

# ***I BATTELLI DEL RENO***

---

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

([www.ibattellidelreno.uniba.it](http://www.ibattellidelreno.uniba.it) – [www.ibattellidelreno.it](http://www.ibattellidelreno.it))

direzione

**Gianvito Giannelli    Ugo Patroni Griffi    Antonio Felice Uricchio**

Comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele**

Direzione  
Piazza Luigi di Savoia n. 41/a  
70100 – BARI - (Italy)  
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329  
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino  
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:  
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -  
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona  
74121 - TARANTO - (Italy)  
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011  
redazione.ibattellidelreno@uniba.it  
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

## Ugo Patroni Griffi

L'ATI ESUBERANTE \*<sup>1</sup>

1. – Le associazioni temporanee di imprese (meglio note con l'acronimo ATI), al pari di molti istituti del diritto commerciale<sup>2</sup>, trovano origine nella prassi contrattuale come forma di cooperazione tra imprese per il compimento di un singolo affare<sup>3</sup>, ove la costituzione di una stabile organizzazione (consorzio con attività esterna, GEIE, contratto di rete ovvero società), dotata di autonomia patrimoniale e di capacità giuridica, appaia superflua ed eccessivamente onerosa: sia in termini organizzativi che prettamente economici<sup>4</sup>.

L'istituto, e anche qui non è una novità nell'ambito del diritto commerciale, trovava fertile terreno in pressoché tutti i paesi ad economia avanzata (*join-ventures e joint adventures, groupement d'entreprises, groupements d'intérêt économique, association momentanée, agrupación temporal de empresas, Arbeitsgemeinschaften* etc. etc.<sup>5</sup>), e si dimostrava particolarmente utile per la partecipazione in forma aggregata alle procedure di gara (appalti, forniture, concessioni) ad evidenza pubblica.

Anche nel nostro paese il fenomeno emerge dapprima nella prassi, e genera un serrato dibattito nella giurisprudenza pratica e teorica intorno alla natura dell'istituto e alla sua, conseguente, legittimità. Infatti le prime pronunce giurisprudenziali negavano validità alle ATI, considerandole società in nome collettivo irregolari tra società commerciali, e per tale ragione nulle<sup>6</sup>. Solo nel 1963 la Corte di Cassazione legittimava le

---

<sup>1</sup> \* Il presente scritto sarà pubblicato anche negli Scritti in onore di Luigi Carlo Ubertazzi di prossima pubblicazione.

<sup>2</sup> A. TOULEMON, *Evolution des sociétés anonymes en France. Reformes possibles*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1956, 219.

<sup>3</sup> D. BONVICINI, *Associazioni temporanee di imprese*, Enc. giur. Trecc., 1.

<sup>4</sup> A. DE MARTINI, *Associazioni temporanee di imprese per l'esecuzione di opere pubbliche*, Riv. dir. comm., 1971, I, p. 1.

<sup>5</sup> A. DE MARTINI, cit., p. 2 – 3; D. Bonvicini, cit., 2; G. A. Ferretti, *Le "associazioni temporanee di imprese"*, Riv. dir. comm., 1975, I, 351 ss..

<sup>6</sup> Trib. Roma, 9 luglio 1970 e App. Roma, 27 marzo 2073, in G.A. FERRETTI, cit., 373.

ATI, qualificandole come un contratto associativo avente ad oggetto la gestione economica di un determinato affare, caratterizzato dalla sussistenza di un vincolo soltanto interno tra i contraenti, senza patrimonio né impresa: figura ammessa «dal nostro ordinamento giuridico perché compresa nella nozione di contratto innominato data dall'art. 1322 cod. civ., secondo il quale le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto e possono anche concludere contratti che non appartengono a tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela».<sup>7</sup>

Il riconoscimento legislativo dell'istituto, ad iniziare dal 1967<sup>8</sup>, ne implicava la definitiva legittimazione (come è noto quando il legislatore disciplina un istituto di origine consuetudinaria, implicitamente ed inevitabilmente lo legittima). Al riconoscimento della legittimità delle ATI da parte del legislatore nazionale, seguiva quella del legislatore comunitario (Direttiva CEE 26 luglio 1971, n. 305) che portava il legislatore italiano ad ammettere definitivamente la possibilità di presentazione di offerte per la partecipazione agli appalti di opere pubbliche da parte di associazioni temporanee di imprese. Previsione che è stata confermata dalla successiva disciplina in materia di gare ad evidenza pubblica in materia di appalti, forniture e concessioni, su cui si avrà a breve modi di ritornare<sup>9</sup>.

2. – Se dunque, almeno dal finire degli anni '60 del secolo scorso, la legittimità del contratto di associazione in partecipazione non appare più dubbia, ancora oggi appare non del tutto spento il dibattito sulla natura stessa di tale istituto. Infatti, se la carenza di soggettività giuridica ed autonomia patrimoniale consente di facilmente distinguere l'ATI dai contratti associativi tipici (consorzio, associazione in partecipazione, GEIE, società etc.)<sup>10</sup>, è ancora oggetto di dibattito la natura del vincolo tra le imprese partecipanti. La posizione più equilibrata, e condivisibile, al riguardo appare quella secondo cui l'ATI rappresenta un «fenomeno di integrazione»<sup>11</sup>, orizzontale o verticale, tra imprese che sul piano dei rapporti tra gli associati si esaurisce in un contratto associativo atipico «sostanzialmente ricalcato sul mandato e sul vincolo delle imprese riunite»<sup>12</sup>, ma da cui si

<sup>7</sup> Cass. 16 febbraio 1963, n. 342, *Foro it.*, 1973, I, 1990. Conf. Cass. 24 febbraio 1975, n. 681, in *Foro it.*, I, 1700.

