

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 1° dicembre 2010;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la Comunicazione dell'Autorità relativa all'applicazione dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/90;

VISTO l'art. 3 della legge n. 287/90;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTA la segnalazione della società ATO ME 3 S.p.A. in liquidazione, pervenuta in data 22 novembre 2010;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. Messinambiente S.p.A. (di seguito, Messinambiente) è una società attiva nella raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti e del recupero dei materiali. In forza di una convenzione stipulata nel 1999 con il Comune di Messina, Messinambiente è affidataria, fino al 31 dicembre 2010, del servizio di igiene urbana nel territorio di detto Comune¹. Il capitale sociale di Messinambiente è detenuto dal Comune di Messina, dal Comune di Taormina e dal Comune di Tremestieri Etneo.

Nel 2008 Messinambiente ha realizzato un fatturato di circa 33 milioni di euro. ATO ME 3 S.p.A. in liquidazione (di seguito, ATO ME 3), è la società d'ambito costituita per la gestione integrata dei rifiuti nell'Ambito Territoriale Ottimale di Messina. Il capitale sociale di ATO ME 3 è detenuto dal Comune di Messina e dalla Provincia Regionale di Messina.

II. LA SEGNALAZIONE

2. In data 22 novembre 2010, la società ATO ME 3 ha segnalato le distorsioni della concorrenza derivanti dal comportamento di Messinambiente, volto a ostacolare lo svolgimento di una gara per l'affidamento dello stesso servizio a partire dal 1° gennaio 2011 per una durata di cinque anni.

3. In particolare, nel settembre 2010 ATO ME 3 avrebbe richiesto a Messinambiente, in qualità di affidataria del servizio di igiene urbana, di trasmettere le informazioni relative al ruolo professionale svolto dai dipendenti della società impiegati nei servizi ambientali per il Comune di Messina, indicandone la qualifica, il livello, l'anzianità di servizio, il contratto applicato e il servizio svolto. Tali informazioni sarebbero necessarie per lo svolgimento della gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani che ATO ME 3 ha bandito in data 12 novembre 2010 per il periodo dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2015 (allo scadere, cioè, dell'affidamento corrente), per un importo pari a circa 24 milioni di euro annui. Il contratto collettivo nazionale di

¹ La convenzione tra il Comune di Messina (cui è subentrato, a partire dal 2004, ATO ME 3) e Messinambiente, conclusa nel 1999, è stata stipulata per una durata pari a quella dell'esistenza della società Messinambiente, cioè fino al 31 dicembre 2010. E' contrattualmente prevista una proroga automatica nel caso venga estesa la durata di Messinambiente, come effettivamente è avvenuto (la durata di Messinambiente è stata prorogata fino al 2025).

lavoro Federazione Imprese di Servizio (di seguito, FISE), applicato da Messinambiente, prevede infatti che in caso di passaggio di gestione per scadenza del contratto d'appalto il datore di lavoro subentrante debba avviare, d'intesa con le organizzazioni sindacali e le strutture territoriali competenti, la procedura relativa al passaggio diretto ed immediato del personale dell'impresa cessante addetto allo specifico appalto, nei limiti del numero dei dipendenti in forza 180 giorni prima della scadenza dell'appalto. A tale personale l'azienda subentrante deve riconoscere il trattamento economico e normativo contrattuale già corrisposto dal precedente datore di lavoro.

4. Non ricevendo risposta né alla prima richiesta, né ai solleciti inviati successivamente, ATO ME 3 ha posticipato al 30 dicembre 2010 il termine per la presentazione delle offerte, inizialmente previsto per il 18 dicembre 2010.

5. Solo in data 26 novembre 2010 ATO ME 3 avrebbe ricevuto da Messinambiente un elenco di nominativi, che a detta del segnalante non fornirebbe però esatte e precise indicazioni sulla reale consistenza del personale adibito a compiti strettamente connessi al servizio oggetto della gara, non consentendo in tal modo la *par condicio* dei concorrenti che potrebbero partecipare alla gara.

III. IL CONTESTO DI RIFERIMENTO

6. Ai sensi dell'art. 23-bis, comma 8, della legge n. 133/08 gli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 dello stesso articolo devono cessare entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. In ragione di tale disposizione, ATO ME 3 ha indetto la procedura aperta sopra descritta per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ed altri servizi connessi nel territorio di Messina relativamente al periodo 1° gennaio 2011 – 31 dicembre 2015.

