L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 14 marzo 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTO il Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002 n. 1/2003;

VISTA la legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificata dalla legge 21 dicembre 1999, n. 526, e, in particolare, l'articolo 54;

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 27 aprile 2004;

VISTA la segnalazione di ATO ME3 in liquidazione del 22 novembre 2010, successivamente integrata con ulteriori comunicazioni;

VISTA la propria delibera del 1° dicembre 2010, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14, comma 1 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'articolo 102 del TFUE;

VISTA la propria delibera del 17 maggio 2011, con la quale è stata disposta la pubblicazione degli impegni presentati da Messinambiente ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90 ed il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 20 ottobre 2011;

VISTA la propria delibera del 7 settembre 2011, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 20 novembre 2011;

VISTA la propria delibera del 12 ottobre 2011, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 20 febbraio 2012;

VISTA la propria delibera del 12 ottobre 2011, con la quale sono stati rigettati gli impegni proposti da Messinambiente;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, trasmessa alle parti in data 22 dicembre 2011;

VISTA la propria delibera dell'11 gennaio 2012, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 15 marzo 2012;

VISTA la propria comunicazione alla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, del Regolamento (CE) n. 1/2003;

VISTE le memorie conclusive di Messinambiente S.p.A., pervenute in data 10 febbraio 2012;

SENTITI in audizione finale in data 14 febbraio 2012 i rappresentanti delle società Messinambiente S.p.A. ed ATO ME3 S.p.A. in liquidazione;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Messinambiente S.p.A. (di seguito, Messinambiente) è una società attiva nella raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti e nel recupero dei

materiali. Essa è affidataria diretta del servizio di igiene urbana nel Comune di Messina dal 1999 e svolge tale attività anche in altri comuni più piccoli della stessa Provincia.

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 pari a circa 33 milioni di euro¹. Con delibera dell'assemblea del 3 febbraio 2012, Messinambiente è stata posta in liquidazione.

2. ATO ME 3 S.p.A. in liquidazione (di seguito, ATO ME 3), il segnalante, 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. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

L'attività istruttoria

3. In data 1° dicembre 2010 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Messinambiente S.p.A.^(*), ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 3 della legge n. 287/90 o dell'articolo 102 TFUE.

4. Il procedimento ha tratto origine dalla segnalazione di ATO M3 del 22 novembre 2010, da cui è emerso che quest'ultima aveva richiesto a Messinambiente, in qualità di affidataria del servizio di igiene urbana, di trasmettere alcune informazioni relative al ruolo professionale svolto dai dipendenti della società impiegati nei servizi ambientali per il Comune di Messina. Tali informazioni erano necessarie per lo svolgimento della gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani che ATO ME 3 avrebbe bandito in data 12 novembre 2010. Tali informazioni, a detta di quest'ultima, erano state fornite con notevole ritardo rispetto alla richiesta, ed in forma incompleta e difficilmente fruibile.

5. Il procedimento è stato avviato per un presunto abuso di posizione dominante di natura escludente da parte di Messinambiente, volto ad ostacolare la concorrenza per il mercato dell'affidamento del servizio di

¹ I bilanci relativi agli anni successivi non risultano ancora approvati dall'assemblea dei soci.

^(*)La presente versione del provvedimento n.23396 è quella risultante dalla rettifica deliberata dall'Autorità nella sua adunanza dell'11 aprile 2012.

gestione integrata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del Comune di Messina. L'abuso si sarebbe concretizzato dapprima nel rifiuto di fornire le informazioni richieste, e, successivamente, nel trasmetterle tardivamente in forma incompleta e difficilmente utilizzabile.

6. Contestualmente, l'Autorità ha avviato nei confronti della medesima società un subprocedimento cautelare *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/90, nel quale si richiedeva a Messinambiente di trasmettere *“immediatamente a ATO ME 3, 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”*.

7. Successivamente all'adozione della misura cautelare, l'Autorità aveva ritenuto, sulla base delle informazioni ricevute, che Messinambiente avesse provveduto a trasmettere ad ATO ME 3 le informazioni necessarie allo svolgimento della gara nella forma e con le modalità richieste, nonché a prestare la dovuta collaborazione; con delibera del 22 dicembre 2010, pertanto, adottava un nuovo provvedimento con cui prendeva atto del fatto che, a seguito del corretto adempimento da parte di Messinambiente a quanto richiesto, erano venuti meno i presupposti per la permanenza degli effetti della misura cautelare.