<sup>8</sup> Art. 18, l. 21 luglio 1967, n. 613 in materia di concessioni per la ricerca e coltivazione di idrocarburi.

<sup>9</sup> È stato di recente ricordato che solo negli anni 70' sono comparsi i primi modelli di <<cooperazione interaziendale reticolare>> (CERRATO, *Il contratto di rete*, Relazione al XXIX Convegno di Fondazione Courmayeur a CNPDS «I modelli di impresa societaria fra tradizione e innovazione nel contesto europeo», 18-19 settembre 2015). Infatti in tale periodo il legislatore giuridicizzava (P. MONTALENTI, *Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, *Giur. comm.*, 2016, 420) diverse forme di cooperazione di imprese, tra cui le associazioni temporanee di imprese.

<sup>10</sup> In argomento v. G. A. FERRETTI, cit., 379 ss..

<sup>11</sup> D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983, 50.

<sup>12</sup> D. BONVICINI, cit., 7.

può tranquillamente passare a forme più evolute (societarie, consortili etc. etc.)<sup>13</sup>. Cosa che puntualmente avviene ove l'affare sia particolarmente complesso o di lunga durata. In tali casi le imprese costituite in ATI, a seguito dell'aggiudicazione della gara (appalto o concessione), costituiscono un consorzio con attività esterna ovvero una società commerciale o consortile per l'esecuzione dei lavori o del servizio.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica la Associazione Temporanea di Imprese (anche denominata Raggruppamento Temporaneo di Imprese<sup>14</sup>) si colloca, dunque, come istituto giuridico <<della contrattualistica pubblica e rappresenta una formula negoziale che consente un sistema di aggregazione, tra operatori economici, caratterizzato da occasionalità, temporaneità e limitatezza, finalizzato alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici>><sup>15</sup>.

La stratificata giurisprudenza in materia ha così enucleato le caratteristiche principali del predetto istituto:

- a.- non costituisce un'impresa in senso tecnico e giuridico, ma solamente uno strumento messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese di presentare un'offerta unitaria in procedure ad evidenza pubblica, alle quali non avrebbero altrimenti potuto partecipare per mancanza di requisiti tecnici e finanziari o per eccessivo rischio<sup>16</sup>;
- b.- non possiede soggettività giuridica unitaria. Ciascuna impresa associata si presenta munita della propria esperienza, dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari, delle proprie metodologie applicative e di condizioni personali di affidabilità<sup>17</sup>;
- c.- può avere struttura orizzontale o verticale, a seconda che le imprese riunite assumano una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante<sup>18</sup>, ovvero solo l'impresa capogruppo sia responsabile dell'intera opera, mentre le altre imprese siano responsabili solo delle parti dell'opera di propria competenza<sup>19</sup>.

3. – Sotto il profilo dell'analisi economica del diritto la generalizzata partecipazione in ATI alle gare pubbliche trova giustificazione nella possibilità di consentire «anche ad imprese di piccole dimensioni attraverso l'unione delle forze rispettive, la partecipazione alle pubbliche aste da cui altrimenti sarebbero tagliate fuori,

---

<sup>13</sup> D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, in AA.VV., *Atti del convegno sui profili giuridici e prospettive della normativa degli appalti pubblici*, Salerno, 1979, 17.

<sup>14</sup> Denominazione introdotta con l. 8 agosto 1977, n. 584.

<sup>15</sup> R. PERINU, *Il raggruppamento temporaneo di imprese*, 2015, in [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it)

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 1996, n. 918.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801. Al riguardo statuisce espressamente l'art. 95, comma 7, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che «il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione delle imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali».

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1999, n. 1805; Cons. giust. amm. 13 ottobre 1998, n. 618, e 16 settembre 1998, n. 477.

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1999, n. 1805; Cons. giust. amm. 13 ottobre 1998, n. 618, e 16 settembre 1998, n. 477.

con una duplice utilità, per il mercato, reso più efficiente dal maggiore stimolo concorrenziale, e per la stessa Pubblica amministrazione, favorita dal potenziale incremento della platea degli offerenti<sup>20</sup>. In ciò, come non si è mancato di osservare, l'ammissibilità dell'ATI concorre ad «impedire fenomeni di oligopolio o monopolio a favore di grandi complessi industriali»<sup>21</sup>. Le Ati, dunque, nascono come «strumento di contrasto alle situazioni di monopolio delle grandi imprese, nell'attuazione dei principi di libera concorrenza»<sup>22</sup> presidiati dal Trattato di Roma<sup>23</sup>.

Conseguentemente non sorprende la presunzione di una finalità pro-competitiva delle ATI da parte della disciplina in materia di appalti pubblici<sup>24</sup>. Tale presunzione trova ulteriore linfa nella innegabile considerazione che l'ATI consente «un sensibile incremento di efficienza» alla pubblica amministrazione, infatti l'indubbia facilitazione di dover «agire con un solo interlocutore» importa *tanto* un risparmio «in termini di costi di transazione», *quanto* un incremento della garanzia della corretta esecuzione delle obbligazioni assunte dall'appaltatore in virtù «della garanzia che proviene dalla maggiore affidabilità dell'A.T.I. rispetto alle singole imprese ad essa partecipanti, quanto a solidità finanziaria, capacità tecnico-produttive ed orizzonti operativi»<sup>25</sup>.

A tale fideistico approccio nelle proprietà pro-concorrenziali delle ATI, si opponeva sin dal 2003 la Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) che in un controverso parere ammoniva «che il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione».