7. Il capitolato d'onori ed il capitolato speciale d'appalto della gara bandita chiariscono, all'art. 15 e 14 rispettivamente, che *“Il Gestore aggiudicatario è obbligato nel rispetto del vigente Contratto Nazionale di Lavoro di categoria, applicato dalla società Messinambiente S.p.A. (impresa cessante) e quindi attuale gestore del servizio per l'ATO ME 3 fino al 31/12/2010, ad assumere il*

personale in forza alla predetta Società con le modalità e le ricorrenze ivi previste”.

8. Il contratto collettivo applicabile nel caso di specie è il già citato contratto FISE, cui aderisce Messinambiente. Esso prevede all’art. 6 che *“nei casi di passaggio di gestione per scadenza del contratto di appalto, [...] il datore di lavoro subentrante e la RSU o, in mancanza, le RSA delle OO.SS. stipulanti, congiuntamente alle strutture territorialmente competenti, si incontreranno in tempo utile per avviare la procedura relativa al passaggio diretto ed immediato del personale dell’impresa cessante addetto allo specifico appalto, nei limiti del numero dei dipendenti in forza 180 giorni calendariali prima della scadenza dell’appalto.*

Al personale di cui al comma che precede l’azienda subentrante riconoscerà il trattamento economico e normativo contrattuale già corrisposto dall’impresa cessante, ivi compresi gli aumenti periodici di anzianità corrispondenti all’effettivo periodo di lavoro prestato ininterrottamente alle dipendenze delle precedenti imprese operanti nel settore”.

IV. VALUTAZIONI

a) Il mercato rilevante

9. Il settore interessato dal presente procedimento è quello del servizio di gestione integrata dei rifiuti.

10. Ai sensi del Decreto Legislativo n. 163/06, gli enti appaltanti affidano in via esclusiva l’esercizio di tale servizio con procedura aperta. Ai fini del presente procedimento, ad una prima valutazione, il mercato rilevante può ritenersi coincidente con l’ambito merceologico e geografico che forma oggetto della gara bandita da ATO ME3. Trattasi dunque del servizio di gestione integrata dei rifiuti per il periodo 1° gennaio 2011 – 31 dicembre 2015 nel territorio del Comune di Messina, per un valore pari a circa 24 milioni di euro annui.

b) La posizione dominante di Messinambiente

11. Messinambiente detiene, in quanto unico affidatario dal 1999, una posizione dominante sul mercato del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani

ed assimilati ed altri servizi connessi nel territorio del Comune di Messina.

La posizione di affidatario consente a Messinambiente di detenere tutte le informazioni relative ai dipendenti addetti al servizio oggetto del bando di gara (più precisamente, il numero, la qualifica, il livello, l'anzianità di servizio, il contratto applicato e il servizio svolto), necessarie allo svolgimento di una procedura competitiva per l'affidamento del servizio.

c) L'abuso di posizione dominante ed il pregiudizio al commercio intracomunitario

12. Sulla base delle informazioni disponibili, Messinambiente risulta aver abusato della propria posizione dominante nel servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati e servizi connessi nel territorio del Comune di Messina, in violazione dell'art. 3 della legge n. 287/90 o dell'art. 102 TFUE.

13. In particolare, l'obbligo per il nuovo affidatario di assumere il personale dipendente di Messinambiente alle stesse condizioni cui questo era assunto presso il precedente affidatario comporta che le informazioni relative al personale siano elementi essenziali per la formulazione di offerte da parte delle imprese che intendano partecipare alla gara bandita da ATO ME 3. Le voci di costo relative al personale costituiscono, infatti, uno degli elementi che maggiormente incidono nella formulazione di un'offerta competitiva, sicché l'impossibilità di valutarne l'ammontare rende impossibile l'effettiva partecipazione delle imprese interessate, tanto più che, come d'abitudine, nel bando di gara viene espressamente richiesto ai partecipanti di indicare le voci di prezzo che concorrono a formare l'offerta, ivi compreso *“il numero degli addetti impiegati”* ed *“il personale impiegato diviso per tutti i servizi generali obbligatori e per quelli aggiuntivi eventualmente offerti, inclusa l'indicazione del livello contrattuale”*.

