

Le principali problematiche antitrust connesse alla partecipazione ad un'asta competitiva

Avv. Piero Fattori
Avv. Michele Carpagnano

TEMI DI DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI E I SERVIZI
Seminari di specializzazione
Facoltà di Giurisprudenza

Trento, 20 aprile 2012

Programma

1. Cosa è il Diritto antitrust? (obiettivi, normativa rilevante) (cenni);
2. Cosa sono le intese anti-concorrenziali? (cenni - focus su restrizioni hard core connesse a partecipazione ad un'asta);
3. Cosa rischiano le aziende che commettono un'infrazione? (conseguenze amministrative / civilistiche);
4. Quali sono le principali criticità antitrust connesse alla partecipazione alle aste? (analisi e discussione casistica);
5. I comportamenti da non tenere quando si partecipa ad un'asta (prima, durante, dopo l'asta);
6. Discussione e Q&A.



1. Cosa è il Diritto antitrust? (obiettivi, normativa rilevante) (cenni)

La normativa rilevante in Italia e UE

➤ Normativa italiana / Unione Europea

- **Italia (L. 10 ottobre 1990, n. 287):**
 - Art. 2 – Intese restrittive della Concorrenza.
 - Art. 3 – Abuso di posizione dominante.
- **UE (TFUE):**
 - Art. 101 – Intese restrittive della Concorrenza.
 - Art. 102 – Abuso di posizione dominante.

➤ Autorità Competenti

- **Italia:** Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) con sede a Roma.
Tribunali e Corti d'Appello.
- **UE:** Commissione Europea – DG Concorrenza con sede a Bruxelles.
Giudici Nazionali Stati Membri.



2. Cosa sono le intese anti-concorrenziali? (cenni – focus su restrizioni hard core connesse a partecipazione ad un'asta)

Le intese anticoncorrenziali

- La regola generale è che le imprese si devono comportare nel mercato in maniera indipendente tra loro (decidendo autonomamente se, cosa e quanto produrre; a che prezzo vendere i propri beni/servizi, in quali mercati operare, se e quali sconti effettuare, ...).
- Tale autonomia è strettamente connessa al gioco competitivo in quanto le imprese nel mercato concorrono per “catturare” la preferenza dei clienti-consumatori ed avere migliori *performance* rispetto agli altri (prodotti migliori ed innovativi, prezzi più bassi, processi di produzione più efficienti, ecc.)
- In un mercato concorrenziale nessun operatore ha un reale interesse a comunicare e/o condividere con un concorrente le proprie strategie industriali e commerciali (ad es. strategie di approvvigionamento, politiche di prezzo, ecc.).
- A meno che tutti gli operatori (o quelli principali) si mettono d'accordo per non farsi concorrenza. Un simile accordo è una intesa restrittiva della concorrenza (o Cartello).

Gli accordi tra imprese sono vietati ed illeciti nella misura in cui eliminano o falsano artificialmente la concorrenza nel mercato

Gli accordi tra imprese:

- E' un “accordo” ogni forma di consenso tra imprese indipendenti in relazione all'adozione (o astensione) di determinati comportamenti nel mercato.
- Non rileva la veste formale dell'accordo né la sua reale capacità di produrre specifici obblighi giuridici in capo alle parti.

Sono generalmente ritenuti “accordi”, ad esempio:

- intese non scritte/informali;
- accordi “sulla parola”;
- contratti scritti;
- condizioni generali di contratto;
- atti di transazione;
- statuti di associazione di categoria;
- linee guida di comportamento;
- ...

Le pratiche concordate:

- Sono intese in cui manca la formalizzazione del consenso ma sussiste una concertazione delle condotte delle imprese indipendenti nel mercato.

Elementi costitutivi:

- Contatto tra imprese (incontri/discussioni/scambi info);
- Cooperazione “anomala” (ad es. volta ad eliminare/ridurre incertezza dei comportamenti);
- Effetti sulle condotte concrete delle imprese nel mercato.

Ad esempio:

- *caso Istituti Vigilanza Sardegna (1996)*;
- *caso Buoni pasto (2002)*.

Le decisioni di associazioni di imprese:

- Ogni forma di deliberazione, anche a carattere non vincolante, assunta da organismi o enti associativi, eventualmente anche di natura pubblicitica, rappresentativi di una categoria di imprese, con lo scopo di influenzare le condotte commerciali / industriali delle imprese affiliate alterando il gioco della concorrenza nel mercato.