Perciò, tenuto conto della *ratio* anti-monopolistica e pro-concorrenziale delle ATI, appariva legittimo alla AGCM che le stazioni appaltanti, e in particolare le centrali di committenza, «pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI

---

<sup>20</sup> Tar Lazio, 21 marzo 1983, *Temi rom.*, 1983, IV, 1017; conf. Tar Lazio, 4 luglio 1983, n. 557, *TAR*, 1983, I, 2376. Delib. n. 64 del 18 luglio 2009 AVCP. R. PERINU, *Il raggruppamento temporaneo di imprese*, cit..

<sup>21</sup> G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese*, Milano, 1998, 41. In giurisprudenza Cons. stato, 24 novembre 1992, n. 1387, *Foro amm.*, 1992, 2622; Cons. Stato, sez V, 15 giugno 2001, n. 3188; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1682; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294; Cass. Civ., 2 marzo 1996, n. 1650.

<sup>22</sup> T. FIORELLA, *ATI e disciplina antitrust*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 833. Corte Giustizia CE, 2 dicembre 1999, causa C-176-98.

<sup>23</sup> V. anche il recentissimo Cons. stato, sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560 secondo cui che il raggruppamento 'sovraabbondante' «non è vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del *favor* del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione».

<sup>24</sup> T. FIORELLA, *ibidem*.

<sup>25</sup> F. BERTINI, *Brevi note in tema di associazioni temporanee di imprese: pratica lecita o intesa vietata?*, in *Giur. merito*, 2008, 1721.

da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi. Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" - potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando. Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto>>.

Insomma, secondo la AGSM, l'ATI cosiddetta 'esuberante' o 'sovrrabbondante' in cui le imprese raggruppate avrebbero ben potuto partecipare individualmente alla procedura ad evidenza pubblica, avrebbe di per sé un effetto distorsivo sulla concorrenza eppertanto andrebbe espressamente vietata da una apposita clausola della *lex specialis* dell'appalto. Clausola che renderebbe legittima l'esclusione dell'ATI esuberante dalla gara.

Si aggiunga che la previsione di una siffatta clausola di esclusione era espressamente consentita, per le gare aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi pubblici locali, dall'art. 4, co. 11, lett. d) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. in l. 148/2011), che - al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati - consentiva alla *lex specialis* di prevedere l'esclusione <<di forme di aggregazione o collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi sulla concorrenza sulla base di una oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento>>. Tale legge però veniva poi, dopo un assai breve periodo di vigenza, dichiarata incostituzionale<sup>26</sup>.

4. - Dal punto di vista del diritto della concorrenza l'ATI 'sovrrabbondante', nella prospettiva delineate dall'AGSM, rientra tra i cosiddetti illeciti concorrenziali di 'bid rigging'<sup>27</sup>. Termine con cui viene indicato <<il fenomeno di distorsione del meccanismo di selezione in una gara d'appalto, posto in essere dalle imprese partecipanti attraverso il coordinamento delle modalità di partecipazione delle stesse alla gara. Tale coordinamento è volto all'eliminazione dell'incertezza circa il comportamento del

<sup>26</sup> Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 138.

<sup>27</sup> M. D'ERRICO, *Il fenomeno del c.d. "bid rigging" e delle ATI "sovrrabbondanti"*, in *Dir. ind.*, 2017, 20 ss..

concorrente nella gara. Per mezzo dell'intesa le imprese definiscono l'esito della gara a proprio vantaggio eliminando di fatto il confronto concorrenziale<sup>28</sup>.

Al contrasto fenomeno del bid rigging sono dedicate specifiche linee guida dell'OECD. L'OECD avverte che le intese sul 'bid rigging' possono assumere molteplici forme, ma lo scopo è sempre lo stesso: impedire alla stazione appaltante di ottenere beni o servizi al miglior prezzo possibile.

Le forme più comuni di bid rigging sono: cover bidding (offerte di comodo), bid suppression (mancata partecipazione alla gara), bid rotation e market allocation (spartizione dei lotti).

I comportamenti collusivi volti ad alterare l'esito delle gare ad evidenza pubblica, come non si è mancato di rilevare, hanno un effetto plurioffensivo sul dispiegamento del gioco concorrenziale e sul benessere collettivo, in quanto: a) danneggiano <<l'interesse delle stazioni appaltanti ad ottenere una prestazione di beni e servizi conforme – in termini di spesa e di livello qualitativo – alle proprie esigenze>><sup>29</sup>; b) ledono <<gli interessi generali al dispiegarsi di una effettiva concorrenza tra le imprese partecipanti alla gara, nonché alla trasparenza ed al corretto svolgimento della stessa asta>><sup>30</sup>; c) causano <<una spesa aggiuntiva a carico dei contribuenti, per via dell'artificiale aumento dei costi dei servizi e dei beni offerti dalla Pubblica Amministrazione>><sup>31</sup>.

5. – Il parere dell'AGSM non lasciava indifferente la giurisprudenza amministrativa. Infatti il supremo consesso amministrativo mostrava di condividere con l'AGSM la preoccupazione che attraverso l'istituto dell'ATI si potesse falsare il giuoco concorrenziale.

Nelle prime pronunce in argomento, tuttavia, il Consiglio di Stato osservava che <<in mancanza di elementi concreti che indichino l'alterazione della concorrenza nella procedura controversa, la mera presentazione dell'offerta, peraltro consentita dall'ordinamento, da parte di un'a.t.i. costituita da imprese già qualificate impedisce di presumere un'alterazione della regolarità della competizione quale effetto sicuro ed immediato del raggruppamento di società singolarmente invitate alla gara ed impone, anzi, di presumere il contrario: e cioè che tale opzione di sinergia strategica tra soggetti capaci di concorrere singolarmente, siccome coerente con la ratio dell'istituto dell'a.t.i. e prevedibile da parte delle altre partecipanti, si rivela priva della paventata potenzialità asseritane>><sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> M. D'ERRICO, *Il fenomeno del c.d. "bid rigging" e delle ATI "sovrabbondanti"*, *ibidem*.