8. ATO ME 3 e Messinambiente sono state sentite in audizione, rispettivamente il 3 gennaio 2011 e il 28 gennaio 2011.

9. A partire dall'8 aprile 2011, le Parti hanno iniziato ad esercitare il diritto di accesso agli atti del procedimento.

10. In data 14 aprile 2011 Messinambiente presentava impegni ai sensi dell'art. 14-*ter* della l. 287/90.

11. L'Autorità deliberava, in data 17 maggio 2011, di ammettere gli impegni al *market test*. Gli impegni venivano pubblicati in data 25 maggio 2011.

12. In data 29 agosto 2011 è stata fatta una richiesta di informazioni a Messinambiente, cui questa rispondeva con lettera del 9 settembre 2011, in merito al reintegro di alcuni lavoratori per effetto di alcune sentenze del Tribunale del Lavoro di Messina.

13. Successivamente, nell'adunanza del 12 ottobre 2011, l'Autorità deliberava di non accogliere gli impegni presentati da Messinambiente.

14. Il 22 dicembre 2011 è stata trasmessa alle parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI). Le memorie conclusive di

Messinambiente sono pervenute in data 10 febbraio 2012 ed i rappresentanti di quest'ultima e della società ATO ME3 sono stati sentiti in audizione finale davanti al collegio dell'Autorità il 14 febbraio 2012.

La presentazione degli impegni da parte di Messinambiente

15. Come anticipato, in data 14 aprile 2011 Messinambiente presentava impegni ai sensi dell'art. 14-ter della l. 287/90. Gli impegni presentati da Messinambiente comportavano un obbligo generale di cooperazione, in base al quale Messinambiente garantiva piena collaborazione sia nei confronti di ATO ME 3 che nei confronti delle Società di Regolamentazione del servizio di gestione dei rifiuti (SSR), destinate a sostituire le società ATO una volta attuata la riforma del sistema di gestione dei rifiuti ad opera della legge della regione Sicilia n. 9/2010.

16. Più in particolare, la collaborazione era destinata a realizzarsi mediante:

- a) la tempestiva comunicazione delle informazioni richieste con le modalità, nella forma e, nei limiti del possibile, entro i tempi indicati dall'ente richiedente e, salvo casi eccezionali, entro e non oltre il termine di 5 giorni dal ricevimento della richiesta;

- b) la creazione di una *dataroom* virtuale per la trasmissione ad ATO ME 3 dei dati maggiormente rilevanti in merito al servizio di gestione dei rifiuti;

- c) la possibilità, per il personale indicato da ATO ME 3 di accedere ai locali aziendali di Messinambiente secondo i tempi indicati da ATO ME 3.

17. L'Autorità deliberava, in data 17 maggio 2011, di ammettere gli impegni al *market test*. Gli impegni venivano pubblicati in data 25 maggio 2011.

18. In data 1 luglio 2011 ATO ME 3 faceva pervenire all'Autorità una lettera, nella quale definiva "illecita" la condotta posta in essere da Messinambiente e accusava la società di continuare a mantenere un comportamento dilatorio ed ostruzionistico. Allegava, a riprova di ciò, due lettere ad essa inviate da Messinambiente il 29 giugno 2011. A seguito di ciò e dell'esito della richiesta di informazioni successivamente fatta a Messinambiente, nell'adunanza del 12 ottobre 2011 l'Autorità deliberava di non accogliere gli impegni presentati da Messinambiente. L'Autorità riteneva infatti che gli impegni proposti fossero inidonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, ritenendo che i fatti successivamente emersi dimostrassero che la realizzazione di quanto proposto restava nell'assoluta discrezionalità di Messinambiente. L'Autorità riteneva inoltre che sussistesse, nel caso di specie, l'interesse a procedere all'accertamento

dell'infrazione.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

1. *Il contesto di riferimento*

a) La disciplina dell'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti in Sicilia

19. Le gestione integrata dei rifiuti nella Regione Sicilia è disciplinata dalla L.R. n. 9/10, che mira *inter alia* a ridefinire gli Ambiti Territoriali Ottimali e a sostituire alle società d'ambito (quali ATO ME 3), precedentemente costituite ai sensi dell'art. 201 del Decreto Legislativo n. 152/06 per la gestione dei rifiuti, le "società per la regolamentazione del servizio di gestione rifiuti" (di seguito, SRR). Alla data di entrata in vigore della legge (cioè il 27 aprile 2010), le società d'ambito venivano poste in liquidazione, con contestuale nomina, da parte dell'Assessore Regionale per l'energia ed i servizi di pubblica utilità, di un commissario liquidatore.

