



COMMENTI

Gare per la distribuzione del gas e A.T.I. “sovradimensionate”

Commento a Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423

di Gloria Maria Barsi

Massime

Nel diritto antitrust la definizione di mercato rilevante non è connotata in senso meramente geografico o spaziale ma è relativa anche e soprattutto all'ambito in cui l'illecito anticoncorrenziale ha capacità di incidere, quale esso sia; pertanto, nelle intese restrittive della concorrenza, in cui il mercato rilevante viene definito dopo l'individuazione dell'intesa, essa è correlata al contesto in cui si inquadra il comportamento collusivo e può coincidere anche con una singola gara d'appalto.

Anche se la legge e il bando di gara consentono di costituire un'associazione temporanea tra imprese già singolarmente in possesso dei requisiti per partecipare alla gara (c.d. A.T.I. sovradimensionata), tale associazione può essere ritenuta illecita sotto il profilo antitrust in ragione della funzione collusiva da essa svolta in concreto, ciò in quanto i diritti riconosciuti dall'ordinamento non possono essere utilizzati in modo contrario alla finalità per cui sono attribuiti e l'eventuale finalità illecita che denoti un abuso del diritto di costituirsi in A.T.I. esclude la liceità della condotta astrattamente prevista.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: i connotati delle intese restrittive della concorrenza oltre il formalismo. – 3. Il TAR Lazio sconfessa l'impostazione “sostanzialistica” dell'Autorità. – 4. La sentenza del Consiglio di Stato: l'A.T.I. sovradimensionata può costituire abuso del diritto. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza 4 novembre 2014, n. 5423, la VI Sezione del Consiglio di Stato torna sulla controversa questione dei limiti che lo strumento delle associazioni temporanee di imprese incontra alla luce della normativa antitrust e lo fa con riferimento ad una materia, quella delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, oggetto di specifica regolazione settoriale.

Le considerazioni che seguono sono dirette innanzitutto a ricostruire la vicenda oggetto del giudizio e poi ad evidenziare contenuti, motivazioni ed implicazioni della scelta interpretativa operata dal Consiglio di Stato.

2. La decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: i connotati delle intese restrittive della concorrenza oltre il formalismo

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) aveva sanzionato due imprese per l'affermata realizzazione di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, ai sensi dell'art. 2, lett. c), legge 10 ottobre 1990, n. 287, posta in essere attraverso la strumentale costituzione di una associazione temporanea di imprese (A.T.I.) per partecipare ad una gara indetta da alcuni comuni per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas ai sensi degli artt. 14, d.lgs. n. 164/2010 (attività di distribuzione) e 30, d.lgs. n. 163/2006 (concessione di servizi). L'Autorità aveva ritenuto esistente un accordo finalizzato alla spartizione territoriale del mercato che avrebbe consentito ai gestori uscenti di aggiudicarsi il servizio messo a gara alle condizioni minime previste dal bando attraverso un'A.T.I. tra imprese che già singolarmente possedevano i requisiti per partecipare alla gara.

Secondo l'Autorità, l'utilizzo dell'A.T.I. c.d. sovradimensionata, sebbene in astratto lecito, nel caso di specie sarebbe stato volto al perseguimento di obiettivi anticoncorrenziali posto che l'aggregazione non avrebbe trovato alcuna giustificazione in termini di miglioramento della prestazione e neppure avrebbe risposto a necessità di efficientamento tecnico-industriale dell'attività delle imprese. Inoltre, per il contesto storico e regolamentare, vi erano diversi elementi per ritenere che l'A.T.I. mascherasse un'intesa restrittiva. In particolare, il combinato disposto degli artt. 46-*bis*, d.l. n. 159/2007 (convertito con legge n. 222/2007) e 15, comma 1, lett. a-*bis*, d.l. n. 135/2009 (convertito con legge n. 166/2009) prevedeva la determinazione di ambiti territoriali minimi per la distribuzione del gas (cc.dd. A.T.E.M.), cui è stata data attuazione con l'entrata in vigore del d.m. 19 gennaio 2011 del Ministero dello Sviluppo Economico.

Com'è noto, la distribuzione del gas costituisce attività regolata al fine di assicurare la maggior efficienza possibile nella gestione del servizio e la conseguente diminuzione delle tariffe. Tuttavia, data la drastica riduzione delle risorse economiche di provenienza statale e l'elevato livello di obsolescenza accumulato nel tempo dalle reti di distribuzione attualmente in uso, agli aspiranti gestori del servizio viene oggi richiesto anche di effettuare cospicui investimenti economici per far fronte ad interventi di manutenzione e, se del caso, di sostituzione. Pertanto, l'immanente spinta all'efficienza del servizio, da un lato, e la necessità di reperire risorse economiche di provenienza privata, dall'altro, hanno condotto alla definizione di ambiti territoriali minimi per le gare di distribuzione del gas.

In uno scenario siffatto, l'Autorità aveva ritenuto che la sinergia instauratasi tra le due imprese di distribuzione attraverso l'A.T.I. fosse sostanzialmente volta a prevenire il rischio concorrenziale derivante dalla indizione delle gare d'ambito. Veniva, cioè, imputato alle imprese riunite in A.T.I. (che già avevano la gestione del servizio) di perseguire una strategia di "mantenimento delle gestioni" diretta ad influenzare i futuri affidamenti attraverso le gare. Ciò anche in considerazione della scarsa remuneratività della gara e del fatto che ciascun gestore avrebbe continuato ad approvvigionare lo stesso bacino che già riforniva prima del raggruppamento, senza che ciò aggiungesse alcuna utilità al servizio gestito singolarmente. Dunque, neanche esigenze di efficienza gestionale potevano essere rinvenute alla base della sinergia.

All'esito dell'istruttoria l'AGCM era quindi giunta alla conclusione che l'unica spiegazione plausibile della costituzione di un'associazione temporanea tra le due imprese era la volontà di ripartirsi il mercato che già rifornivano al fine di mantenere lo *status quo ante*. Una strategia ripartitoria particolarmente dannosa se si considera che, data l'esiguità del margine di ricavo ipotizzabile dall'aggiudicazione, la concorrenza tra i due gestori uscenti era l'unica possibile.

3. Il TAR Lazio sconfessa l'impostazione "sostanzialistica" dell'Autorità

Il TAR del Lazio, pronunciandosi sul ricorso proposto dalle imprese interessate, non ha condiviso le valutazioni dell'AGCM ed ha annullato il relativo provvedimento¹.

L'attenzione dei giudici di primo grado si è soffermata, in primo luogo, sulla determinazione del mercato rilevante, una questione cui la stessa Antitrust aveva dato poco rilievo presumibilmente nella convinzione che non si trattasse di un profilo in grado di dare luogo a contestazioni. L'AGCM, infatti, aveva ritenuto che il mercato rilevante coincidesse con il servizio oggetto di concessione, ossia la singola gara, perché, trattandosi di un servizio caratterizzato da condizioni di monopolio dal lato dell'offerta, l'unica forma di concorrenza possibile era quella "per il mercato" relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni.

Al riguardo, costituisce ormai *jus receptum*² che, nella definizione del mercato rilevante in materia di intese restrittive della concorrenza, non assume rilievo né l'estensione geografica della porzione di territorio interessato né il numero di atti anticoncorrenziali posti in essere. Quindi, se una piccolissima parte del territorio nazionale può essere mercato rilevante (a patto che ivi si realizzi l'incontro fra domanda e offerta in condizioni di autonomia), allora anche la singola gara di appalto può costituire un mercato a sé stante essendo tale accertamento condizionato esclusivamente all'indagine in concreto delle caratteristiche del mercato oggetto della gara.

Peraltro, il mercato rilevante rientra a pieno titolo nella categoria dei c.d. concetti giuridici indeterminati con tutto quel che segue riguardo ai limiti di sindacabilità in sede giurisdizionale di tale valutazione discrezionale. Com'è noto, all'esito di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, oggi è dato per acquisito che il sindacato del Giudice Amministrativo di fronte alle valutazioni di natura tecnica compiute dall'AGCM sia di tipo intrinseco, ossia compiuto con gli occhi "dell'esperto" (di qui la centralità dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio), ma pur sempre di sola legittimità e quindi non sostitutivo. Infatti, trattandosi di nozioni che lasciano residuare margini di opinabilità, il Giudice si vede costretto ad arretrare dinanzi alla valutazione dell'Autorità posto che il legislatore ha istituito le autorità amministrative indipendenti proprio perché li reputa i soggetti maggiormente qualificati a compiere, nel dubbio tra più soluzioni legittime possibili, la

¹ Tar Lazio, Sez. I, 7 maggio 2013, n. 4478.