<sup>29</sup> M. MAGGIOLINO, *L'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2003, 4.

<sup>30</sup> M. MAGGIOLINO, *ibidem*.

<sup>31</sup> M. MAGGIOLINO, *ibidem*.

<sup>32</sup> Cons. Stato, sez. V, 18/09/2003, n. 5309.



Tale iniziale presunzione di concorrenzialità della partecipazione in raggruppamento alla gara veniva, poi, attenuata. E così veniva precisato dal Giudice amministrativo che le imprese hanno l'onere di scegliere tra la partecipazione in forma individuale alla gara sin dal principio della procedura, onde consentire alla stazione appaltante ed ai concorrenti di avere contezza della platea dei competitori e, soprattutto, del ventaglio numerico delle offerte. Infatti <<l'ammissione indiscriminata dell'accorpamento dei soggetti prequalificatisi finirebbe per vulnerare in modo non prevedibile l'interesse della stazione appaltante ad avere una platea variegata di imprese che si facciano realmente concorrenza e ad evitare conseguentemente accordi a valle che possono rarefare il numero dei concorrenti o, al limite, comportare una *reductio ad unitatem* delle offerte per effetto della realizzazione di un raggruppamento comprensivo di tutti i soggetti prequalificatisi>>. Si appaleserebbe in tal caso <<per un verso, un sostanziale snaturamento dello strumento dell'associazione temporanea, che da istituto pro-competitivo volto ad ampliare le chance di partecipazione in capo ad imprese non dotate dei requisiti individuali per la partecipazione, assurge a fattore anticompetitivo capace di strangolare o evitare la concorrenza favorendo intese tra soggetti tenuti a competere per il fatto di avere manifestato la volontà di partecipare separatamente alla procedura (...); così come viene a nudo una vulnerazione della *ratio* che anima il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese sostanzialmente collegate, ostante alla possibilità che imprese prequalificatisi *singulatim* possano anche solo tentare un accordo per costituire un raggruppamento, così scambiandosi le relative informazioni sulle future offerte, per poi decidere di mantenere la propria domanda individuale in caso di sbocco non fruttuoso dell'approccio negoziale>><sup>33</sup>.

Di qui a condividere la possibilità di un utilizzo anticoncorrenziale dell'ATI il passo era, evidentemente, breve. E infatti il Consiglio di Stato giungeva ad affermare che <<la circostanza che ATI e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto *antitrust*, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative>><sup>34</sup>.

Tale approdo interpretativo non va disgiunto dalla nozione di mercato rilevante relativamente alle gare ad evidenza pubblica<sup>35</sup>. E così mentre l'Autorità garante della concorrenza, spesso, assiomaticamente fa coincidere il mercato rilevante alla gara; la giurisprudenza amministrativa dopo aver premesso che <<anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a "mercato rilevante", ove in esso abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata>>, e che pertanto <<le gare di appalti pubblici possono costituire, avuto riguardo alle circostanze

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1267.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2009, n. 1796, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 829; Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047.

<sup>35</sup> M. MAGGIOLINO, *L'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza*, cit..

del caso concreto, un mercato a sé stante>>, ha cura di precisare che <<la definizione di mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto>> e <<in particolare la questione della possibilità di identificare il mercato rilevante anche con una singola gara bandita dalla p.a. (...) non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara>>, e in ogni caso, ai fini della violazione della disciplina antitrust, <<l'intesa restrittiva deve riguardare l'intero mercato nazionale, o una sua "parte rilevante">><sup>36</sup>. In questa prospettiva sono state correttamente qualificate come rilevanti ai fini della concorrenza le intese restrittive poste in essere per la partecipazione alle gare bandite dalle centrali di committenza pubbliche (es. Consip)

6. – Appare dunque consolidato dalla giurisprudenza amministrativa il principio secondo cui il sovradimensionamento dell'ATI di per sé non costituisce un illecito. Ne consegue che l'ATI sovrabbondante non integra una intesa avente un oggetto illecito ai sensi della normativa interna e europea (art. 2, co. 2, l. 287/1990 e art. 101 TFUE)<sup>37</sup>. Per contro il sovradimensionamento, sebbene di per sé non illecito, potrebbe inserirsi in un <<contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'ATI, in sé lecito>><sup>38</sup>. Pertanto <<ai fini della verifica di una condotta anticoncorrenziale, è necessario, da un lato, che venga in rilievo non una isolata condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti rilevatori, anche, in tesi, in sé legittimi dei quali si faccia tuttavia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti i relativi poteri e che si deve concretizzare nella restrizione della concorrenza per la partecipazione alla gara. Inoltre, è necessario che di tali comportamenti si faccia una disamina puntuale e concreta che sia in grado di connotare con tratto di concretezza e di incisività la condotta anticoncorrenziale del raggruppamento nel caso di specie>><sup>39</sup>. Infatti un apodittico divieto da parte della *lex specialis* dell'Ati "sovrabbondante" non <<sarebbe legittimamente possibile, stante

<sup>36</sup> Cons. Stato, sez VI, 25 marzo 2009, n. 1796, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 829 ss. Conf. Cons. stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 548; Cons. stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

<sup>37</sup> Contra Tar Lazio, sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931, in *Pluris* 2015, con nota di G. MARINO, *Intese volte alla spartizione degli appalti: il danno è in re ipsa*. Si veda al riguardo anche la recente decisione della Corte EFTA 22 dicembre 2016, case E-3/16, *Ski Taxi et al./ Governo della Norvegia*, secondo cui perché una ATI (joint bidding) possa essere ricompresa nelle intese il cui oggetto è la restrizione della concorrenza <<regard must be had to the substance of the cooperation, its objectives and economic and legal context of which it forms part>>.

