

B 2.6

3. Contratti d'affitto per la pubblicità esterna*Empfehlung nach Art. 8 Abs. 2 BGBM**Recommandation selon l'art. 8 al. 2 LMI**Raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI*

Raccomandazioni della Commissione della concorrenza del 17 maggio 1999 all'indirizzo delle collettività pubbliche cantonali e comunali in merito ai contratti d'affitto per la pubblicità esterna

A. Introduzione

1. Diversi articoli relativi alle pratiche dei comuni in materia di contratti per la pubblicità esterna sono apparsi recentemente sulla stampa. La segreteria della Commissione della concorrenza ha inoltre ricevuto delle lamentele a questo riguardo. Il loro contenuto portava sull'attribuzione di concessioni senza pubblicazione sia nel caso in cui queste fossero già attribuite o sul punto di esserlo, sulla durata troppo lunga dei contratti d'affitto e su alcune disposizioni che escludono in modo ingiustificato la concorrenza per un lungo periodo, come il rinnovo tacito e le clausole d'opzione.

2. Nel 1982, la Commissione dei cartelli aveva preparato un "Rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure"¹. Aveva raccomandato ai comuni "de ne pas accepter la clause d'option lors de la cession de nouveaux baux et d'exécuter une soumission publique". Aveva invitato la Società Generale d'Affissioni "de renoncer à l'avenir, lors de renouvellements ou de nouvelles conclusions de contrats à l'utilisation de la clause d'option"². Sotto il

¹ Rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure, Pubblicazioni della Commissione svizzera dei cartelli, Pubbl. CCSP. 1982 Fascicolo 4, p. 273 ss. (Rapporto della Commissione dei cartelli).

² Rapporto della Commissione dei cartelli, Pubbl. CCSP. 1982, p. 304 ss.

regime della LCart del 1995, la segreteria della Commissione della concorrenza si è occupata della pubblicità esterna in relazione al contratto d'affitto della città e cantone di Ginevra con la Società Generale d'Affissioni³. La Commissione della concorrenza si è inoltre espressa nel 1997 in merito all'applicazione del diritto dei mercati pubblici⁴. Queste raccomandazioni s'inseriscono nella serie di interventi delle autorità della concorrenza. Si indirizzano in modo generale alle collettività pubbliche che concludono dei contratti per la pubblicità esterna con le società d'affissione.

3. Attualmente, la segreteria sta chiarendo la questione della conformità di questi contratti con le disposizioni materiali della LCart. Si tratta principalmente di stabilire se esiste una pratica illecita delle collettività pubbliche o di alcune imprese d'affissione in relazione ai contratti d'affitto. Questo compito continuerà indipendentemente da queste raccomandazioni.

B. La legge sul mercato interno (LMI)

4. La legge federale sul mercato interno (LMI) si applica alle restrizioni del libero accesso al mercato in materia di diritto pubblico della Confederazione, dei cantoni e dei comuni. È entrata in vigore il 1° luglio 1996 ed è interamente applicabile dal 1° luglio 1998⁵.

5. Secondo l'articolo 8, capoverso 1 LMI, la Commissione della concorrenza sorveglia il rispetto della legge da parte della Confederazione, dei cantoni e dei comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici. Può sottoporre alla Confederazione, ai cantoni e ai comuni raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti. Può inoltre svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8, cpv. 2 e 3 LMI).

1 L'applicazione della LMI

6. Tutte le spese dei cantoni, dei comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali che servono alla realizzazione di compiti pubblici sono rette dalla LMI secondo l'articolo 5, capoverso 1 (Cf. art. 5, cpv. 2; art. 2, cpv. 2 e art. 11, cpv. 2 LMI: "... e altri enti preposti a compiti pubblici. "). Questa subordinazione alla LMI riguarda

³ RPW/DPC 1997/2, p. 132 ss.

⁴ RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss.

⁵ RS 943.02. Le disposizioni relative alle vie di diritto in materia di mercati pubblici sono entrate in vigore il 1° luglio 1998. A questa data è scaduto il termine transitorio di due anni previsto all'articolo 11, capoverso 1 LMI, RO 1996 1738,1742.

quindi tutti gli acquisti pubblici, indipendentemente dalle quantità acquistate, dai valori soglia o dal tipo di acquisto⁶.

