

Distribuzione locale gas: le giravolte dell'antitrust

Un'occasione persa per tutelare la concorrenza

Laura De Sanctis

I. Introduzione

Lo scorso agosto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità") ha adottato due provvedimenti in cui ha affrontato il tema delle gare per l'affidamento della distribuzione del gas naturale.

Il primo provvedimento è del 2 agosto 2012 e ha avuto ad oggetto l'associazione temporanea di impresa ("ATI") tra Linea Distribuzione S.r.l. ("LD") e E.On Rete S.r.l. (oggi 2iGas Infrastruttura Italiana S.r.l., "2iGas"), che si è aggiudicata la gara per l'affidamento del servizio in esame, bandita nel 2010 dal Comune di Casalmaggiore, quale capofila di altri sette comuni del cremasco ("Provvedimento Casalmaggiore").¹ LD e 2iGas avevano i requisiti per partecipare individualmente alla gara ed inoltre erano i due operatori *incumbent*, che già gestivano, rispettivamente, tre e cinque degli otto comuni interessati; con la vittoria della gara, erano riusciti a mantenere la fornitura del servizio nei comuni di cui erano già affidatarie, presentando un'offerta contenente le condizioni minime previste dal bando di gara. Secondo, l'Autorità, l'ATI non era altro che un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("legge n. 287/1990"), poiché la sua costituzione non era obbiettivamente giustificata da ragioni di efficienza o di carattere tecnico-industriale ed era piuttosto finalizzata a ripartire tra le parti le concessioni negli otto comuni di riferimento, in modo da mantenere inalterato l'assetto preesistente alla gara.

Il secondo provvedimento a cui ci riferiamo è stato adottato l'8 agosto 2012 e ha avuto ad oggetto l'acquisizione da parte di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. ("CDP") del controllo esclusivo di fatto su Snam S.p.A. ("SNAM")² e, quindi, sulla sua controllata Italgas S.p.A. ("Italgas"). Per l'Autorità, a seguito della

1 Provvedimento del 2 agosto 2012, n. 23794, Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

2 Provvedimento dell'8 agosto 2012, n. 23824, Cassa Depositi e Prestiti/Snam ("Provvedimento CDP"). A seguito della realizzazione dell'operazione, CDP deterrà il 30% meno un'azione di SNAM. Eni S.p.A. ("ENI") continuerà a detenere il 20% della società, ma è tenuta a cederlo e, in ogni caso, non può esercitare i diritti che derivano dalla sua partecipazione, ai sensi del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 maggio 2012, in attuazione dell'art. 15 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27. Per il resto, il capitale di SNAM resta frazionato tra una pluralità di azionisti, nessuno dei quali detiene una quota superiore al 2%. Secondo l'Autorità, alla luce della ripartizione del capitale sociale e della partecipazione degli azionisti alle assemblee di SNAM negli ultimi tre anni, è prevedibile che CDP sarà in grado di ottenere una maggioranza stabile e di eleggere sei dei nove amministratori della società.

KEY FINDINGS

- La recente riforma della distribuzione locale gas ha individuato 177 ambiti territoriali minimi (Atem) di dimensioni relativamente grandi;
- Nei prossimi mesi dovranno essere organizzate le gare per individuare i gestori;
- L'Autorità Antitrust è intervenuta diverse volte sul tema, con decisioni che appaiono contraddittorie;
- Questo paper commenta in particolare due decisioni: il provvedimento Castelmaggiore e il provvedimento Snam;
- Nel primo, l'Autorità ha ritenuto incompatibile col diritto della concorrenza la costituzione di un'Associazione temporanea tra imprese che, individualmente, avrebbero avuto i requisiti per partecipare e potenzialmente vincere la gara;
- Nel secondo, invece, non si è rinvenuto alcun profilo anticoncorrenziale nella coesistenza, all'interno di un'unica struttura di controllo, dei due maggiori operatori a livello nazionale;
- È auspicabile che l'Autorità faccia chiarezza;
- I ritardi accumulati con l'indizione delle gare danno ancora il tempo anche al legislatore di correggere le storture più rilevanti.

Laura De Sanctis è un avvocato specializzato in diritto della concorrenza. attualmente Of Counsel dello Studio Legale Delfino e Associati Willkie Farr & Gallagher.

realizzazione dell'operazione, si sarebbe creato un "legame strutturale" tra Italgas, il primo operatore nella distribuzione del gas naturale in Italia, e il suo principale concorrente. CDP, infatti, detiene anche una partecipazione del 15,99% in F2i SGR S.p.A., che controlla Enel Rete Gas S.p.A., che, insieme alle sue controllate 2iGas e G6 Rete Gas S.p.A. (congiuntamente a Enel Rete Gas S.p.A. "Enel Rete"), è il secondo operatore del settore.³ L'Autorità rilevava che CDP avrebbe potuto così influire sulla politica in materia di gare di Italgas e Enel Rete, pregiudicando la concorrenza nell'accesso alla distribuzione del gas naturale. Tuttavia non avviava un'istruttoria più approfondita, prendendo atto di una serie di modifiche ai poteri di CDP in Italgas e in F2i. Secondo l'Autorità, dette modifiche erano idonee a far sì che, in futuro, la stessa CDP in futuro non avrebbe potuto esercitare un'influenza diretta o indiretta sulla politica di gara delle due società partecipate.

I due provvedimenti presentano profili di interesse perché esprimono l'orientamento dell'Autorità su un tema, la partecipazione alle gare per l'affidamento della distribuzione del gas naturale, che pure è già stato oggetto di molteplici e pervasivi interventi normativi e regolatori ed oggi è di particolare attualità poiché dette gare dovrebbero essere bandite a breve.

Tali interventi sono stati finalizzati a indirizzare il settore italiano della distribuzione del gas naturale verso un progressivo consolidamento. In questo settore, hanno da sempre operato una pluralità di fornitori, alcuni dei quali di derivazione pubblica, che sono titolari di concessioni esclusive d'ambito comunale, ma sono profondamente diversi per dimensione e per estensione d'area d'attività. Tanto che accanto ad operatori di dimensione nazionale, quali Italgas e Enel Rete, ancora oggi convivono imprese di piccola dimensione attive solo a livello locale, e imprese di livello intermedio, le cui attività sono però concentrate solo in alcune parti del territorio nazionale. Negli ultimi anni, si è diffusa l'idea che tale frammentazione sia eccessiva ed inefficiente e si è cercato di ridurla intervenendo "dall'esterno" sulla configurazione della domanda del servizio. Fermo restando il principio dell'affidamento della distribuzione in esclusiva mediante gara da parte degli enti locali, è stata quindi ampliata l'area della sua gestione ed è stata prevista una disciplina uniforme sullo svolgimento delle gare per ottenerne la concessione.⁴ In particolare, il territorio nazionale è stato diviso in 177 "ambiti territoriali

3 In particolare, dal Provvedimento CDP risulta che F2i è la società di gestione del fondo di investimento mobiliare F2i – Fondo Italiano per le Infrastrutture, i cui quotisti sono i suoi stessi azionisti. Questo fondo controlla, congiuntamente al gruppo AXA, la società F2i Reti Italia S.r.l., la quale a sua volta detiene l'85,1% di Enel Rete Gas S.p.A., che, a sua volta, controlla 2iGas e G6 Rete Gas S.p.A..

4 In particolare, l'art. 46bis, commi 1-3, del d.l. 1^o ottobre 2007, n. 159, convertito in legge 29 novembre 2007, n. 222, prevede che: "[a]ll fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, individuano entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti.... I Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata, determinano gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e determinano misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione... Al fine di incentivare le operazioni di aggregazione di cui al comma 2, la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas è bandita per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, che deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente

minimi” (“ATEM”),⁵ ciascuno dei quali comprende una pluralità di comuni,⁶ che devono affidare il servizio nei propri territori mediante un'unica gara. Lo svolgimento delle gare per ATEM è stato disciplinato in dettaglio dal Decreto Ministeriale 16 novembre 2011 n. 226 (“Regolamento Criteri”),⁷ che, tra l'altro, individua il soggetto chiamato a bandire e gestire la gara,⁸ specifica i requisiti di partecipazione⁹ e i criteri di aggiudicazione delle offerte¹⁰ e delinea in dettaglio il contenuto dei bandi e dei disciplinari,¹¹ nonché le modalità di riscatto delle reti e degli impianti e il rimborso ai gestori uscenti.¹² Si prevede che questa nuova disciplina abbia inevitabilmente un impatto sulle strategie degli operatori, sulle loro scelte organizzative, e, in ultima analisi, sulla loro stessa sopravvivenza nel mercato. Alla luce del nuovo quadro regolamentare è infatti probabile che gli operatori tenderanno ad aggregarsi in modo stabile, attraverso fusioni e acquisizioni,¹³ e/o a raggiungere accordi in vista delle gare, ad esempio, costituendo raggruppamenti temporanei o altre entità, specie se non hanno i requisiti o la capacità finanziaria per partecipare individualmente. L'aggregazione, la rinuncia a partecipare alle gare di ATEM e/o l'impossibilità di far ciò daranno luogo alla diminuzione del numero dei distributori di gas naturale. Tanto che c'è chi ha stimato che, dopo l'esperimento delle gare per ATEM, il numero degli operatori si ridurrà da circa 240 a 40.¹⁴

I provvedimenti in esame intervengono, come detto, proprio nel momento in cui stanno per essere bandite le gare secondo le nuove regole e muovono da una preoccupazione diversa da quella che ha ispirato il regolatore, che, come detto, ha predisposto una disciplina volta a realizzare una diversa organizzazione del servizio di distribuzione mediante la riduzione del numero di operatori che lo forniscono. L'Autorità teme infatti che le prossime gare possano trasformarsi nel terreno di coltura di accordi, espressi o taciti, per restringere la concorrenza, con il risultato di impedire lo sviluppo del settore verso una maggiore efficienza e mettere così in pericolo una delle finalità dello stesso Regolamento Criteri.¹⁵

decreto...”.

5 [D.M. 19 gennaio 2011](#) (GU n. 74 del 31.3.2011).

6 [D.M. 18 ottobre 2011](#) contenente l'elenco dei Comuni appartenenti a ciascun ATEM (GU n. 252 del 28.10.2011).

7 [D.M. 12 novembre 2011](#) n. 226 recante il Regolamento sui criteri di gara e la valutazione delle offerte per l'affidamento del servizio (GU n. 22 del 27.01.2012).

8 Art. 2.

9 Art. 10.

10 Artt. 12-15.

11 Art. 9 e Allegati 2 e 3.

12 Artt. 5 e 6.

13 C'è chi sostiene che i requisiti di partecipazione alle gare indurranno gli operatori di medie dimensione presenti un uno o pochi ATEM vicine e con quote relativamente elevate a consolidare la propria posizione con fusioni e acquisizioni prima delle gare (REF-E in collaborazione con Intesa Sanpaolo, Il nuovo assetto della distribuzione gas: aspetti istituzionali e di mercato, Working paper n. 2, Aprile 2012, pag. 58).

14 REF-E, cit.

15 In particolare, il Regolamento Criteri contribuisce “ad accelerare il processo dell'ampliamento dell'area di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale rispetto alle attuali concessioni, è volto a rimuovere le barriere che ostacolano lo sviluppo della concorrenza nel settore della vendita e a favorire lo sviluppo efficiente del servizio di distribuzione del gas naturale, promuovendo contemporaneamente l'incremento dei livelli di sicurezza e degli investimenti e la riduzione dei costi del servizio, a beneficio dei clienti finali”.

Resta da chiedersi come si collochino i due provvedimenti nel contesto delineato da questo regolamento e quali siano le indicazioni che emergono da essi per le stazioni appaltanti, che si accingono a bandire le gare, e per le imprese, che sceglieranno di associarsi ad uno o più concorrenti per parteciparvi.

II. La partecipazione alle gare nel Regolamento Criteri

Il Regolamento Criteri ha standardizzato le procedure di gara, riducendo in tal modo i costi di transazione sia per le stazioni appaltanti sia per le imprese interessate, che in futuro si vedranno applicare gli stessi criteri di ammissione e di aggiudicazione su tutto il territorio nazionale.¹⁶ Il fatto che si troveranno di fronte a gare regolate in maniera omogenea non implica però che dette imprese saranno effettivamente in grado di competere per l'affidamento dei servizi di distribuzione del gas naturale. Anzi, come detto, è prevedibile che molti degli attuali operatori saranno esclusi dal settore.

Un primo limite al confronto concorrenziale nelle gare è connotato alla dimensione stessa del loro bacino. L'ampliamento dell'area di gestione del servizio da comunale ad ATEM è stata voluta per consentire una migliore organizzazione del servizio di distribuzione, ma limiterà l'accesso a dette gare, dando luogo ad una diminuzione del numero degli operatori presenti nel mercato.¹⁷ Ciò poiché l'ampliamento dell'area di gestione avrà l'effetto di innalzare la barriera finanziaria che da sempre grava sugli operatori del settore del gas naturale. Questi operatori, infatti, devono disporre di risorse sufficienti per affrontare i costi delle gare per la concessione del servizio di distribuzione, per sostenere la gestione del servizio per tutto il periodo dell'affidamento e, nel caso di aggiudicazioni in territori diversi da quelli già gestiti, per corrispondere rimborsi ai gestori uscenti.¹⁸ Già nel contesto delle gare comunali, l'eventualità di dover corrispondere questi rimborsi era uno degli elementi che condizionavano le strategie degli operatori in materia di gare. Tanto che, di fatto, almeno certi operatori tendevano a competere solo nelle gare nei territori dove erano gestori uscenti, o nelle gare che si svolgevano in territori limitrofi a quelli in cui già fornivano servizi di distribuzione. In futuro, agli operatori si prospetta l'eventualità di dover pagare più di un rimborso per ciascuna gara per ATEM, che, come detto, avrà ad oggetto una pluralità di concessioni attualmente affidate a gestori diversi. Non solo. In un breve arco di tempo si dovrebbero svolgere le gare per ATEM su tutto il territorio nazionale. Di tal che le imprese intenzionate a partecipare a più di una gara avranno necessità di disporre di un'ancor più cospicua dote finanziaria, perché si potrebbero trovare a dover pagare molteplici rimborsi in più di un ambito di riferimento. Ne deriva che competere nelle gare per ATEM risulterà più gravoso, se non impossibile, per gli operatori che non sono attivi nell'ambito relativo

¹⁶ La standardizzazione dei bandi è stata considerata con favore anche dall'Autorità nel parere del 13 novembre 2007, AS 427, Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas.