14. Il comportamento sopra descritto, consistente, prima nel rifiutare di fornire le informazioni richieste, poi nel trasmetterle, a seguito di numerose e reiterate richieste, a procedura di gara ormai avviata, in forma incompleta e difficilmente utilizzabile e, solo, nell'imminenza della scadenza della data per la presentazione delle offerte, pare idoneo a produrre un effetto escludente sul mercato dell'affidamento del servizio di igiene urbana nel territorio del Comune di Messina, nella misura in cui pone le imprese concorrenti nell'impossibilità di presentare un'offerta effettivamente competitiva.

15. Che tale comportamento sia suscettibile di condizionare significativamente le dinamiche concorrenziali sul mercato in questione è anche dimostrato dal fatto che ATO ME 3 si sia visto costretto a prorogare il termine di scadenza della gara, nell'attesa di ricevere le informazioni richieste.

16. Messinambiente si è in tal modo sottratta agli obblighi di cooperazione con l'attuale contraente, ente appaltante, compromettendo il buon esito del processo di selezione competitiva avviato dallo stesso. La condotta sopra descritta rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 3 della legge n. 287/90 o dell'art. 102 TFUE che vietano abuso di una posizione dominante. Tale condotta è in grado di limitare l'accesso al mercato di qualsiasi impresa.

V. LE MISURE CAUTELARI

17. Nel caso di specie ricorrono i presupposti per un intervento cautelare dell'Autorità nelle more del procedimento ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, introdotto dalla legge n. 248/06. Esso prevede che *“Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari”*.

18. In particolare, quanto alla sussistenza del *fumus boni iuris*, si osserva che le considerazioni contenute nei paragrafi 12-15 sulla capacità escludente dell'abuso già evidenziano la probabile sussistenza dell'illecito. Si ricorda solo, a tal proposito, che il comportamento di Messinambiente fa leva proprio sull'essenzialità delle informazioni in suo possesso per impedire, ostacolare o comunque ritardare lo svolgimento di una procedura competitiva, a seguito della quale il servizio verrebbe affidato all'impresa in grado di presentare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

19. Sulla sussistenza del *periculum in mora* si rileva che, in mancanza delle informazioni richieste, non sarebbe possibile alle imprese interessate presentare le proprie offerte nemmeno entro la nuova scadenza del 30 dicembre 2010, con la prevedibile conseguenza che nessuna impresa (salvo Messinambiente) sarebbe in grado di partecipare alla gara. La condotta segnalata determina il rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza in quanto altera significativamente le dinamiche competitive nel mercato interessato, ostacolando le singole imprese che intendano presentare un'offerta, anche alla

luce del nuovo contesto normativo che vede l'obbligo, *ex art. 23-bis*, comma 2, della legge n.133/08, di adottare procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

RITENUTO, pertanto, che la condotta segnalata, per quanto sopra descritto, possa configurare una fattispecie di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/90 o dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

RITENUTO, inoltre, che sussistano i requisiti di estrema gravità ed urgenza, nella misura in cui il permanere della condotta anticoncorrenziale nell'imminenza della scadenza della gara rischia di impedire la partecipazione alla gara stessa da parte delle imprese concorrenti vanificando l'unica possibilità di accesso al mercato, consentendo a Messinambiente di continuare a beneficiare degli effetti della condotta abusiva;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società Messinambiente S.p.A. per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 3 della legge n. 287/90 o dell'art. 102 TFUE;

b) in via cautelare, che la società Messinambiente S.p.A. trasmetta immediatamente alla società ATO ME 3 S.p.A., informandone tempestivamente l'Autorità, le informazioni necessarie allo svolgimento della gara nella forma e secondo le modalità richieste dalla stazione appaltante, e prestando altresì ogni forma di collaborazione a tal fine necessaria alla società richiedente;

c) la fissazione del termine di sette giorni decorrenti dalla notificazione del presente provvedimento per la presentazione di memorie scritte e documenti, nonché per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione "Industria e Servizi" della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno due giorni prima della scadenza del suddetto termine;

d) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Paola Nebbia;

e) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione “Industria e Servizi” della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti, nonché da persona da essi delegata;

f) che il procedimento deve concludersi entro il 28 luglio 2011.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell’articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà