



Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2013/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 727.000.13/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 145.- estero

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2013/1

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

April/avril/aprile 2013

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2013/1

A	Tätigkeitsberichte	
A 1	Wettbewerbskommission	
	Commission de la concurrence	
	Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence	17
	3. Rapporto annuale 2012 della Commissione della concorrenza	33
	4. Annual Report 2012 of the Competition Commission	49
B	Verwaltungsrechtliche Praxis	
	Pratique administrative	
	Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission	
	Secrétariat de la Commission de la concurrence	
	Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen	
	Enquêtes préalables	
	Inchieste preliminari	
	1. Rotkreuz-Notrufsystem	65
B 2	Wettbewerbskommission	
	Commission de la concurrence	
	Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse	
	Concentrations d'entreprises	
	Concentrazioni di imprese	
	1. Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup	80
	2. Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine	83
	3. A4 Limited/B SA	85
	4. PubliGroupe/ImproveDigital	93
	5. Swatch Group AG/Harry Winston Holdings Inc.	101
	6. Verfügung in Sachen Schweizerische Post/La Poste	103
	7. BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.	106
B 4	Bundesgericht	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
	1. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2010	114
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	138
	Index (deutsch, français e italiano)	140

A 1.

3. Rapporto annuale 2012 della Commissione della concorrenza**Indice**

1	Prefazione del presidente	34	5	Tema specifico del 2012: mercato interno svizzero	45
2	Principali decisioni del 2012	35	5.1	La legge sul mercato interno	45
3	Attività nei vari ambiti economici	36	5.2	La funzione di sorveglianza della COMCO	45
3.1	Costruzione	36	5.3	Diritto di accesso al mercato	46
3.1.1	Presentazione del nuovo servizio	36	5.4	Appalti pubblici cantonali e comunali	47
3.1.2	Inchieste	36	5.5	Trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli	47
3.1.3	Procedure di ricorso	36			
3.1.4	Colloqui informali, analisi di mercato e consulenze	36			
3.1.5	Prevenzione e informazione	37			
3.2	Servizi	37			
3.2.1	Servizi finanziari	37			
3.2.2	Professioni liberali e servizi professionali	37			
3.2.3	Mercati sanitari	38			
3.3	Infrastruttura	39			
3.3.1	Telecomunicazioni	39			
3.3.2	Media	39			
3.3.3	Energia	40			
3.3.4	Altri ambiti	40			
3.4	Produzione	41			
3.4.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	41			
3.4.2	Industria orologiera	41			
3.4.3	Settore automobilistico	41			
3.4.4	Agricoltura	42			
3.5	Mercato interno	42			
3.6	Indagini	42			
3.7	Affari internazionali	42			
4	Organizzazione e statistica	43			
4.1	COMCO e Segreteria	43			
4.2	Statistica	44			

5 Tema specifico del 2012: mercato interno svizzero

5.1 La legge sul mercato interno

La legge sul mercato interno (LMI; RS 943.02) è stata concepita per eliminare le limitazioni al libero accesso al mercato nel diritto pubblico dei Cantoni e dei Comuni, completando così la legge sui cartelli che è orientata alle limitazioni della concorrenza in ambito privato. Secondo quanto recita l'articolo 1 capoverso 1 della LMI (oggetto e scopo), questa legge garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa. In tal modo si agevola la mobilità professionale e degli scambi commerciali all'interno della Svizzera, si incrementa la competitività dell'economia nazionale e si rafforza la coesione economica del Paese.