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez VI, 25 marzo 2009, n. 1796, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 832. Più recentemente Cons. Stato 4 novembre 2014, n. 5423; Cons Stato, sez. VI, 30 giugno 2016,, n. 2947; Cons. Stato, sez VI, 11 luglio 2016, n. 3047 ove il Supremo Consesso ha ritenuto anticoncorrenziale una ATI la cui causa concreta consisteva nella ripartizione in modo sistematico dei volumi oggetto di gare bandite e da bandire, con l'obiettivo di eliminare ogni forma di concorrenza.

<sup>39</sup> Tar Roma 9 novembre 2016, n. 11092; Tar Roma 26 aprile 2016, n. 4741.

l'evidente favor del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti>>, con il corollario che una siffatta clausola – soprattutto <<se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese>><sup>40</sup> - non potrebbe avere carattere immediatamente escludente e la relativa applicazione <<per essere reputata legittima, non può mai prescindere dal concreto accertamento dell'effetto anticoncorrenziale che quella e solo quella ATI sovrabbondante possa produrre in quella e quella singola procedura di gara>><sup>41</sup>.

Le considerazioni della magistratura amministrativa hanno portato anche l'AGCM a modificare il proprio iniziale orientamento. E quindi a limitare il divieto di ATI sovrabbondante ai soli <<casi in cui entrambe le società siano in possesso, da sole, dei requisiti di partecipazione alla gara. In particolari circostanze in cui una società non sia in grado di partecipare alla gara per assenza dei requisiti dimensionali, invece, l'associazione con l'impresa di grandi dimensioni in possesso dei requisiti di ammissione alla gara può essere pro-competitiva perché favorisce la crescita e l'acquisizione di "know-how" da parte delle piccole imprese garantendo allo stesso modo, alle società di maggiori dimensioni la possibilità di partecipare a gare usufruendo della collaborazione delle piccole imprese presenti sul territorio>><sup>42</sup>. In particolare l'ATI non <<sarebbe lesiva della concorrenza laddove l'unica possibilità di partecipare alla gara da parte dell'impresa di minori dimensioni fosse l'associazione con una impresa in grado di partecipare da sola alla gara>><sup>43</sup>.

In ogni caso sono da ritenersi illegittime le eventuali clausole di esclusione automatica delle ATI sovrabbondanti da una gara. A tali conclusioni l'AGCM è giunta sotto la pressione della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>44</sup> che ha ritenuto illegittime le clausole di esclusione automatica non espressamente previste dalle direttive in materia di appalti. Insomma la *lex specialis* dell'appalto deve sempre consentire <<alle imprese di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi>> in ATI, esponendo ad esempio il piano di *business* che evidenzia l'opportunità del raggruppamento <<alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte>><sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Cons. Stato, sez III, 11 giugno 2012, n. 3402, che aggiunge: <<insomma, elidere senz'altro la possibilità di ATI "sovrabbondante", in assenza di motivate ragioni direttamente incidenti sulle esigenze concorrenziali della gara, soprattutto in gare (...) complesse ed articolate, potrebbe anche comprimere in modo eccessivo facoltà dell'imprenditore per ragioni non basate sull'art. 41 Cost. ed anche non consentire quelle virtuose aggregazioni commisurate a tali esigenze reali>>

<sup>41</sup> Cons. stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842.

<sup>42</sup> AGCM parere 17 settembre 2012, n. as987; Parere As754.

<sup>43</sup> AGCM parere 17 settembre 2012, n. as987, sub nt. 9 in cui si richiama anche Cons. stato, 19 giugno 2009, n. 4145.

<sup>44</sup> Corte Giustizia, 19 maggio 2009, causa C-538/07 Assitur Srl/CCIAA Milano.

<sup>45</sup> AGCM parere 17 settembre 2012, n. as987; parere 12 gennaio 2016, n. As1247 ove l'Autorità ha ritenuto giustificata tale clausola ove la gara interessi un <<mercato caratterizzato da una

Sul punto interveniva anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp, le cui funzioni sono state poi trasferite all'Anac<sup>46</sup>), la quale giudicava ammissibile <<l'inserimento di una clausola di esclusione ad hoc qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico, quali la complessità del servizio e/o l'accesso del mercato di riferimento, fermo restando che l'esclusione non potrà mai essere automatica. Deve, infatti, essere assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione>>, volta a corroborare la <<tesi delle imprese associate quali, ad esempio, il piano di business che evidenzia l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione)>><sup>47</sup>.

Diversamente l'AGCM ritiene tuttora illegittima in quanto distorsiva della concorrenza - nonché dichiaratamente in contrasto con il principio stesso della legislazione che consente l'ATI quale mezzo per ampliare la possibilità di partecipazione alla gara - la clausola del bando di gara che limiti la possibilità del raggruppamento alle sole imprese che soddisfino tutti i requisiti tecnico-economici previsti dalla *lex specialis*<sup>48</sup>. Insomma, mentre è lecita l'ATI sovrabbondante (alle condizioni di cui si è detto) è assolutamente vietata la previsione nel bando di gara di una clausola che, addirittura, imponga il raggruppamento 'esuberante' (vale a dire composto dalle sole imprese che avrebbero potuto partecipare individualmente ed autonomamente).

---

struttura oligopolistica, con elevato grado di concentrazione e nel quale si sono già verificati episodi di collusione>>.

<sup>46</sup> L'ANAC faceva dunque proprio l'orientamento già espresso da AVCP, v. Comunicazione 23 dicembre 2014, che già aveva ritenuto legittimo l'inserimento nei bandi di gara di clausole escludenti le ATI 'sovrabbondanti' solo ove la clausola: <<1) espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento; 2) preveda che l'esclusione del RTI non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento; 3) disponga che la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni - in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto - che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante>>. G. G.A. DATO, *Ati 'sovrabbondante', profili anticoncorrenziali e tassatività delle cause di esclusione dalle gare*, in *Enti Locali&Pa*, quotidianoentilocali.ilsole24ore.com, 2015.