² Tra le più recenti, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334; Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4506.

scelta migliore nell'ambito delle materie tecniche loro assegnate³⁻⁴.

Nel caso di specie, venendo in considerazione una intesa restrittiva della concorrenza, il momento deputato alla identificazione del mercato rilevante non può precedere l'accertamento dell'illecito poiché sono proprio le caratteristiche dell'intesa a limitare il raggio di ampiezza dell'illecito. In quest'ottica, l'Antitrust ha dapprima tracciato i contorni dell'intesa nel suo oggetto e nei suoi eventuali effetti e, in base a ciò, ha isolato il contesto interessato dalla condotta collusiva, identificandolo nella singola gara.

Tuttavia, la ricostruzione del mercato rilevante compiuta dall'AGCM in questi termini non ha convinto i giudici del TAR i quali hanno ritenuto, da una parte, che il semplice ricorrere di una situazione di monopolio dal lato dell'offerta non valesse ad isolare il territorio interessato rispetto ad altri mercati locali identici; dall'altra che, in base alla giurisprudenza del Consiglio di Stato sul c.d. caso Consip⁵, deve escludersi che una gara di stampo così marcatamente territoriale sia da sola in grado di saturare il mercato rilevante non rivestendo carattere nazionale né interessando una parte consistente del territorio nazionale. In questo modo il TAR sembra aver accolto una nozione di mercato rilevante prettamente geografica⁶.

In secondo luogo, il collegio ha ritenuto fondate le doglianze delle imprese relative al mancato raggiungimento della prova che l'A.T.I. costituisse uno strumento per mascherare una intesa anticoncorrenziale.

Al riguardo, i giudici di primo grado – dopo aver sottolineato che l'accordo restrittivo deve emergere da indizi gravi, precisi e concordanti – hanno ritenuto insufficienti le argomentazioni dell'Antitrust che ha giudicato illecita l'intesa "solo" perché idonea a limitare la concorrenza fra le parti. Secondo il Tribunale, l'intesa, per essere illecita, non solo deve poter restringere – anche solo potenzialmente – la concorrenza ma deve anche essere tale da produrre effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sulla innovazione, e su varietà e qualità dei beni e servizi interessati. In proposito, sono state richiamate le indicazioni fornite dalla Commissione Europea nelle "Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale" che riconoscono la funzione pro-concorrenziale di forme di cooperazione orizzontale

3 In giurisprudenza, tra le tante, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274; Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228; Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1103.

4 In dottrina, tra i tanti, A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 3, p. 304; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013; A. CASSATELLA, *Verso un'eccessiva contrazione del sindacato delle valutazioni tecniche?*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 11, p. 1065; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: un rapporto difficile*, in *Le Società*, 2001; R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), 2010; P. DE LISE, *Le Autorità indipendenti venti anni dopo*, Relazione introduttiva all'incontro di studio tenutosi in Roma il 6 maggio 2015; R. CARANTA, *I limiti del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 2003; M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno su "Le autorità amministrative indipendenti" in memoria di Vincenzo Caianiello, Consiglio di Stato 9 maggio 2003.

5 Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

6 "[...] zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza", p. 30.

(come l'A.T.I.) in termini di condivisione dei rischi, di messa in comune del c.d. *know-how* e di generale diffusione di tecniche di innovazione tecnologica.

Ad avviso del TAR, quindi, questa vocazione pro-concorrenziale dell'A.T.I. avrebbe richiesto un accertamento più rigoroso circa la natura anticoncorrenziale dell'accordo e dei suoi effetti, tramite l'indagine su elementi sia interni che esterni all'intesa come, ad esempio, l'impossibilità di spiegazioni alternative alla condotta delle imprese e un flusso di scambi non altrimenti giustificabile fra imprese concorrenti. Tanto più che l'art. 34⁷, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) non contempla nessuna restrizione all'utilizzo dello strumento dei raggruppamenti, anche ove le singole associate posseggano autonomamente i requisiti necessari per partecipare alla gara. Infatti – si sottolinea nella sentenza di primo grado – laddove il legislatore ha voluto escludere tali raggruppamenti ravvisando in essi un rischio di distorsione della concorrenza, lo ha detto espressamente⁸.