Possono rientrare in questa categoria anche le deliberazioni dei consorzi, associazioni di categoria, cooperative ...

Le intese anti-concorrenziali sempre vietate (violazioni *hard-core*)

- fissazione dei prezzi tra concorrenti;
- ripartizione mercato / allocazione clienti;
- *bid rigging* (manipolazione delle aste);
- limitazione della produzione e delle vendite;
- boicottaggi collettivi.

Sono le violazioni più gravi delle regole antitrust



3. Cosa rischiano le aziende che commettono un'infrazione antitrust? (conseguenze amministrative/civilistiche)

L'AGCM e/o la DG COMP possono:

- aprire un **procedimento istruttorio** (d'ufficio / su denuncia):
 - Denuncia di operatori estromessi (o nuovi entranti)
 - Autodenuncia di un partecipante al cartello (programma di clemenza)
 - Denuncia di clienti / fornitori (prezzi elevati / uniformi)
 - Denuncia di dipendenti o ex dipendenti (*“vecchi rancori”*)
 - Autonome indagini AGCM / GdF (analisi dei comportamenti effettivamente tenuti dalle imprese nel corso delle procedure di gara).
- **effettuare ispezioni** presso i locali delle imprese coinvolte (con ausilio della GdF), chiedere esibizione di **documenti** (di qualunque natura e su qualunque supporto) ed acquisirne copia.

Non può essere oggetto di ispezione né di acquisizione la corrispondenza con l'avvocato esterno dell'impresa

L'AGCM e/o la DG COMP possono:

Durante il procedimento amministrativo:

- richiedere specifiche informazioni alle imprese (con obbligo di fornire informazioni corrette/veritiere);
- disporre misure cautelari (nei casi che richiedono un intervento d'urgenza).

All'esito del procedimento amministrativo:

- diffidare le imprese a cessare immediatamente la condotta anticompetitiva accertata e a non ripeterla in futuro;
- imporre una sanzione pecuniaria alle imprese coinvolte (violazioni gravi).

Le “conseguenze” di una violazione antitrust

Sanzione amministrativa

(funzione punitiva - deterrente)

Fino al 10% del fatturato

- AGCM
- DG Concorrenza

Rimedi civilistici

(funzione compensativa per i danneggiati)

Dichiarazione di nullità

Risarcimento del danno causato

Possibilità di una azione di classe

- Giurisdizione ordinaria (Tribunale)

**Si tratta di due “conseguenze” indipendenti:
alla sanzione pecuniaria può aggiungersi l’obbligo di
risarcire il danno**

La sanzione pecuniaria nei casi antitrust

- **Criteri:** la sanzione è stabilita in funzione della **gravità** e della **durata** della violazione, nonché delle **condizioni economiche** dell'impresa.
- **Scala di gravità:** poco grave > grave > molto grave

Le restrizioni hard core sono considerate gravi / molto gravi

- **Durata:** breve > media > lunga
- **Limite edittale massimo:** 10% del fatturato totale dell'impresa (esercizio chiuso anteriormente alla decisione dell'Autorità).
- La **sanzione si applica individualmente e per intero** a ciascun autore dell'illecito.

Recenti sanzioni imposte da AGCM nei casi di bid rigging ...

Parte	€	Anno
HDI Gerling	5.868.703€	2011
Faro	2.015.544€	2011
Siemens S.p.A.	1.050.000 €	2011
Philips S.p.A.	3.765.000 €	2011

I rimedi civilistici: nullità e risarcimento del danno

- Alla sanzione pecuniaria (che è un costo per l'impresa) possono aggiungersi altre conseguenze patrimoniali negative a seguito di un giudizio civile antitrust.
- Da un punto di vista civilistico, le intese vietate sono **nulle** e le imprese o i consumatori che abbiano subito un danno a seguito dell'illecito antitrust **possono agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale subito**, sempre che sia dimostrata l'esistenza di un danno, di un nesso causale diretto tra la violazione accertata e il danno subito.
- Qualora l'illecito antitrust abbia danneggiato una **pluralità di consumatori**, l'impresa può essere esposta ad una **azione di classe**.

Altre conseguenze negative ...