7. I contratti delle collettività pubbliche con le società d'affissione per la pubblicità esterna toccano aspetti dei mercati pubblici. L'impresa che beneficia di una concessione d'affissione assume dei compiti pubblici di competenza delle collettività pubbliche (per es. termini e tariffe di favore accordati per l'affissione politica modulata o per la posa di affissioni militari ufficiali, spazi pubblicitari a vocazione culturale). Si incarica inoltre di alcuni investimenti importanti (costruzioni di tettoie per gli utenti di mezzi pubblici, costruzione e manutenzione di servizi igienici pubblici, ecc.)⁷ in favore dei comuni. L'articolo 5 della LMI è dunque applicabile ai contratti che mirano alla realizzazione di attività pubbliche e che sono relativi ad investimenti delle collettività pubbliche.

8. Il fatto che i contratti d'affitto rappresentino anche una fonte di ricavi per le collettività pubbliche non s'opponesse all'applicazione della LMI. La presa a carico di compiti pubblici e gli investimenti fatti dalle società d'affissione costituiscono, infatti, la contropartita all'attribuzione del diritto esclusivo di utilizzare il suolo pubblico per la pubblicità esterna. Il valore economico della concessione è più importante del valore monetario delle spese delle società d'affissione. I contratti costituiscono dunque una fonte di ricavi per le collettività pubbliche. Se i compiti assunti dalle imprese non beneficiassero di una concessione, le collettività pubbliche sarebbero costrette a pagare queste prestazioni, ciò che sarebbe qualificato senza dubbio come acquisto pubblico.

2 Le esigenze minime della LMI per i mercati pubblici dei cantoni e dei comuni

9. La LMI non prevede delle disposizioni dettagliate sui mercati pubblici. Serve a garantire l'accesso non discriminato al mercato. In questo senso, la legge contiene delle esigenze minime per i mercati pubblici dei cantoni e dei comuni. Si tratta delle esigenze seguenti :

- il rispetto del principio della non discriminazione (art. 5 in relazione con l'art. 3 LMI),

⁶ ATF 125 II 86 ss., cons. 1c: raccomandazioni della Commissione della concorrenza del 6 luglio 1998 relative al progetto di legge sui mercati pubblici del cantone di Neuchâtel del 6 maggio 1998. RPW/DPC 1998/2 p. 336 ss., cifra 9 p. 338.

⁷ Cf. Rapporto della Commissione dei cartelli, Pubbl. CCSP. 1982, p. 290, nota 10.

- la pubblicazione di progetti di considerevole importanza così come i criteri di partecipazione e di aggiudicazione nel quadro delle procedure d'appalto (art. 5, cpv. 2 LMI) e
- la disposizione secondo la quale le restrizioni dell'accesso al mercato devono essere prese sotto forma di decisioni (art. 9, cpv. 1 LMI) e che il diritto cantonale deve prevedere almeno una via di ricorso presso un'istanza cantonale indipendente dall'amministrazione (art. 9, cpv. 2 LMI).

10. È possibile derogare a queste esigenze minime unicamente su riserva dell'articolo 3 LMI. Così le restrizioni devono applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali, essere indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e rispondere al principio della proporzionalità. Inoltre queste non devono in alcun caso costituire un ostacolo dissimulato agli scambi, destinato a favorire interessi economici locali.

C. L'obbligo della pubblicazione dei contratti per la pubblicità esterna

11. Secondo l'articolo 5, capoverso 2 LMI, i progetti di considerevole importanza come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dei mercati devono essere pubblicati. La nozione di "considerevole importanza" deve essere interpretata tenendo conto delle disposizioni dell'articolo 5 in relazione con l'articolo 3 LMI. Essa si riferisce alla procedura d'attribuzione. Dal punto di vista dell'accesso libero e non discriminato al mercato, una procedura d'attribuzione aperta è preferibile ad una procedura ad invito o ad un'attribuzione diretta.

