

n. 400/1993 prevede il rinnovo automatico delle concessioni demaniali sessennali a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca *ex* articolo 42 c.d.

L'Autorità ha sottolineato come tali norme fossero suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza, dal momento che né il Codice della navigazione, né il relativo regolamento di attuazione prevedevano per l'assegnazione di concessioni marittime l'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate, né la ragionevole durata delle concessioni demaniali. L'Autorità ha, in particolare, ritenuto che procedure di rinnovo o rilascio della concessione, basate sul criterio della preferenza accordata al precedente titolare, dovessero essere sostituite dalla valutazione dell'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici, nonché dall'idonea pubblicizzazione della procedura in modo da riconoscere alle imprese interessate le stesse opportunità concorrenziali, in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza.

Al riguardo, l'Autorità ha altresì ricordato che il diritto di insistenza può essere considerato compatibile con i principi comunitari di parità di trattamento, uguaglianza e non discriminazione solo nel caso in cui rivesta carattere residuale e sussidiario. Allo stesso modo, la previsione del rinnovo automatico di una concessione demaniale sessennale non stimola gli operatori economici a corrispondere un canone più alto all'amministrazione concedente, né a offrire migliori condizioni di servizio agli utenti; anche in merito alla durata della concessione, infine, l'Autorità ha ribadito la necessità che essa trovi giustificazione sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie.

Per quanto concerne la Regione Friuli Venezia Giulia, l'Autorità ha valutato positivamente l'impianto generale della legge regionale n. 22/2006 e del decreto del Presidente della Regione n. 32/2007 con il quale è stato approvato il Piano di utilizzo del demanio marittimo; tuttavia, ha rilevato che entrambi, oltre a contemplare il ricorso a procedure competitive, prevedevano fra i criteri applicabili "ai fini della determinazione della più proficua utilizzazione della concessione" anche il cosiddetto diritto di insistenza, precisando, tra l'altro, che esso venisse valutato in misura non inferiore al 30% per le concessioni destinate ad enti o associazioni senza finalità di lucro e in misura non inferiore al 10% per le concessioni con finalità turistico ricreativa.

L'Autorità ha sottolineato come l'applicazione di tale percentuale di preferenza attribuisse un valore in termini percentuali al cosiddetto diritto di insistenza, che di fatto veniva reinserito nella fase di valutazione delle offerte, nel procedimento di scelta del contraente e ponderato insieme agli altri criteri, laddove invece sarebbe stato più opportuno prenderlo in considerazione in un momento successivo, nell'ipotesi in cui si fosse venuta a verificare una situazione di completa equivalenza tra distinte offerte.

Infine, l'Autorità ha affermato la necessità che il litorale marittimo venisse qualificato in base alla rilevanza economica dei servizi resi al pubblico attraverso lo sfruttamento economico del bene dato in concessione: in tal modo, diverrebbe ininfluyente la natura giuridica del soggetto che presta il servizio o il fatto che persegua o meno il fine di lucro, essendo rilevante piuttosto l'attitudine a conseguire le remunerazione dei fattori produttivi. Sulla base di ciò, l'Autorità ha auspicato che le osservazioni svolte venissero prese in considerazione dal Parlamento e dal Governo per effettuare una revisione delle previsioni normative esaminate.

## **RISTORAZIONE**

### ***Segnalazione***

#### ***BANDO DI GARA SULL'AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA MEDIANTE BUONI PASTO***

Nell'agosto 2008, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni alla Regione Lombardia e alla società Lombardia Informatica Spa in merito a talune distorsioni della concorrenza derivanti dalla procedura di gara aperta, indetta dalla citata società, avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per un importo massimo contrattuale pari a 30 milioni di EUR.

L'Autorità ha richiamato l'attenzione su una stortura nella formula matematica utilizzata per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica (cui veniva riconosciuto un punteggio massimo di 70/100): infatti, solo una determinata combinazione tra lo sconto offerto dall'amministrazione contraente (SOFF) e la commissione massima applicata agli esercizi convenzionati e/o da convenzionare (COFF) era tale da far

conseguire ai partecipanti il massimo punteggio. L'Autorità ha ritenuto che l'adozione di tale formula fosse suscettibile di azzerare il confronto concorrenziale tra le imprese, che risultavano private di qualunque possibilità di modulare la propria offerta economica, riducendosi questa a una mera riproduzione di valori già previamente individuati da Lombardia Informatica sulla base di una relazione matematica fissa tra il ribasso offerto dalla stazione appaltante e la commissione richiesta agli esercizi convenzionati.