- danno alla reputazione ed immagine dell'azienda;
- perdita del valore dell'azienda (specie per Spa quotate);
- costi per difendersi in giudizio (spese legali);
- costi per “recuperare” l'immagine dell'azienda nel mercato (spese di pubblicità / marketing);
- conseguenze negative anche per le persone coinvolte nel cartello ad es. dirigenti, dipendenti, ecc. (rischio di possibili sanzioni disciplinari, licenziamento, pagamento dei danni arrecati - in UK o USA sanzioni penali: carcere per chi commette una violazione antitrust).



4. Quali sono le principali criticità antitrust connesse alla partecipazione alle aste? (analisi e discussione casistica)

Secondo la Corte di Giustizia UE:

- Le norme antitrust impongono che ogni operatore debba determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato.
- Tale esigenza di autonomia “*vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere sul mercato*” (Sentenza CGUE, causa C-114/73).

L'esigenza di autonomia è cruciale in una procedura d'asta concepita al fine di individuare nel mercato il soggetto in grado di fornire un prodotto/servizio alle migliori condizioni

Le violazioni antitrust ricorrenti nei casi di aste:

- Presentazione di offerte di copertura (*cover pricing*);
- Astensione concertata dalle gare (*bid-suppression*);
- Rotazione concertata delle offerte (*bid-rotation*);
- Ripartizione del mercato (*market sharing*);
- Accordi di compensazione (*compensation*).

Spesso si riscontra il ricorso ad una molteplicità di condotte tra loro complementari

- ***Un problema a parte: le ATI restrittive della concorrenza***



Le offerte di copertura (cover pricing)

Le offerte di copertura (*cover pricing*)

- Le offerte di copertura favoriscono l'aggiudicazione del lotto ad un operatore pre-determinato.
- Gli altri concorrenti presentano “false” offerte di importo volutamente più elevato rispetto a quella dell'operatore pre-determinato.

Ad esempio:

l'azienda X non ha una reale intenzione di partecipare all'asta e presenta un'offerta di copertura il cui importo è stato concordato con l'impresa Y che invece ha intenzione di aggiudicarsi il lotto messo a gara.

L'offerta di Y risulterà più vantaggiosa rispetto all'offerta di copertura di X. Y si aggiudicherà il lotto dando l'impressione di aver presentato l'offerta più vantaggiosa ...

Le offerte di copertura: il caso *Istituti Vigilanza Sardegna* (1996)

Mercato: servizi di vigilanza privata in provincia di Cagliari.

Operatori attivi: 6 (4 nell'intesa + 2 denunciati).

Fattispecie: gare indette da amm.ni pubbliche.

Indici collusivi (analisi esiti di oltre 100 gare):

- stabilità della clientela nel tempo;
- reciproco rispetto clienti "tradizionali";
- tendenziale aumento dei prezzi di aggiudicazione (alle gare in cui partecipavano solo i 4 collusi).

Le offerte di copertura: il caso *Istituti Vigilanza Sardegna* (1996)

I comportamenti di prezzo nelle gare non vinte:

Nelle gare del settembre 1991 “... Vigilanza Sardegna si è aggiudicata una sola commessa al prezzo di 23.000 lire; se avesse offerto lo stesso prezzo anche nelle altre gare svoltesi

nello stesso mese di settembre avrebbe conseguito l'aggiudicazione in tutti i casi. Sicurezza Notturna si è aggiudicata una gara al prezzo di 25.200 lire; allo stesso livello di prezzo si sarebbe aggiudicata altre due gare, che sono invece state aggiudicate a Sicurvis al prezzo di 25.700 lire e a Cannas al prezzo di 26.000”.

Nei casi di gare indette da clienti “tradizionalmente” facenti capo a concorrenti, ciascun operatore ha presentato prezzi di offerta superiori ai prezzi ai quali la stessa impresa ha conseguito l'aggiudicazione di altre commesse nello stesso periodo.

Le offerte di copertura: il caso *Istituti Vigilanza Sardegna* (1996)

I comportamenti di prezzo nelle gare vinte:

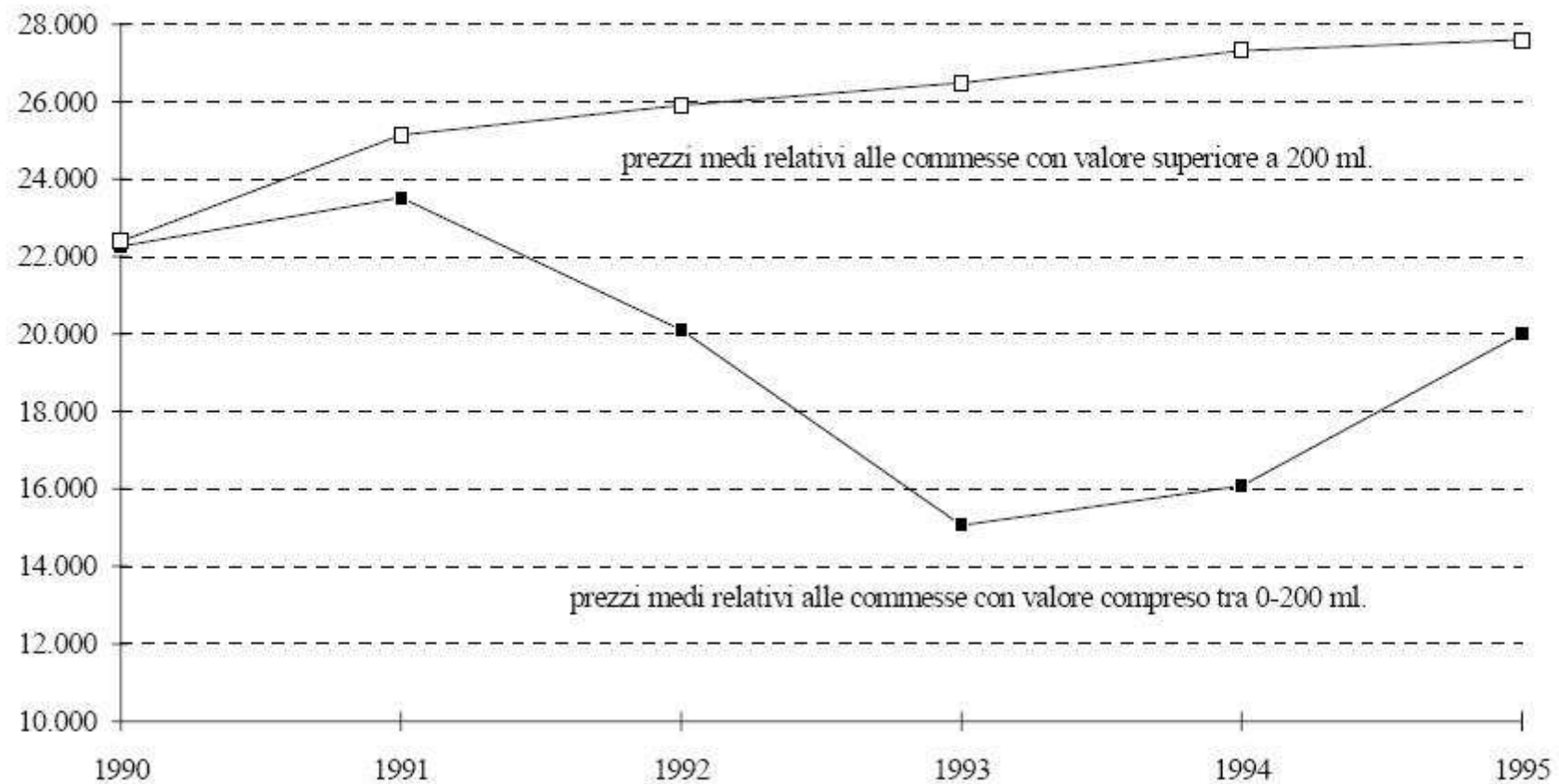
“... Nella gara indetta dall'ENEL nel settembre 1991, relativa alla centrale di Portoscuso, l'offerta di Cannas è stata di [omissis] lire, superiore a tutte le altre offerte presentate nelle gare del mese precedente dalle altre imprese.

Addirittura nella gara indetta dall'ENEL nel dicembre 1991, il prezzo di aggiudicazione di Cannas, pari a [omissis] lire, è stato superiore a qualsiasi offerta presentata nel corso del 1991”.

L'aggiudicatario “pre-determinato” ha presentato un’offerta superiore a quella che avrebbe prevedibilmente potuto garantire l’aggiudicazione, tenuto conto dei prezzi di aggiudicazione delle altre imprese nelle gare immediatamente precedenti e delle condizioni di “mercato”.

Le offerte di copertura: il caso *Istituti Vigilanza Sardegna* (1996)

Graf. 1 - Andamento dei prezzi medi di aggiudicazione



Le offerte di copertura: il caso *Istituti Vigilanza Sardegna* (1996)

- Nel 1990-91 i prezzi di aggiudicazione sono stati molto simili per le due tipologie di commesse e si sono divaricati dal 1992 (anno in cui i denunciati hanno iniziato a partecipare alle gare).
- Le commesse di importi elevati, che avrebbero dovuto destare un maggiore interesse da parte delle imprese partecipanti e quindi dare luogo a un maggior grado di concorrenza, sono state di fatto aggiudicate a prezzi medi più alti e crescenti nel tempo delle commesse di importi inferiori ai 200 milioni di lire.

La partecipazione alle gare delle sole imprese denunciate (dunque la mancanza di partecipanti estranei al cartello), ha implicato un aumento dei prezzi di aggiudicazione di oltre il 50% rispetto a quelli delle altre gare.



Astensione concertata dalle gare (bid-suppression)

Astensione concertata dalle gare (*bid-suppression*)

- I potenziali partecipanti ad un'asta si mettono d'accordo per non partecipare ad una sessione d'asta in modo da favorire un concorrente pre-determinato o al fine di compromettere il buon esito della procedura.

Ad esempio:

Le aziende X ed Y pur avendo la possibilità di presentare offerte competitive, si mettono d'accordo (d'intesa con Z) per non partecipare all'Asta per il lotto n.10 in modo da favorire l'azienda Z.

L'offerta di Z risulterà l'unica e dunque la più "vantaggiosa".

Z si aggiudicherà il lotto dando la falsa impressione che nessun'altra azienda aveva un interesse economico per il lotto n.10 ...

Astensione concertata dalle gare: il caso *Noleggio autobus scolastici* (1996)

Mercato: servizio trasporto scolastico Comune di Roma.

Operatori attivi: 7 (di cui 4 nell'intesa).

Fattispecie: gare indette da Comune di Roma.

Indici collusivi:

- numerose gare deserte;
- maggiore onerosità del servizio (cfr. altre città);

Evidenze probatorie:

- lettere dell'associazione di categoria (ENAT);
- riunioni tra concorrenti con oggetto *"tariffe e costi"*.

Astensione concertata dalle gare: il caso *Noleggior autobus scolastici* (1996)

- Dato l'esito negativo delle gare, il Comune di Roma, che è tenuto ad assicurare il trasporto scolastico, ha provveduto all'affidamento del servizio a trattativa privata alle imprese che erano già affidatarie del servizio.
- L'AGCM ha accertato una violazione antitrust avente ad oggetto la decisione dei consorzi CIPAR, CIAT, ROSSI AUTOSERVIZI e della società CORSI & PAMPANELLI di astenersi dall'intraprendere qualunque azione di reciproca concorrenza e di ripartirsi il mercato:
 - ***non presentando offerte*** alle gare;
 - ***non sovrapponendo le offerte*** in occasione dell'affidamento dei lotti a trattativa privata.

Astensione concertata dalle gare: il caso *Noleggio autobus scolastici* (1996)

... "al termine di tale riunione ci siamo fermati sotto all'ingresso e in quel momento, nonostante avessimo garantito all'Assessore alle Politiche Educative del Comune di Roma che avremmo partecipato alle gare, gli altri operatori hanno concertato di non partecipare perché le tariffe erano inferiori ai tariffari regionali"

(verbale audizione CAAP 15 maggio 1996)

Astensione concertata dalle gare: il caso *Noleggio autobus scolastici* (1996)

Persistenza degli operatori sui lotti in precedenza serviti

Impresa	Casi di riassegnazione nel 1995-1996 del lotto operato nel 1993-1995
CIPAR	100%
CIAT	100%
ROSSI	75%
C&P	100%
CAAP	66%
CTT	50%

Nel 90% dei casi le parti del cartello hanno riconfermato la loro presenza sui lotti precedentemente aggiudicati.

Astensione concertata dalle gare: il caso *Nolegg* autobus scolastici (1996)

Secondo l'AGCM ...

- ... *“Qualunque operatore non preventivamente edotto o ragionevolmente certo delle intenzioni dei concorrenti, disponendo della necessaria capacità produttiva, avrebbe fatto offerte almeno sui lotti limitrofi a quelli tradizionalmente serviti, quantomeno a titolo cautelativo, al fine di evitare il rischio di essere espulsi dal mercato”.*
- ... *“la pressoché totale assenza di sovrapposizioni non appare spiegabile se non sulla base di comportamenti coordinati tra le parti oggetto del procedimento, essendo emerso che almeno i consorzi CIPAR e CIAT dispongono di un'elevata sovraccapacità”.*

Intesa sulle gare per la copertura della RC nella sanità Campana (2011)

- Tre compagnie assicurative ed una agenzia plurimandataria si sono spartite le gare per la copertura della responsabilità civile nella sanità della Campania. L'intesa ha riguardato 18 procedure e 9 enti banditori.

Fattispecie collusive:

- ripartizione delle quote di partecipazione in gara o successivamente alla stessa (coassicurazione prima o dopo l'aggiudicazione);
- scambio di lotti e/o di affidamenti in diversi enti banditori;
- disdetta e successivo subentro con l'obiettivo di evitare il confronto competitivo e di mantenere nel tempo una certa stabilità dei servizi erogati.

L'agente plurimandatario coordinava la fase preparatoria alla partecipazione alla gara e quella successiva nel caso di disdetta e subentro, con il risultato di mantenere il rapporto con gli enti sanitari, massimizzare le commissioni e godere del diritto di prelazione su eventuali partecipazioni a future gare con le compagnie stesse.



Rotazione concertata delle offerte (bid-rotation)

Rotazione concertata delle offerte (*bid-rotation*)

- Attraverso la rotazione, l'operatore pre-determinato presenta sempre l'offerta più vantaggiosa per ogni lotto messo all'asta sulla base di un meccanismo sistematico o a rotazione concordato tra i partecipanti (tale tecnica è spesso utilizzata in combinazione con la presentazione di offerte di copertura);
- Il sistema favorisce sempre l'aggiudicazione del lotto all'operatore pre-determinato.

Ad esempio:

*Le aziende X, Y e Z presentano a turno offerte di copertura e offerte "vere".
L'offerta dell'operatore pre-determinato risulterà (a turno) sempre più
vantaggiosa rispetto alle offerte di copertura.*

Rotazione concertata delle offerte: il caso *Aziende trasporto pubblico locale / Petrolieri (2003)*

Mercato: fornitura carburante a società TPL

Operatori coinvolti: 19 (+ 2 associazioni di categoria)

Fattispecie: gare indette da società TPL

Indici collusivi (analisi esiti aste):

- ogni impresa qualificata si è aggiudicata almeno un lotto;
- rotazione mensile (“*ogni mese un lotto*”);
- all’apertura delle buste era presente (nella maggior parte dei casi) solo il rappresentante dell’impresa aggiudicataria;
- riduzione dell’entità degli sconti.

Evidenze probatorie:

- vari fogli di appunti scritti a mano con riferimento a offerte, sconti, lotti, identità aggiudicatari;
- negli appunti compare spesso la dicitura “a turno”;
- tabelle con “previsioni” delle aggiudicazioni (confermate all’esito delle gare);
- scambio comunicazioni tra concorrenti (via fax);
- riunioni tra concorrenti.

Rotazione concertata delle offerte: il caso *Aziende trasporto pubblico locale / Petrolieri* (2003)

Società in gara	Società di riferim. (controllo, parteci paz., distributore)	1999 (ann.) (*)	dic. 98 feb. 99 (*)	gen. 99	mar. 99	apr. 99	mag. 99	giu. 99	lug. 99	ago- sett 99 (1 lotto)	ott. 99	nov.- dic. 99 (2 lotti)	
Prezzo CCIAA MI alla data della gara		365,03	365,03	355,86	376,70	343,44	365,10	401,77	393,44	435,10	476,77	497,60 0	497,60
Quantità assegnate (litri/mil)		17	1,45	1,5	1,5	1,45	1,45	1,35	1,35	2,45	1,55	2,95	
ATI Darm M Petroli	Kuwait	21,25	21,25	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Fina (ora TFE)	TFE	12,8	12,8	12,8	12,95	12,95	non offre	11,3	11,5	11,7	11,9	11,9	12
ATI fermoil Eliolub	-	escl.	escl.	13,1	12,8	12,6	12,9	escl.	escl.	12,7 (**)	13,00 (**)	13,15 (**)	13,15 (**)
ATI fermoil Sorla Atriplex Petr.Comp. (ELY 3)	TAMOIL Assoc. in partecip. AGIP AGIP ERG (25, ora 40%)	13,05	12,05	13,05	13,15	13,15	13,25	13,3	13,35	13,35	13,4	13,45	13,5
Darm	Fornitura, ora contr. cong.	12,4	12,4	12,6	13,05	13,2	12,25	12,9	13	13,1	13,2	13,25	13,25
Melsa	IES (74%) ERG (26%)	12,45	12,45	12,45	12,2	12,3	13,3	non amm.	13,1	13,2	12,9	12,9	12,95
ATI Europetrol Campidonico Opam Oils	Kuwait /Black Oils (50%) ERG/Black Oils (50%)	10,2	11,2	11,2	non offre	12,35	12,5	13,35	12,3	12,3	12,5	12,6	12,6
ATI Import Ambrogio Moro	-	escl.	escl.	11,45	11,65	12	12,2	12,2	13,4	non offre	12,7	non offre	non offre
ATI Olicar Iplom	IPLOM (33%) IPLOM	12,50	12,4	12,4	escl.	12,8	12,8	12	12,6	13,45	13,3	13,25	13,3
Fermo/Maxcom (5)	Fintermica	10,95	10,95	10,95	11,5	11,65	11,8	11,5	11,7	11,9	13,45	13,3	11,5
Agip Petroli	AGIP PETROLI	11,3	11,3	11,3	11,3	11,5	11,75	11,85	11,95	12	12,05	14,2	14,6

Rotazione concertata delle offerte: il caso *Aziende trasporto pubblico locale / Petrolieri (2003)*

- *Tutti i soggetti indicati nell'elenco hanno effettivamente vinto “a turno” le aste mensili (come evidenziato dalla “diagonale” delle aggiudicazioni), alcuni singolarmente ed altri in ATI.*
- *A seconda della frequenza delle gare (mensili, semestrali o annuali) e delle dimensioni dei lotti messi a gara, le imprese hanno predefinito, anche attraverso la fissazione del livello dello sconto offerto, le società o ATI che, in ciascuna gara, si sono aggiudicate il (o hanno rinunciato al) lotto.*



Ripartizione del mercato (market sharing)

Ripartizione del mercato (*market sharing*)

- I partecipanti si mettono d'accordo per eliminare la concorrenza tra loro in relazione a lotti relativi a determinate aree geografiche o a determinati clienti;
- Il sistema favorisce sempre l'aggiudicazione dei medesimi lotti agli operatori "storici", mantenendo lo *status quo*.

Ad esempio:

Le aziende X, Y e Z si mettono d'accordo per non presentare offerte nelle reciproche aree di influenza "storica".

*X non presenterà offerte dove è "storicamente" presente Y e Z;
Y e Z faranno lo stesso.*

X, Y, Z manterranno artificialmente lo status quo nelle "loro" aree ...

Ripartizione del mercato:

- Nel caso *Istituti Vigilanza Sardegna* (1996), la ripartizione del mercato avveniva tramite offerte di copertura:

“... nel corso delle oltre cento gare analizzate non si è mai verificato (ad eccezione di un paio di episodi) che una delle imprese denunciate sottraesse clienti all'altra e questo è tanto più significativo in presenza dei comportamenti dei nuovi entranti”.

- Ma vi sono altri metodi più espliciti ...

Ripartizione del mercato: il caso *Buoni pasto* (2002)

Mercato: servizi sostitutivi di mensa tramite buoni pasto

Operatori attivi: 10 (8 nell'intesa + 2 denunciati / esclusi)

Fattispecie: gara indetta da CONSIP

Evidenze documentali acquisite da AGCM:

- corrispondenza (e-mail) tra le imprese volta allo scambio di informazioni relative alla modalità con cui presentare le offerte;
- simulazioni dei risultati della gara effettuate dalle imprese prima della presentazione dell'offerta;
- note interne che riportano la sintesi di discussioni tra concorrenti relative alla partecipazione alla gara.

Ripartizione del mercato: il caso *Buoni pasto* (2002)

- determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara;
- individuazione concertata della composizione delle ATI e delle imprese che avrebbero partecipato singolarmente;
- fissazione congiunta dei livelli di sconto nella presentazione delle offerte;
- ripartizione dei lotti.

L'obiettivo era di “eliminare ogni possibile confronto concorrenziale tra otto delle dieci imprese partecipanti alla gara, determinando congiuntamente un prezzo del servizio superiore a quello che sarebbe prevalso in assenza di concertazione ed assicurando a ciascuna impresa l'aggiudicazione di almeno uno dei lotti o una sua parte, garantendo la stabilità delle loro quote, rispetto a quelle detenute” in precedenza.