Si noti, peraltro, come, nel caso di specie, neanche il bando prevedesse limitazioni alla costituzione delle A.T.I.

Secondo il TAR, dunque, per limitare una facoltà espressamente prevista dalla legge e non vietata dal bando di gara (associazione in ATI, ancorché sovradimensionata), sarebbe stato necessario un accertamento puntuale e scrupoloso dei "sintomi" anticoncorrenziali. Accertamento che, tuttavia, gli stessi giudici hanno riconosciuto risultare, in concreto, particolarmente difficile (se non impossibile) attesa l'estrema difficoltà di pervenire al raggiungimento di una prova piena delle finalità collusive (c.d. *smoking gun*). È infatti opinione della giurisprudenza maggioritaria⁹ che la scelta di partecipare ad un'associazione, pur possedendo *uti singuli* i requisiti necessari, non depone automaticamente nel senso di un accordo anticoncorrenziale posto che, per aversi quest'ultimo, dovranno essere rinvenuti indici rivelatori di illiceità all'esterno del patto.

In applicazione di tale orientamento interpretativo, tuttavia, i giudici di primo grado hanno ritenuto che le motivazioni addotte dall'AGCM a sostegno della ricostruzione in senso anticoncorrenziale dell'intesa non fossero in grado di raggiungere neanche la soglia minima di prova "indiziaria". In particolare, le circostanze per cui l'intesa fosse maturata in un momento immediatamente antecedente l'apertura della concorrenza alle gare per ambiti (c.d. A.TE.M.), la preoccupazione delle imprese – accertata in istruttoria – di salvaguardare le proprie concessioni mediante alleanze con i concorrenti, la titolarità in capo a

⁷ Art. 34, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 163/2006, "Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici". 1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: [...] d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'art. 37.

⁸ Ci si riferisce all'art. 37, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti". È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 c.p.

⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2204.

ciascuna partecipante dei requisiti necessari per partecipare alla gara, l'assenza di giustificazione dell'associazione in termini di efficienza industriale o gestionale – posto che ciascuna impresa avrebbe conservato il medesimo bacino già servito –, il fatto che entrambe le imprese avevano previsto una ridotta remuneratività dall'aggiudicazione, nonché il livello minimo dell'offerta presentata nella certezza di essere gli unici a partecipare, non sarebbero indizi sufficienti per dimostrare in modo incontrovertibile una intesa anticoncorrenziale.

In virtù di quanto detto, il TAR è giunto alla conclusione per cui dichiarare illecito uno strumento normativamente previsto senza restrizioni, come l'ATI sovradimensionata, senza accertare in modo rigoroso le sue connotazioni anticompetitive, sarebbe *contra legem*.

4. La sentenza del Consiglio di Stato: l'A.T.I. sovradimensionata può costituire abuso del diritto

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha invece condiviso la valutazione dell'AGCM e riformato integralmente la decisione di primo grado.

I giudici di secondo grado hanno anzitutto ribadito che l'individuazione del mercato rilevante è una valutazione che spetta all'Autorità la quale può concentrare la sua attenzione anche sulla singola condotta anticoncorrenziale e quindi far coincidere il mercato rilevante con la singola gara in cui la condotta incide. Questo perché il concetto di mercato rilevante si riferisce al contesto potenzialmente inciso dall'illecito, al di là di connotazioni di tipo geografico o comunque spaziale, come invece ritenuto dal TAR. In particolare, nel caso di intese restrittive della concorrenza, la perimetrazione del mercato rilevante è data dall'ambito in cui si inserisce il comportamento anticoncorrenziale poiché è solo l'individuazione delle dimensioni e dell'oggetto dell'intesa che consente di delimitare il contesto in cui si è consumato l'illecito. Quindi ritenere errata la valutazione compiuta dall'Autorità sol perché la gara interessa una piccola parte del territorio nazionale significa invertire l'ordine logico delle valutazioni in quanto è il mercato rilevante ad essere individuato dall'accertamento del grado di offensività della condotta, e non il contrario.

Pertanto, ben può il mercato rilevante coincidere con una gara quando è solo in tale contesto che la condotta collusiva produce i suoi effetti. Peraltro, nella fattispecie non deve essere sottovalutato il fatto che nell'ambito della distribuzione del gas naturale non sono previste gare di dimensione nazionale.

Riguardo all'intesa restrittiva il Consiglio di Stato muove dalla considerazione che ciò che rileva non è la legittimità o meno in astratto della condotta, ma la finalità in concreto perseguita dagli operatori in quanto la costituzione di un'associazione temporanea, ove non necessaria ai fini partecipativi, ben può tradursi in un illecito anticoncorrenziale. Ciò in quanto i possibili risvolti illeciti della decisione di "unire le forze", concorrendo come un unico soggetto per l'aggiudicazione della gara, costituiscono il rovescio di una medaglia, il cui dritto è invece una finalità evidentemente pro-concorrenziale.

Com'è noto, l'associazione temporanea di imprese serve a consentire anche alle piccole e medie imprese – che da sole non potrebbero aspirare alla stipula di contratti con la pubblica amministrazione per mancanza degli indispensabili requisiti di solidità, non solo finanziaria – di entrare nel mercato del-

le grandi commesse pubbliche. I problemi sorgono evidentemente quando il raggruppamento non ha l'effetto di ampliare il novero degli aspiranti alla commessa perché gli operatori che optano per l'aggregazione possiedono già singolarmente i requisiti per partecipare alla gara. Di qui la difficoltà di distinguere tra il lecito raggruppamento sovradimensionato e un'intesa anticoncorrenziale.

Già in una segnalazione del 2003, l'Antitrust¹⁰, nel tentativo di individuare il confine tra le due fattispecie, ha evidenziato i pericoli insiti nelle A.T.I. sovrabbondanti, sia in termini di requisiti di partecipazione alla gara sia in termini di attitudine a realizzare la prestazione oggetto di affidamento. In quella sede l'Autorità ha auspicato il generalizzato inserimento all'interno dei bandi di gara di clausole che vietino il ricorso ai raggruppamenti sovrabbondanti, salvi i casi in cui questi ultimi risultino effettivamente funzionali al migliore svolgimento della prestazione oggetto dell'appalto.

La preoccupazione di eventuali effetti distorsivi della concorrenza è stata condivisa anche dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC) che, in due occasioni¹¹, ha suggerito alle stazioni appaltanti di escludere i raggruppamenti con connotazioni "macroscopicamente" anticoncorrenziali per il ricorrere simultaneo di elementi formali (possesso dei requisiti di partecipazione da parte di ciascun associato) e sostanziali (concrete potenzialità restrittive del gruppo). Quindi anche secondo l'ANAC occorre una valutazione "sostanziale", compiuta "volta per volta", sul carattere anticompetitivo dell'A.T.I. sovrabbondante, senza affidarsi ad alcun automatismo.

Tuttavia, non va dimenticato che le potenzialità pro-concorrenziali dei raggruppamenti temporanei di imprese non si esauriscono nel raggiungimento dei requisiti per la partecipazione alla gara in quanto l'A.T.I. può anche accrescere l'attrattività dell'offerta offrendo alle imprese la possibilità di ripartirsi i costi e razionalizzare i rischi dell'operazione.

La maggiore attrattività della commessa per le imprese rappresenta senza dubbio un vantaggio anche per la stazione appaltante che, dalla sinergia di più soggetti, può sperare in un innalzamento medio della qualità delle offerte e dunque aspirare ad una prestazione finale che risponda ad uno standard qualitativo superiore¹². È stato inoltre osservato che un argomento in favore delle A.T.I. sovradimensionate può essere rinvenuto nel principio di libertà economica di cui all'art. 41 Cost. secondo il quale le facoltà dell'imprenditore non possono essere comprese ove l'attività posta in essere non risulti in contrasto con l'utilità sociale ovvero sia imposta dalla tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana¹³.

Tale dibattito non è nuovo in giurisprudenza¹⁴ ed era stato anche portato all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁵. In particolare, la Sesta Sezione aveva sollevato alcuni dubbi sulla conformità al diritto antitrust

10 30 gennaio 2003, AS n. 251.

11 Determina AVCP 10 ottobre 2012, n. 4 che reca "BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli artt. 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti" e Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014 recante "Indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti".

12 In questi termini, F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, IV. I contratti pubblici, Dike Giuridica, Roma, 2014.

13 In questo senso, Cons. Stato, Sez. III, 11 giugno 2012, n. 3402.

14 Tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1267; Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2204; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

15 Cons. Stato, Sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351.

dell'A.T.I. sovradimensionata allorché risulti che la causa in concreto della stessa (intesa come funzione socio-economica dell'affare) sia preordinata al conseguimento di finalità contrarie a norme imperative. Il collegio remittente, pur dando atto che la disciplina degli appalti pubblici non vieta le A.T.I. sovradimensionate, aveva ritenuto opportuno che l'Adunanza Plenaria indicasse in che modo e con quali limiti le stazioni appaltanti possono arginare i rischi anti concorrenziali insiti in tale istituto. Nell'ordinanza di rimessione si ipotizzava, infatti, di formulare in via pretoria un divieto generalizzato dell'A.T.I. sovradimensionata pur in assenza di un'espressa previsione in tal senso nell'art. 38 del Codice degli appalti, oppure, di riconoscere in capo alla stazione appaltante il potere di escludere dalla procedura un raggruppamento volto alla palese alterazione della concorrenza.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria aveva ritenuto di risolvere il caso rimesso al suo giudizio senza esaminare la questione dell'A.T.I. sovrabbondante¹⁶.

Resta però il fatto che la Sezione Sesta del Consiglio di Stato già in passato era sembrata incline a condividere la posizione dell'AGCM e dell'ANAC volta a consentire alle stazioni appaltanti di inserire clausole che escludono raggruppamenti di soggetti già idonei *singulatim* a concorrere¹⁷. Al riguardo, può essere utile ricordare come tale possibilità fosse espressamente contemplata, nell'ambito dei servizi pubblici locali, dall'art. 4, comma 11, lett. d), d.l. 13 agosto 2001, n. 138 (convertito dalla legge 15 settembre 2011, n. 148) che però è stato dichiarato incostituzionale per altre ragioni (sentenza 20 luglio 2012, n. 199).

Nel caso ora considerato, il Consiglio di Stato osserva che se, da una parte, è vero che l'ordinamento e il bando di gara, nello specifico, non vietano l'A.T.I. sovrabbondante, dall'altra, non v'è dubbio che il principio di tutela della concorrenza è immanente nell'utilizzo di tutti gli strumenti di gara. Infatti, è appena il caso di ricordare che l'attuale disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, grazie al diritto comunitario, ha ormai abbandonato l'originaria impostazione – derivante dalla legge sulla contabilità di Stato – che vedeva come unico interesse tutelato dalla gara la salvaguardia delle finanze pubbliche. Non v'è dubbio che oggi il primario interesse pubblico perseguito dalla disciplina delle gare è piuttosto costituito dalla salvaguardia dei principi comunitari di concorrenza e di non discriminazione.

In quest'ottica, è giusto che le A.T.I. sovrabbondanti siano guardate con circospezione dall'Autorità Antitrust e dalle stazioni appaltanti e che, quindi, siano assoggettate ad un severo scrutinio di conformità ai suddetti principi attraverso un'attenta ricostruzione dei fatti diretta a far emergere la connotazione anticoncorrenziale di una serie di atti che, atomisticamente considerati, sembrerebbero legittimi.

Per legittimare tale circospezione nei confronti di un istituto ammesso dalla legge, il Consiglio di Stato richiama un principio generale dell'ordinamento: il divieto di abuso del diritto. Tale principio – che ha conosciuto negli ultimi decenni una stagione di grande valorizzazione soprattutto ad opera della giurisprudenza civile¹⁸ – può riassumersi nel divieto di utilizzare un diritto per otte-

¹⁶ L'ordinanza di rimessione citata ha, infatti, originato la nota sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4145.

¹⁸ Per tutte, si veda la storica decisione Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 (c.d. caso Renault).

nere un vantaggio diverso ed incompatibile con quello per il quale il diritto stesso è riconosciuto dalla legge.

Ed è proprio alla luce di tale principio che, nella sentenza in esame, viene ritenuto convincente e congruamente motivato il ragionamento che ha condotto l'Antitrust ad accertare un'intesa anticoncorrenziale. Infatti, dalla ricostruzione del complesso delle circostanze accertate in istruttoria, emerge come i due operatori abbiano fatto un uso strumentale dell'A.T.I., cioè un uso non coerente con il fine legittimo di tale istituto (miglioramento della prestazione offerta o razionale ripartizione dei rischi) e nel contempo abbiano azzerato l'unica forma di competizione possibile, cioè quella fra di loro. Tale uso strumentale risulta dall'intenso flusso di comunicazioni intercorse tra le due imprese, dall'atteggiamento ostativo al sopralluogo presso gli impianti, dal mantenimento della medesima ripartizione del bacino di utenza precedente alla gara e da una gestione del medesimo in piena autonomia l'una dall'altra.

Tutti questi elementi appaiono sufficienti per ritenere che nella fattispecie la costituzione di un'A.T.I. sovradimensionata non fosse altro che lo strumento attuativo di una strategia collusiva fatta di intese a monte volte a falsare il libero gioco della concorrenza attraverso la ripartizione dell'intero mercato rilevante con effetti restrittivi di lungo periodo, stante la durata dodecennale della concessione.

Dunque, da un lato, l'astratta legittimità del raggruppamento (in quanto non vietato né dalla legge né dal bando di gara) non ne esclude la illiceità in concreto, dall'altro, la sola partecipazione ad un'A.T.I. sovrabbondante non è sufficiente per configurare una intesa anticoncorrenziale. Occorre, infatti, che tale raggruppamento rappresenti la tessera di un mosaico più ampio che ne riveli, complessivamente, la trama illecita. In definitiva, la tipicità di questa peculiare forma partecipativa non è sufficiente per ritenerla lecita qualora la sua portata abusiva (nel senso di abuso del diritto) emerga da ragioni esterne al meccanismo di gara o dalla violazione delle regole estranee alla corretta dinamica concorrenziale del singolo confronto competitivo¹⁹. Il che richiama alla mente la distinzione fra tipo e causa del negozio giuridico: un conto, infatti, è la funzione economico – sociale riconosciuta all'affare dall'ordinamento, altro è la funzione economico – individuale perseguita dalle parti che, sebbene in astratto lecita, può risultare in concreto anticoncorrenziale.

5. Conclusioni

La sentenza in commento aderisce ad una interpretazione sostanzialistica dell'illecito antitrust che, in verità, appare l'unica possibile se si vuole che sia garantita la repressione di tali illeciti considerato che il "diritto punitivo" non può arrestarsi di fronte al formalismo. Una interpretazione secondo la quale le condotte lesive della concorrenza ben possono essere compiute attraverso un abuso di facoltà e diritti riconosciuti dall'ordinamento perché la liceità in astratto di una figura negoziale, come l'A.T.I. sovradimensionata, non esclude che essa possa essere usata abusivamente qualora abbia in concreto una causa illecita.

Ed è per questo che l'Antitrust è chiamata ad indagare sulla c.d. *causa in*

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

*concreto*²⁰ del raggruppamento, posto che il contratto non presenta mai una causa unica – contrariamente a quanto accade per il *tipo* contrattuale – ma può avere tante cause (concrete) a seconda delle ragioni individuali per le quali è stato stipulato, a seconda cioè degli interessi individuali che attraverso quel contratto vengono perseguiti. Quindi un’A.T.I. sovradimensionata, non essendo funzionale all’ampliamento della platea dei competitori, non può che essere oggetto di una accurata indagine in punto di fatto che tenga conto delle connotazioni del mercato interessato e delle altre circostanze che dimostrino, in senso gravemente indiziante, la finalità anticoncorrenziale dell’accordo.

Se in concreto il test di abusività del raggruppamento sarà condotto con il rigore suggerito nella sentenza in esame, da un lato, l’istituto dell’A.T.I. non ne soffrirà, dall’altro, sarà ridotto il rischio di A.T.I. collusive.

²⁰ In tema di causa in concreto, si rinvia, per tutte, a Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490.