20. L'art. 19 della L.R. n. 9/10 detta le disposizioni transitorie, destinate ad operare dal momento della messa in liquidazione delle società ATO.

21. In particolare, il comma 3 sancisce che "*In ragione dell'estinzione delle società e dei consorzi d'ambito il regime transitorio per le diverse tipologie di affidamento in essere è disciplinato in conformità con quanto previsto [...] dal comma 8 dell'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 [...]*". Come noto, tale disposizione (ora caducata per effetto del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011) prevedeva, al comma 8, lettera *e*), che gli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3² dovessero cessare entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Il comma 12 dello stesso art. 19 della legge regionale prevede inoltre che, nel periodo di "interregno" tra società ATO e SRR, le prime continuino a svolgere le competenze ad esse attribuite; la data ultima entro la quale tale gestione non può protrarsi è fissata al 31 dicembre 2011.

22. È appunto in ragione di tali disposizioni che, reputando scaduta *ex art. 23-bis*, comma 8, lettera *e*), del D.L. n. 112/08, l'originaria convenzione di affidamento³, ATO ME 3 aveva indetto le procedura aperta sopra descritta.

² Si tratta, cioè, degli affidamenti che si sono svolti secondo le regole dell'evidenza pubblica o di quelli conformi ai principi dell'*in-house*.

³ La convenzione di affidamento (originariamente stipulata tra Messinambiente e il Comune di Messina, cui è successivamente subentrato ATO ME3) ha una durata pari a quella dell'esistenza della società

23. L'avvenuta scadenza dell'affidamento a Messinambiente, peraltro, è stata confermata dal TAR Sicilia il quale, con sentenza dell'11 aprile 2011, ha constatato che *“la società ricorrente [Messinambiente] non vanta alcun diritto alla prosecuzione del servizio in essere in forza della sussistente convenzione, non trovandosi nelle condizioni previste ex lege per tale invocata prosecuzione”*. L'affidamento avrebbe dovuto terminare, pertanto, il 31 dicembre 2010, come sempre sostenuto da ATO ME 3⁴. La sentenza del TAR è stata confermata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa con sentenza del 9 febbraio 2012.

b) Il contratto collettivo FISE

24. Il contratto collettivo cui occorre fare riferimento nel caso di specie è il contratto Federazione Imprese di Servizio (di seguito, FISE), cui aderisce Messinambiente. Esso prevede all'art. 6, comma 4, che, in caso di avvicendamento nella gestione dell'appalto/affidamento dei servizi tra imprese che applicano il CCNL, *“l'impresa subentrante assume ex novo [...] tutto il personale in forza a tempo indeterminato [...] addetto in via ordinaria allo specifico appalto/affidamento che risulti in forza presso l'azienda cessante nel periodo di 240 giorni precedenti l'inizio della nuova gestione in appalto/affidamento previsto dal bando di gara e alla scadenza effettiva del contratto di appalto [...]. Ai fini della partecipazione alla gara per la nuova gestione nel rispetto dei principi di trasparenza e leale concorrenza, l'impresa cessante trasmette al committente, a mezzo raccomandata A/R, eventualmente anticipata anche a mezzo fax o posta elettronica, la documentazione relativa al personale a tempo indeterminato [...]: elenco nominativo dei dipendenti, distinto tra addetti a tempo pieno e addetti a tempo parziale e relativa misura percentuale; relativo livello di inquadramento, mansione e/o qualifica; copia egli accordi collettivi aziendali di contenuto economico; anzianità nella posizione parametrica B; ente previdenziale di appartenenza; nonché, a richiesta del committente, eventuali ulteriori informazioni e documentazione. La predetta documentazione è trasmessa, in ogni caso, entro i 10 giorni calendariali successivi alla data di pubblicazione del bando di gara”*. Inoltre, ai sensi

Messinambiente, cioè fino al 31.12.2010. È 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).