Inoltre, l'offerta tecnica, cui veniva attribuito un punteggio massimo di 30/100, era di fatto rappresentata dalla sola dimensione della rete degli esercizi convenzionati e/o da convenzionare. In proposito, l'Autorità ha osservato che tale struttura della procedura era volta a premiare soltanto il concorrente in grado di offrire il maggior numero di esercizi convenzionati e/o da convenzionare, con ciò favorendo l'operatore più radicato nel territorio regionale e precludendo agli altri operatori del mercato la possibilità di formulare un'offerta seriamente concorrenziale.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ribadito che una corretta procedura di gara dovrebbe consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, muniti dei necessari requisiti tecnici ed economico-finanziari per fornire i servizi richiesti; in tale senso, la stazione appaltante, nel predisporre i bandi di gara, dovrebbe individuare criteri di valutazione delle offerte tali da non permettere di conoscere in anticipo l'entità dell'offerta economica in grado di assicurare il massimo punteggio. Sarebbe, inoltre, opportuno che i requisiti tecnici minimi richiesti non siano tali da escludere, implicitamente o esplicitamente, la possibilità che determinate tipologie di fornitori, potenzialmente in grado di soddisfare l'esigenza di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni, partecipino alla gara. L'Autorità ha auspicato, pertanto, che la Società Lombardia Informatica tenesse conto dei principi concorrenziali nella predisposizione dei bandi con riferimento al settore in esame.

**VARIE*****Segnalazioni******DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA.***

Nel luglio 2008, l'Autorità ha inviato al Parlamento e al Governo alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito al contenuto dell'articolo 23-*bis* del disegno di legge (A.C. 1386) di conversione del decreto legge n. 112/2008, relativo alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

A proposito delle modalità di affidamento di tali servizi, l'Autorità, pur apprezzando il tentativo del legislatore di formulare una disciplina che tenesse conto dell'esperienza operativa accumulatasi in materia, ha evidenziando, tuttavia, come il disegno di legge in questione fosse suscettibile di miglioramento, in vista di una più ampia affermazione dei valori della concorrenza nel settore. In particolare, l'Autorità ha sottolineato che, a fronte della condivisibile affermazione di principio contenuta nel comma 2 dell'articolo, secondo cui il conferimento della gestione “avviene a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuate mediante procedure ad evidenza pubblica”, il successivo comma 3 introduceva alcune deroghe a tale modalità, sia riproducendo le soluzioni del cosiddetta *in house* e del partenariato pubblico-privato, sia non evitando il determinarsi di quelle situazioni di conflitto di interessi in capo agli enti pubblici controllori/azionisti dei gestori di servizi pubblici, già evidenziate dall'Autorità.

L'Autorità ha inoltre rilevato che le disposizioni del comma 4 che prevedevano la sottoposizione di una relazione motivata all'Autorità da parte dell'ente locale affidante secondo modalità *in house*, benché mosse dall'intento di arginare il diffondersi di deroghe ingiustificate, rischiavano tuttavia di non risultare sufficienti a conseguire tale risultato; tale meccanismo di controllo, rappresentava, in ogni caso, l'unico limite a interpretazioni troppo estensive in ordine alla derogabilità.

In merito al comma 5 e, in particolare, al servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di chiarire che non veniva imposta con la nuova normativa la proprietà pubblica delle reti fino a quel momento di proprietà privata, fermo restando il principio della gestione aperta ai privati. Infine, in merito al comma 6, laddove si prevedeva la possibilità di affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali, l'Autorità ha suggerito la fissazione con legge di

rigorosi criteri di considerazione e dimostrazione dell'effettivo vantaggio economico di tale scelta organizzativa, al fine di consentire l'emersione di economie di gamma e produzione congiunta dei servizi, nonché di evitare che tali gare agevolino determinate imprese già predisposte o atte all'esercizio di attività cosiddetta *multiutility*

*AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI AVENTI RILEVANZA ECONOMICA SECONDO MODALITÀ COSIDDETTA IN HOUSE*

Nell'agosto 2008, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito all'istituto dell'affidamento *in house* nel settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, dopo essere venuta a conoscenza di talune presunte anomalie riguardanti le modalità con cui la Regione Abruzzo aveva provveduto all'affidamento diretto alla società Abruzzo Engineering Spa di servizi sul territorio relativi alla sicurezza ambientale e territoriale, alla protezione civile, nonché alla realizzazione, gestione e manutenzione di una rete telematica a banda larga nel territorio regionale.

