rivestito dal responsabile del procedimento. Al citato art. 141, c.8, è sancito che *“Nei casi di affidamento dei lavori in concessione, il responsabile del procedimento esercita anche le funzioni di vigilanza in tutte le fasi di realizzazione dei lavori, verificando il rispetto della convenzione”³².*

³¹Il suddetto principio subisce, pertanto, un'importante eccezione: in relazione a tale previsione, si usa distinguere le opere oggetto di concessione in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide. “Calde” sono quelle opere dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso l'erogazione all'utenza dei servizi per cui sono state realizzate in misura sufficiente a ripagare i costi dell'investimento e procurare utili al concessionario, per tutta la durata della concessione; “fredde” sono, invece, le opere funzionali a fornire direttamente servizi alla pubblica amministrazione a fronte di pagamenti da parte di quest'ultima; “tiepide” sono invece le opere che si pongono in posizione intermedia tra le due precedenti, richiedendo, ai fini della loro fattibilità finanziaria, un contributo pubblico che si aggiunga ai proventi derivanti dal loro sfruttamento sul mercato. Il concessionario, peraltro, potrà eseguire in proprio i lavori (qualora non sia imposta, nel bando di gara, una quota minima da affidare a terzi) ovvero affidarli a sua volta in appalto, in tutto o in parte. In questo caso, non si tratta naturalmente di “subappalto” in quanto egli non è appaltatore bensì concessionario; in altri termini, poiché il contratto principale non è un appalto bensì una concessione, il contratto di appalto stipulato a valle non assume la funzione di contratto derivato di analogo contenuto (sub-appalto) bensì dà luogo ad un diverso contratto (per l'appunto di appalto) stipulato dal concessionario per dare esecuzione al contratto principale, ossia la concessione. Si confronti in www.giustizia-amministrativa.it

³²Analogha disposizione è contenuta all'art. 10, c. 1.lett. r), del D.P.R. 207/2010, per cui il responsabile del procedimento *“svolge la funzione di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali” ed all'art. 115 del medesimo D.P.R. che indica l'oggetto del contratto di concessione di lavori pubblici: “Lo schema di contratto di concessione indica: (...) c) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento”.* Tale previsione costituisce puntuale applicazione del principio contenuto nell'art. 119 del Codice, secondo cui il responsabile del procedimento svolge, in fase di esecuzione dei contratti pubblici (e quindi anche delle concessioni) il ruolo di “Direttore dell'esecuzione”.

Le modalità di svolgimento, in concreto, di tali funzioni di vigilanza devono pertanto trovare la loro regolamentazione del contratto di concessione, fonte precipua di individuazione dei diritti e correlati doveri dei contraenti, così come dei poteri del concedente e correlative soggezioni del concessionario. La previsione del potere di vigilanza del concedente è finalizzata ad assicurare l'esecuzione a regola d'arte dell'opera, nonché il rispetto dei tempi di esecuzione previsti, e sarà tanto più incisiva nel caso sia previsto, nell'ambito della concessione, un contributo pubblico. In questo caso, come dichiarato dall'autorità

³²L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, è un'autorità amministrativa indipendente che si occupa di vigilare sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in tutti i settori dell'ordinamento, per garantire il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza delle gare di appalto, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle procedure di gara. L'Autorità ha il compito principale di vigilare sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. In particolare, vigila sull'osservanza delle norme del Codice nonché sulla regolarità delle gare sui contratti pubblici. Accerta che non vi sia danno al pubblico erario. Infine vigila inoltre sul sistema di qualificazione delle imprese che effettuano tale importante attività. L'A.V.C.P. inoltre ha un potere di segnalazione al Governo, al Parlamento e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di situazioni che portino all'inosservanza o falsa applicazione della normativa sui contratti pubblici. Essa può formulare delle proposte in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture. Dal 2004, pubblica ogni anno ed invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si rappresenta la situazione nel settore dei contratti pubblici. Inoltre, l'Autorità su richiesta della Stazione appaltante, ovvero dell'amministrazione che ha indetto l'appalto, come pure di una o più delle altre parti sempre dell'appalto, può esprimere un parere non vincolante su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione. L'A.V.C.P. provvede alla raccolta e alla elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale, promuovendo la realizzazione di un sistema informatico con le Stazioni appaltanti, le Regioni, per acquisire informazioni in tempo reale sui contratti pubblici. Al fine di realizzare i suoi compiti istituzionali l'Autorità dispone di penetranti poteri. Essi si possono riassumere in: richiedere alle stazioni appaltanti, alle imprese, ad ogni Pubblica Amministrazione e ad ogni Ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, qualunque tipo di documento, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, come pure al conferimento di incarichi per la progettazione, ecc.; disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di ogni organo dello Stato; disporre perizie e analisi economiche o consultare esperti ai fini dell'istruttoria; ha a sua disposizione il Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Da sottolineare che tutte le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dalla Guardia di Finanza nello svolgimento di tali attività sono comunicati all'Autorità. L'Autorità può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, commisurate al valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono. Inoltre, qualora un soggetto cui viene richiesta l'informazione utile all'Autorità non la comunichi, ovvero si rifiuti od emetta, senza giustificato motivo di fornirla o anche solo di esibire i documenti chiesti, o se questi sono non veritieri (si veda in tal senso www.giustizia-amministrativa.it).

di Vigilanza “*il potere di controllo da parte del concedente nella fase esecutiva dell’opera ha la finalità non solo di accertare che l’esecuzione avvenga a regola d’arte e nel rispetto delle previsioni contrattuali e progettuali ma anche di avere contezza, attraverso idonei strumenti contabili, del relativo valore quale indice di congruità della tariffa posta a carico dell’utenza nonché di efficiente gestione e manutenzione dell’opera da parte del concessionario*”.

Con queste osservazioni, l’A.V.C.P.³³ sottolinea la necessità di una costante ed efficace attività di controllo, particolarmente nelle cosiddette “opere fredde o tiepide”, ove è previsto un prezzo a carico dell’amministrazione concedente, anche sulla tenuta della contabilità dei lavori eseguiti e della gestione: nel contratto di concessione, pertanto, deve essere “*stabilito il tipo di rendicontazione da tenere, al fine di consentire alla stessa amministrazione di esercitare in maniera corretta il potere di controllo e vigilanza ad essa spettante, soprattutto ai fini dell’erogazione del contributo pubblico*”³⁴.

E ciò, pare opportuno aggiungere, non solo nell’ottica del contraente che voglia riservarsi, per la tutela dei propri diritti, i rimedi civilistici propri di un qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive (quali, ad esempio, *l’exceptio inadimpleti contractus* di cui all’art. 1460 c.c., un’azione estimatoria, ovvero semplicemente una *reductio ad aequitatem* nell’ipotesi di sopravvenuto squilibrio a favore del concessionario, mentre appare rilevante, per l’amministrazione, avere un rendiconto dei lavori eseguiti nell’ambito di un contratto di concessione, quantomeno nel caso delle opere fredde e nelle opere tiepide, non risulta coerente con l’istituto della concessione, né

³⁴Si confronti in LAURIA F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, Giuffrè, 1991 e www.giustizia-amministrativa.it

probabilmente utile ad un effettivo controllo, un'applicazione puntuale della normativa pubblicistica in materia di contabilità dei lavori.

In altri termini (chiarisce con estrema efficacia l'A.V.C.P.) la necessità di introdurre nel contratto di concessione, che costituisce l'elemento centrale di regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario, apposite clausole volte a consentire al primo di controllare la realizzazione dell'opera oggetto della concessione (anche attraverso la redazione di una contabilità) non comporta l'applicazione della normativa sulla contabilizzazione dei lavori pubblici dettata dal legislatore ad altri e diversi fini. Se, invece, il concessionario è riconducibile alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici, è pacifica l'applicazione delle norme in materia di contabilità pubblica limitatamente agli appalti affidati a terzi.

L'Autorità di Vigilanza pertanto ritiene essenziale per una corretta esecuzione del contratto di concessione che la convenzione disciplini in modo esaustivo i rapporti tra concedente e concessionario sia nella fase di costruzione che nella fase di gestione individuando in modo dettagliato diritti ed obblighi delle parti, ivi comprese le modalità di controllo e verifica, da parte del concedente, della misura dell'avanzamento progressivo del concessionario nell'esecuzione del contratto per la fase di realizzazione dell'opera, nonché della correttezza dell'adempimento nella successiva fase di gestione, al fine di assicurare la qualità del servizio, la manutenzione dell'opera ed il rispetto delle condizioni stabilite nella convenzione al quale è subordinato l'esborso dell'amministrazione.

6.La funzione di vigilanza e di garanzia nei mercati: il principio di “non discriminazione”.

I principi di non discriminazione e di libertà di concorrenza costituiscono uno strumento fondamentale ai fini del buon funzionamento del mercato. Infatti, se le imprese concorrono per fornire beni e servizi, i prezzi scendono, la qualità migliora ed i consumatori dispongono di una maggiore scelta. La concorrenza stimola inoltre l'innovazione tecnologica.

La Commissione europea assicura che le imprese ed i governi rispettino le regole dell'UE in materia di concorrenza leale, lasciando nel contempo spazio all'innovazione e promuovendo standard uniformi accanto allo sviluppo delle piccole imprese³⁵.

La normativa sovranazionale vieta alle imprese di concordare i prezzi o ripartirsi i mercati, di abusare della propria posizione dominante in un determinato mercato per escludere i concorrenti più piccoli dalla possibilità di realizzare fusioni tali da assumere una posizione di controllo del mercato. Nella pratica questa regola impedisce solo ad un numero ridotto di fusioni di concretizzarsi. Le grandi imprese con un cospicuo giro d'affari all'interno dell'UE non possono fondersi senza l'autorizzazione della Commissione europea, anche se la loro sede è al di fuori dell'Unione. Tuttavia, le imprese che operano in regime di monopolio devono essere in grado di dimostrare che trattano i concorrenti in modo leale. In particolare, i monopoli naturali devono mettere le loro infrastrutture a disposizione di tutti gli utenti ed i profitti derivanti dalla fornitura di un servizio pubblico non possono

³⁵Si confronti in tal senso e per ulteriori approfondimenti RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000 e GIRAUDI G., *Europeizzazione delle politiche pubbliche e mutamento istituzionale*. La politica antitrust italiana del non governo di partito alla *governance* regolativa indipendente, in Riv. It. Scienza politica, vol. XXX, 2000 pag.57. Oltretutto, la Commissione può consentire a un'impresa di godere di una posizione di monopolio se si verificano determinate circostanze: ad esempio, se sono necessarie infrastrutture costose ("monopolio naturale"), oppure se è importante garantire un servizio pubblico.

essere utilizzati per finanziare operazioni commerciali, poiché potrebbero consentire di praticare prezzi più bassi di quelli della concorrenza.

Nel trattare con le aziende più piccole, le grandi imprese non possono impiegare il proprio potere contrattuale per impedire che i loro fornitori o clienti lavorino anche con i loro concorrenti. La Commissione ha il potere (se ne avvale regolarmente) di infliggere ammende alle imprese che ricorrono a tali pratiche³⁶.

La considerazione più importante riguarda l'eventualità che i consumatori ne trarranno un beneficio ovvero le altre imprese ne saranno danneggiate. La Commissione autorizza di solito gli aiuti alla ricerca e all'innovazione, allo sviluppo regionale e alle piccole imprese, poiché contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi generali dell'UE. Oltretutto essa gode di ampi poteri di controllo in tema di indagini su eventuali violazioni delle regole di concorrenza dell'Unione. Al riguardo sono soggetti al controllo della Corte di giustizia. Le imprese e gli Stati membri presentano regolarmente ricorso alla Corte contro le decisioni della Commissione.

Per quanto concerne le osservazioni più puntuali, va anzitutto evidenziata l'esigenza di allineare i titoli amministrativi di cui dispongono i diversi operatori del settore al nuovo quadro normativo europeo. Un importante obiettivo della nuova legislazione europea è infatti costituito dalla semplificazione del regime giuridico di ingresso

³⁶Le sue indagini sulle pratiche anticoncorrenziali non si limitano ai beni, ma riguardano anche le libere professioni e i servizi, compresi i servizi finanziari, quali l'attività bancaria al dettaglio e le carte di credito. Per ulteriori approfondimenti si veda anche MERUSI F., *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n.3, 2000, pag.499 e ss.

nei mercati delle comunicazioni elettroniche e di fornitura dei relativi servizi e delle infrastrutture³⁷.

Le direttive in corso di recepimento si caratterizzano per il ricorso ad un sistema di autorizzazioni generali, meno oneroso dell'attuale per gli operatori, nonché dall'omogeneità della disciplina applicabile nei vari Paesi, indipendentemente dalle tecnologie impiegate e sempre nel rispetto del principio dell'uso efficiente dello spettro frequenziale.

A tale riguardo, l'Autorità ritiene di dover sottolineare la necessità di provvedere ad un tempestivo adeguamento delle autorizzazioni, licenze individuali e concessioni attualmente esistenti entro il termine di recepimento delle direttive in materia, al fine di allinearle nei tempi previsti dalla Direttiva Autorizzazioni³⁸.

L'Autorità ritiene che qualsiasi previsione che abbia l'effetto di ritardare o prorogare il necessario allineamento al regime di autorizzazione generale, al di là di quanto espressamente consentito nella direttiva autorizzazioni, appaia suscettibile di pregiudicare la corretta applicazione della disciplina europea delle comunicazioni elettroniche, compromettendo lo sviluppo della concorrenza nel settore.

Sempre in tal senso, l'Autorità mira ad armonizzare la normativa nazionale rispetto a quella comunitaria laddove introduce un regime giuridico per le reti ad uso pubblico distinto da quello delle reti ad uso privato per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; tale distinzione, infatti, non trova riscontro nelle definizioni adottate nella normativa europea oggetto di attuazione, volte a dettare una disciplina

³⁷Si approfondisca in tal senso CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Utet Giuridica, 2005 e SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008 pag. 590 e ss.

³⁸Si consideri in particolar modo quanto sancito all'art.17 della direttiva 2002/20. Quanto premesso è finalizzato a definire un quadro regolamentare chiaro e certo che garantisca condizioni di effettiva concorrenza per gli operatori del settore e fruibilità dei servizi per gli utenti finali.

unitaria per tutte le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, la sua introduzione dovrebbe trovare una specifica giustificazione, a livello nazionale e sovranazionale, ad esempio in relazione a una diversità delle caratteristiche delle modalità di offerta dei servizi, dei limiti di fornitura, degli eventuali obblighi di contribuzione.

7. Osservazioni conclusive.

In conclusione, il nuovo quadro regolamentare europeo in materia di comunicazioni elettroniche è destinato ad incidere in modo significativo e duraturo sull'evoluzione degli assetti competitivi dei mercati in questione. Esso rappresenta un passaggio essenziale ed ineludibile per l'inserimento di condizioni concorrenziali che garantiscano una migliore qualità e varietà dei servizi di comunicazione elettronica, agevolando lo sviluppo di infrastrutture alternative e l'interconnessione operativa tra quelle esistenti³⁹.

L'Autorità ha evidenziato la necessità di un'attuazione delle nuove norme europee che sia compiuta e fedele, in piena conformità ai principi di promozione della concorrenza, razionalizzazione dell'intervento regolamentare, semplificazione ed unificazione del regime giuridico di ingresso e fornitura dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica, neutralità tecnologica, uso efficiente e trasparente gestione delle risorse frequenziali.

Si può, dunque, affermare che il principale tratto distintivo della recente regolamentazione comunitaria oggetto di recepimento è rappresentato dal ruolo preminente attribuito alla concorrenza rispetto alla regolamentazione.

³⁹Si veda anche RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

La concorrenza costituisce, infatti, il normale modo di funzionamento dei mercati, essendo l'azione di regolamentazione concepita come attività per sua natura di carattere eccezionale, come emerge con chiarezza dal testo della direttiva quadro n. 2002/21/CE, in base alla quale gli obblighi *ex ante* possono essere imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema.

Coerentemente, fra gli obiettivi generali ed i principi dell'attività di regolamentazione, la medesima direttiva quadro all'art. 8, comma secondo, prevede che le autorità nazionali di regolamentazione promuovano la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse ed i servizi correlati. L'ispirazione a questo principio generale trova un riscontro specifico nell'utilizzazione di concetti e istituti propri del diritto antitrust in funzione dell'attività di regolazione.

Ciò vale, in primo luogo, per l'identificazione dei mercati dei prodotti e dei servizi le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione, da svolgersi in base ai principi del diritto antitrust al fine di verificare le condizioni di effettiva concorrenza in essi esistenti ed in funzione dell'eventuale regolazione delle eventuali asimmetrie informative. In secondo luogo, l'allineamento con il diritto della concorrenza si riscontra nel ricorso alla definizione anticoncorrenziale di dominanza per l'individuazione del significativo potere di mercato, fondato su di un approccio che impone un accertamento caso per caso della sussistenza della posizione dominante per l'imposizione delle misure *ex ante*.

Ne discende che la trasparenza contrattuale risulta essere fattore vitale per garantire l'integrità dei mercati, attraverso la possibilità di controllare modalità e contenuti delle procedure pubbliche ancor prima della loro conclusione⁴⁰.

Emerge con chiarezza, già dalla premessa, che trasparenza e non discriminazione nelle procedure pubbliche costituiscano un endiadi imprescindibile.

Inoltre la correttezza gioca un ruolo decisivo nel riequilibrio delle asimmetrie tra soggetti pubblici e privati in vista della realizzazione di un assetto degli interessi coinvolti nell'operazione economica, che, nell'assicurarne un giusto ed effettivo equilibrio, finisce col garantire anche il rispetto della generale esigenza di razionalità del mercato.

L'accostamento tra trasparenza e correttezza, può costituire la chiave di lettura dell'intero complesso delle recenti disposizioni nazionali e comunitarie; il senso che si ricava dalla minuziosa disciplina dei comportamenti che le procedure pubbliche sono chiamate a tenere in tutte le fasi della loro attività.

⁴⁰Si approfondisca in tal senso SANINO M., *Commento al codice dei contratti pubblici*, Torino, Utet Giuridica, 2008; SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008 pag.490 e ss; significativa è anche la giurisprudenza di seguito riportata: CONSIGLIO DI STATO, 18/05/2007, N. 3090/2001, in *Giustizia Civile*, 2002, I, pag. 1432; CONSIGLIO DI STATO, 23/01/2001, N. 2078/2000, in *Urb. appalti*, 2000, pag. 258 e CONSIGLIO DI STATO, N. 454/1995, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1995, I pag. 1136.

