

Antitrust e appalti pubblici

Il Consiglio di Stato “reintroduce” la presunzione di anti-concorrenzialità delle ATI

10 novembre 2014

Con una pronuncia pubblicata martedì scorso, 4 novembre, relativa ad un caso di cartello accertato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nel settore della distribuzione gas, il Consiglio di Stato si è pronunciato nuovamente sulla legittimità, nella partecipazione alle gare d’appalto, delle associazioni temporanee di impresa (ATI) “sovradimensionate” o “sovrabbondanti”, invertendo il proprio orientamento in materia.

L’AGCM in passato ha sempre mostrato un certo sospetto nei confronti delle ATI considerate sovrabbondanti o non necessarie, intendendosi per tali quelle che riunivano imprese che avrebbero potuto soddisfare individualmente i requisiti di capacità economico-finanziaria e/o tecnica per la partecipazione ad una gara. Infatti, secondo l’AGCM, in questi casi avrebbe quanto-

meno dovuto operare una presunzione che l’ATI fosse funzionale a limitare la concorrenza in gara, consentendo ai partecipanti la sostanziale eliminazione di potenziali concorrenti, riducendo l’incertezza sull’esito dell’aggiudicazione e, in ultima analisi, consentendo la spartizione delle commesse pubbliche.

Alle imprese sottoposte ad accertamento spettava il compito di superare la presunzione di anti-concorrenzialità dell’ATI, dimostrando la sussistenza di plausibili ragioni industriali, economiche e/o tecniche a giustificazione della scelta di partecipare in ATI invece che individualmente.

Aderendo a tale approccio, nell’agosto 2012 l’AGCM aveva sanzionato le società Linea Distribuzione e 2iGas, gestori uscenti del servizio di distribuzione del gas naturale in 8 comuni del Cremonese, le quali nel partecipare alla gara unica

indetta per l’affidamento del servizio di distribuzione gas in tutta la zona dagli 8 comuni in questione, si erano riunite in ATI pur possedendo individualmente i requisiti di qualificazione. Ritenendo inadeguate le giustificazioni addotte dalle due imprese a sostegno della tesi sulla asserita non remuneratività della gestione del servizio, qualora esso fosse stato gestito individualmente, l’AGCM aveva concluso che l’ATI era funzionale ad evitare la competizione tra i due operatori in questione.

Il TAR Lazio aveva successivamente annullato la decisione dell’AGCM, ritenendo che le evidenze su cui essa era basata fossero insufficienti a dimostrare l’intesa anti-concorrenziale, avuto riguardo peraltro ai profili di rischio e di bassa redditività che connotavano il mercato della distribuzione gas.

Highlights

Con la pronuncia di martedì scorso (sez.VI, n. 5423/2014) il Consiglio di Stato, modificando il suo precedente orientamento fatto proprio anche dal TAR Lazio in primo grado, in base al quale la presunzione in parola non avrebbe potuto operare, essendo invece necessario che le decisioni dell'AGCM in tali ipotesi fossero fondate su evidenze concrete dell'infrazione, ha ribaltato la sentenza del giudice di prime cure, conformandosi all'approccio originario dell'AGCM.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato e legittimo l'accertamento condotto dall'AGCM con la decisione dell'agosto 2012, dal momento che, proprio la circostanza che le due società raggruppate in ATI fossero in precedenza i gestori del medesimo servizio gas nell'ambito territoriale interessato induce a ritenere che esso potesse effettivamente essere gestito in maniera remunerativa e che l'ATI non fosse dunque "necessaria" per la partecipazione alla gara e per l'efficiente gestione del servizio.

Occorrerà adesso verificare in concreto l'impatto che la pronuncia del Consiglio di Stato potrà avere sia sull'approccio dell'AGCM nei casi di cartello sia, eventualmente, anche su quello delle stazioni appaltanti fin dal momento della predisposizione dei bandi di gara.

Ughi e Nunziante – Studio legale