¹⁷ Secondo il Tar Lombardia, "l'intervento sugli ambiti territoriali minimi persegue uno scopo meno correlato alla tutela della concorrenza che alla razionale organizzazione del servizio: l'espansione della scala dimensionale in relazione alla quale calibrare il bando di gara non agevola gli operatori meno sviluppati, non aumenta il numero dei partecipanti alla procedura, non rende più libero l'accesso al mercato. Piuttosto, essa serve principalmente a rafforzare il potere contrattuale delle amministrazioni, a coordinarne l'azione, a conseguire economie di scala che permettano di contenere i prezzi, a parità o con incremento della qualità nell'erogazione della prestazione. Anzi, allargare la scala distributiva significa inevitabilmente tagliarne fuori gli operatori minori, e ridurre così il numero dei concorrenti sul mercato" (ordinanze collegiali di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 4, del d.lgs 1° giugno 2011 n. 93 del 15 febbraio 2012, n. 539, § 5, e del 17 febbraio 2012 n. 552, § 5).

¹⁸ Art. 14, comma 8, del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164.

a ciascuna gara, o lo sono solo in misura marginale. Al contrario, la più ampia dimensione delle gare finirà per avvantaggiare gli operatori che hanno già una presenza consolidata, se non addirittura dominante, nell'ATEM di riferimento e che, quindi, in caso di aggiudicazione, saranno tenuti a pagare rimborsi ai gestori uscenti di minore entità e potranno utilizzare le risorse risparmiate per presentare offerte più competitive alle stazioni appaltanti.

La disponibilità finanziaria diverrà pertanto, ancor più che in passato, un criterio di selezione degli operatori e influenzerà in maniera decisiva l'accesso alle gare e il loro stesso esito.¹⁹ Di tal che non è detto che i servizi di distribuzione verranno necessariamente affidati agli operatori più efficienti e che offrono i migliori progetti di gestione e sviluppo degli impianti.²⁰ Sembra ragionevole ritenere, anzi, che le gare daranno luogo alla conferma dei distributori più consolidati e di maggiori dimensioni negli ambiti di riferimento,²¹ che non solo manterranno gli affidamenti del passato, ma potranno ottenere anche le concessioni nei comuni in cui non erano ancora presenti. Ciò che sembra tanto più probabile se si considera la struttura dei 177 ATEM in cui è diviso il territorio nazionale. Come risulta da un recente studio,²² infatti, in 121 ATEM, che da soli rappresentano l'85% del mercato, l'operatore dominante detiene una quota pari ad almeno il 50%, raggiungendo addirittura il 70% in 24 ATEM del Centro Italia. Negli altri 56 ATEM, la quota media detenuta dall'operatore dominante è comunque elevata, risultando pari in media al 40%; solo in 5 di questi ATEM è inferiore al 30%.²³

19 Si vedano: Carlo Stagnaro, *La razionalizzazione anticompetitiva – il caso della distribuzione locale del gas*, IBL Briefing Paper, 105, novembre 2011, www.brunoleoni.it; Brugnettoni-Nicoletti, "L'apertura alla concorrenza del servizio di distribuzione del gas naturale – Artt. 14 e 15 del d.lgs. 164/00 – Una sfida ancora aperta a seguito dei gattopardeschi provvedimenti emanati – Gli effetti distorsivi e controproducenti degli ambiti di gara", in www.dirittodeiservizipubblici.it. Per REF-E, l'assetto di mercato che andrà a delinearsi a seguito delle gare non è prevedibile con certezza, ma in ogni caso dipenderà dalla disponibilità economica degli operatori, che, a sua volta, dipenderà anche dalla difficile congiuntura economica e dalle esigenze di riequilibrio dei bilanci degli operatori pubblici. Tra gli altri fattori indicati da REF-E vi sono: l'impatto in ciascun ATEM dei c.d. «comuni macchie di leopardo», in cui cioè si sono già svolte le gare tra il 2000 e il 2010, e la situazione competitiva che si determinerà dopo le prime gare. Infatti, operatori già consolidati potrebbero avere maggior forza per aggredire altri ATEM e, viceversa, operatori di dimensioni ridotte attraverso la cessione di asset non strategici potrebbero avere maggiori possibilità di contrastare gli operatori maggiori (pagg. 2, 3 e 47).

20 Si potrebbero quindi materializzare i timori dell'Autorità, che per ben due volte ha suggerito di rimediare la scelta di definire in via autoritativa il bacino di gara, sottolineando, tra l'altro, la difficoltà di far ciò tenendo effettivamente conto delle esigenze tecniche e di riduzione dei costi del settore e il rischio di realizzare una mera semplificazione amministrativa senza raggiungere obiettivi di efficienza sottesi alla riforma delle gare (parere AS 427, cit., e segnalazione del 9 febbraio 2010, AS 659, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza).

21 Si vedano: Carlo Stagnaro, cit.; Brugnettoni-Nicoletti, cit..

22 REF-E, pag. 45, che ha calcolato le quote di mercato in termini di *Regulatory Asset Base* (RAB), che è il valore di rimborso riconosciuto a fini tariffari e calcolato con il metodo del costo rivalutato.

23 REF-E ha ipotizzato due scenari (pagg. 50 ss.). Nel primo ha supposto che il primo operatore indipendentemente dalla quota detenuta vinca la gara. In tale scenario i gruppi passerebbero da 215 a 45, di cui solo cinque sarebbero attivi in più di una regione. I primi cinque operatori vedrebbero rafforzata la propria posizione aggregata di mercato, arrivando a detenere a livello aggregato circa il 70% del mercato. I primi due CDP/Italgas e F2i arriverebbero a controllare da soli più della metà del mercato. Gli operatori minori vedrebbero erosa la propria quota. Tanto che la quota dei 35 operatori diversi dai primi dieci passerebbe dal 23,9% attuale al 19%. Nel secondo scenario REF ha considerato solo 50 ATEM, appartenenti ai due raggruppamenti che andranno in gara per primi, e ha tenuto conto di una serie di elementi, quali: le barriere legate ai requisiti di esperienza gestionale, alla presenza sul territorio e alla conoscenza delle infrastrutture in gara, nonché il grado di concentrazione degli ATEM. REF-E ha rilevato che vi è una dimensione inversa tra dimensione dell'ATEM e grado di concorrenza e, quindi, numero di potenziali concorrenti. Inoltre, gli ATEM più grandi e fortemente concentrati presumibilmente vedranno l'affermazione di operatori di dimensione almeno regionale, mentre negli ATEM di piccola dimensione

Ulteriori limiti al confronto concorrenziale nelle gare potrebbero derivare dai requisiti di partecipazione previsti nel Regolamento Criteri. Tali requisiti non escludono, in linea di principio, la partecipazione alle gare degli operatori del settore della distribuzione di minore dimensione e delle imprese che non sono attive in questo settore. I requisiti di capacità economica-finanziaria prevedono, infatti, il raggiungimento di certe soglie di fatturato, senza richiedere che sia realizzato solo nel settore della distribuzione del gas naturale o nell'ambito di riferimento. L'esperienza gestionale non richiede necessariamente la dimostrazione di aver fornito servizi di distribuzione nell'ambito di riferimento. Ed è comunque aperta la possibilità di partecipare alle gare in raggruppamenti di impresa.

A ben vedere, però, non è escluso che il Regolamento Criteri limiti in concreto la partecipazione alle gare per ATEM.²⁴ Per quanto riguarda il requisito della capacità economico-finanziaria, detto regolamento richiede un fatturato medio pari ad almeno il 50% del valore annuo del servizio di distribuzione messo a gara nei tre anni precedenti l'indizione della gara o, in alternativa, la disponibilità di garanzie finanziarie da parte di primari istituti di credito, che attestino anche la capacità dell'impresa di accedere al credito per un ammontare pari almeno al 50% del valore annuo del servizio di distribuzione messo a gara e del valore del rimborso ai gestori uscenti.²⁵ Con ciò il Regolamento Criteri sembra agevolare la partecipazione dei soggetti maggiormente presenti nell'ambito di riferimento e, purché realizzino l'ammontare di fatturato richiesto, dei distributori attivi in ambiti diversi da quello di riferimento o di soggetti attivi in settori diversi dalla distribuzione del gas. Al contrario, più problematica sembra la partecipazione per i distributori di dimensione minore attivi nell'ambito di riferimento e per tutti gli operatori che non raggiungono il livello di fatturato richiesto. Per tutti questi soggetti, infatti, potrebbe essere difficile e oneroso avere accesso alle garanzie bancarie, alla luce dell'attuale congiuntura economica e considerato che saranno tenuti a fornire garanzie commisurate anche al valore del rimborso ai gestori uscenti che, per loro, sarà ovviamente più elevato.

Per quanto riguarda il requisito di esperienza gestionale, il Regolamento Criteri introduce la presunzione che sussista per i gestori che sono titolari di concessioni di impianti di distribuzione del gas naturale per un numero complessivo di clienti pari al 50% del numero di clienti effettivi nell'ambito di gara.²⁶ Risultano quindi ancora una volta favo-

e meno concentrati in cui la concorrenza potrebbe svolgersi a livello sub regionale.

24 Che i requisiti previsti dal Regolamento Criteri possano effettivamente limitare la partecipazione, risulta da REF-E, cit., che nel considerare il possibile esito delle gare in 50 ATEM appartenenti ai primi due lotti in gara, ha rilevato che vi possono essere barriere alla partecipazione delle gare legate proprio a questi requisiti. Infatti, delle 235 imprese titolari di concessioni relative ad impianti di distribuzione del gas, 85 avrebbero i requisiti per partecipare solo in forma consorziata; degli altri 150 operatori, 38 avrebbero i requisiti per partecipare solo in uno dei 50 ATEM e 14 solo in due ATEM (pag. 54).

25 L'art. 10, comma 5, del Regolamento Criteri recita che "[i] soggetti partecipanti alla gara devono possedere i seguenti requisiti di capacità economica e finanziaria:

- a. un fatturato medio annuo nel triennio precedente all'indizione della gara, almeno pari al 50% del valore annuo del servizio oggetto di gara, da dimostrare con i dati di bilancio della società partecipante alla gara o con i dati del bilancio consolidato della sua controllante, relativi agli ultimi tre anni;
- b. in alternativa, possedere garanzie finanziarie da due primari istituti di credito attestanti che l'impresa negli ultimi tre anni ha fatto fronte ai propri impegni e che ha la possibilità di accedere al credito per un valore pari o superiore alla somma del 50% del valore annuo del servizio oggetto di gara e del valore di rimborso ai gestori uscenti nell'ambito di gara, inclusi quelli relativi agli impianti con scadenza *opae legis* successiva alla gara".

26 L'art. 10, comma 6, del Regolamento Criteri recita che "[i] soggetti partecipanti alla gara devono possedere i seguenti requisiti di capacità tecnica:

riti i gestori maggiormente presenti in questo ambito e i gestori attivi in altri ambiti in grado di servire il numero dei clienti previsto dal regolamento in esame.²⁷ Tutti gli altri concorrenti sono invece tenuti a dimostrare di avere la capacità di gestire il servizio di distribuzione, provando: a) di essere titolari di concessioni di impianti di distribuzione del gas naturale, di impianti di distribuzione di GPL, oppure di miscela aria-propano, di energia elettrica, o di acqua o di reti urbane di teleriscaldamento; b) di avere a disposizione strutture, mezzi e personale per potere gestire gli impianti di distribuzione del gas nell'ambito di riferimento e fornire i servizi agli utenti, per affrontare le situazioni di emergenza e per svolgere le attività di monitoraggio e sviluppo della rete; e c) di aver affidato le funzioni di ingegneria, vettoriamento, qualità del servizio e gestione operativa a soggetti con esperienza quinquennale nel settore e nelle specifiche funzioni ad essi attribuite.²⁸

a. ...

b. Esperienza gestionale da dimostrare in base a:

b1. titolarità di concessioni di impianti di distribuzione del gas naturale per un numero complessivo di clienti pari almeno al 50% del numero di clienti effettivi dell'ambito oggetto della gara, da possedere al momento della partecipazione alla gara o precedentemente, purché in data non anteriore a 18 mesi dalla scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Nella prima gara di ciascun ambito le imprese di distribuzione di gas naturale che alla data di entrata in vigore del presente regolamento sono titolari di concessioni che servono il 50% del numero di clienti effettivi dell'ambito oggetto di gara soddisfano il presente requisito;

b2. in alternativa al punto b1. rispetto di tutti e tre i seguenti requisiti:

b.2.1. titolarità di concessioni di impianti di distribuzione di gas naturale, da possedere non anteriormente a 36 mesi dalla scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, o, da almeno 18 mesi dalla scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, titolarità di concessioni di impianti di distribuzione di GPL, oppure di miscela aria-propano, di energia elettrica, o di acqua o di reti urbane di teleriscaldamento. Nella prima gara di ciascun ambito le imprese di distribuzione di gas naturale che alla data di entrata in vigore del presente regolamento sono titolari di concessioni di gas naturale soddisfano il presente requisito;

b.2.2. dimostrazione di avere, dal momento dell'affidamento del primo impianto, la capacità di gestire gli impianti di distribuzione gas dell'ambito oggetto di gara, fornendo in particolare la dimostrazione di:

b.2.2.1. disponibilità di strutture, mezzi e personale a livello manageriale per la gestione delle situazioni di emergenze gas (pronto intervento e incidenti gas);

b.2.2.2. disponibilità di personale a livello manageriale e di funzione centrale, di strutture, quali sale controllo, di mezzi tecnici e di sistemi informativi adeguati a garantire il monitoraggio, il controllo e lo sviluppo della rete gas dell'ambito di gara e a gestire le operazioni previste dal codice di rete tipo di distribuzione gas approvato dall'Autorità, quali l'allacciamento e l'attivazione di nuove utenze, il cambio di fornitore, gli altri servizi richiesti dall'utenza, l'allocazione del gas alle società di vendita e alle singole utenze, per un numero di clienti pari a quello dell'ambito oggetto di gara;

b.2.2.3. esperienza di almeno cinque anni nel settore gas e nella funzione specifica per i responsabili delle funzioni di ingegneria, vettoriamento, qualità del servizio e gestione operativa dell'impresa, risultante dai curriculum vitae allegati all'offerta...".