La revisione parziale del 2005 dovrebbe rafforzare l'efficacia generale della LMI. A tal fine il principio del luogo d'origine è stato esteso alla sede commerciale e la funzione istituzionale di sorveglianza della COMCO è stata rafforzata. La revisione della LMI è entrata in vigore il 1° luglio 2006 e prevede i seguenti principi riguardo all'accesso al mercato:

- Diritto all'accesso al mercato secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (**principio del luogo d'origine**, art. 2 cpv. 1-5 LMI), diritto al libero accesso al mercato (**divieto di restrizioni**, art. 3 cpv. 1 LMI) e diritto all'accesso al mercato senza discriminazioni (**divieto di discriminazione**, art. 1 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 1 lett. a LMI);
- diritto al **riconoscimento di certificati di capacità** (principio del riconoscimento, art. 4 LMI);
- diritto all'accesso indiscriminato agli **appalti pubblici** (art. 5 LMI) e a concorsi per attività rientranti

in monopoli cantonali e comunali (art. 2 cpv. 7 LMI);

- sono strettamente connessi con questi diritti di accesso al mercato il divieto assoluto di negare il libero accesso al mercato (art. 3 cpv. 1 LMI), il divieto assoluto di dissimulare barriere protezionistiche (art. 3 cpv. 3 LMI) e il diritto a una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI) per le decisioni concernenti le restrizioni.

5.2 La funzione di sorveglianza della COMCO

Conformemente all'articolo 8 capoverso 1 LMI, la COMCO sorveglia il rispetto di questa legge da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni. Nella Segreteria è il centro di competenza Mercato interno ad occuparsi di questo compito. Diversamente da quanto accade con la LCart, la COMCO non ha competenza decisionale nel settore della LMI. I mezzi e gli strumenti a sua disposizione sono i seguenti.

- **Consulenze della Segreteria:** il centro di competenza Mercato interno risponde ogni anno a numerose richieste di informazioni da parte di autorità, di imprese e di lavoratori indipendenti su questioni giuridiche di accesso al mercato interno.
- **Raccomandazioni:** la COMCO può sottoporre alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti o concludere un'inchiesta con una raccomandazione (art. 8 cpv. 2 e 3 LMI). Nella raccomandazione si esprime sull'applicazione della LMI, ma il suo parere non è vincolante per i destinatari.
- **Perizie:** su richiesta dell'autorità competente o di un tribunale la COMCO può presentare una perizia sull'applicazione della LMI nell'ambito di procedure amministrative e di ricorso (art. 10 cpv. 1 LMI).
- **Ricorso: la COMCO** ha diritto di interporre ricorso per far accertare se una decisione cantonale o comunale limita l'accesso al mercato contravvenendo alla LMI e di chiedere la decisione di un tribunale (art. 9 cpv. 2bis LMI).
- **Mandato di pubblicazione:** la COMCO può pubblicare nel DPC le decisioni cantonali o comunali e le sentenze pronunciate in applicazione della LMI (art. 10a cpv. 2 LMI).

Per permettere alla COMCO di adempiere al mandato di pubblicazione previsto dalla legge e al suo diritto di ricorso nelle questioni inerenti al mercato interno, il legislatore ha introdotto per le autorità amministrative e giudiziarie un obbligo di comunicazione (art. 10a cpv. 2 LMI). Esse sono quindi tenute a trasmettere spontanea-

mente alla COMCO tutte le decisioni e le sentenze emesse in applicazione della LMI. Finora le autorità cantonali e i tribunali hanno adempiuto a questo obbligo solo in maniera molto sporadica. Alla fine del 2012 il centro di competenza Mercato interno ha pertanto inviato una circolare alle amministrazioni e ai tribunali cantonali con l'esortazione a comunicare in futuro alla COMCO le decisioni e le sentenze rilevanti in materia di LMI.

5.3 Diritto di accesso al mercato

Mentre il Tribunale federale nella sua giurisprudenza sulla LMI del 1995 aveva dato maggior peso al principio del federalismo rispetto a quello del mercato interno (p. es. DTF 125 I 276; Messaggio del 24 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, FF 2005 pag. 409 segg., 415), nella giurisprudenza del Tribunale federale sulla LMI riveduta appare chiaramente la maggiore rilevanza dei diritti di accesso al mercato voluta dal legislatore. Indicative a tale riguardo sono state le sentenze DTF 134 II 329 (formazione dei praticanti avvocati come parte della libera circolazione dell'avvocato) e DTF 135 II 12 (libera circolazione per gli psicoterapeuti). Dopo l'illustrazione di questa prima giurisprudenza a seguito della revisione della LMI nel rapporto annuale del 2008 (DPC 2009/1, 43 segg.), la sintesi seguente si concentra sugli sviluppi degli ultimi quattro anni nei settori corrispondenti.