⁴ Preso atto, però, del fatto che la gara impegnata era andata deserta, il TAR rilevava l'improcedibilità *“per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso principale”*.

della “*Premessa*” del medesimo articolo 6 del CCNL, “*in caso di avvicendamento nella gestione dell’appalto/affidamento di servizi di cui all’art. 3 del vigente CCNL tra imprese che applicano il presente CCNL, anche per obbligo stabilito nel capitolato, le imprese sono tenute ad osservare le seguenti disposizioni relativamente al subentro nella gestione e al rapporto di lavoro del personale*”.

25. In conformità a tali disposizioni, il capitolato d’oneri ed il capitolato speciale d’appalto della prima gara bandita da ATO ME3 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*”. Identiche disposizioni sono riprodotte negli artt. 15 e 14 del capitolato d’oneri e del capitolato speciale d’appalto relativi alla seconda gara bandita da ATO ME3.

2. Le condotte di Messinambiente

a) La prima gara

26. Con lettera inviata il 21 settembre 2010, ATO ME 3 richiedeva a Messinambiente, in qualità di affidataria del servizio di igiene urbana, di trasmettere “*con cortese sollecitudine, e comunque entro e non oltre cinque giorni dal ricevimento della presente*” 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 erano necessarie, secondo quanto previsto dal sopra descritto CCNL, per l’imminente svolgimento della gara per l’affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani per il periodo dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2015 e per un importo pari a circa 24 milioni di euro annui.

27. L’avviso di preinformazione relativo alla gara, ai sensi dell’art. 63 Decreto Legislativo 163/2006, era stato pubblicato in data 14 settembre 2010; la gara veniva bandita inizialmente il 12 novembre 2010, con pubblicazione il 16 novembre e termine di scadenza per la presentazione delle offerte al 18 dicembre 2010; il bando veniva successivamente rettificato e ripubblicato il 25 novembre, con nuova scadenza al 30 dicembre.

28. In data 17 e 18 novembre ATO ME3 veniva contattata da due imprese, di cui una straniera, per avere chiarimenti circa la procedura di gara; in data 22 novembre 2010 la società Dusty S.r.l., con sede a Catania, chiedeva ad ATO ME3 di avere, con riferimento al citato bando di gara, *“l’elenco del personale occupato con indicazione di livello, mansione, eventuale anzianità ed orario di lavoro nel caso di rapporto part-time”*.

29. Solo in data 26 novembre 2010, dopo diversi solleciti, ATO ME 3 riceveva da Messinambiente un elenco di 473 nominativi. Il segnalante lamentava però che l’elenco pervenuto fosse *“di difficile gestione”*, evidenziando come venisse usato il medesimo numero di matricola per più dipendenti e che per alcuni di questi non venisse indicato il servizio svolto; inoltre era necessario che i dipendenti indicati nell’elenco avessero stretta connessione unicamente con i servizi svolti per il Comune di Messina. ATO ME3 chiariva inoltre di aver necessità di trasmettere i dati *“a tutti quelli che ne fanno richiesta purché interessati a partecipare al bando di gara pubblicato in data 25/11/2010”*⁵.

30. A tale doglianza Messinambiente dava riscontro puntualizzando di aver tempo, ai sensi del CCNL, *“fino al 05/12/2010 per produrre la documentazione necessaria”* e che, entro tale data essa avrebbe provveduto *“a trasmettere elenco nominativo dei dipendenti, distinto tra addetti a tempo pieno e addetti a tempo parziale e relativa misura percentuale; relativo livello di inquadramento, mansioni e/o qualifica; copia degli accordi collettivi aziendali di contenuto economico; anzianità nella posizione parametrica B; ente previdenziale di appartenenza; nonché, a richiesta del committente, eventuali ulteriori informazioni e documentazione”*; invitava pertanto ATO ME3 ad *“attendere i 10 gg previsti prima di fornire i dati a coloro i quali ne facessero richiesta”*.

31. Il giorno stesso della notifica del provvedimento d’avvio, il 3 dicembre 2010, Messinambiente provvedeva a trasmettere un nuovo *“elenco nominativo del personale in organico alla Messinambiente S.p.A.”*. Tale elenco, ordinato secondo una numerazione progressiva, era suddiviso a seconda del servizio svolto dai dipendenti e dell’impianto cui questi erano addetti.