²⁷ Il Consiglio di Stato ha giustificato questa sorta di presunzione a favore dei soggetti maggiormente consolidati nell'ambito o le cui attività si svolgono anche al di fuori dell'ambito di riferimento con la necessità di non gravare le stazioni appaltanti di oneri burocratici eccessivi (si veda Parere sulla bozza del Regolamento Criteri del 28 settembre 2011, n. 3598).

²⁸ Secondo il Consiglio di Stato, queste previsioni sono il compromesso tra l'esigenza di consentire anche alle imprese di distribuzione del gas naturale di dimensione inferiore e alle imprese che non sono attive in questo settore di partecipare alle gare e l'esigenze strettamente attinenti alla fornitura di servizi di qualità in continuità e sicurezza. Pertanto, le imprese di dimensione minore devono dimostrare di "saper crescere"; gli operatori attivi in altri settori di poter operare con continuità e sicurezza e di poter garantire la qualità del servizio (parere cit.).

Per quanto riguarda, infine, i raggruppamenti temporanei, i consorzi e le società costituiti per partecipare collettivamente alla gara, il Regolamento Criteri stabilisce che le imprese che intendono associarsi in tali entità, tra l'altro, debbano possedere cumulativamente i requisiti di capacità economico-finanziaria e di esperienza gestionale, salvo l'obbligo della mandataria di possedere tali requisiti in misura minima del 40%.²⁹ Inoltre, una volta aggiudicata la gara, i partecipanti al raggruppamento o al consorzio debbono costituire una società di capitali, che sarà il soggetto che stipulerà il contratto di servizio con la stazione appaltante. Resta fermo l'obbligo dei rappresentanti legali del raggruppamento di adempiere solidalmente a tutti gli obblighi assunti dal nuovo soggetto.³⁰ Il Regolamento prevede anche che la capogruppo debba impegnarsi a far parte del nuovo soggetto per tutta la durata dell'affidamento del servizio; le mandanti, invece, sono vincolate a farne parte per almeno cinque anni dal primo affidamento, fermo restando che ciascuna di loro può cedere la propria partecipazione solo a un soggetto che attesti di possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e di esperienza gestionale in misura non inferiore alla sua. Il Regolamento Criteri attribuisce dunque un ruolo preminente al mandatario, ovvero al soggetto che possiede almeno al 40% i requisiti di gara, ma non disciplina i suoi rapporti con le altre imprese del raggruppamento. Di tal che non è escluso che anche l'utilizzo di raggruppamenti temporanei, di consorzi o di nuove società, non si risolva in un ulteriore vantaggio per l'operatore più grande e/o maggiormente presente nell'ambito di riferimento, che, associandosi con uno o più operatori minori, può di fatto appropriarsi della parte dell'ambito che ancora non controlla.

Resta però il fatto che il Regolamento Criteri ha comunque dato a tutti i distributori un'ampia possibilità di costituire raggruppamenti di impresa per partecipare alle gare. Ciò che si pone in linea con l'intenzione del legislatore di favorire l'eliminazione degli ostacoli giuridici all'aggregazione quantomeno delle piccole imprese attive nel settore della distribuzione del gas naturale.³¹

29 L'art. 10, comma 7, del Regolamento Criteri recita che: “[p]er i raggruppamenti temporanei di impresa e per i consorzi ordinari si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. I singoli partecipanti al raggruppamento devono possedere individualmente i requisiti di cui ai commi 1, 2, 3, 4, alle lettere a), c) e d) del comma 6. I requisiti di cui al comma 5 e alla lettera b) del comma 6 devono essere posseduti cumulativamente dalle imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo o al consorzio, con l'obbligo per l'impresa mandataria di possedere tali requisiti in misura minima del 40%. Nel caso di partecipazione di una nuova società di capitali costituita dalla partecipazione di differenti imprese, questa può far valere i requisiti di cui al comma 5 e alla lettera b) del comma 6 posseduti cumulativamente dalle imprese partecipanti alla medesima società”.

30 L'art. 10, comma 8, del Regolamento Criteri recita che: “[i] rappresentanti legali di un raggruppamento temporaneo di imprese o di un consorzio ordinario si devono impegnare, in caso di aggiudicazione della gara, a costituire, entro un mese dall'aggiudicazione medesima, un soggetto giuridico unitario avente la forma di società di capitali e ad adempiere solidalmente a tutti gli obblighi assunti dal nuovo soggetto. Il nuovo soggetto sottoscrive il contratto di servizio. La capogruppo deve anche impegnarsi a far parte del nuovo soggetto per tutta la durata dell'affidamento del servizio e le mandanti per almeno 5 anni dal primo affidamento. Qualora una impresa mandante ceda la propria partecipazione nel soggetto giuridico unitario, l'acquirente della partecipazione deve sottoporre preventivamente, al soggetto di cui all'articolo 2, comma 5, la documentazione attestante il possesso di requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica in misura non inferiore a quella detenuta dall'impresa cedente la partecipazione, che è stata utilizzata ai fini del rispetto dei requisiti di partecipazione alla gara del raggruppamento di imprese, di cui al comma 7. Il soggetto di cui all'articolo 2, comma 5, può fare osservazioni entro 30 giorni dalla ricezione della documentazione relative”.

31 L'art. 17, comma 4, della legge 4 giugno 2010, n. 96, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea (Legge comunitaria 2009), ove sono enunciati i principi dei criteri direttivi per dare attuazione alla direttiva 2009/73/CE relativa al mercato del gas naturale, recita infatti che: “[n]ella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per

Il Regolamento Criteri però sembra fare anche un passo ulteriore in favore dell'aggregazione tra operatori per partecipare alle gare per ATEM nella misura in cui non esclude che possano partecipare ad esse in raggruppamenti temporanei anche le imprese che posseggono individualmente i requisiti previsti nei bandi. L'art. 10, comma 7, del Regolamento Criteri va infatti letto nel senso che per i raggruppamenti e i consorzi valgono gli stessi requisiti di partecipazione previsti per le imprese che concorrono individualmente, salvo il fatto che detti requisiti sono raggiunti sommando il contributo di ciascun partecipante. Resta però del tutto irrilevante la misura del contributo individuale dei mandanti, che può essere inferiore o superiore alla soglia minima prevista. Solo il mandatario è tenuto a possedere almeno al 40% dei requisiti.

Possono quindi partecipare alle gare raggruppamenti tra due o più operatori, che posseggono i requisiti individualmente e che si associano per presentare il più efficiente piano di investimenti e di sviluppo della rete. Parimenti un operatore in possesso dei requisiti per partecipare alla gara in un ATEM si potrebbe associare ad altri operatori e ridurre il rischio finanziario di questa gara, risparmiando risorse da impegnare nella partecipazione a gare in altri ATEM. Si pensi, infine, al caso di un operatore che non opera nell'ambito di riferimento, o non fa ciò in misura significativa, ma possiede i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica per partecipare alla gara in questo ambito e che si associa ad altri concorrenti per dividere con essi il rischio finanziario ed entrare in un nuovo territorio. Il Regolamento Criteri non impedisce dunque che gli operatori compiano scelte organizzative di tal genere che, non solo sembrano efficienti e giustificate dal punto di vista economico, ma che contribuirebbero ad aumentare la concorrenza tra più offerte a tutto vantaggio delle stazioni appaltanti. Tanto più in un settore come quello in esame, in cui, come detto, l'accesso alle procedure concorsuali è limitato dalla barriera finanziaria, per cui depotenziare istituti come il raggruppamento di imprese significherebbe ridurre ulteriormente il confronto in sede di gara.

Non è solo la stessa realtà del settore a far propendere per questa lettura del Regolamento Criteri e a far ritenere che anche i raggruppamenti tra soggetti che posseggono i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica possano in linea di principio partecipare alle gare per ATEM. In tal senso, depone anche l'orientamento consolidato della giurisprudenza e delle autorità indipendenti, compresa l'Autorità, cui si deve la messa in discussione dell'utilizzo delle ATI nelle procedure concorsuali.

Alla fine degli anni '90, l'Autorità infatti suggeriva alle stazioni appaltanti di non consentire nei bandi di gara la partecipazione dei c.d. raggruppamenti "sovradimensionati", ovvero composti da soggetti che possedevano singolarmente i requisiti di gara e potevano partecipare individualmente.³² Sempre secondo l'Autorità, la *ratio* dell'as-

il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all' articolo 2 della presente legge, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi:.....s) prevedere la rimozione degli ostacoli, anche di tipo normativo, al processo di aggregazione delle piccole imprese di distribuzione del gas naturale, per favorirne l'efficienza e la terzietà...".

32 Si veda la segnalazione del 17 dicembre 1999, AS 187, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, in cui l'Autorità afferma che "i raggruppamenti temporanei di imprese sono generalmente compatibili con le disposizioni della normativa antitrust nella misura in cui consentono a imprese che operano in fasi differenziate di una stessa filiera di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare. Se invece i raggruppamenti temporanei d'impresa sono realizzati tra imprese che producono il medesimo bene o servizio essi possono integrare una violazione della normativa a tutela della concorrenza quando le singole imprese partecipanti avrebbero potuto individualmente partecipare alla gara di appalto, in considerazione della loro dimensione e della capacità produttiva disponibile. In ogni caso i bandi di aggiudicazione non possono prevedere che i requisiti relativi alla capacità tecnica e finanziaria debbano essere soddisfatti dalle singole imprese associate nel raggrup-

sociazione temporanea tra imprese era rintracciabile nella sua capacità di ampliare il novero dei concorrenti in gara e un utilizzo improprio di questo istituto avrebbe vanificato la ragion d'essere della gara: garantire che la fornitura pubblica avesse luogo alle condizioni che risultassero dal confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi.³³ Nell'ottica dell'Autorità il raggruppamento tra imprese in grado di partecipare da sole alla procedura concorsuale riduceva il numero dei partecipanti alla gara e, in fin dei conti, restringeva la concorrenza come qualsiasi altro accordo tra imprese concorrenti per presentare un'offerta congiunta ad un cliente, limitando la sua possibilità di scelta tra beni e/o servizi e condizioni contrattuali diverse. La limitazione in via preventiva dell'utilizzo delle ATI sovradimensionate nasceva quindi dall'esigenza dell'Autorità di reprimere accordi potenzialmente restrittivi della concorrenza piuttosto che da reali esigenze sottese all'evidenza pubblica.³⁴

Il rischio che da questa impostazione derivasse il divieto per soggetti che possedevano i requisiti previsti dalle stazioni appaltanti di associarsi per presentare offerte congiunte in sede di gara veniva quasi subito sventato dalla giurisprudenza amministrativa,³⁵ che ribadiva che l'ATI è un contratto lecito la cui portata ai sensi del diritto della concor-

pamento, anziché dal raggruppamento nel suo complesso. Tale orientamento giurisprudenziale origina dalla considerazione che l'effettivo partecipante alla gara è l'associazione temporanea di imprese e non le singole imprese, conformemente alla finalità, che il legislatore ha assegnato ai raggruppamenti temporanei di imprese, di associare imprese tra loro indipendenti al fine di raggiungere una capacità complessiva idonea alla partecipazione alla gara.

Nella prospettiva della tutela della concorrenza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato auspica che la previsione dei raggruppamenti temporanei d'impresa sia limitata ai casi in cui essi siano effettivamente necessari per aumentare, e non per ridurre, il numero dei partecipanti alla gara". In tal senso, si veda anche, parere del 7 febbraio 2003, AS 251, Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.A.. Nella stessa ottica va letta la segnalazione AS672 del 18 marzo 2010, Comune di Marostica (Vc) – Servizio di distribuzione del gas, in cui l'Autorità ha ritenuto che gli obiettivi dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese fossero vanificati per il fatto che il comune in questione avesse previsto che tutti i partecipanti al raggruppamento dovessero soddisfare tutti i requisiti tecnico economici. Ciò con il risultato che le imprese di piccole dimensioni, che non possedevano questi requisiti non avrebbero potuto partecipare alla gara neanche associandosi.

33 Si veda, in tal senso, il provvedimento del 20 febbraio 2003, n. 11726, *Aziende di trasporto pubblico locale – Petrolieri*, (§354). In particolare, secondo l'Autorità il raggruppamento avrebbe dovuto consentire alle imprese di superare la barriera dei requisiti dimensionali e tecnico-finanziari per partecipare al concorso e alle stazioni appaltanti di selezionare l'offerta migliore tra quelle presentate da un numero maggiore di imprese.

34 L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Determinazione del 10 ottobre 2012 n. 4, BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, evidenzia anche che la disciplina degli appalti pubblici non vieta di partecipare alle gare in raggruppamenti sovradimensionati. Si consideri anzi che l'art. 37, comma 12, del Codice degli Appalti prevede che, in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo hanno la facoltà di presentare un'offerta o di trattare per se stessi o quali mandatari di operatori riuniti (§ 7.1.3.).

35 Si fa riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato del 2 maggio 2001, n. 1189, che è alla base della successiva giurisprudenza amministrativa in materia di applicazione del diritto della concorrenza alle ATI. In questa sentenza, il Consiglio di Stato ha confermato l'annullamento del provvedimento in cui l'Autorità aveva ritenuto restrittivo della concorrenza un accordo tra alcune delle maggiori compagnie assicurative italiane. In particolare, queste compagnie si erano aggiudicate una gara bandita dal Comune di Milano per il rinnovo della copertura assicurativa, presentando un'offerta congiunta in coassicurazione. Secondo l'Autorità, il loro accordo violava il diritto della concorrenza perché ciascuna di loro aveva i requisiti per partecipare alla gara e assicurare i rischi singolarmente. Secondo il giudice amministrativo, invece, l'Autorità non poteva limitarsi a constatare ciò ma avrebbe dovuto dimostrare che in concreto il contratto di coassicurazione fosse stato utilizzato a fini anticoncorrenziali.

renza va valutata in concreto,³⁶ alla luce di una serie di elementi, tra cui il suo contenuto e il contesto di riferimento.³⁷ È oggi un principio consolidato quello per cui il “sovradimensionamento” di un’ATI è solo un indizio ma mai la prova della sua restrittività ai sensi del diritto della concorrenza.³⁸

La stessa Autorità, peraltro, non solo affrettava sin da subito a chiarire che vi potevano essere casi in cui anche raggruppamenti sovradimensionati potevano essere giustificati dal punto di vista del diritto della concorrenza, ad esempio, se le imprese che partecipavano ad essi avevano specializzazioni diverse o si associavano per assicurare una più razionale diversificazione del rischio della gara,³⁹ o per venire incontro ai peculiari bisogni dell’amministrazione appaltante.⁴⁰ Ma nel 2011 rimeditava la posizione da suggerire alle stazioni appaltanti, stabilendo che era maggiormente in linea con le disposizioni del diritto della concorrenza l’approccio per cui le stazioni appaltanti non prevedessero nei bandi di gara la partecipazione di raggruppamenti sovradimensionati solo dopo aver svolto un’analisi della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui potesse desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte.⁴¹

36 Si vedano, per tutti, sentenza del Consiglio di Stato del 10 febbraio 2006, n. 548, sentenza del Tar del Lazio del 26 giugno 2008, n. 6238, e, da ultimo, le sentenze del Consiglio di Stato 11 giugno 2012, n. 3402, e 24 settembre 2012, n. 5067.