<sup>47</sup> AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, confermata da Comunicato Presidente ANAC 3 settembre 2014. P. GIANFORTE, *Raggruppamenti temporanei di impresa "sovrabbondanti": migliore forma organizzativa o strumento di distorsione del mercato?*, in *diritto24.ilsole24ore.com*, G. G.A. Dat.

<sup>48</sup> AGCM parere 18 marzo 2010, AS672.

7. – La concorrenza per il mercato e le ATI. Negli anni 2000 il legislatore italiano si è iniziato ad interessare delle imprese pubbliche. L'intervento pubblico nell'economia era infatti cresciuto a dismisura tra gli anni '80 e '90 dando luogo ad una pluralità di imprese a partecipazione pubblica, titolari di affidamenti *in house*, controllate dagli enti pubblici territoriali. Tali imprese spesso erano sottocapitalizzate o, comunque, esponevano conti economici sistematicamente in perdita. Ancora prima di affrontare il tema della *governance* di tali imprese (poi oggetto di numerosi tentativi di riforma, e da ultimo regolato dal TU Madia sulle società a partecipazione pubblica, dlgs 175/2016) il legislatore focalizzava la propria attenzione sull'inefficienza di una gestione, soprattutto per quanto riguarda i servizi pubblici cosiddetti 'a rete', non solo estremamente parcellizzata ma anche sottratta a qualsivoglia confronto concorrenziale, dacché il monopolio legale traeva origine da affidamenti, come si è detto, diretti (*in house*) da parte degli enti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria.

Lo strumento per il recupero di condizioni di efficienza allocativa, di efficienza delle stesse imprese coinvolta e di opportunità redistributive veniva individuato nella definizione di ambiti territoriali ottimali ove esercitare il servizio pubblico, da mettere a gara (cosiddetta concorrenza per il mercato).

Tale strategia è stata seguita per pressoché tutti i servizi di distribuzione di 'utilities': acqua, elettricità e gas. Nonché per alcuni ulteriori servizi a rete (quali, ad esempio, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti).

8. – Il settore della distribuzione del gas. In particolare per quanto riguarda il settore della distribuzione del gas il legislatore<sup>49</sup> prevede che il predetto servizio pubblico sia affidato mediante gara, per un periodo di 12 anni, al migliore offerente (offerta economicamente più vantaggiosa). Nella valutazione dell'offerta (si veda il DM 11 febbraio 2011, n. 226, cosiddetto 'regolamento criteri') oltre agli aspetti economici (e quindi l'offerta di sconti rispetto alle tariffe determinate dall'Autorità di vigilanza del settore), assume particolare rilevanza il piano di sviluppo dell'ambito, in cui dovranno essere esposti da parte delle imprese partecipanti i programmati investimenti in efficienza energetica.

Inoltre il legislatore prevede che le gare si svolgano non più, come in precedenza, a livello comunale bensì per ambiti sovra-comunali (ATEM, Ambiti Territoriali Minimi). L'ATEM dovrebbe consentire una gestione più efficiente del servizio. Infatti l'ampliamento territoriale permette alle imprese di distribuzione di sfruttare le possibili economie di scala.

Tuttavia la concorrenza per il mercato<sup>50</sup>, rappresentato dagli ATEM messi a gara, avrà un inevitabile effetto sull'attuale economia del settore. Infatti gli ATEM sono solo

---

<sup>49</sup> Dlgs n. 164/2000, (cosiddetto decreto Letta).

<sup>50</sup> L'unica «forma di concorrenza possibile è quella relativa alla partecipazione alle gare d'ambito per l'affidamento delle concessioni venute a scadenza (cd. concorrenza per il mercato)», cfr.

177 mentre le imprese operanti nel settore erano, nel 2014, ben 224. È allora da attendersi che lo svolgimento delle gare condurrà ad una notevole riduzione degli operatori. Riduzione che potrà ricollegarsi tanto a processi di concentrazione pre e post gara, quanto all'uscita – all'esito della gara – di talune imprese dal mercato. Infatti molti degli attuali operatori, per ragioni strutturali ed economiche, non saranno prevedibilmente in grado di predisporre offerte competitive o, addirittura, di recuperare le risorse finanziarie per superare la principale barriera posta dal legislatore: l'obbligo per l'aggiudicatario di rifondere ai gestori uscenti (in molti casi in un ATEM operano, attualmente, una pluralità di gestori) il valore industriale residuo sui cespiti non ammortizzati.

Il mercato della distribuzione del gas in Italia mostra inoltre alcune peculiarità che sicuramente rileveranno in sede di espletamento delle gare.

La prima peculiarità è che gli operatori del settore, oggi, sono tanto imprese di dimensione nazionale o addirittura sovranazionale, spesso quotate in mercati regolamentati, quanto imprese di dimensioni regionali o sovraregionali, quanto infine e in maggioranza, imprese di dimensioni infra-regionali se non provinciali o comunali.

La seconda peculiarità è che il mercato non è giudicato appetibile né da imprese estere che non siano già titolari di concessioni (negli ultimi anni hanno abbandonato il mercato italiano Gaz de France, E.ON e – da ultimo - Gas Natural, i cui *assets* sono stati tutti acquistati da F2i); né dai fondi di investimento infrastrutturali stranieri, che giudicano il settore non sufficientemente redditizio e peraltro sono reticenti a investire in Italia data l'immanente non affidabilità del contesto italiano, da ricollegarsi anche alla perdurante incertezza politica.