32. Successivamente, ATO ME 3 chiedeva conferma del fatto che l’elenco inviato fosse relativo soltanto al personale addetto allo svolgimento del servizio nel Comune di Messina. Messinambiente confermava i dati trasmessi, specificando che l’elenco inviato *“non è comprensivo delle 44*

⁵ Cfr. lettera inviata a Messinambiente in data 1° dicembre 2010.

unità presenti in organico ma che svolgono il servizio presso il Comune di Taormina". Con lettera pervenuta all'Autorità il 17 dicembre 2010, ATO ME 3 dichiarava di ritenere *"sufficiente quanto trasmesso dalla Messinambiente S.p.A."*.

b) La seconda gara

33. Successivamente, essendo andata deserta la gara di novembre, ATO ME 3 disponeva una proroga del servizio fino al 30 giugno 2011 in favore di Messinambiente e pubblicava, in data 17 maggio 2011, un secondo bando di gara, con scadenza al 30 giugno 2011, per l'affidamento del servizio di igiene urbana per la durata di sei mesi, con presumibile inizio al 1 luglio 2011 sino al 31 dicembre 2011.

34. Ai fini dello svolgimento della seconda gara, indetta dopo il fallimento della prima, su richiesta di ATO ME 3, Messinambiente inviava in data 23 maggio 2011 una lista di 467 nominativi di dipendenti, aggiornata al 18 maggio. Tale lista veniva successivamente integrata con le seguenti informazioni:

i. i nominativi di altri 4 dipendenti venivano trasmessi in data 27 maggio, *"ad integrazione dell'elenco nominativo di tutto il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato già trasmesso in data 23 maggio 2011"*, con la precisazione che tali dipendenti erano stati riassunti nello stesso giorno a seguito di sentenza di reintegro del Tribunale del Lavoro di Messina del 21 gennaio 2011 e di successivo componimento bonario;

ii. i nominativi di altri 18 dipendenti venivano trasmessi in data 20 giugno, *"ad integrazione dell'elenco nominativo di tutto il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato già trasmesso"*, con la precisazione che tali dipendenti erano stati riassunti il 18 giugno a seguito di diverse sentenze di reintegro del Tribunale del Lavoro di Messina del maggio 2011 e di successivo componimento bonario.

35. In data 29 giugno 2011, inoltre, Messinambiente trasmetteva un elenco di 78 nominativi, corrispondenti al personale avente *"in corso un giudizio contro la scrivente Società"* e che con probabilità, stante i precedenti, avrebbe ottenuto la riassunzione e la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato *"con il conseguente obbligo da parte di Messinambiente alla riassunzione"*.

36. Nella stessa data, Messinambiente inviava ad ATO ME 3 una separata

lettera con la quale faceva presente, in termini molto assertivi, di non considerare scaduta l'originale convenzione di affidamento e che, pertanto, il servizio di igiene urbana veniva fornito non in virtù della proroga ma in virtù della convenzione stessa.

37. Giova a tale proposito ricordare che Messinambiente ha da sempre messo in dubbio la legittimità della gara bandita da ATO ME 3, ritenendo che l'affidamento del servizio in proprio favore non fosse ancora giunto alla scadenza *ex lege* prevista dall'art. 23-bis, comma 8, lettera e) del d.l. 112/08; Messinambiente aveva anche impugnato la gara bandita da ATO ME 3 nel novembre 2010. Nella propria lettera, relativa al bando del maggio 2011, Messinambiente contestava ad ATO ME3 (nonostante l'intervenuta sentenza del TAR di Catania) di *“aver agito in palese violazione di legge ed eccesso di potere”*, di aver *“esorbitato da ogni attribuzione ..avendo in concreto svolto una attività di diritto politico ed amministrativo che la legge riserva all'organo consiliare”*, nonché di aver *“agito in carenza assoluta di potere, [avendo] indetto la gara senza che si fosse preventivamente proceduto all'accertamento della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 23 bis, c.8, d.l. 112/08”*, che avrebbe dovuto avvenire mediante un non meglio precisato *“processo amministrativo di accertamento”*⁶. ATO ME 3 veniva dunque invitata a *“revocare in autotutela il bando di gara”*.

38. Nella stessa lettera, Messinambiente faceva altresì presente che il Tribunale del lavoro di Messina aveva *“imposto alla Messinambiente il reintegro di circa 80 lavoratori con anzianità antecedente il 2007, che si aggiungono ai 468⁷ [lavoratori già indicati nella lista]”*.