37 A tale proposito, si noti che sinora il Consiglio di Stato ha ritenuto che si ponessero in contrasto con il diritto della concorrenza solo ATI strumentali a realizzare accordi più ampi per la ripartizione dei mercati e delle forniture (si vedano per tutti, sentenza n. 548/2006, cit. (relativa ad associazioni tra imprese concorrenti per partecipare alle gare per la fornitura di carburante per autotrazione bandite da un’azienda di trasporto pubblico locale); sentenza del 9 aprile 2009, n. 2203 (relativa ad associazioni tra imprese concorrenti per partecipare a gare nel settore del trasporto pubblico locale); sentenza n. 5067/2012, cit. (relativa a raggruppamenti temporanei tra due concorrenti per partecipare a gare nel settore idrico).

38 Si veda per tutti sentenza n. 5067/2012, cit., che ha sancito definitivamente che non è il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, ma “l’inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell’a.t.i., in sé lecito” (§8.3).

39 Parere del 28 settembre 2011, AS 880, Codice dei Contratti Pubblici : tipizzazione delle clausole di esclusione dalle procedure di gara e determinazione dell’offerta migliore.

40 AS251, cit., in cui si fa l’esempio dell’ATI tra concorrenti con i requisiti potrebbe essere ammessa, ad esempio, nel caso in cui l’amministrazione richiedesse particolari servizi, quali quelli di tesoreria in cui l’interesse pubblico è quello alla capillarità del servizio.

41 AS880, cit., in cui l’Autorità spiega che: “può ragionevolmente ritenersi che la facoltà di una stazione appaltante di escludere dalla gara i raggruppamenti che presentino connotazioni tali da apparire, anche prima facie, palesemente anticoncorrenziali non solo non sia preclusa dalla citata previsione di cui all’articolo 46, comma 1-bis, del CCP, ma anzi, esplicitamente ammessa da questo attraverso il rinvio alla possibilità di escludere i candidati che non adempiano alle prescrizioni previste “da altre disposizioni di legge vigenti”.

Quanto all’inserimento di una clausola esplicita di esclusione nel bando di gara, l’esperienza maturata dall’Autorità e le recenti modifiche normative suggeriscono l’adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti. La possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un’analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, appare sicuramente più aderente alla ratio dell’articolo 101 del Trattato e all’esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese”. L’Autorità ha così proposto un approccio simile a quello dell’art. 4, comma 11, lett. d), del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge 15 settembre 2011, n. 148, caducato a seguito di declaratoria di incostituzionalità da parte della sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199. Tale disposizione sanciva che, per salvaguardare la concorrenza nei mercati, il bando di gara o la lettera di invito potessero prevedere l’esclusione di “forme di aggre-

Che non possa quindi più essere prevista nei bandi l'automatica esclusione dei raggruppamenti sovradimensionati senza un'indagine sui rischi che essi in concreto pongono dal punto di vista del diritto della concorrenza è stato confermato di recente anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, secondo la quale “[s]i ritiene...non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti “sovraabbondanti”..., dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale..”⁴² Il che significa che le stazioni appaltanti potranno escludere i raggruppamenti sovradimensionati solo dopo aver svolto un'analisi sulle loro caratteristiche e sulla situazione del mercato, da cui si evinca che, in concreto, detti raggruppamenti restringono la concorrenza e che, tenuto conto delle esigenze della gara, sia ragionevole e proporzionato non consentire ad essi di partecipare alle gare.⁴³ Resta fermo in ogni caso che i membri del raggruppamento devono avere la possibilità di giustificare la sua costituzione, fornendo elementi concreti atti a dimostrare che, ad esempio, si associano perché il servizio richiesto dall'amministrazione ha caratteristiche peculiari, per suddividere il rischio finanziario della gara, perché l'associazione consente di presentare un'offerta migliore o perché la gestione del servizio richiede una particolare organizzazione delle attività.⁴⁴

gazione o di 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 della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento”.

42 Si veda, Determinazione, cit., § 7.1.3.

43 Anche secondo l'Autorità di Vigilanza, “[Piuttosto è] 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'assetto del mercato di riferimento, fermo restando che l'esclusione non potrà mai essere automatica...» (Determinazione dell'Autorità Vigilanza, cit., §7.1.3). In tal senso, si è espresso anche il Consiglio di Stato, che ha affermato che: “la limitazione a priori alle imprese della facoltà d'un tipo di ATI per ragioni antitrust, non rispon[d]e di per sé sola ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, soprattutto se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese.... Pare tuttavia al Collegio che, a tutto concedere, la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere queste ultime alle gare, non essendo basata su norme imperative (arg. ex CGA, 4 luglio 2011 n. 474) e non potendo esser statuita in via pretoria (cfr. Cons. St., VI, 20 febbraio 2008 n. 588), resta allora soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia in sé, sia con riguardo ed all'oggetto dell'appalto ed alla predetta utilità sperata. Sicché, assodato che la tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica va governata all'interno della gara e per il conseguimento del risultato economico che il soggetto aggiudicatore si prefigge, non si può ritenere collusiva un'ATI “sovraabbondante” per il sol fatto che si presenti ad una gara pubblica. L'accordo associativo per tali ATI, come ogni rapporto tra privati, in realtà è neutro e, come tale, soggiace alle ordinarie regole sulla liceità e la meritevolezza della causa e non può dirsi di per sé contrario al confronto concorrenziale proprio dell'evidenza pubblica. Insomma, elidere senz'altro la possibilità di ATI “sovraabbondante”, in assenza di motivate ragioni direttamente incidenti sulle esigenze concorrenziali della gara, soprattutto in gare, come quella per cui è causa, 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” (sentenza 3402/2012, cit., §2.5).

44 Secondo l'Autorità Vigilanza, deve “essere assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione. Tale giustificazione non dovrà, tuttavia, limitarsi ad una mera “autocertificazione”, ma dovrà essere basata su precisi elementi in grado di 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)...” (Determinazione dell'Autorità Vigilanza, cit., §7.1.3). La giurisprudenza amministrativa non ha indicato con precisione quali possano essere le giustificazioni di un'ATI sovradimensionata. Nella recente sentenza 5067/2012, il Consiglio di Stato ha confermato le valutazioni dell'Autorità sul fatto che i raggruppamenti

In conclusione, nel tempo si è trovato un punto di equilibrio il diritto delle imprese di utilizzare un contratto lecito per partecipare alle gare e l'interesse alla tutela della concorrenza nel mercato, per cui un tal diritto recede solo a fronte di un'effettiva esigenza di protezione del mercato. Il Regolamento Criteri non può che essere interpretato in tal senso. Le stazioni appaltanti pertanto potranno escludere i raggruppamenti sovradimensionati in via preventiva solo ove verifichino che, tenuto conto del contesto di riferimento, dell'oggetto della gara, della situazione dei partecipanti e di eventuali più ampie intese tra questi ultimi, detti raggruppamenti possono dar luogo ad effetti restrittivi della concorrenza, quali ad esempio, la ripartizione delle forniture e della clientela tra i loro partecipanti.⁴⁵ A tal fine, potrebbero valersi della facoltà di discostarsi dal bando e dal disciplinare tipo ai sensi dell'art. 9 del suddetto regolamento.⁴⁶ Una scelta di tal genere dovrebbe però essere operata con le opportune cautele ed essere sostenuta da adeguate motivazioni sotto il profilo concorrenziale.⁴⁷

III. I provvedimenti dell'Autorità

Con i provvedimenti in esame, l'Autorità è intervenuta su due accordi tra operatori attivi nella distribuzione del gas naturale: un'ATI sovradimensionata, costituita per partecipare ad una gara, e l'acquisto di un'impresa di distribuzione da parte di una società che

temporanei tra le parti fossero restrittivi della concorrenza, anche sul presupposto che non fossero giustificati da obiettive ragioni di carattere tecnico-organizzativo. Da quanto ci risulta, l'unica giustificazione che l'Autorità ha ritenuto sufficiente per escludere che un'ATI fosse anticoncorrenziale è stato il fatto che le due imprese che partecipavano ad esse erano specializzate nella fornitura di servizi diversi e solo associandosi potevano partecipare alla gara (provvedimento n. 11726/2003, cit.).

45 Ad esempio, il Consiglio di Stato ha confermato che una stazione appaltante poteva prevedere nel bando di gara il divieto di partecipare in ATI alla luce delle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara (sentenza del 19 giugno 2009 n. 4145). Nel caso di specie Consip aveva ritenuto che consentire di riunirsi fra loro in ATI alle imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara avrebbe comportato il rischio di una restrizione della platea dei partecipanti e, quindi, del confronto concorrenziale. Il mercato, infatti, era caratterizzato, sotto il profilo dell'offerta, dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. In tale contesto i notevoli importi dei singoli lotti della gara determinavano che pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari e consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ATI avrebbe comportato il rischio di ridurre l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni e di rendere più difficile per le imprese di più ridotte dimensioni la partecipazione alla gara anche attraverso i raggruppamenti. L'esito della procedura aveva confermato tale ipotesi, in quanto ai primi posti delle graduatorie si erano collocate le principali del settore, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, che sarebbe potuta venire meno in caso di riunione delle stesse imprese, invece non consentita dalla contestata clausola. Peraltro, la clausola in questione non vietava i raggruppamenti né vietava alle imprese maggiori di costituirli. Il bando impediva a tali imprese solo di associarsi fra loro, ma le lasciava libere di associarsi con imprese prive dei requisiti per partecipare singolarmente.

46 L'art. 9 del Regolamento Criteri che prevede che: “[l]a stazione appaltante predispone e pubblica il bando di gara e il disciplinare di gara attenendosi agli schemi e alle indicazioni del bando di gara tipo e il disciplinare di gara tipo di cui, rispettivamente, agli allegati 2 e 3. Eventuali scostamenti dal bando di gara tipo e dal disciplinare di gara tipo, nonché la scelta dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara, devono essere giustificati in una apposita nota.

2. La stazione appaltante invia il bando di gara e il disciplinare di gara all'Autorità, insieme alla nota giustificativa di cui al comma 1. L'Autorità può inviare entro 30 giorni proprie osservazioni alla stazione appaltante”.

47 Ricordiamo anche che l'Autorità potrebbe mettere in discussione la scelta di escludere i raggruppamenti sovradimensionati, ai sensi dell'art. 21bis della legge n. 287/1990, che prevede che essa sia legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

già deteneva una partecipazione di minoranza nel suo principale concorrente. Nel valutare questi accordi si è posta in un'ottica diversa da quella del regolatore. Quest'ultimo, come detto, ha privilegiato una migliore organizzazione del servizio in esame anche a costo di escludere molti operatori dall'accesso alle gare per ATEM. Nel contempo, però, ha garantito ai distributori un'ampia possibilità di costituire raggruppamenti di impresa per partecipare a dette gare, dando così loro la possibilità di rimanere nel mercato. L'Autorità, invece, ha stabilito una serie di limiti all'associazione tra detti distributori, mostrando anche nel settore della distribuzione del gas naturale un atteggiamento negativo nei confronti dei raggruppamenti tra imprese che potrebbero partecipare da sole alle gare.

Il Provvedimento Casalmaggiore

- Quanto al Provvedimento Casalmaggiore, è stato un banco di prova particolarmente importante per l'Autorità, perché per la prima volta si è trovata a valutare un'ATI che non era parte di più ampi accordi tra i partecipanti. Prima del provvedimento in esame, infatti, oltre a dare indicazioni alle stazioni appaltanti sulle condizioni per escludere nei bandi di gara i raggruppamenti di imprese sovradimensionati, l'Autorità aveva considerato restrittivi della concorrenza raggruppamenti e consorzi, che venivano utilizzati dalle imprese per ripartirsi clienti, territori e/o forniture, in attuazione di intese e collaborazioni pluriennali su tutto il territorio nazionale, o su ampie porzioni di esso.⁴⁸ Nel 2011, come detto, aveva dato suggerimenti diversi alle stazioni appaltanti e, almeno in linea di principio, aveva manifestato un atteggiamento meno drastico nei confronti dei raggruppamenti sovradimensionati. Nel Provvedimento Casalmaggiore ci si sarebbe dunque attesi che avrebbe valutato in concreto la compatibilità con il diritto della concorrenza dell'ATI tra 2iGas e LD. Tanto più che il caso in esame era anche il primo in cui l'Autorità doveva valutare un'ATI nel settore della distribuzione del gas naturale, che, come detto, presenta dinamiche concorrenziali molto peculiari legate proprio alla disciplina delle gare per l'affidamento del servizio. Ma, come vedremo, non è stato così.
- Venendo alla fattispecie considerata nel provvedimento,⁴⁹ la gara in questione era stata indetta dal Comune di Casalmaggiore nel 2010 per anticipare la riforma delle gare per ATEM, che avrebbe determinato minori introiti per i comuni. Tanto è vero che la tempistica della gara era estremamente ristretta e nel bando si attribuiva un peso preponderante al canone da riconoscersi a ciascuno degli otto comuni interessati. Si prevedeva, inoltre, che, nel corso della concessione, ciascun comune potesse discrezionalmente chiedere al gestore l'anticipazione dei canoni concessori annui, fino alla concorrenza del 90% dell'ultimo canone liquidato, moltiplicato per il numero di anni o frazioni, intercorrenti tra la richiesta e la scadenza della concessione. Tale anticipazione era non solo azionabile discrezionalmente da ciascun comune, ma era suscettibile di variazione nel corso degli

⁴⁸ Si noti, inoltre, che prima del Provvedimento Casalmaggiore, l'Autorità ha ritenuto restrittive della concorrenza solo ATI e raggruppamenti che erano strumentali a realizzare più ampie intese a monte tra i partecipanti, aventi ad oggetto la ripartizione dei territori a livello nazionale o delle forniture nel corso di più gare (si vedano, ad esempio, provvedimento n. 11726/2003, cit. (relativo ad ATI e consorzi tra concorrenti per partecipare ad una pluralità di gare per la fornitura di carburante ad alcune aziende di trasporto pubblico locale), provvedimento 30 ottobre 2007, n. 17550 (relativo a raggruppamenti e consorzi per partecipare alle gare nel settore del trasporto pubblico locale) e provvedimento del 22 novembre 2007, n. 17623 (relativo a raggruppamenti tra concorrenti per partecipare a gare nel settore idrico).

⁴⁹ §§ 24-26.

anni e il suo mancato pagamento, anche ad uno solo dei comuni, dava luogo alla risoluzione dei contratti con tutti gli otto comuni interessati. Le imprese comunque potevano partecipare in raggruppamenti temporanei anche se possedevano singolarmente i requisiti di gara, fermo restando che tali requisiti sarebbero stati computati cumulativamente in capo al loro raggruppamento. L'intento dei comuni di ottenere il prima possibile l'aggiudicazione era dimostrato anche dal fatto che, per bandire la gara, non si era voluta attendere neanche la soluzione del contenzioso sull'indennizzo al gestore uscente ziGas e nel bando era stabilito che tale indennizzo sarebbe stato a carico dei comuni interessati.⁵⁰ In conclusione, considerando tutti gli oneri imposti a carico dell'aggiudicatario, la gara non era particolarmente vantaggiosa per gli operatori, neanche presentando un'offerta alle condizioni minime previste dal bando. E dall'istruttoria dell'Autorità era emerso che la facoltà dei comuni di chiedere discrezionalmente l'anticipazione del canone si era tradotta in una vera e propria barriera finanziaria, che aveva scoraggiato le imprese interessate dal partecipare alla gara.

- Queste peculiari caratteristiche del bando di gara, che rendevano la partecipazione quantomeno difficoltosa, se non impossibile, a causa degli oneri finanziari a carico dell'aggiudicatario, hanno costretto l'Autorità ad affrontare una serie di temi di particolare interesse in vista delle prossime gare per ATEM, che saranno disciplinate in maniera diversa da quella indetta dal Comune di Casalmaggiore, ma, come detto, richiederanno agli operatori cospicue disponibilità finanziarie: (i) quali sono le circostanze per cui un'ATI nel settore della distribuzione del gas naturale restringe la concorrenza; (ii) quali sono le possibili giustificazioni per la sua costituzione ; (iii) la rilevanza della barriera finanziaria che deriva principalmente dalla necessità di pagare i rimborsi ai gestori uscenti ; e (iv) il ruolo delle società capogruppo nelle decisioni prese dalle imprese di distribuzione sulla partecipazione alle gare.
- Quanto all'ATI, l'Autorità ha confermato che è un accordo tipizzato e lecito, che può tuttavia costituire un'intesa contraria al diritto della concorrenza laddove il suo concreto utilizzo avvenga per raggiungere finalità anticoncorrenziali.⁵¹ Il che va accertato caso per caso sulla base di una serie di elementi legati al contesto storico e regolamentare riferimento, al contenuto stesso dell'ATI e alle sue finalità in concreto.⁵²

A tale proposito, l'Autorità ha stabilito innanzitutto che non è necessario dimostrare che l'ATI si inserisca in accordi di cooperazione più ampi fra i suoi partecipanti. Tanto è vero che quella tra LD e ziGas è stata considerata restrittiva della concorrenza anche se era stata l'unica forma di collaborazione tra le parti, che prima non avevano mai stipulato intese o collaborazioni e tanto meno concordato le strategie di gara. Inoltre, secondo l'Autorità, gli unici raggruppamenti che possono sollevare perplessità dal punto di vista del diritto della concorrenza sono quelli "sovradimensionati", cioè composti da imprese che sono in possesso singolarmente dei requisiti previsti dal bando di gara. Per l'Autorità, dunque, anche nel settore del gas naturale il primo elemento da considerare per valutare un raggruppamento temporaneo è se sia o meno composto da operatori che potrebbero partecipare da soli alla gara sulla base del bando e del disciplinare. Se è così quest'operatori debbono essere ritenuti "concorrenti potenziali", che attraverso l'ATI non fanno altro che concordare l'offerta alla stazione appaltante; ciò che potrebbe

⁵⁰ § 161.

⁵¹ § 147.

⁵² § 148.

essere restrittivo della concorrenza come qualsiasi altro accordo tra un gruppo di imprenditori sulle condizioni contrattuali da proporre ad un cliente.⁵³ Stabilire se sia così, come detto, richiede una valutazione delle circostanze del caso di specie. Tuttavia, nel Provvedimento Casalmaggiore, l'Autorità, quasi a voler fornire linee guida agli operatori che si accingono a partecipare alle gare per ATEM, si è preoccupata di elencare gli elementi sulla base dei quali ha ritenuto restrittiva l'ATI tra LD e 2iGas. Tali elementi sono: i) due circostanze attenenti al contesto di riferimento e, in particolare, quella che, secondo l'Autorità, sarebbe l'imminente apertura del mercato alla concorrenza per effetto delle gare per ATEM e la prassi, diffusa, soprattutto tra gli operatori medio-piccoli, di difendere le proprie preesistenti posizioni di incumbency (c.d. *stronghold strategy*) nell'attesa dell'entrata in vigore della riforma; ii) alcune caratteristiche dell'ATI tra LD e 2iGas, tra cui il suo sovradimensionamento, il fatto che non avesse nessuna giustificazione di efficienza, industriale o gestionale, dal momento che ogni società rimaneva gestore individuale nei comuni in cui già esercitava il servizio in precedenza, e il fatto che non creava un maggiore concorrenza in sede di gara, né produceva alcun valore aggiunto al servizio gestito da ogni singola impresa; iii) la preoccupazione di ciascuna delle parti, in prospettiva delle nuove gare di ambito, di razionalizzare il portafoglio delle concessioni e/o di pianificare accordi con i propri concorrenti; e iv) alcune caratteristiche specifiche della gara, compreso il comportamento tenuto dalle parti nel corso del suo svolgimento.⁵⁴

Tuttavia, a voler considerare gli elementi su cui si è basata, non resta che concludere che l'Autorità abbia disatteso le proprie dichiarazioni di principio per cui un'ATI nel settore della distribuzione del gas naturale debba essere valutata in concreto, anche alla luce delle caratteristiche del settore e delle finalità delle parti. Innanzitutto, suscita molte perplessità l'affermazione dell'Autorità per cui l'imminente riforma delle gare per ATEM avrebbe condotto all'apertura alla concorrenza del settore. Come detto,

53 §147.

54 In particolare, questi elementi sono: “- l'essere l'intesa maturata in un contesto di imminente apertura alla concorrenza come effetto dell'introduzione di gare di ATEM con il rischio/certezza che gli assetti preesistenti venissero scalfiti da dinamiche concorrenziali nuove; – le evidenze agli atti relative alla preoccupazione delle Parti, in prospettiva delle nuove gare di ambito, di razionalizzare il portafoglio delle concessioni tramite compravendite/*swaps* con i *competitors*/pianificazione di accordi strategici di “alleanze”/non belligeranza con i *competitors*; – la diffusa prassi, in particolare, di operatori medio-piccoli di difendere le proprie preesistenti posizioni di *incumbency* (*stronghold strategy*) nell'attesa della disciplina di ATEM, nelle gare che venivano bandite con le vecchie regole; – il fatto che sia LD, sia 2iGas sono parte di gruppi imprenditoriali che presentavano ampiamente e singolarmente i requisiti tecnici e finanziari per la partecipazione alla gara; – il non avere l'ATI nessuna giustificazione di efficienza, industriale o gestionale dal momento che ogni società rimaneva gestore individuale nei Comuni in cui già esercitava il servizio in precedenza, né creava un maggiore concorrenza in sede di gara, né produceva alcun valore aggiunto al servizio gestito da ogni singola impresa; – l'irrelevanza, al fine di giustificare la necessità della costituzione dell'ATI tra i due operatori *incumbent*, anziché la presentazione di offerte individuali, delle motivazioni per cui entrambi erano interessati a partecipare: i) per LD la continuità e difesa territoriale; ii) per 2iGas la valorizzazione degli asset con maggiori garanzie rispetto all'indennizzo che gli sarebbe spettato come gestore uscente da parte del Comune di Casalmaggiore e per sostenere l'ammissibilità del ricorso contro il bando e la disciplina di gara; – il fatto che entrambe le società avevano, separatamente, elaborato già al momento dell'indizione della gara, più *business plan* per la partecipazione alla stessa, da cui si desumeva una ridotta remuneratività derivante dall'aggiudicazione, come conseguenza delle condizioni previste dal disciplinare di gara, ragione per cui entrambe ambivano ad aggiudicarsi la gara offrendo le condizioni economiche e tecniche minime previste dal bando; – la ridotta remuneratività della gara, i ristretti tempi di presentazione delle offerte e l'esito del sopralluogo del 23 luglio 2010, tale per cui era del tutto improbabile che altre imprese, al di fuori dei due *incumbent*, avrebbero presentato offerte, – il livello minimo dell'offerta presentata che poteva giustificarsi soltanto alla luce della ragionevole certezza di essere isoli a partecipare, non essendo razionalmente sostenibile che l'offerta fosse stata presentata al fine di “perdere” la gara” (§ 213 del Provvedimento Casalmaggiore).

infatti, l'istituzione degli ATEM e l'indizione delle gare secondo il Regolamento Criteri non hanno nulla a che vedere con l'apertura alla concorrenza del settore della distribuzione del gas naturale, che semmai risale al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164 (c.d. Decreto Letta). Anzi è un fatto notorio che la riforma darà luogo alla riduzione del numero degli operatori, anche perché li indurrà ad aggregarsi per poter partecipare alle gare. Pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dall'Autorità, il quadro normativo è un elemento atto a giustificare la costituzione di un raggruppamento temporaneo per partecipare ad una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, piuttosto che a sancirne la restrittività dal punto di vista del diritto della concorrenza. Lo stesso discorso vale per la seconda caratteristica del contesto di riferimento su cui si è basata l'Autorità: la tendenza degli operatori a mantenere gli affidamenti nei territori già gestiti. Anche una strategia di tal genere è infatti perfettamente spiegabile alla luce delle caratteristiche del settore in esame. Anche all'epoca della gara di Casalmaggiore, infatti, i fornitori di servizi di distribuzione del gas naturale non potevano decidere le strategie di gara senza tenere in considerazione il fatto che si prevedeva che i futuri ATEM sarebbero stati costituiti da comuni limitrofi. Era quindi inevitabile che, per poter valorizzare al massimo il proprio posizionamento territoriale ed essere più competitivi nelle gare di ATEM, detti fornitori scegliessero di partecipare alle gare nei territori dove erano già presenti o in quelli limitrofi. Anche in futuro, nel contesto delle gare di ATEM, gli operatori tenderanno a privilegiare la partecipazione alle gare in ATEM in cui sono presenti in misura significativa, per minimizzare i rimborsi ai gestori uscenti. Ne deriva quindi che non dovrebbe deporre necessariamente a favore della restrittività di un'ATI sovradimensionata per partecipare ad una gara per ATEM il fatto che uno o più dei suoi membri siano gestori uscenti in alcuni comuni ricompresi nell'ambito di riferimento. Quanto agli altri elementi considerati dall'Autorità, da un lato si tratta di circostanze che di regola non rilevano per stabilire se un accordo sia restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990, quali, ad esempio, le ipotesi di strategia fatte autonomamente da ciascuna delle parti e il fatto che l'ATI tra 2iGas e LD non fosse giustificata in termini di efficienza; dall'altro, si tratta di deduzioni fatte dall'Autorità sulla base del bando di gara e del comportamento delle parti nel corso del suo svolgimento.

In conclusione, dal Provvedimento Casalmaggiore emerge che l'Autorità, anziché valutare in concreto la portata dell'ATI tra 2iGas e LD, si sia focalizzata sostanzialmente solo sul fatto che le due società potessero partecipare da sole alla gara e, ciò nonostante, avessero costituito un'ATI per ripartirsi le forniture negli otto in modo da mantenere l'assetto preesistente. Se si considera che la ripartizione delle forniture è tipica di qualsiasi ATI tra operatori che forniscono lo stesso tipo di servizi – come nel caso della distribuzione del gas naturale –, non resta che concludere che l'Autorità in fin dei conti continua a ritenere l'ATI sovradimensionata rispetto ai requisiti del bando di gara di per sé restrittiva della concorrenza. Ciò che però è in contrasto con l'insegnamento della giurisprudenza che, come detto, ha chiarito che il sovradimensionamento di per sé non è prova del fatto che un raggruppamento costituisca un'intesa restrittiva della concorrenza, neanche quando detto raggruppamento prevede la ripartizione della fornitura del servizio tra i suoi partecipanti. Inoltre, un approccio del genere dimostra che l'Autorità non ha saputo, o voluto, cogliere le dinamiche del settore della distribuzione del gas naturale, in cui gli operatori sono "concorrenti potenziali" non solo se posseggono in astratto i requisiti del bando, ma se hanno la disponibilità finanziaria per partecipare alla gara.

Quanto alle possibili giustificazioni di un'ATI dal punto di vista del diritto della concorrenza, l'Autorità lascia intendere che un'ATI sovradimensionata che sia sorretta da obiettive ragioni di efficienza o tecnico-industriali non sarebbe vietata. Sembra un'apertura

a favore dei raggruppamenti di impresa, ma in realtà non lo è. Nel Provvedimento Casalmaggiore, infatti, l'Autorità non solo ha rintracciato l'anticorrenzialità dell'ATI tra le parti nel fatto che essa fosse sovradimensionata e desse luogo alla ripartizione delle forniture, ma ha valutato l'accordo tra 2iGas e LD seguendo un approccio più restrittivo rispetto a quello che applica quando si tratta di valutare la portata competitiva di altre intese tra concorrenti. Nel Provvedimento l'Autorità afferma infatti che la valutazione di un'ATI comporta che "l'Autorità una volta valutati, caso per caso, gli elementi addotti dalle Parti al fine di fornire una giustificazione specifica "proconcorrenziale" del raggruppamento e in assenza di una tale giustificazione, valuti congiuntamente una serie di indizi rivelatori dell'illiceità dell'ATI".⁵⁵ Di regola, però, per poter vietare un'intesa è l'Autorità a dover dimostrare che detta intesa abbia oggetto o effetto restrittivo della concorrenza, alla luce del contesto economico giuridico di riferimento, e che sia priva di una giustificazione obiettiva. Nella valutazione per stabilire se un comportamento violi o meno l'art. 2 non gioca infatti alcun ruolo il fatto che detto comportamento sia giustificato in termini di efficienza, ovvero sia che sia giustificato perché dà luogo ad effetti positivi sulla concorrenza nel mercato che superano quelli restrittivi, che pure derivano da esso. Ciò che potrà eventualmente avere rilevanza solo in un secondo momento, quando cioè le parti dell'intesa, di cui l'Autorità ha già dimostrato la restrittività ai sensi dell'art. 2, chiedono alla stessa Autorità che sia eccezionalmente autorizzata ai sensi dell'art. 4 della legge n. 287/1990.⁵⁶ Nel Provvedimento Casalmaggiore, invece, l'Autorità lascia intendere che l'ATI tra 2iGas e LD fosse illecita ai sensi dell'art. 2 perché sovradimensionata e non efficiente,⁵⁷ senza aver in alcun modo dimostrato che abbia oggetto e/o effetti restrittivi della concorrenza, alla luce del contesto giuridico-economico rilevante. A ciò si aggiunga che l'Autorità non ha comunque chiarito in che cosa consistano l'efficienza⁵⁸ e le ragioni tecnico-industriale da dimostrare per giustificare la costituzione di un'ATI. Dal Provvedimento Casalmaggiore si evince solo che l'ATI tra LD e 2iGas è stata considerata illecita anche perché non aveva l'obiettivo di realizzare

55 § 208.

56 L'art. 4 della legge n. 287/1990 recita che: "1. L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione.

3. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa".

57 §212.

58 Resta da chiedersi quindi se, ammesso che l'approccio dell'Autorità sia corretto, per giustificare un'ATI le parti debbano dimostrare il ricorrere di tutte le circostanze di cui all'art. 4 della legge n. 287/1990. tale disposizione prevede che la possibilità di chiedere l'autorizzazione di intese che diano luogo "a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato".

un'integrazione industriale tra le parti e ciascuna di loro avrebbe continuato a gestire in autonomia i comuni nei quali era gestore uscente.

Quanto alla rilevanza della barriera finanziaria, nel corso del procedimento relativo alla gara di Casalmaggiore, LD aveva giustificato la propria condotta anche dichiarando di aver partecipato in forma associata perché aveva difficoltà a reperire le risorse economiche per sostenere gli oneri imposti all'aggiudicatario dal bando di gara e non voleva compromettere la partecipazione alle ormai prossime gare di ATEM, che avrebbero richiesto un impegno finanziario molto elevato. L'Autorità ha respinto queste argomentazioni, poiché, a suo dire, la partecipazione in ATI di LD era in realtà frutto di una scelta aziendale e non di un'obiettiva necessità. Tuttavia non ha escluso che "l'argomento della barriera finanziaria [possa] essere utilizzato qualora esso non si riferisca ad una specifica gara ma all'insieme delle gare a cui una o più imprese intendono partecipare. Con riferimento ad una gara singola, la scelta di partecipare in ATI in virtù dell'obiettivo di non pregiudicare la partecipazione, singola o in ATI, appare sempre una libera scelta aziendale".⁵⁹ Anche questa volta, però, l'Autorità lascia aperte alcune questioni. Innanzitutto, quella della prova della barriera finanziaria che l'impresa si trova ad affrontare. Alla luce del Provvedimento Casalmaggiore dimostrare la mancanza di risorse finanziarie può essere particolarmente difficoltoso, se non impossibile. Innanzitutto, nel provvedimento in esame, l'Autorità ha indicato che i requisiti di gara e la capacità finanziaria di 2iGas e LD andavano misurati in relazione ai gruppi di appartenenza, che facevano capo, rispettivamente, a E.On Italia S.p.A. ("EON") e a Linea Group Holding S.r.l. ("LGH"). Secondo l'Autorità, queste società sono a capo di gruppi di grandi dimensioni e sarebbero state in grado di finanziare la partecipazione delle proprie controllate alla gara di Casalmaggiore. Ciò a prescindere dalla verifica in concreto di come erano ripartite tra le società del gruppo le risorse finanziarie ai fini del raggiungimento degli obiettivi strategici di gruppo e delle eventuali difficoltà all'accesso al credito, che, specie alla luce della crisi iniziata nel 2008, potevano assumere particolare rilevanza. Di tal che dal Provvedimento di Casalmaggiore si potrebbe evincere che qualsiasi impresa di distribuzione che appartenga ad un gruppo societario di dimensione significativa deve essere ritenuta in grado di disporre dei cospicui finanziamenti per partecipare alle gare di ATEM. Inoltre, dal provvedimento in esame emerge che la mera previsione di partecipare a più gare di ATEM non ha giustificato il comportamento di LD. Ne deriva che, per giustificare un'ATI sovradimensionata, le parti dovrebbero fornire elementi più concreti della mera intenzione di competere negli ATEM; ad esempio, dovrebbero dar prova dei loro piani strategici, indicando a quali gare intendono partecipare e i costi che dovranno sostenere a tal fine. Infine, dal Provvedimento Casalmaggiore non è dato capire se l'esistenza di una barriera finanziaria vada dimostrata o meno per tutte le imprese che intendono partecipare all'ATI. Nel caso di specie, ad esempio, solo LD aveva lamentato la mancanza della capacità finanziaria, mentre 2iGas non sembrava avere le sue stesse difficoltà.

Quanto, infine, al ruolo delle società capogruppo, l'Autorità ha ritenuto che EON e LGH, che detenevano, rispettivamente, la totalità o quasi del capitale di 2iGas e LD, fossero anch'esse responsabili dell'infrazione poiché sarebbero state coinvolte nelle decisioni delle loro controllate in merito alla gara di Casalmaggiore.

Secondo l'Autorità, infatti, le partecipazioni detenute facevano presumere di per sé che esercitassero un'influenza determinante sulle due imprese partecipanti all'ATI.⁶⁰ Inoltre, in quanto capogruppo, avevano capacità decisionale sugli investimenti compiuti

59 § 184.

60 §195.

da queste ultime e venivano messe al corrente delle problematiche e delle decisioni da prendere sulla strategia di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione delle concessioni di distribuzione del gas naturale. L'Autorità, tra l'altro, ha considerato inidonei ad escludere l'influenza di LGH su LD i seguenti elementi: i) il fatto che i rapporti infragruppo tra LD e LGH fossero strutturati in modo tale che la politica in materia di gare venisse decisa esclusivamente dalla società controllata e, in particolare, dal suo consiglio di amministrazione e/o dal suo procuratore, a seconda del valore economico della gara; ii) il fatto che LGH non avesse mai avuto una strategia di gara; iii) il fatto che gli scambi informativi tra il suo amministratore delegato e LD fossero solo successivi all'adozione delle strategie di gara; e iv) il fatto che i rapporti tra LGH e LD fossero strutturati in conformità all'*unbundling*,⁶¹ ovvero sia l'insieme delle specifiche disposizioni di derivazione comunitaria che fanno sì che il gestore della distribuzione del gas naturale agisca come un'"impresa separata" dal resto del gruppo di appartenenza e, in particolare, goda di indipendenza decisionale rispetto alla sua società madre.⁶² Ai fini della presente analisi, si consideri che, in deroga alle ordinarie disposizioni del diritto societario, l'*unbundling* prevede: a) la limitazione della scelta dei soggetti responsabili dell'amministrazione dell'impresa di distribuzione, di talché non possono essere componenti del gestore coloro che fanno parte delle strutture societarie della società controllante, o coloro che sono legati ad altre società del gruppo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti, anche di fatto, che ne possano compromettere l'indipendenza;⁶³ b) l'obbligo di far sì che gli amministratori del gestore agiscano in modo indipendente e solo nell'interesse dell'impresa di distribuzione, quali il divieto di ricevere incentivi che possano comprometterne l'indipendenza e l'obbligo di riservatezza delle informazioni acquisite;⁶⁴ c) il conferimento al gestore della distribuzione di effettivi poteri decisiona-

61 Sull'*unbundling* si vedano: Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale che abroga la direttiva 2003/55/CE ("Direttiva 2009/73/CE"); decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164; legge 3 agosto 2007, n. 125, recante conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73; decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93 ("d.lgs. 93/11"); deliberazione dell'AEEG 18 gennaio 2007, n. 11/07, come successivamente modificata e integrata ("deliberazione n. 11/07"); Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità in merito agli obblighi di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas e relativi obblighi di pubblicazione e comunicazione, approvato con la deliberazione n. 11/07 ("TIU").

62 Artt. 13, paragrafo 1, della Direttiva 2003/55/CE, 26, paragrafo 1 della Direttiva 2009/73/CE e art. 23, comma 1, del d.lgs. 93/2011.

63 Art. 11.3 del TIU, per cui: "Non possono essere componenti del gestore indipendente:

- a) coloro che fanno parte di strutture societarie dell'impresa verticalmente integrata responsabili, direttamente o indirettamente:...ii. nel settore del gas naturale, della coltivazione del gas naturale, dell'acquisto e vendita all'ingrosso del gas naturale, della vendita a clienti finali del gas naturale e delle attività gas estere ovvero della vendita ai clienti liberi dell'energia elettrica e vendita ai clienti tutelati dell'energia elettrica;
- b) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 del Codice civile;
- c) il coniuge, i parenti [articolo 74 del Codice civile], gli affini [articolo 78 del Codice civile] entro il quarto grado e gli stretti familiari dei soggetti di cui alla lettera a);
- d) coloro che sono legati ad altre società dell'impresa verticalmente integrata da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti, anche di fatto, che ne possano compromettere l'indipendenza".

64 Art. 11.4 del TIU, per cui: "Gli interessi professionali dei componenti del gestore indipendente sono presi in considerazione, in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente, prevedendo almeno che:

- a) siano vietati sistemi incentivanti che ne possano compromettere l'indipendenza, connessi all'anda-

li in relazione ai mezzi necessari alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo della rete⁶⁵ e le risorse umane, tecniche, finanziarie e materiali necessarie per lo svolgimento di queste attività;⁶⁶ e d) la limitazione dei poteri di supervisione della società madre a quanto necessario a salvaguardare la redditività dei suoi investimenti nel gestore indipendente, con il riconoscimento ad essa del diritto di “vigilanza economica e amministrativa per quanto riguarda la redditività degli investimenti”, consistente: nell’approvazione del piano finanziario annuale, o di altro strumento equivalente predisposto dallo stesso gestore, e nella possibilità di introdurre limiti all’indebitamento della società controllata⁶⁷ fatto sempre salvo, comunque, l’obbligo di garantire al gestore le risorse necessarie per poter operare.

Nel Provvedimento Casalmaggiore, l’Autorità ha ritenuto che l’attuazione nei rapporti intragruppo tra LGH e LD di queste regole non valesse ad escludere che l’impresa di distribuzione avesse agito come un’“entità unica” secondo una strategia coordinata con la società madre, soprattutto per quanto riguarda le decisioni economiche-finanziarie di medio lungo periodo come la partecipazione ad una gara. Pertanto, sempre secondo l’Autorità, l’unica misura per prevenire l’influenza della società madre sulla figlia sarebbe stata la separazione proprietaria.⁶⁸

Il Provvedimento CDP

Il tema dell’influenza della capogruppo sulle decisioni dell’impresa di distribuzione del gas è stato trattato anche nel Provvedimento CDP, in cui l’Autorità, come detto, ha valutato i possibili effetti del “legame strutturale” fra Italgas e Enel Rete. In particolare, l’Autorità ha concluso che, alla luce delle partecipazioni detenute in SNAM e F2i, CDP avrebbe potuto influenzare le loro scelte di gara per massimizzare congiuntamente il valore delle suddette partecipazioni. Il che avrebbe potuto pregiudicare la concorrenza nel mercato italiano “delle gare per l’accesso all’attività di distribuzione del gas naturale”. Dopo l’attuazione della riforma delle gare, secondo l’Autorità, è infatti l’intero territorio nazionale l’ambito geografico rilevante in cui valutare il comportamento degli operatori che parteciperanno a queste gare.⁶⁹

mento di attività diverse da quelle amministrative dal medesimo gestore indipendente e, in ogni caso, quelli connessi con le attività di cui al comma 11.3, lettera a) punti i. e ii.;

- b) i contratti di impiego prevedano in capo al datore di lavoro l’obbligo di esplicitare le cause del licenziamento;
- c) siano previste, nei contratti di impiego, vincoli di riservatezza in ordine al trattamento e alla divulgazione dei dati di cui vengono in possesso nel corso del loro incarico. Tali vincoli dovranno valere anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro ovvero di cambiamento di mansione nell’ambito dell’impresa verticalmente integrata, in coerenza con quanto previsto all’articolo 2125 del Codice civile in materia di patti di non concorrenza;
- d) sia garantita indipendenza nella scelta dei propri collaboratori”.

65 Art. 26, comma 2, lettera c), prima parte, della Direttiva 2009/73/CE; art. 21, comma 2, lettera c), prima parte del d.lgs. 93/2011.

66 Art. 26, comma 2, lettera c), prima parte, della Direttiva 2009/73/CE; art. 21, comma 2, lettera c), prima parte del d.lgs. 93/2011.

67 Art. 26, comma 2, lettera c), seconda parte, della Direttiva 2009/73/CE; art. 21, comma 2, lettera c), seconda parte del d.lgs. 93/2011.

68 §198.