Settore sanitario: mentre la libera circolazione per le professioni sanitarie universitarie è garantita dal 1° settembre 2007 dalla legge sulle professioni mediche (LPMed, RS 811.11), per tutte le altre professioni del settore sanitario regolamentate a livello cantonale si applica tuttora la LMI. In questo ambito sono risultate in primo piano soprattutto le richieste di privati che hanno segnalato dei problemi di libero accesso al mercato, ad esempio nel caso di psicoterapeuti, odontotecnici, soccorritori sanitari, membri di servizi di salvataggio e naturopati.

- Nella sentenza 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 il Tribunale federale ha deciso che a una naturopata che ha esercitato per ben 15 anni la sua attività nel Cantone di Zugo senza obbligo di autorizzazione non può essere limitato l'accesso al mercato nel Canton Ticino con oneri da rispettare. Nella fattispecie l'esperienza professionale maturata dall'offerente nel luogo d'origine consentiva di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici (art. 3 cpv. 2 lett. d LMI), pertanto la richiesta di un'autorizzazione all'esercizio della professione in Ticino rappresentava una limitazione eccessiva all'accesso al mercato (cfr. DPC 2009/1, 44). Invece, secondo la sentenza 2C_57/2010 del 4 dicembre 2010 del Tribunale federale, A. Rh., un naturopata autorizzato all'esercizio della professione nel Cantone di Appenzello non può far valere i diritti di cui all'articolo 2 capoverso 4 LMI se esistono indizi concreti a conferma del fatto che i requisiti per l'autorizzazione nel luogo d'origine non erano adempiuti o che nel frattempo non lo sono più.
- La regolamentazione dei servizi di salvataggio conforme al diritto in materia pone determinate difficoltà a diversi Cantoni. Dopo che il servizio di

salvataggio è stato sottoposto, secondo la prassi costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, alle libertà fondamentali del mercato interno comunitario – e considerato il parallelismo giuridico tra l'accordo sulla libera circolazione delle persone e il diritto comunitario pertinente - anche questa attività rientra nel campo d'applicazione dell'accordo sulla libera circolazione delle persone e, di conseguenza, del diritto svizzero sul mercato interno. Gli offerenti privati di servizi di salvataggio possono pertanto, in linea di massima, essere autorizzati in altri Cantoni. Per i Cantoni che hanno monopolizzato quest'attività, in caso di trasferimento a privati della concessione, vige l'obbligo di organizzare un concorso conformemente all'articolo 2 capoverso 7 LMI.

- La COMCO ha interposto ricorso contro una decisione del Cantone di Zurigo, in base alla quale l'accesso al mercato di una clinica dentistica fondata nel Cantone di San Gallo come società anonima era stato concesso solo a determinate condizioni. Dopo che il Tribunale amministrativo di Zurigo ha deciso, in un altro caso, che secondo il diritto cantonale in ambito sanitario le istituzioni mediche ambulatoriali possono avere personalità giuridica, la decisione impugnata e pertanto anche il ricorso della COMCO sono divenute prive di oggetto (DPC 2012/3, 526 segg., Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztklinik).
- Il centro di competenza Mercato interno ha seguito un soccorritore diplomato indipendente attivo nel Cantone di Lucerna nelle procedure di autorizzazione e di accesso al mercato in altri Cantoni. Alcune delle decisioni cantonali sono state pubblicate e commentate in DPC 2012/3 530 segg. La sintesi mostra che l'attuazione del principio del luogo d'origine continua a causare difficoltà alle autorità cantonali, ad esempio quando un'attività non è affatto prevista nel Cantone di destinazione.
- La COMCO ha redatto, in data 16 luglio 2012, una perizia destinata alla Direzione della sanità del Cantone di Zurigo sulla questione dell'accesso al mercato di un'assistente dentista, A. Rh. proveniente dal Cantone di Appenzello (DPC 2012/3, 708 segg.). La signora A. ___ era titolare di un diploma brasiliano di dentista e dal 2006 era autorizzata a lavorare come assistente dentista nel Cantone di Appenzello. Nella sua perizia la COMCO è giunta alla conclusione che, sulla base della LMI, la signora A. può lavorare come assistente dentista anche nel Cantone di Zurigo.

Taxi: la regolamentazione cantonale e gran parte di quella comunale non sono tuttora conformi alla LMI. In una decisione di principio risalente al mese di maggio 2011 il Tribunale federale ha stabilito che, sulla base dell'articolo 2 LMI, ai centralini non può essere vietato di trasmettere le richieste a servizi di taxi esterni (sentenza 2C_940/2010 del 17 maggio 2011). Da questa sentenza e viste le numerose richieste delle autorità e dei servizi di taxi, la COMCO ha colto l'occasione per illustrare in dettaglio, nel quadro di una raccomandazione, il signifi-

cato della LMI per la regolamentazione del mercato in questo settore (DPC 2012/2, 438 segg.) Questa raccomandazione serve ai legislatori cantonali e comunali come riferimento per regolamentare il settore in maniera conforme al diritto sul mercato interno. La Città di Zurigo, ad esempio, ha attuato le raccomandazioni della COMCO nella nuova ordinanza sui taxi entrata in vigore il 1° gennaio 2013. Inoltre, la COMCO ha presentato ricorso contro le tasse richieste dal Cantone di Ginevra per l'autorizzazione dei servizi di taxi esterni, non essendo conciliabili con il principio dell'accesso gratuito al mercato secondo l'articolo 3 capoverso 4 LMI (sentenza del 27 marzo 2012 della Camera amministrativa della Corte di giustizia della Repubblica e Cantone di Ginevra, DPC 2012/2, 449 segg.).

Settore sanitario: secondo la sentenza 2C_57/2011 del Tribunale federale del 3 maggio 2011, in base all'articolo 2 capoversi 1 e 3 LMI, un installatore di impianti sanitari autorizzato nel Comune A. ha diritto all'accesso al mercato nella città di Sciaffusa, anche se non possiede il certificato SSIGA da essa richiesto. Anche in questo settore è stata richiamata l'attenzione del centro di competenza Mercato interno sulle tasse comunali che certi Comuni richiedono agli installatori esterni. Tali tasse violano il principio di gratuità della procedura di accesso al mercato sancito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI. Dopo l'intervento del centro di competenza Mercato interno tali tasse di autorizzazione a livello comunale sono già state abolite.

Settore della formazione: secondo la DTF 136 II 470, l'insegnamento scolastico in una scuola pubblica non rappresenta un'attività statale e rientra nel campo d'applicazione della LMI (art. 1 cpv. 3). In base all'articolo 4 capoverso 1 LMI, un docente autorizzato nel Cantone di Neuchâtel per il livello secondario I e II ha in linea di principio il diritto al riconoscimento del certificato di capacità in altri Cantoni. Tale articolo si applica anche quando l'accordo intercantonale sul riconoscimento dei titoli di studio non prevede nel caso specifico alcun riconoscimento. Di conseguenza la priorità data all'accordo intercantonale secondo l'articolo 4 capoverso 4 LMI vale soltanto qualora le disposizioni intercantionali sulla libera circolazione non limitino il diritto di riconoscimento ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI. Il Tribunale federale ha trasmesso il caso, ai fini di una rivalutazione, alla Conferenza svizzera dei direttori cantonali della pubblica educazione (CDPE).

5.4 Appalti pubblici cantonali e comunali

Le prescrizioni del diritto sul mercato interno relative agli appalti pubblici sono disciplinate nell'articolo 5 LMI e prevedono i seguenti standard minimi a livello cantonale e comunale:

- Le procedure relative agli appalti pubblici devono essere prive di discriminazioni (art. 5 e 3 LMI). Il divieto di discriminazione secondo il diritto sul mercato interno non intende favorire soltanto gli offerenti esterni, ma anche quelli locali (DTF 125 I 406 E. 2; sentenza TF 2P.151/1999 del 30 maggio 2000 E. 1c). L'articolo 5 capoverso 1 LMI vale di conseguenza come obbligo generale di parità di trattamento o come divieto di discriminazione per

il settore degli appalti pubblici cantonali e comunali.

- I progetti di considerevole importanza e i criteri di partecipazione e di aggiudicazione devono essere pubblicati ufficialmente (art. 5 cpv. 2 LMI).
- Le restrizioni del libero accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni (art. 9 cpv. 1 LMI) e il diritto cantonale deve prevedere almeno un rimedio giuridico presso un'autorità cantonale indipendente dall'amministrazione (art. 9 cpv. 2 LMI).

Il principio di accesso non discriminatorio ai mercati pubblici cantonali e comunali e quello della trasparenza sanciti all'articolo 5 LMI vengono specificati e attuati dal diritto intercantonale, cantonale ed eventualmente comunale in materia di appalti pubblici. In altre parole le prescrizioni specifiche del diritto sugli appalti pubblici relative ai valori soglia, alle procedure di aggiudicazione, al contenuto dei documenti del bando, ai requisiti per le specifiche tecniche, ai criteri di ammissione e di aggiudicazione ecc. sono frutto dei principi di non discriminazione e di trasparenza ai sensi dell'articolo 5 LMI. Ne consegue che le violazioni del Concordato intercantonale del 15 marzo 2001 sugli appalti pubblici (CIAP, 150.950), del diritto cantonale o comunale in materia di appalti e l'accertamento errato o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 16 cpv. 1 lett. b CIAP) sono al contempo anche una violazione dell'articolo 5 LMI.

Nel 2012 la COMCO ha fatto uso per la prima volta, nel quadro di un appalto cantonale, del diritto di interporre ricorso conferitole dall'articolo 9 capoverso 2bis LMI in merito all'esclusione di un offerente e ha criticato la violazione dell'articolo 5 LMI. La COMCO ha sottolineato il fatto che l'ente aggiudicatore applicava i criteri di ammissione in modo tale che alla fine un unico offerente veniva ammesso alla procedura di aggiudicazione e un concorrente più conveniente era stato escluso. La procedura è attualmente pendente dinanzi al Tribunale amministrativo cantonale.

Il centro di competenza Mercato interno ha elaborato un modulo di formazione dedicato al tema "garantire la concorrenza negli appalti pubblici". Questa formazione viene offerta regolarmente da alcuni anni per i rappresentanti degli enti aggiudicatori cantonali e federali e costituisce parte integrante della lotta contro gli accordi di appalto.

Un'attività costante del centro di competenza Mercato interno consiste infine nel rappresentare la Segreteria nella Conferenza degli acquisti della Confederazione (CA). La CA è l'organo strategico dell'Amministrazione federale per l'acquisto di beni e di prestazioni di servizi. Tra i suoi compiti rientrano in particolare l'approvazione di direttive e strategie per il sistema degli appalti pubblici, l'elaborazione di documenti interpretativi su questioni inerenti al diritto in materia di appalti pubblici e l'approvazione di piani di formazione e di formazione continua.

5.5 Trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli

In occasione della revisione parziale della legge sul mercato interno, all'articolo 2 capoverso 7 LMI è stata

introdotta una disposizione in base alla quale il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali deve svolgersi su concorso. Finora questa disposizione non ha generato una vera e propria prassi.