39. In data 8 giugno 2011 ATO ME3 riceveva da Dusty S.r.l. la richiesta di avere l'*“elenco nominativo dei lavoratori che hanno svolto il servizio di igiene ambientale presso il Comune facente parte dell'appalto, aventi diritto al passaggio con nuova impresa aggiudicataria”*.

40. ATO ME3 riceveva anche, tra il 28 giugno e il 4 luglio 2011, diverse comunicazioni da parte dei legali di 56 dipendenti aventi in corso un giudizio contro Messinambiente S.p.A. per la dichiarazione di nullità della apposizione del termine al contratto di lavoro stipulato e per la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. Le lettere (aventi tutte lo stesso contenuto) evidenziavano

⁶ Ai sensi del già citato art. 23-bis, comma 8, lettera e), le gestioni che non rientrano tra le ipotesi previste alle lettere a) - d), dello stesso comma sono destinate a cessare alla data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

⁷ Si rileva che l'elenco trasmesso il 23 maggio 2011 comprendeva 467, non 468 nominativi. Peraltro, non è chiaro chi siano gli “80 lavoratori” a cui Messinambiente fa riferimento.

come analoghi giudizi, conclusisi in precedenza, avessero dato esito positivo per i lavoratori: si riteneva pertanto prevedibile che, essendo il giudice lo stesso, anche i ricorsi successivi avrebbero avuto esito analogo. Pertanto, i lavoratori invitavano Messinambiente ed ATO ME3 a inserire i propri nominativi nell'elenco da fornire ai partecipanti alla gara d'appalto, poiché l'impresa subentrante avrebbe dovuto assumersi gli obblighi nascenti dall'esito delle cause in corso⁸. Gran parte delle lettere veniva inviata in copia anche a Dusty S.r.l..

IV. LE ARGOMENTAZIONI DI MESSINAMBIENTE

41. Messinambiente ha rappresentato la propria posizione in merito ai profili oggetto di istruttoria nel corso dell'audizione del 14 febbraio 2012, nonché nelle memorie del 13 dicembre 2010 (presentata nell'ambito del procedimento cautelare) e del 10 febbraio 2012.

42. La difesa di Messinambiente si articola, in sintesi, come segue.

Il rigetto degli impegni

43. A livello procedurale, Messinambiente ritiene che rappresenti un'anomalia il fatto che, dopo la deliberazione sommaria di ammissibilità degli impegni e la loro pubblicazione ai fini del *market test*, in assenza di alcun rilievo o obiezione da parte dei partecipanti all'istruttoria o di altri soggetti potenzialmente interessati circa l'omessa comunicazione delle vertenze giuslavoristiche in corso, l'Autorità abbia deciso, proprio su questa base, il rigetto degli impegni proposti, ipotizzando "*in totale autonomia una nuova e diversa condotta illecita*", senza neppure aver acquisito il parere del segnalante in merito all'impatto di tale preteso illecito sulla gara. Inoltre, il *sub*-procedimento di impegni con la relativa valutazione si sarebbe esteso ben oltre il termine originariamente fissato per la conclusione dell'istruttoria completa (il 28 luglio 2011) per definirsi con la delibera di rigetto del 12 ottobre 2011, cosa che confliggerebbe con le finalità dell'istituto di assicurare una rapida definizione delle problematiche concorrenziali.

La prima gara

⁸ Il contenzioso in atto, infatti, riguardava in gran parte rapporti di lavoro sorti nel 2007; pertanto, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sarebbe stata presumibilmente stabilita a partire dal 2007.

44. Quanto alla sussistenza dell'illecito, in relazione alla prima gara Messinambiente ritiene necessario, ai fini di valutare eventuali ritardi nella trasmissione dei dati richiesti, attribuire rilievo alle previsioni del CCNL. Questo stabilirebbe in maniera inequivoca i termini (10 giorni dalla pubblicazione del bando, *ex art. 6, § 4*), entro i quali i dati relativi al personale devono essere trasmessi, *“ai fini della partecipazione alla gara per la nuova gestione nel rispetto dei principi di trasparenza e leale concorrenza”*. Che tale disposizione sia funzionale a garantire la concorrenza in sede di aggiudicazione, e non altro, si evincerebbe anche dal fatto che, a fronte dell'obbligo di riassunzione previsto nel CCNL, la tutela dei lavoratori risulterebbe pienamente assicurata dalla comunicazione – singola e successiva alla sola impresa vincitrice dell'affidamento dell'elenco dei lavoratori da ri-assumere. Una siffatta successiva comunicazione sarebbe infatti puntualmente prevista nel CCNL (art. 6, § 7) *“al fine di perfezionare in tempo utile la procedura per l'assunzione ex novo del personale individuato”*.