69 Secondo l’Autorità, il mercato ha assunto dimensione nazionale in quanto è stato completato il quadro normativo con il Regolamento Criteri ed è entrato in vigore il divieto di effettuare gare comunali (art. 24, comma 4 del D.lgs. n. 93/11); inoltre le gare interesseranno in un breve arco di tempo tutta Italia e ad

Sempre secondo l’Autorità, in questo mercato operano attualmente molte imprese, anche di dimensione locale; i principali operatori sono Italgas e Enel Rete, che da sole ne detengono circa la metà e sono presenti, rispettivamente, in 128 e 137 dei 177 ATEM in cui è diviso il territorio nazionale. In molti di questi ambiti detengono quote superiori al 40% e in due di essi sono in diretta concorrenza.⁷⁰ Per il resto, i principali operatori sono AzA S.p.A. e Hera S.p.A., che detengono una quota tra il 5 e il 10%, e Iren S.p.A., che detiene una quota pari a circa il inferiore al 5%, in termini di PDR rispetto al totale nazionale. Tali società sono in genere molto concentrate geograficamente intorno ai territori storicamente di loro pertinenza e nessuna opera in più di 30 ambiti sui 177 ATEM in cui è suddiviso il territorio nazionale.

Nonostante la dimensione nazionale del mercato, secondo l’Autorità, saranno pochi gli operatori in grado di competere in ambiti diversi da quelli in cui sono presenti, in misura significativa, come gestori uscenti e solo Italgas e Enel Rete saranno in grado di elaborare una strategia di gare a livello nazionale. Ciò perché i distributori si troveranno a partecipare a gare dagli elevati costi finanziari, se non sono *incumbent* in un dato ambito, e saranno tenuti a corrispondere il rimborso ai gestori uscenti.⁷¹ Di regola, le imprese, secondo l’Autorità, avranno “un incentivo... a minimizzare il tasso di partecipazione alle gare per l’attribuzione degli ambiti nei quali non [sono] nella posizione di gestore uscente”⁷², preferendo partecipare a gare negli ambiti in cui sono presenti in misura significativa come gestori uscenti.⁷³ È quindi probabile che le imprese tenderanno ad esercitare una minore pressione competitiva nelle gare in cui non sono *incumbent*. Secondo l’Autorità, si creerà così una cooperazione tacita tra gli operatori,⁷⁴ che sarà agevolata dall’elevato grado di trasparenza del mercato delle gare, sia per quanto riguarda la domanda che per quanto riguarda l’offerta. Sono infatti noti: il numero e la composizione degli ATEM, i criteri di gara, i soggetti che attualmente operano nei comuni compresi negli ambiti e potenzialmente sarebbero “gestori uscenti” e saranno noti i loro vincitori delle gare. Ciascun operatore di mercato potrà quindi agevolmente monitorare l’andamento delle gare ed adottare ritorsioni nei confronti di chi non rispetta il coordinamento. Pertanto, sempre secondo l’Autorità, è “credibile la possibilità che una impresa, qualora osservi un comportamento di un concorrente che non appare in linea con un obiettivo di massimizzazione congiunta dei profitti (ad esempio partecipazione ed aggiudicazione di una gara in cui la prima impresa era *incumbent*)”, ponga in atto comportamenti di ritorsione attraverso la partecipazione competitiva a gare dove è l’altra impresa ad essere gestore uscente”.⁷⁵ In questo contesto, con l’acquisizione di SNAM, CDP potrebbe influenzare le scelte di Italgas e Enel Rete, facilitando così ulte-

esse parteciperanno principalmente gli operatori attualmente titolari di concessioni (§§73-75).

70 In particolare, secondo l’Autorità, Italgas è gestore uscente in circa 1.550 comuni italiani, con una quota in termini di punti di riconsegna del gas (“PDR”) pari a circa il 30-35% del totale nazionale ed è presente complessivamente in 128 dei 177 ATEM, in 61 dei quali detiene quote in termini di numero di PDR superiori al 40%. Enel Rete è gestore uscente in circa 2.130 comuni, con una quota in termini di PDR pari al 15-20% del totale nazionale. Enel Rete è presente in 137 ATEM, in 40 dei quali con quote in termini di numero di PDR superiori al 40% (in due di tali ambiti anche Italgas è presente con una quota superiore al 40%).

71 §91.

72 § 91.

73 §92.

74 § 93.

75 §93.

riormente il coordinamento tra le uniche due imprese che si troveranno a competere in molti ambiti e, in particolare, in quelli di maggiore dimensione.⁷⁶

L'Autorità si è trovata quindi a stabilire se le modifiche proposte da CDP per limitare i propri poteri in SNAM e in F2i fossero tali da impedire alla stessa CDP di interferire sulla politica di gare di Italgas e Enel Rete. Nell'esaminare le relazioni tra CDP e Italgas, l'Autorità ha quindi nuovamente affrontato il tema del Provvedimento Casalmaggiore: i rapporti tra un'impresa di distribuzione e la sua controllante. Se avesse applicato i parametri utilizzati in questo provvedimento, avrebbe dovuto concludere che CDP fosse in grado di controllare la politica di gare di Italgas, poiché in quanto capogruppo aveva capacità decisionale sui suoi investimenti, vi era un flusso di informazioni tra SNAM e la sua controllata e le modifiche di *governance* proposte all'Autorità non valevano ad escludere che la stessa CDP potesse acquisire informazioni sulla politica di gare di Italgas e di Enel Rete. L'Autorità ha invece raggiunto una conclusione diversa, sulla base di elementi di cui nel Provvedimento Casalmaggiore aveva escluso la rilevanza. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che CDP non potesse influenzare Italgas perché il numero degli amministratori della stessa Italgas sarebbe passato da tre a cinque, fermo restando che tre di essi, compreso l'amministratore delegato, sarebbero stati nominati da SNAM. Quest'ultima però avrebbe dovuto sceglierli tra soggetti che non ricoprivano cariche di gestione o controllo in CDP, che si sarebbero trovati in rapporto di lavoro subordinato o autonomo con CDP o in significative relazione commerciali, finanziarie e professionali, ai sensi del Codice di autodisciplina delle società quotate, con essa. Gli altri due amministratori di Italgas sarebbero stati dotati dei requisiti di indipendenza di cui al Codice di autodisciplina delle società quotate, ma non avrebbero potuto rivestire la carica di amministratore delegato o di presidente né avere deleghe gestionali. Infine, le delibere del consiglio di amministrazione di Italgas in materia di partecipazione alle gare d'ambito e di formulazione delle relative offerte tecniche avrebbero dovuto essere approvate con il voto favorevole di 4/5 dei suoi membri, per cui almeno un consigliere indipendente da SNAM sarebbe stato determinante. L'Autorità ha dunque accettato una *governance* che prevede limitazioni ai poteri di CDP molto meno invasive di quelle cui sono soggetti i poteri di LGH in attuazione dell'*unbundling*. Ma vi è di più. Secondo l'Autorità, l'indipendenza di Italgas da CDP prima dell'attuazione delle suddette modifiche, sarebbe stata assicurata dal fatto che il consiglio di amministrazione di SNAM fosse quello nominato da ENI in conformità al regime di *unbundling*.⁷⁷

Sempre a proposito della possibilità di influire sulla gestione di Italgas, nel Provvedimento CDP l'Autorità ha considerato rilevante per escludere l'influenza di CDP su Italgas, una regola intragruppo che invece non aveva ritenuto sufficiente per escludere il coinvolgimento di LGH nelle strategie di gara di LD, ovvero sia la regola per cui nel consiglio di amministrazione di SNAM non venivano discusse o approvate in via preventiva le decisioni dell'impresa di distribuzione in materia di partecipazione e di formulazione delle offerte alle gare per la distribuzione gas. Tali decisioni erano prese, a seconda dell'importo di gara dall'amministratore della società, o dal suo consiglio di amministrazione. Inoltre, nel Provvedimento CDP, l'Autorità ha ritenuto che il fatto che vi fosse un flusso informativo da Italgas verso l'amministratore di SNAM (o verso le funzioni interne di SNAM), non consentisse a CDP di interferire sulla politica di gare e che tale flusso rientrasse nell'ambito della "regolare" funzione di direzione e coordi-

⁷⁶ §92.

⁷⁷ In particolare, il consiglio di amministrazione di SNAM sarebbe stato ancora per 6/9 quello nominato da Eni in regime di *unbundling* funzionale. Al netto infatti dei tre consiglieri organici ad Eni, i restanti sei consiglieri, che sarebbero restati in carica fino alla prima assemblea del 2013, erano tutti indipendenti ai sensi del Codice di autodisciplina delle società quotate in borsa (§ 98).

namento esercitata dalla stessa SNAM.⁷⁸ Ciò quando aveva appena concluso che LGH e EON erano state coinvolte nella politica di gare delle loro controllate perché venivano costantemente e regolarmente messe al corrente delle problematiche e delle decisioni da prendere sulla strategia di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione delle concessioni di distribuzione del gas naturale.

Che l'Autorità abbia voluto adottare un approccio diverso per stabilire l'influenza sulle politiche di gara è infine dimostrato dalle sue valutazioni sulle modifiche offerte da CDP per quanto riguarda la *governance* di F2i. Tali modifiche consistono sostanzialmente: i) nella limitazione della partecipazione di membri del consiglio di amministrazione o dipendenti di CDP che siano anche membri del consiglio di amministrazione di F2i alla discussione e alla votazione delle delibere del consiglio di amministrazione e del Comitato investimenti di F2i relative a F2i Reti e aventi "direttamente" oggetto la distribuzione del gas naturale; e ii) nel divieto per soggetti che si trovino in rapporti di lavoro subordinato o autonomo con CDP, o siano membri del suo consiglio di amministrazione di CDP di accettare incarichi in F2i Reti o in società da questa controllate. Sulla base delle informazioni contenute nella versione pubblica del Provvedimento CDP in merito alla *governance* di F2i, non si può escludere che nonostante dette modifiche, CDP resti comunque in grado di influenzare la politica di investimenti di F2i e ottenere informazioni sulla politica di gare del principale concorrente di Italgas.

IV. Conclusioni

L'Autorità con i provvedimenti in esame ha aggiunto altri elementi al già complesso contesto regolatorio delle gare per l'affidamento dei servizi di distribuzione del gas naturale e ha accresciuto le incertezze che caratterizzano questa fase di transizione verso l'applicazione della riforma. L'Autorità, infatti, ha fornito un quadro dettagliato del mercato dell'accesso a queste gare, mostrando una piena consapevolezza delle barriere che incombono sugli operatori che vorranno partecipare alle gare. Tuttavia non ha tratto le implicazioni che derivano dall'esistenza di queste barriere e, quando si è trovata a valutare l'ATI del Provvedimento Casalmaggiore, ha adottato un approccio molto formalistico, che, se fosse confermato dai giudici amministrativi, potrebbe avere l'effetto di limitare il confronto concorrenziale nelle prossime gare per ATEM, riducendo ulteriormente il numero dei partecipanti ad esse.

In particolare, secondo l'Autorità il mercato dell'accesso a queste gare ha dimensione nazionale sotto il profilo dell'offerta, anche se la domanda continuerà ad articolarsi per gare di dimensione locale. Inoltre, sempre secondo l'Autorità, non tutti gli operatori attualmente presenti nel settore potranno competere a parità di condizioni nelle prossime gare per ATEM, a causa della barriera finanziaria, legata ai cospicui rimborsi da corrispondere in caso di subentro ai gestori uscenti. Gli operatori saranno quindi indotti a privilegiare la partecipazione negli ATEM in cui sono maggiormente presenti e a non partecipare alle gare negli ambiti in cui non vantano una presenza significativa. Infine, sempre secondo l'Autorità, solo Italgas e Enel Rete saranno in grado di sviluppare una strategia di gara a livello nazionale e poche altre imprese saranno in grado di partecipare a gare in più ambiti. In un contesto di mercato di tal genere, ci si sarebbe attesi che l'Autorità avesse preso atto del fatto che l'associazione in consorzi o raggruppamenti tra imprese potrebbe essere lo strumento per superare la barriera finanziaria, permettendo agli operatori di ripartire i costi e i rischi finanziari per partecipare ad una o più gare per ATEM. L'associazione tra imprese potrebbe così contribuire ad ampliare il confronto tra offerte diverse nelle procedure concorsuali e a ridurre il ri-

schio che la selezione dei gestori della distribuzione avvenga solo sulla base della loro disponibilità finanziaria. Ed in effetti il Regolamento Criteri, che pure, come detto, ha sacrificato almeno in parte la concorrenzialità del settore ad una migliore organizzazione del servizio di distribuzione, ha disciplinato l'istituto dei raggruppamenti in modo tale da consentire un ampio accesso alle gare a tutti gli operatori presenti nel settore in esame o che sono intenzionati ad entrarvi.

L'Autorità, al contrario, nel Provvedimento Casalmaggiore ha nuovamente manifestato la propria contrarietà alle c.d. ATI sovradimensionate. Innanzitutto ha continuato ad applicare meccanicamente il criterio del "sovradimensionamento rispetto ai requisiti di gara" per stabilire che LD e 2iGas fossero concorrenti. Il che nella prospettiva di dover valutare eventuali raggruppamenti per partecipare alle gare per ATEM suscita gravi perplessità. Il criterio utilizzato dall'Autorità, infatti, non sembra il migliore modo per misurare le relazioni concorrenziali tra operatori e stabilire se siano o meno "concorrenti potenziali" alla luce delle caratteristiche del settore della distribuzione del gas naturale, caratterizzato da una pluralità di imprese di dimensione diversa, per struttura e area di attività, e dall'esistenza della barriera finanziaria che condiziona l'accesso alle gare. A ciò si aggiunga anche che le gare per ATEM si svolgeranno sulla base di bandi standardizzati, in cui i requisiti di partecipazioni non sono stati disciplinati tenendo conto della reale situazione concorrenziale nei singoli ATEM. Pertanto il mero possesso dei requisiti previsti dalle stazioni appaltanti in conformità al Regolamento Criteri non implica necessariamente che due o più gestori possano effettivamente competere. Ciò, come detto, dipenderà in larga misura anche dalla loro disponibilità finanziaria. Ne deriva che l'approccio dell'Autorità potrebbe impedire la costituzione di raggruppamenti di impresa tra soggetti che non sono effettivamente in grado di competere e/o che non produrrebbero danni alla concorrenza e, anzi, amplierebbero le offerte a disposizione delle stazioni appaltanti. Si pensi, ad esempio, al caso dell'impresa in possesso dei requisiti per partecipare ad una gara di ATEM che, se potesse associarsi ad altre imprese e dividere il rischio finanziario, potrebbe risparmiare risorse e competere anche in altri ATEM, superando la barriera rilevata dalla stessa Autorità nel Provvedimento CDP. Eppure, a voler seguire il Provvedimento Casalmaggiore, questa impresa potrebbe vedersi contestare la partecipazione in raggruppamento nell'ATEM in cui possiede i requisiti.