La COMCO ha redatto due perizie sulla questione dell'applicabilità dell'articolo 2 capoverso 7 LMI in riferimento al rilascio di concessioni per la realizzazione, l'esercizio e la manutenzione di impianti di distribuzione elettrici e di concessioni per il diritto di utilizzo di energia idroelettrica (perizia del 22 febbraio 2010 concernente il rinnovo dei contratti di concessioni tra le società Centralschweizerische Kraftwerke AG e i Comuni di Lucerna sull'utilizzo del suolo pubblico e l'approvvigionamento di energia elettrica, DPC 2011/2, 345; perizia del 28 giugno 2010 per il Consiglio distrettuale di Svitto in merito al rinnovo delle concessioni del diritto di utenza a favore dell'azienda elettrica del distretto di Svitto (Elektrizitätswerk Bezirk Schwyz AG), DPC 2011/2, 353). In entrambi i casi dei privati ricevono una concessione di utilizzo particolare. Attraverso questo strumento l'ente pubblico conferisce a privati il diritto di utilizzare in maniera esclusiva il suolo pubblico. Le concessioni di utilizzo particolare si basano su un monopolio di fatto. Ciò significa che l'ente pubblico, potendo disporre di beni pubblici, ha la possibilità di escludere i privati da determinate attività. In linea di principio la COMCO dichiara che l'obbligo di effettuare concorsi secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI non vale soltanto per il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli sanciti dalla legge, ma anche per il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli di fatto.

Considerate le prevedibili difficoltà di attuazione per quanto riguarda la messa a concorso di concessioni per la rete di distribuzione, in data 8 marzo 2010 la COMCO ha emanato una raccomandazione all'attenzione del Consiglio federale nella quale consiglia, nel quadro della revisione in corso della Legge sull'approvvigionamento elettrico, di stabilire condizioni uniformi per la messa a concorso di concessioni sulla realizzazione, l'esercizio e la manutenzione di impianti di distribuzione elettrici. Nel

frattempo il legislatore ha stabilito, mediante disposizioni specifiche, che sia la concessione per la rete di distribuzione sia quella del diritto di utenza di acqua possono essere rilasciate senza indire bandi di concorso, ma la procedura deve essere trasparente e non discriminatoria (art. 60 cpv. 3bis e art. 62 cpv. 2bis LUF, art. 3a e art. 5 cpv. 1 LAEI). Con il principio della non discriminazione il legislatore ha ripreso il criterio già previsto all'articolo 2 capoverso 7 LMI. Resta ora da capire in che modo un'aggiudicazione può essere svolta in modo trasparente e non discriminatorio senza indire un bando pubblico di gara.

La questione centrale, vale a dire se secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI oltre alle attività rientranti in monopolio devono svolgersi su concorso anche le concessioni di utilizzo particolare, non è stata ancora chiarita dal Tribunale federale. Quest'ultimo ha lasciato in sospeso la questione già in due casi (DTF 135 II 49 [albi di affissione sul suolo pubblico] e sentenza 2C_198/2012 del 16 ottobre 2012 [costruzione e gestione di un autosilo sul suolo pubblico]). Nella dottrina giuridica la questione è controversa, ma il filone predominante e anche la COMCO sono favorevoli a far svolgere su concorso il rilascio delle concessioni di utilizzo particolare.

L'obbligo di concorso pubblico previsto dall'articolo 2 capoverso LMI ha effetto soltanto se lo Stato trasferisce a un privato l'utilizzo di un monopolio, ma non se l'utilizzo avviene ad opera dell'ente pubblico stesso. In entrambe le perizie menzionate ci si è pertanto chiesti a quali condizioni si parla di un trasferimento a "privati" ai sensi dell'articolo 2 capoverso 7 LMI. La COMCO è giunta alla conclusione che la forma organizzativa della società a cui viene rilasciata la concessione non rappresenta di per sé un criterio sufficiente. Occorre piuttosto verificare se, seguendo la prassi in-house sviluppatasi nel diritto in materia di appalti pubblici, lo Stato ha sulla società titolare della concessione un controllo analogo a quello che esso esercita su un proprio servizio e se la società svolge essenzialmente la sua attività per l'ente che le ha rilasciato la concessione.