12. Le spese delle società d'affissione destinate a degli investimenti e alla presa a carico di compiti d'interesse pubblico per una durata che si estende fino a dodici anni, possono raggiungere un valore di diversi milioni di franchi. Si tratta quindi di progetti di considerevole importanza conformemente alla LMI. Le collettività pubbliche sono obbligate, giusta l'articolo 5, capoverso 2 LMI, a prevedere una procedura aperta per la concessione relativa alla pubblicità esterna su suolo pubblico e di precisare i criteri di partecipazione e di aggiudicazione nella pubblicazione⁸.

13. I contratti per la pubblicità esterna su suolo pubblico delle collettività pubbliche che non sono aggiudicati secondo una procedura d'attribuzione, sono da considerare una restrizione dell'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 9, capoverso 1 LMI. Le imprese con domicilio o sede in Svizzera che non sono state prese in considerazione al momento dell'attribuzione, hanno il diritto di ricevere una decisio-

⁸ Cf. RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss., 215.

ne che può essere soggetta a ricorso presso un'istanza cantonale indipendente dall'amministrazione. La decisione di questa istanza può essere oggetto di un ricorso di diritto pubblico davanti al Tribunale federale (art. 9, cpv. 2 LMI)⁹.

D. La durata dei contratti, il rinnovo tacito e la clausola d'opzione

14. Secondo le molteplici domande poste alla segreteria e gli articoli apparsi sulla stampa, i contratti per l'affissione hanno una durata che raggiunge talvolta i dodici anni. Inoltre, questi contengono delle clausole per il rinnovo tacito che prevedono il prolungamento del contratto d'affitto di altri cinque anni se questo non è disdetto sei mesi prima della sua scadenza. Questa regola è completata da cosiddette clausole d'opzione che prevedono che, a pari condizioni, la società d'affissione ha la preferenza sulle altre società d'affissione al momento del rinnovo della concessione.

15. Nei contratti d'affitto, le collettività pubbliche accordano alla società d'affissione un diritto assoluto per la posa di impianti d'affissione e per altre forme di pubblicità esterna. L'impresa che ottiene la concessione, dispone così d'un monopolio in materia di pubblicità esterna sul suolo pubblico per la durata del contratto d'affitto. L'accesso al mercato è dunque impossibile per le altre imprese.

1 Durata giustificata dei contratti

16. Da un punto di vista del mercato interno e della concorrenza, la restrizione dell'accesso al mercato e la monopolizzazione della pubblicità esterna sul suolo della collettività pubblica che ne consegue, non sono lecite se non rispondono alle condizioni dell'articolo 3 LMI. In particolare, il principio della proporzionalità deve essere garantito. L'attribuzione di un diritto esclusivo così come la durata del contratto d'affitto devono essere giustificati da motivi economici (per es. ammortamenti degli investimenti, interessi) e devono essere proporzionali alle circostanze. Se la durata del contratto d'affitto va al di là di ciò che è economicamente necessario e giustificabile, l'accesso al mercato è illecitamente limitato durante tutto questo periodo.

2 Nessun rinnovo tacito

17. Le clausole che prevedono un rinnovo tacito dei contratti impediscono da un lato, che una pubblicazione sia effettuata dopo la scadenza normale del contratto d'affitto e, d'altro lato, che dei concorrenti abbiano la possibilità d'inviare la loro candidatura per il contratto d'affitto. La Commissione della concorrenza è d'avviso che il rinnovo tacito di un contratto d'affitto esclude dal mercato gli altri candi-

⁹ Cf. RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss., 214.

dati in un modo che va al di là di ciò che è economicamente necessario e rappresenta così una restrizione del libero accesso al mercato secondo l'articolo 9, capoverso 1 LMI. La prova del contrario è riservata.

18. I contratti per l'affissione in corso con rinnovo tacito devono dunque essere disdetti al momento della scadenza. Devono in seguito essere conclusi di nuovo con la società di pubblicità esterna che ha fatto la migliore offerta conformemente ai criteri di partecipazione pubblicati.