Per evitare di disincentivare forme di collaborazione che potrebbero avere effetti positivi sulla concorrenza nelle gare per ATEM, anche a livello nazionale, sarebbe stato opportuno che l'Autorità già nel Provvedimento Casalmaggiore avesse abbandonato il suo approccio di misurare il carattere "sovrabbondante" di un'ATI solo sulla base del possesso dei requisiti del bando di gara. Proprio nella prospettiva di queste gare, sembra più opportuno che i raggruppamenti tra distributori vengano valutati alla stregua di qualsiasi altro accordo per l'offerta congiunta in una gara, focalizzandosi, cioè, sulla verifica in concreto del loro impatto sulla concorrenza, a prescindere dal fatto che siano o meno sovradimensionati rispetto ai requisiti dei bandi. Il che peraltro è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa.⁷⁹ In alternativa, si dovrebbe rivedere il concetto stesso di "sovradimensionamento" di un'ATI nel settore della distribuzione del gas naturale, per verificare in concreto se i partecipanti siano realmente in grado di competere nella gara da soli. Tale verifica dovrebbe avvenire sulla base di tutti gli elementi obiettivi che risultano dal contesto di riferimento, compresi, ma non solo, il possesso dei requisiti di gara e la disponibilità di sufficienti risorse economiche.⁸⁰ Di

⁷⁹ Sentenza n. 1189/2001, cit..

⁸⁰ Ciò che è conforme all'insegnamento della Commissione Europea, per cui nel valutare se le parti di un accordo sono concorrenti attuali o potenziali è necessario tenere conto del contesto economico giuridico di riferimento (si veda, Comunicazione della Commissione, Linee Diretrici sull'applicazione

tal che, un'impresa che fa parte di un'ATI non dovrebbe essere ritenuta “un concorrente potenziale” degli altri partecipanti se da sola non sarebbe in grado di sostenere il rischio economico-finanziario della gara e, quindi, se l'associazione sia per essa l'unico mezzo per prendervi parte.⁸¹ L'impresa dovrebbe ovviamente provare che sia così, fornendo elementi concreti sulla propria situazione e sulle risorse a propria disposizione e/o sui propri piani strategici di partecipazione ad una pluralità di gare per ATEM.

Ma vi è di più. L'unica indicazione univoca del Provvedimento Casalmaggiore è che l'ATI tra 2iGas e LD è stata considerata restrittiva della concorrenza perché le due società potevano partecipare da sole alla gara e, ciò nonostante, avevano costituito un'ATI per ripartirsi le forniture negli otto in modo da mantenere l'assetto preesistente. Il resto degli elementi sulla base dei quali l'Autorità ha rintracciato il carattere restrittivo dell'accordo tra LD e 2iGas non sembrano idonei a provare la restrittività di un raggruppamento per partecipare a gare per ATEM. Nella prospettiva di queste gare, in particolare, sembra difficilmente sostenibile che ATI sovradimensionate, che diano luogo alla conferma di uno o più gestori nei territori già affidati (c.d. ATI difensive) siano necessariamente restrittive della concorrenza. Da un lato, infatti, la stessa Autorità nel Provvedimento CDP ha ritenuto che sono le dinamiche concorrenziali del settore della distribuzione del gas naturale a spingere gli operatori a partecipare alle gare per confermarsi nei territori in cui sono già presenti. Dall'altro, la giurisprudenza ha chiarito che il mero sovradimensionamento di un raggruppamento non è di per sé prova della sua natura restrittiva della concorrenza, e, sinora, ha ritenuto illecite solo ATI difensive costituite in attuazione di più ampie intese tra i loro membri per la ripartizione di mercati e forniture.

Il Provvedimento Casalmaggiore non fornisce indicazioni univoche per quanto riguarda la possibilità di giustificare un'ATI sovradimensionata in ragione della sua efficienza. L'Autorità, come detto, si è limitata ad accertare che l'ATI fosse sovradimensionata e che le parti non avessero provato che avesse effetti pro-concorrenziali. Ciò quando per vietare qualsiasi altro tipo di intesa è la stessa Autorità a dover dimostrare in che cosa consista la restrizione della concorrenza che essa causa. Non è escluso quindi che il

dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato [oggi art. 101, paragrafo 3, TFUE], GUCE 2004/C 10101/08, § 18.1). La Commissione Europea ha anche indicato che “si intendono per “concorrenti” i concorrenti sia effettivi sia potenziali. Due imprese sono considerate concorrenti effettivi se operano sullo stesso mercato rilevante. Un'impresa è considerata “potenziale concorrente” di un'altra impresa se, in mancanza di accordo e nell'ipotesi di un incremento modesto ma permanente dei prezzi, è probabile che essa, entro un breve lasso di tempo [6], effettui investimenti supplementari o sostenga altri costi di conversione necessari al fine di entrare sul mercato rilevante. Tale valutazione deve basarsi su motivi realistici: la semplice possibilità teorica di entrare in un mercato non è sufficiente...”(Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, GUCE Co11 del 14 gennaio 2011, pag. 1, §10, sottolineatura nostra).

⁸¹ Secondo la Commissione Europea, ad esempio, non possono essere ritenute concorrenti le parti di un accordo se vi sono elementi obiettivi per ritenere che, a causa dei rischi finanziari, sia improbabile che ciascuna di esse sia in grado di svolgere autonomamente le attività oggetto dello stesso accordo (Comunicazione della Commissione, Linee Direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, cit., § 18.1). Sempre secondo la Commissione “è poco probabile che un accordo di commercializzazione susciti riserve sotto il profilo della concorrenza se è obiettivamente necessario consentire a una parte di entrare in un mercato nel quale non sarebbe riuscita ad entrare individualmente, o con un numero di parti più limitato di quelle che partecipano di fatto alla cooperazione, a causa, ad esempio, dei costi che ciò avrebbe comportato. Una specifica applicazione di tale principio si ha negli accordi di consorzio, che consentono alle imprese partecipanti di partecipare a progetti che a livello individuale non avrebbero potuto intraprendere. Dato che le parti degli accordi di consorzio non sono quindi potenziali concorrenti per l'attuazione del progetto, non si verifica alcuna restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1” (Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, cit., § 237).

suo approccio verrà sconfessato dai giudici amministrativi, che sinora non hanno mai ritenuto che un'ATI sovradimensionata debba essere giustificata in termini di efficienza per sfuggire all'applicazione dell' art. 2 della legge n. 287/1990 e hanno piuttosto indicato che un accordo lecito, come un'ATI di tal genere, possa essere vietato solo se non è sorretto da spiegazioni alternative rispetto alla mera intenzione delle parti di violare il diritto della concorrenza.⁸²

Quanto alle altre ragioni per giustificare un'ATI a cui fa riferimento l'Autorità, le c.d. ragioni tecnico-industriale, dalle sue precedenti decisioni si evince che l'unico caso in cui ha ritenuto che la costituzione di un'ATI fosse giustificata è stato quello di due imprese ciascuna delle quali era specializzata nella fornitura di una porzione del servizio messo a gara e non era in grado di fornirlo da sola.⁸³ Dal Provvedimento Casalmaggiore emerge anche che una delle ragioni per considerare restrittiva l'ATI tra LD e 2iGas era il fatto che dopo l'aggiudicazione della gara le imprese avrebbero continuato a gestire separatamente i servizi, senza procedere ad integrare le proprie attività. Se ne potrebbe quindi dedurre che la gestione congiunta dei servizi aggiudicati all'ATI sia un elemento visto con favore dall'Autorità. Tuttavia sembra difficile che di per sé possa giustificare il ricorso a raggruppamenti sovradimensionati nelle gare di ATEM, anche perché la gestione congiunta del servizio attraverso una società di capitale è un obbligo specificamente previsto dal Regolamento Criteri.

Dal Provvedimento Casalmaggiore non sono neanche chiari gli elementi per dimostrare che un raggruppamento sia finalizzato a superare la barriera finanziaria. Si evince solo che l'Autorità ha valutato in astratto la capacità finanziaria delle parti e, come detto, ha finito per presumere che le imprese che appartengono a grandi gruppi debbano essere ritenute per ciò stesso dotate delle risorse per partecipare alle gare. Ciò quando per stabilire che sia così sarebbe necessario tenere conto della effettiva ripartizione delle risorse finanziarie all'interno dei gruppi e della loro capacità di ottenere finanziamenti per supportare nuove necessità delle loro controllate. E soprattutto del fatto che anche i grandi gruppi devono operare scelte in funzione della massimizzazione dei propri obiettivi e non possono essere obbligati a finanziare investimenti economicamente non convenienti.

Venendo infine al Provvedimento CDP, l'Autorità ha sottolineato che a causa della barriera finanziaria, si verrà a creare un coordinamento tacito, per cui gli operatori tenderanno a concentrarsi nelle gare negli ambiti in cui sono maggiormente presenti e limiteranno i propri sforzi competitivi negli altri territori. Pertanto eventuali accordi tra distributori che facilitino ulteriormente il coordinamento nella partecipazione alle gare, quali l'acquisto di una partecipazione di minoranza in un concorrente, la costituzione di società o di raggruppamenti e consorzi per partecipare alle gare in uno o più ambiti, potrebbero porsi in contrasto con il diritto della concorrenza. In particolare, dal provve-

82 Si vedano ad esempio, sentenza n. 5067/2012, cit., sentenza n. 1189/2001 e sentenza del Tar del Lazio del 7 ottobre 2004, n. 10448.

83 Nel provvedimento, n. 11726/2003, cit., l'Autorità ha ritenuto che “[t]enuto conto, invece, del rapporto di specializzazione che ha caratterizzato la ripartizione dei compiti tra IPAGAS e CERNUSCO (l'una ha fornito il prodotto, l'altra la manodopera), si può escludere che la costituzione dell'ATI tra le due società avesse un obiettivo anticoncorrenziale. In questo caso, infatti, si è in presenza di un tipico esempio di ATI che offre la possibilità di intervenire ad una gara a società che senza l'associazione non potrebbero partecipare. Nel caso di specie, un socio forniva il carburante che rientra nella propria attività tipica e l'altro il servizio di messa a bordo per il quale era equipaggiato” (§ 363). Sempre in questo provvedimento l'Autorità ha lasciato intendere che un raggruppamento potrebbe essere giustificato se conduce ad un miglioramento dell'offerta del servizio messo in gara; se il servizio richiesto dalla stazione appaltante ha particolari caratteristiche e impone alle parti di riorganizzare le proprie attività; se la fornitura è onerosa o di particolare difficoltà.

dimento in esame si evince che potrebbero suscitare perplessità ATI tra operatori che partecipano sistematicamente insieme alle gare e imprese comuni⁸⁴ o consorzi costituiti da più concorrenti per partecipare alle gare in più ambiti. Anche la detenzione di quote e/o partecipazioni in più imprese di distribuzione da parte di un unico operatore, che possa consentire il coordinamento tra dette imprese, potrebbe suscitare la preoccupazione dell'Autorità. Dal Provvedimento CDP si evince che, secondo l'Autorità, dopo l'attuazione della riforma delle gare, l'ambito geografico rilevante in cui valutare eventuali accordi di collaborazione tra distributori che parteciperanno a queste gare sia l'intero territorio nazionale. Tuttavia, va tenuto presente che, in alcuni provvedimenti adottati successivamente a quello in esame, La stessa Autorità ha stabilito invece che il mercato in cui valutare l'acquisizione del controllo, esclusivo o congiunto, di imprese attive nella distribuzione del gas naturale sia costituito solo dagli ATEM interessati dall'operazione.⁸⁵ Ne deriva che anche forme di collaborazione a livello locale possono essere oggetto di scrutinio da parte dell'Autorità.

In conclusione, la lezione che ad oggi si trae dal Provvedimento CDP, in cui l'acquisizione di SNAM ha passato il vaglio dell'Autorità solo dopo la limitazione dei poteri di CDP quale capogruppo di Italgas e socio di minoranza di F2i, è quella che, nella valutazione degli accordi che prevedano una qualche forma di integrazione strutturale (costituzione di una società, anche a seguito dell'aggiudicazione di una gara in ATI, o acquisto di partecipazioni di minoranza nella stessa entità), tra concorrenti nel settore della distribuzione del gas acquisterà valore decisivo la struttura che assumeranno i rapporti intragruppo. Anche a tale proposito, però, i provvedimenti dell'Autorità non forniscono indicazioni univoche, poiché i criteri sulla base dei quali ha stabilito che CDP non potesse influire sulla politica di gare di Italgas e Enel Rete sono diversi da quelli utilizzati nel Provvedimento Casalmaggiore per stabilire se LGH e EON influenzassero le scelte, rispettivamente, di LD e 2iGas.

84 A tale proposito, si veda il provvedimento del 5 marzo 2013 n. 24243, ITALGAS-ACEGAS-APS/ISONTINA RETI GAS, con cui l'Autorità ha avviato un'istruttoria avente ad oggetto l'acquisizione da parte di Italgas del controllo congiunto insieme a Acegas-APS di Isontina Reti Gas S.p.A., una società deputata a partecipare alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale negli ATEM Padova 1, Padova 2, Padova 3, Pordenone, Trieste e Gorizia. Secondo l'Autorità, l'operazione suscita preoccupazioni dal punto di vista concorrenziale poiché potrebbe eliminare la concorrenza "per il mercato" tra le madri nei sei ATEM di riferimento (§ 28), con il risultato di consentire ad esse di ottenere o rafforzare una posizione dominante nella partecipazione alle gare in questi stessi ATEM.

85 Si vedano, il provvedimento n. 24243/2013, cit., e il provvedimento del 23 gennaio 2013, n. 21184, E.S.T.R.A. ENERGIA SERVIZI TERRITORIO AMBIENTE/GROSSETO ENERGIA AMBIENTE.

IBL Briefing Paper

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I BRIEFING PAPER

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.