In proposito, l'Autorità ha ribadito che l'affidamento *in house* è sottoposto a stringenti requisiti di legittimità determinati, i quali non permettono agli enti locali di far liberamente ricorso all'affidamento diretto, quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento della gara a poche ed eccezionali situazioni. Infatti, alla luce della disciplina dei contratti pubblici relativa a lavori, servizi e forniture, stabilita dal decreto legislativo n. 163/2006, la gara rappresenta lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o forniture. Una deroga di carattere generale all'obbligo di esperire la gara è ammissibile solo nel caso in cui l'affidamento del contratto venga disposto a favore di un soggetto legato all'Ente pubblico di appartenenza da un rapporto di delegazione interorganica, ossia il cosiddetto affidamento *in house* o *in house providing*. Inoltre, i casi in cui è consentito evitare il ricorso alla gara sono da interpretarsi in senso restrittivo, in ragione della situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento determina in capo agli enti locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima.

Nel caso di specie, l'Autorità ha sottolineato come la presenza di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria Abruzzo Engineering sollevasse notevoli dubbi in ordine alla legittimità dell'affidamento alla stessa dei servizi in modalità *in house*. Abruzzo Engineering, infatti, partecipata dalla Regione Abruzzo, dalla Provincia e dalla società Selex Service Management S.p.A., controllata da Finmeccanica Spa, risultava priva del requisito imprescindibile della totale partecipazione pubblica al capitale della società affidataria, prescritto dalla giurisprudenza comunitaria. Parimenti, il requisito del "controllo analogo" era da escludersi per la presenza nella compagine azionaria di un socio privato come Finmeccanica.

Sulla base di ciò, l'Autorità ha, pertanto, rilevato che la Regione Abruzzo avrebbe dovuto procedere alla indizione di una gara per l'affidamento dei servizi assegnati alla società mista Abruzzo Engineering, la quale mancava appunto dei requisiti indispensabili per l'affidamento in modalità *in house*. Solo nel caso in cui, al momento della costituzione della società mista, si fosse ricorso alla scelta del socio privato attraverso una procedura ad evidenza pubblica, si sarebbe potuto procedere contestualmente all'affidamento diretto dell'appalto: tuttavia, tale ipotesi non riguardava il caso di specie, ove il subentro del socio privato Selex-Finmeccanica nel capitale di Abruzzo Engineering era avvenuto in assenza di una selezione competitiva pubblica.

#### *AFFIDAMENTO SECONDO MODALITÀ COSIDDETTA IN HOUSE DEI SERVIZI DI RISCOSSIONE DI CARATTERE TRIBUTARIO*

Nel novembre 2008, l'Autorità, a seguito di una richiesta di parere, ha trasmesso al Comune di Borgo a Mozzano e all'A.N.C.I. - Associazione Nazionale Comuni Italiani alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 relativamente alla sottoponibilità dell'affidamento secondo modalità cosiddetta *in house* dei servizi di riscossione di carattere tributario alla procedura di cui all'articolo 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modifiche, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

L'Autorità ha in primo luogo osservato che, poiché la disposizione richiamata atteneva ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'eventuale applicabilità degli

obblighi di pubblicità, analisi di mercato e verifica previsti dall'articolo 23-*bis* del citato decreto non poteva che discendere dalla riconducibilità dei servizi di volta in volta considerati alla suddetta categoria. Nel merito, l'Autorità ha rilevato che i servizi di riscossione di carattere tributario, in quanto servizi bancari e finanziari resi a favore della pubblica amministrazione, dovevano essere propriamente ricondotti alla disciplina degli appalti pubblici di servizio. In considerazione di ciò, l'Autorità ha concluso che le disposizioni di cui all'articolo 23-*bis* della legge n. 133/2008 non trovavano applicazione nel caso di specie.

*DISTORSIONI DELLA CONCORRENZA NELLA FORNITURA DI ACQUE TERMALI DEL GIACIMENTO DENOMINATO BAGNI SAN FILIPPO NEL COMUNE DI CASTIGLION D'ORCIA*

Nel novembre 2008, l'Autorità ha trasmesso alla Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, alla Regione Toscana e al Comune di Castiglion d'Orcia alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 a seguito della richiesta di parere del Comune di Castiglion d'Orcia circa le modalità di realizzazione di un assetto concorrenziale nel mercato della fornitura di acque termali sorgenti dalle fonti situate nel giacimento denominato "Bagni San Filippo".

L'Autorità ha, in primo luogo, rilevato che il regime giuridico concernente il rilascio del permesso di ricerca e della concessione per lo sfruttamento dell'acqua termale, nonché il rinnovo della stessa e i contratti di somministrazione, previsto sia nella legge regionale n. 86/94, sia nella legge regionale n. 38/2004, come modificata dalla legge n. 33/2008 (non ancora in vigore in mancanza del regolamento attuativo), potessero determinare effetti restrittivi della concorrenza nel mercato della fornitura dei servizi termali erogati nell'ambito di stazioni termali.

In proposito, l'Autorità ha richiamato il proprio consolidato orientamento in materia secondo cui *i)* la compatibilità tra principi della concorrenza e contenuto delle concessioni per la coltivazione delle acque termali, in via generale, dovrebbe essere assicurato mediante un intervento del legislatore regionale che espressamente attribuisca alle amministrazioni competenti il potere di scegliere - in relazione alle caratteristiche idrogeologiche del giacimento minerario - quale strumento utilizzare per garantire la più ampia concorrenza nel settore mediante l'accesso alle acque termali; *ii)* dovrebbe altresì

essere consentito alle amministrazioni di decidere se procedere mediante l'assegnazione di concessioni plurime per la coltivazione di diverse fonti sorgive situate all'interno del medesimo giacimento termale, ovvero mediante la stipula di contratti di somministrazione delle acque; *iii*) nell'ipotesi in cui debba essere valutato un numero di domande superiore ai permessi di ricerca o alle concessioni che possono essere rilasciate, attesa la frazionabilità in concreto del bacino acquifero, dovrebbero eliminati i casi di preferenza per il conferimento o per il rinnovo di concessioni (realizzata anche tramite l'indicazione del requisito dell'esperienza come criterio preferenziale) in quanto idonei a tradursi in un vantaggio a favore dei soggetti che già operano sul mercato.

Più specificamente, in relazione al problema dell'accesso al mercato in via principale, ossia in base alla titolarità di una concessione per la coltivazione e lo sfruttamento economico della risorsa, l'Autorità ha rilevato come la legge regionale del 1994, in quel momento vigente, e la successiva legge regionale del 2004, come modificata da quella del 2008) non garantissero la concorrenza, non prevedendo la possibilità di procedere all'assegnazione di più concessioni. Possibilità questa che, invece, avrebbe dovuto essere imposta dal legislatore tanto nelle assegnazioni di nuove concessioni quanto nel rinnovo di concessione, nonché nelle sostituzioni del concessionario (per rinuncia, revoca o decadenza). La concorrenza per il mercato non risultava inoltre assicurata neppure con riferimento alla modalità di selezione del concessionario: infatti, la mancata previsione di una procedura selettiva non consentiva ai soggetti interessati di concorrere per l'assegnazione di una risorsa pubblica, con detrimento della concorrenza e dello sviluppo economico dell'area in cui era situato lo stabilimento termale. Con riguardo alla disciplina del rinnovo, l'Autorità ha altresì censurato il fatto che la normativa rilevante prevedesse il rinnovo automatico e che la durata di tale rinnovo coincidesse con quella prevista dalla concessione originaria.

Con riferimento all'accesso al mercato in via derivata, tramite cioè la somministrazione dell'acqua termale, l'Autorità ha evidenziato la natura potenzialmente pro-concorrenziale della previsione contenuta nelle leggi vigenti secondo cui anche soggetti diversi dai concessionari potevano utilizzare l'acqua termale derivante da un bacino oggetto di concessione esclusiva mediante la conclusione di contratti di somministrazione di acque. Con riguardo, tuttavia, alla disciplina dei contratti di somministrazione, l'Autorità ha inteso ribadire che nei casi in cui la frazionabilità del giacimento di acqua termale non fosse tecnicamente ovvero economicamente



realizzabile, doveva essere espressamente prevista non già la facoltà, ma l'obbligo per il concessionario di stipulare contratti di somministrazione con operatori qualificati, dotati cioè dei necessari requisiti economici e tecnici, che intendono esercitare attività di fornitura di trattamenti termali.

Infine, l'Autorità ha auspicato che venisse introdotta una disposizione che imponesse, allo scadere delle concessioni in essere, l'adeguamento delle stesse ai principi concorrenziali finalizzato a consentire lo sfruttamento delle acque termali ricomprese in un dato giacimento minerario da parte di un numero più ampio possibile di soggetti, compatibilmente alla sostenibilità dell'uso delle risorse termali.

In merito alla situazione rappresentata dal Comune di Castiglion d'Orcia, relativa alla concessione della stazione termale Bagni San Filippo in scadenza nel settembre 2009, dalla documentazione fornita risultava che: *i)* il perimetro della concessione coincideva sostanzialmente con il bacino idrotermale di captazione; *ii)* nell'area di concessione erano presenti nove sorgenti per una portata complessiva pari a circa 20/21 litri al secondo; *iii)* di tali nove sorgenti ne veniva sfruttata solo una, la più capiente; il bacino Bagni San Filippo era sfruttabile da due o più soggetti interessati.

Alla luce di tali dati, l'Autorità ha ritenuto che il bacino idrogeologico Bagni San Filippo poteva essere soggetto ad uno sfruttamento non esclusivo e che il numero delle concessioni da rilasciarsi avrebbe dovuto essere determinato in ragione della capienza di ciascuna sorgente e quindi del frazionamento del bacino, sulla base delle valutazioni dell'amministrazione competente. Ove invece la frazionabilità del bacino non risultasse realizzabile in concreto, l'acqua termale della stazione in questione avrebbe potuto essere somministrata ad eventuali soggetti interessati ad un prezzo orientato ai costi. L'Autorità ha evidenziato altresì che uno sfruttamento non esclusivo della risorsa poteva contribuire in modo significativo allo sviluppo competitivo dell'area. In tale ottica, anche la concessione in essere non avrebbe dovuto essere soggetta a rinnovo automatico. Si sarebbe dovuto, invece, valutare la fattibilità del frazionamento del bacino idrico in questione al fine di uno sfruttamento economico dello stesso e procedere al rinnovo con selezione trasparente e non discriminatoria, senza accordare alcuna preferenza al precedente concessionario.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che tutti gli enti territoriali che avevano adottato regolazioni ingiustificatamente restrittive in materia con riferimento al profilo

*i)* della frazionabilità dei bacini idrici, anche di quelli oggetto di concessioni in essere, *ii)* della possibilità di rilasciare più di una concessione il cui numero è stabilito dal numero dei frazionamenti ottenibili, *iii)* dell'obbligo di indire procedure selettive trasparenti e non discriminatorie, *iv)* dell'onere per i concessionari di concludere contratti di somministrazione di acque termali in ragione della capienza delle sorgenti, nonché *v)* dell'obbligo di adeguamento delle concessioni in essere ai principi indicati - riesaminassero le rispettive discipline alla luce delle considerazioni svolte.

## 2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

### Introduzione

Nell'ultimo anno solare completo (1° gennaio 2008 - 31 dicembre 2008) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza. In talune di esse sono stati affermati, o più semplicemente ribaditi, rilevanti principi riguardanti profili sostanziali e procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala una pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza 17 marzo 2008, n. 7063), la quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione avverso la decisione con cui il Consiglio di Stato aveva definitivamente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

### PROFILI SOSTANZIALI

#### *Mercato rilevante*

##### *Definizione del mercato rilevante*

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha richiamato il principio consolidato secondo cui, nel caso di un'intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato di riferimento è funzionale alla identificazione del grado di offensività dell'intesa stessa, essendo detta operazione essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca il coordinamento fra imprese concorrenti. In tal senso, la definizione del mercato è successiva all'individuazione dell'intesa.

### *Mercato geografico*

Nella sentenza del 14 aprile 2008, n. 3163, sul caso *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha affermato che *“ai fini dell’individuazione del mercato rilevante sul piano geografico, può essere presa in considerazione anche una porzione limitata del territorio, quando sia individuabile un’area nella quale si svolge l’incontro della domanda e dell’offerta di un determinato prodotto, in condizioni di completa autonomia, rispetto ad altri ambiti anche contigui”*. In questo contesto, *“nella costruzione del mercato rilevante in senso geografico un fattore decisivo può essere quello delle abitudini dei consumatori, delle loro preferenze per prodotti regionali o locali, delle tradizioni, o, ancora, dall’abitudine sociale allo spostamento per acquisire beni o servizi di una certa tipologia”*.

Al riguardo, il Tar del Lazio, con la sentenza del 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha precisato che *“la circostanza che il mercato rilevante sia stato individuato in un ambito territoriale limitato non determina l’insussistenza della fattispecie”*. Per il giudice di prime cure, infatti, *“è il segmento geografico in relazione al quale l’intesa è potenzialmente in grado di produrre i propri effetti che deve essere tenuto in considerazione al fine di qualificare la fattispecie come illecita, anche nel caso in cui [...] la presunta intesa si è tradotta nella mancata partecipazione a singole gare bandite da stazioni appaltanti che operano in una ben circoscritta area geografica”*.

Il mercato rilevante, come ribadito dal Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, può quindi coincidere anche con una singola gara bandita dalla p.a..

### ***Accertamento e prova delle intese***

#### *Nozione di intesa*

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nel distinguere tra le intese e pratiche concordate, ha ribadito che l’accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, mentre la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essere spinta fino all’attuazione

di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

Nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, relativa al caso, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar del Lazio ha richiamato il consolidato principio, in virtù del quale “*il divieto [di intese restrittive della concorrenza], (...) si specifica nel precetto che – pur dovendosi tenere ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti – è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l’impresa stessa ha deciso di porre in atto*”. “*Tali iniziative*”, ha precisato il Tar, sostituiscono “*all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione*”, erodendo i benefici che ai consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale (pp. 53-54).

#### *Oggetto o effetto dell’intesa*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha confermato il consolidato orientamento in base al quale “*per la sussistenza dell’illecito [...] [ivi incluse le pratiche concordate] è sufficiente la presenza dell’oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente*” (in termini analoghi, Tar Lazio, sentenze: 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato* e 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*). Di conseguenza, come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinfettanti*, una volta dimostrato “*un incontro di volontà in senso anticoncorrenziale (...) poco importa (...) che quel comportamento sia stato, o no, effettivamente posto in essere sul mercato*”.

L’analisi degli effetti – come affermato dal Tar Lazio nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolati* - può incidere invece in termini di gravità dell’illecito e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria.

*Prova dell'intesa*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578 relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ricostruito i principi sottesi all'accertamento dell'intesa nella forma della pratica concordata. In primo luogo, il giudice ha ricordato che *“l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali; per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti, e gli elementi indiziari, sebbene singolarmente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, vanno inquadrati nel contesto complessivo del sistema per apprezzarne l'eventuale rilevanza”*. In questo contesto, il Tar del Lazio ha ritenuto che elementi significativi a supporto della concertazione – posta la *“rarietà dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun)”* (ha sottolineato il carattere raramente diretto della prova di un'intesa illecita anche il Consiglio di Stato, decisione 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*) – possono essere considerati *“la durata, l'uniformità ed il parallelismo dei comportamenti; gli incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate”* (in senso analogo Tar, sentenze: 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, e 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolati*; nonché Consiglio di Stato, decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Latti artificiali per l'infanzia*).

Di contro, il giudice ha evidenziato che *“in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, invece, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente*

condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice" (p. 56) (così anche Tar Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nonché Consiglio di Stato, decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Latti artificiali per l'infanzia*).

Nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar, riprendendo l'ormai consolidata distinzione tra elementi di prova c.d. endogeni ed esogeni, ha ricordato come i primi sono "collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato"; mentre i secondi concernono "i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita ed attengono, in particolare, ai contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni se non addirittura a veri e propri concordamenti non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita; detti scambi di informazioni assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico in quanto risultano idonei ad eliminare l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente") (analogamente Tar Lazio, sentenze 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli truciolari* e 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*).

Quanto all'onere della prova dell'intesa, il Tar del Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578 relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ribadito il principio in base a cui "un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale (...) ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali e, in tal caso, l'onere dell'impossibilità di spiegazioni alternative grava sull'Autorità procedente, ovvero anche per la presenza di elementi indiziari esogeni, quali contatti e scambi di informazioni, rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala e, in tal caso, l'onere probatorio di spiegare la razionalità della condotta grava sulle imprese" (analogamente Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008,

n. 2312, *Pannelli truciolari*, e Consiglio di Stato, sentenza 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*).

Come osservato dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'8 febbraio 2008, n. 423, resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*, in ogni caso “*singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di accordo, in parte a quello di pratica concordata*”. In tale situazione, “*i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario*”.

Con riguardo alla prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico, nel cui ambito può verificarsi un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha ribadito la liceità del mero parallelismo consapevole, “*proprio perché suscettibile di essere spiegato come sommatoria di decisioni razionali e autonome dei singoli operatori, cui non può essere precluso di adattarsi intelligentemente alla condotta, attuale o prevista, dei rivali*”. A ciò si contrappone, tuttavia, il parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali che può essere desunto: “*a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie; b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un'intesa concorrenziale; c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo*”.

Con riferimento al rapporto tra parallelismo consapevole in un contesto oligopolistico e scambi di informazioni, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia (decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*) ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale alla cui stregua “*la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale*”.