3 Nessuna clausola d'opzione

19. Le clausole d'opzione che, a parità di offerta, attribuiscono alla società di pubblicità esterna la preferenza sulle altre società in concorrenza al momento del rinnovo della concessione, sono da rifiutare sotto l'aspetto del diritto d'appalto. Queste clausole rappresentano, in effetti, una discriminazione per le imprese in concorrenza visto che l'attribuzione non è fatta attraverso una procedura pubblica che permette a tutte le imprese di partecipare a pari condizioni. Le clausole d'opzione sono dunque in contraddizione con la LMI.

20. La pubblicazione dell'attribuzione dei contratti per l'affissione permette inoltre alle collettività pubbliche di concludere i contratti alle migliori condizioni. A corto termine e in casi particolari, questo risultato sembra essere ugualmente possibile con le clausole d'opzione, visto che la società d'affissione che beneficia della clausola, offrirà comunque delle condizioni più vantaggiose dei suoi concorrenti. Tuttavia, questa opinione non tiene conto del fatto che la società per la pubblicità esterna dispone di un importante vantaggio rispetto alle imprese concorrenti. In effetti, essa può adattare la sua offerta a quelle della concorrenza tanto quanto lo ritiene giustificato ed ha sempre la possibilità di decidere se rinnovare il contratto d'affitto, e quindi escludere la concorrenza, o porre fine al contratto d'affitto. Visto che le imprese concorrenti non dispongono di un tale " margine di miglioramento ", queste sono discriminate rispetto all'impresa che ottiene la concessione e beneficia della clausola d'opzione.

21. È importante tenere presente anche le conseguenze legate a questa situazione. Se un numero importante di collettività pubbliche concludono dei contratti d'affitto che contengono delle clausole d'opzione con la stessa società di pubblicità esterna, questa società disporrà di una posizione dominante che impedirà alle imprese concorrenti di installarsi sul mercato o di rinforzare la loro posizione sul mercato attraverso delle prestazioni innovatrici. La concorrenza attuale può così essere eliminata dalle clausole d'opzione che creano

delle barriere all'entrata per dei nuovi concorrenti¹⁰. Infine, questo può condurre a una situazione in cui le collettività pubbliche sarebbero costrette ad accettare le condizioni di una società d'affissione con una forte posizione sul mercato visto che mancherebbe un'alternativa. Le clausole d'opzione sono quindi da respingere da un punto di vista del diritto della concorrenza. Nel quadro dei lavori in corso, la segreteria cercherà di stabilire se, e in che misura, queste clausole contravvengono alle disposizioni del diritto materiale della concorrenza.

22. È indispensabile rinunciare ad utilizzare delle clausole d'opzione nei contratti per l'affissione. I contratti d'affitto che contengono questo tipo di clausola devono essere disdetti al momento della loro scadenza, essere oggetto di una nuova procedura d'attribuzione e essere conclusi con l'impresa che, secondo i criteri di aggiudicazione pubblicati, si è rivelata essere la più vantaggiosa.

E. Raccomandazioni

23. La Commissione della concorrenza raccomanda quindi alle collettività pubbliche di:

1. sottoporre i progetti per la conclusione di un contratto d'affitto con le società di pubblicità esterna per l'attribuzione di concessioni per la pubblicità esterna ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, come previsto dall'articolo 5, capoverso 2 LMI;
2. limitare la durata della validità dei contratti d'affitto con le società di pubblicità esterna per l'attribuzione di concessioni per la pubblicità esterna a ciò che è economicamente necessario;
3. disdire i contratti per l'affissione in corso che contengono un rinnovo tacito alla scadenza della durata normale dei contratti, sottoporli ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, rinunciare a delle clausole che prevedono il rinnovo tacito della concessione al momento della conclusione di nuovi contratti;
4. disdire i contratti d'affitto in corso che contengono delle clausole d'opzione, sottoporli ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, rinunciare a delle clausole d'opzione al momento della conclusione di nuovi contratti per l'affissione.

¹⁰ Cf. Rapporto della Commissione dei cartelli, Pubbl. CCSP. 1982, p. 290, 304.

Osservazione: il Tribunale Federale con la sua sentenza del 26 aprile 1999 nel caso JC Decaux ha preso una decisione che non concorda parzialmente con le raccomandazioni della Commissione della concorrenza. La sentenza 2P.262/1997 sarà resa pubblica.