Nella prospettiva dell'AGCM, secondo una impostazione poi confermata dalla giustizia amministrativa, la scelta del legislatore di introdurre un confronto concorrenziale per l'affidamento del servizio attraverso lo schema della concorrenza per il mercato fa sì che ogni ambito territoriale messo a gara debba essere considerato 'mercato rilevante': infatti tali servizi sono svolti <<in monopolio legale e l'unica forma di concorrenza possibile è quella relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni venute a scadenza>><sup>51</sup>.

9. – Le ATI e la concorrenza per il mercato. La partecipazione in ATI alle gare per la gestione di servizi di interesse generale in ambiti territoriali ottimali appare in grado di consentire alle imprese associate di superare le barriere all'ingresso in tali mercati.

---

AGCM, Istruttoria sull'acquisizione da parte di 2I Rete Gas s.p.a. della società Nedgia s.p.a., 15 novembre 2017.

<sup>51</sup> AGCM provvedimento 17 aprile 2013; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334. Ma già AGCM provvedimento n. 23794 del 2 agosto 2012.

Nel *market test* effettuato da AGCM per il settore della distribuzione del gas<sup>52</sup> è emerso che la partecipazione in ATI è un elemento indubbiamente in grado di aumentare i potenziali concorrenti alle gare. L'ATI potrebbe al tal fine essere costituita da: a) imprese medio-piccole; b) una o più imprese medio-piccole e un partner locale, eventualmente già operante nell'ambito (incumbent) o in ambiti limitrofi; c) una o più imprese medio piccole, anche già operanti nell'ambito (incumbent) o in ambiti limitrofi, e un grande operatore nazionale o straniero.

C'è da chiedersi se, date queste premesse, a tali settori di mercato possa estendersi il dibattito sulla ammissibilità o meno alla gara delle ATI sovrabbondanti.

Ai fini di tale dibattito non è irrilevante la nozione di mercato rilevante che, si è detto, l'AGCM fa coincidere con ciascun ambito territoriale oggetto di gara.

Ne deriva che ai fini dell'applicazione della normativa repressiva degli illeciti concorrenziali assumerà rilevanza tanto la presenza delle imprese coinvolte nell'ambito messo a gara, quanto il potere di mercato<sup>53</sup> di ciascuna nel predetto ambito.

La casistica sul punto è, per il momento, assai limitata. E l'unico precedente in materia è abbastanza fuorviante. Infatti l'ATI conclusa per la partecipazione ad una gara per la gestione del servizio di distribuzione del gas nella provincia di Cremona era giudicata illecita non già per essere la medesima 'sovrabbondante', ma in quanto – come accertato dalla AGCM e confermato dal Consiglio di Stato – emergevano <<indizi gravi, precisi e concordanti tali da rendere palese l'esistenza di una consistente intesa anticoncorrenziale, preordinata a produrre effetti non occasionali mediante la ripartizione del mercato, effetti destinati a durare per tutto il periodo (dodici anni) dell'affidamento derivante dall'aggiudicazione>>. Infatti l'AGCM dimostrava non solo la sussistenza di una <<strategia di alleanze, non belligeranza e sinergia territoriale posta in essere dalle società esaminate>>, ma anche che la finalità ultima dell'associazione non era quella di una gestione unitaria del servizio nell'ambito messo a gara, quanto – e

---

<sup>52</sup> AGCM provvedimento 17 aprile 2013.

<sup>53</sup> La percentuale dei Punti di Riconsegna (PDR) sul totale dell'Atem, precisa AGCM nel provvedimento del 17 aprile 2013, tuttavia non deve però essere intesa come «equivalente ad una quota di mercato» ma solo come «indicatore» della «presenza pregressa nell'Atem». Ultimamente (AGCM, Istruttoria sull'acquisizione da parte di 2I Rete Gas s.p.a. della società Nedgia s.p.a., 15 novembre 2017) l'AGCM ha ricordato che dalle istruttorie condotte è emerso come la maggioranza degli operatori consideri l'essere presente in un Atem un vantaggio capace di condizionare le strategie delle imprese nella partecipazione alle gare «sia positivo (inducendole a concentrarsi sulle gare d'Atem nelle quali sono già presenti) sia in negativo (inducendole a ritenere scarsamente contendibili gli atem nei quali è presente un forte gestore uscente e, quindi, a non prevedere la partecipazione alle relative gare)». La presenza infatti genera una barriera finanziaria rappresentata dall'obbligo per il vincitore della gara di rimborsare il valore residuo degli investimenti. Pertanto «lo sforzo finanziario richiesto all'operatore vincitore della gara ovviamente si riduce all'aumentare dei PDR da questo serviti nell'ATEM», Avverte tuttavia l'AGCM che i PDR non misurano precisamente la barriera all'ingresso, a differenza «del valore del capitale delle reti attualmente gestite nell'Atem misurato a fini regolatori (CIN)».

contrariamente a quanto consentito dalla legislazione di settore<sup>54</sup> – assicurare ai gestori uscenti il mantenimento del proprio preesistente bacino di azione; circostanza confermata <<dall'atto di costituzione del raggruppamento, stipulato dopo l'aggiudicazione della gara, laddove si prevede espressamente che ognuna delle due società avrebbe continuato a gestire in maniera autonoma il servizio di distribuzione del gas esattamente nei Comuni nei quali aveva in precedenza la concessione>><sup>55</sup>.

L'AGCM, tuttavia, affrontava in un successivo provvedimento<sup>56</sup> l'argomento della liceità di una concentrazione finalizzata alla partecipazione alle gare d'ambito. Giungendo a vietare una siffatta concentrazione in presenza di tre condizioni concorrenti: a) le imprese partecipanti sono tutte già presenti negli ambiti messi a gara; b) ciascuna delle imprese partecipanti, per dimensioni e capacità finanziarie, è in grado di partecipare alla gara e di superare le barriere finanziarie e organizzative previste dalla normativa di settore; c) le imprese partecipanti alla concentrazione avrebbero potuto partecipare alla gara in ATI con altre imprese.

Cercando di trarre le conclusioni si può dire che la partecipazione in ATI alle gare d'ambito ha, normalmente, un effetto pro-competitivo. In quanto permette alle centinaia di imprese a partecipazione pubblica, di piccole o medie dimensioni, che attualmente gestiscono il servizio in ambito comunale o provinciale di partecipare alle gare. Tali imprese, infatti, per le ridotte dimensioni - anche ove fossero titolari di una percentuale elevata di PDR nell'ambito messo a gara - non potrebbero partecipare alla stessa, non disponendo – la circostanza è emersa negli stessi provvedimenti AGCM - delle risorse finanziarie necessarie per riscattare le reti residue dagli altri gestori uscenti. L'unica possibilità è dunque di associarsi con altre imprese già titolari di concessioni nell'ambito messo a gara o in ambiti limitrofi. Con la conseguenza che una ATI tra siffatte imprese non potrebbe mai essere considerata 'sovrabbondante'. Ma data la natura del mercato neppure potrebbe essere giudicata 'sovrabbondante' l'associazione (ovvero anche la concentrazione) tra una piccola o media impresa operante nell'ambito e una impresa nazionale titolare di concessioni nel medesimo ambito o in ambiti limitrofi. Si tratta infatti di un mercato in cui le barriere all'ingresso<sup>57</sup>, come emerge dal *market test*

---

<sup>54</sup> G. MARTINO, *Il Consiglio di Stato sulla nozione di mercato rilevante ed il fenomeno delle A.T.I. "sovrabbondanti"*, in *Dir. mercato, tecnologia*, 2015, 24.

<sup>55</sup> Cons. Stato, sez. VI, sentenza 4 novembre 2014, n. 5423. G. MARTINO, *Il Consiglio di Stato sulla nozione di mercato rilevante ed il fenomeno delle A.T.I. "sovrabbondanti"*, in *Dir. mercato, tecnologia*, 2015, 14 ss..

<sup>56</sup> AGCM provvedimento 17 aprile 2013.

<sup>57</sup> Nel «valutare gli effetti della concentrazione tra le Parti nei mercati delle future gare per le concessioni del servizio di gestione nei diversi ATEM interessati si deve fare riferimento alla pressione competitiva esercitabile dalle imprese che potranno verosimilmente partecipare alle suddette gare. In tali mercati, la variabile più rilevante per valutare la concorrenza attesa in sede di gara e i vincoli competitivi che ne derivano, è individuata dalla presenza pregressa nell'ATEM, cui è legato un vantaggio competitivo sotto il profilo sia finanziario che organizzativo in grado di incidere in misura significativa sull'incentivo a partecipare alla gara e sulla possibilità di presentare



realizzato da AGCM, sussistono solo per le imprese di dimensioni minori. E non già per i grandi operatori nazionali (Italgas, 2I Rete Gas, Hera, Iren, A2A) che hanno risorse tanto umane quanto finanziarie per partecipare alle gare anche in ambiti in cui hanno percentuali minime di PDR e finanche in ambiti in cui non sono presenti.

Diversamente opinando le gare d'ambito genereranno una eccessiva concentrazione del mercato della distribuzione del gas in Italia, dando luogo ad un oligopolio (di una dozzina, al massimo, di imprese) destinato a durare ben oltre la data di scadenza delle nuove concessioni. Con il non trascurabile effetto di distruggere il know how acquisito dalle società a partecipazione pubblica che hanno sin qui esercitato il servizio. Pregiudicando l'interesse dei consumatori<sup>58</sup>.

---

un'offerta competitiva. Secondo quanto già accertato in precedenti decisioni dell'Autorità gli operatori uscenti detengono di una posizione di vantaggio rispetto ad altri eventuali partecipanti alla gara, in particolare quando la presenza degli stessi arriva vicina al 50% dei PDR o raggiunge livelli superiori. La presenza pregressa nell'ATEM aumenta pertanto l'incentivo e la probabilità di partecipazione alla gara da parte dell'impresa e la possibilità di presentare una offerta competitiva. Al contempo, la presenza pregressa in un ATEM di un operatore prevalente costituisce un forte disincentivo per gli altri operatori a partecipare alla procedura di gara relativa all'ATEM medesimo. Ne deriva che la contendibilità attesa è, in tali casi, bassa. Una variabile rilevante ai fini della decisione di partecipare o meno a una determinata gara di ATEM è poi da ricondursi alla presenza pregressa in uno o più degli ATEM limitrofi a quello oggetto di allocazione (tale prossimità non richiede necessariamente che gli ATEM siano tra loro confinanti). Infine, la pressione competitiva nelle gare di ambito dipenderà, oltre che dalla presenza negli stessi ed, eventualmente, in ATEM limitrofi, anche da ulteriori caratteristiche degli ipotetici concorrenti, quali la dimensione (e capacità finanziaria) degli stessi, nonché le stesse strategie di gara», AGCM, Istruttoria sull'acquisizione da parte di 2I Rete Gas s.p.a. della società Nedgia s.p.a., 15 novembre 2017.

<sup>58</sup> Infatti una interpretazione della normativa di settore che rendesse eccessivamente difficoltosa la partecipazione alle gare d'ambito da parte delle imprese *incumbent* di piccola o media dimensione avrebbe un effetto sproporzionatamente restrittivo della concorrenza, e consentirebbe l'accesso alle gare alle sole società di dimensione nazionale o sovranazionale. V. in argomento Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110.