Accordi di compensazione (compensation)

Accordi di compensazione – subcontratti

- L'aggiudicatario pre-determinato sub-contratta parte del lavoro aggiudicato agli altri concorrenti;

Ad esempio:

Le aziende X, Y e Z si mettono d'accordo affinché Z risulti l'offerente "più vantaggioso".

Z si aggiudica il lotto;

Z conclude degli accordi con X e Y affinché questi lavorino parte del materiale aggiudicato da Z.

Accordi di compensazione – subcontratti: il caso dell'*intesa del tabacco grezzo in Italia (2005)*

Mercato: settore del tabacco grezzo

Fattispecie: vendite pubbliche all'asta

Evidenze probatorie acquisite da DG COMP:

- informazioni rivelate dal *leniency applicant*,
- riunioni regolari (sia dei presidenti imprese che dei responsabili degli acquisti);
- appunti, note interne e *memoranda* che riportano la sintesi di discussioni tra concorrenti.



Le ATI restrittive della concorrenza

Le ATI restrittive della concorrenza

- La *ratio* pro-concorrenziale dello strumento delle ATI è tradizionalmente riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa (CdS 1682/ 2001, 3188/2001, 5517/2001).
- Tuttavia, in quanto strumento di collaborazione tra imprese, l'ATI può facilmente prestarsi ad un utilizzo restrittivo della concorrenza.
- E ciò in particolar modo tramite la costituzione delle ATI c.d. “sovradimensionate” o “non necessarie” rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara.
- Quelle cioè costituite da due o più imprese che singolarmente sono in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara.
- A riguardo, nella segnalazione AS 251/2003 l'AGCM ha suggerito che le stazioni appaltanti possano legittimamente limitare la possibilità di associarsi in ATI da parte di due o più imprese che singolarmente risultano in grado di soddisfare i requisiti del bando.
- Secondo l'AGCM, solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione (da motivare in maniera dettagliata nel bando) potrebbe ammettersi, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando.

Le ATI restrittive della concorrenza: il caso TPL Roma (2007)

- Nel 2007 l'AGCM ha sanzionato varie imprese operanti nel settore del TPL accertando un utilizzo collusivo delle ATI.

- Secondo AGCM:

“la costituzione di ATI assolutamente non proporzionate ai requisiti richiesti dai bandi che, alla luce delle affermazioni contenute negli accordi contestati, si connotano per la valenza anticoncorrenziale più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell’offerta” (Prov. I 657, par. 176)

- I Giudici amministrativi hanno confermato la valutazione dell'AGCM (CdS, 2205/2009).



I comportamenti da non tenere quando si partecipa ad un'asta (prima, durante, dopo l'asta)

I comportamenti da non tenere quando si partecipa ad un'asta:

➤ **Prima:**

NON discutere/concordare i Lotti a cui partecipare;
NON discutere/concordare il valore offerte / sconti;
NON “rispettare” le aree “tradizionali” dei concorrenti;

➤ **Durante:**

NON “interpellare” / confrontarsi con i concorrenti;

➤ **Dopo:**

NON rivelare i prezzi di aggiudicazione dei Lotti;
NON rivelare le proprie strategie future.

Incontri - anche occasionali - tra concorrenti?

Non discutere temi sensibili quali ad esempio:

- prezzi/sconti/offerte aziendali e/o dei concorrenti;
- condizioni contrattuali aziendali e/o dei concorrenti con i propri fornitori o rivenditori;
- identità dei clienti;
- politiche industriali, piani, strategie commerciali aziendali o dei concorrenti - a meno che non siano informazioni già pubbliche.

... e se succede ... ?

- Se nel corso di una riunione tra concorrenti si discute di argomenti sensibili:
 - fare rilevare a tutti i partecipanti ed immediatamente l'inopportunità di discutere di tali argomenti;
 - abbandonare subito la riunione;
 - assicurarsi che sia percepito (ed annotato a verbale) il proprio dissenso e l'allontanamento dalla riunione;
 - riferire subito ai propri superiori.



Discussione e Q&A



Avv. Piero Fattori
pfattori@gop.it

Avv. Michele Carpagnano
mcarpagnano@gop.it

Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners
Via delle Quattro Fontane 20, 00184 Roma
Piazza Belgioioso 2, 20121 Milano
www.gop.it