45. Inoltre, in assenza di qualsiasi riferimento ai parametri introdotti dal CCNL circa i tempi di trasmissione dei dati, non sarebbe possibile sapere quali sarebbero le tempistiche da rispettare per andare esenti dall'addebito di un'abusiva condotta ostruzionistica.

46. Una volta accertato che il parametro di riferimento da prendere in considerazione ai fini dell'apprezzamento dal punto di vista della concorrenza della condotta del gestore è rappresentato dal CCNL, non sarebbe imputabile a Messinambiente alcuna violazione in merito alle prime richieste di informazioni formulate da ATO ME, in quanto il CCNL chiarirebbe inequivocabilmente che le informazioni devono essere fornite dopo 10 giorni dalla pubblicazione del bando e non prima. Di fatto, ATO ME ha pubblicato un primo (erroneo) bando in data 16 novembre 2010, cui ha fatto seguito la pubblicazione di un bando rettificato in data 25 novembre 2010; pertanto, ai sensi delle disposizioni del CCNL, i termini per fornire le informazioni relative ai dipendenti erano destinati a scadere rispettivamente il 26 novembre 2010 e il 5 dicembre 2010. Messinambiente avrebbe dunque rispettato entrambe le scadenze nella trasmissione dei dati richiesti.

47. Infine, le prime richieste inviate dall'ATO ME, precedenti la pubblicazione stessa del bando, sarebbero irrilevanti anche perché, al di là della tempistica, esse non facevano alcun riferimento neppure alla volontà di indire una procedura di gara. In assenza, infatti, di una motivazione a

sostegno della richiesta, gli obblighi a carico di Messinambiente di tutela della *privacy* dei propri lavoratori, nonché l'esigenza di salvaguardia delle informazioni riservate relative alla propria organizzazione aziendale avrebbero impedito di fornire le informazioni richieste.

48. Quanto all'incompletezza dei dati, secondo Messinambiente il CCNL non contempla l'obbligo di indicazione dell'impianto di assegnazione di ciascun dipendente; quanto, invece, all'inclusione nell'elenco di unità di personale non addette allo specifico appalto oggetto di affidamento, si tratterebbe di un'informazione aggiuntiva, fornita dalla Società per mero scrupolo di completezza.

49. Il primo elenco dei dipendenti trasmesso sarebbe stato, secondo Messinambiente, già idoneo ad assicurare ai potenziali concorrenti una compiuta conoscenza della situazione di fatto (pur se con l'indicazione di alcuni dipendenti non addetti allo specifico appalto); ad ogni modo, l'elenco pienamente conforme alle richieste di ATO ME3 veniva trasmesso in data 3 dicembre 2010, pertanto entro i tempi previsti dal CCNL.

La seconda gara

50. Messinambiente evidenzia che ATO ME3 non avrebbe mai lamentato e neppure ipotizzato possibili effetti pregiudizievoli in merito alle modalità e ai tempi di comunicazione del contenzioso giuslavoristico. In primo luogo, nei bandi di gara non sarebbe mai fatto espresso riferimento all'esatto numero dei dipendenti rientranti nelle condizioni previste dall'art. 6 del CCNL; in secondo luogo, nell'unico documento di gara in cui il numero dei dipendenti viene preso in considerazione (i.e. il "*Computo estimativo dei servizi di gestione integrata dei rifiuti e servizi connessi nel territorio del Comune di Messina*", Allegato n. 2 al secondo bando), l'ATO ME fa riferimento a 355 unità di personale, a fronte dei 468 nominativi indicati negli elenchi trasmessi da Messinambiente

51. Il CCNL prevede, invece, che i dipendenti destinati alla ri-assunzione da parte del nuovo entrante siano quelli in forza al 240° giorno precedente "*l'inizio della nuova gestione in appalto/affidamento previsto dal bando di gara e alla scadenza effettiva del contratto di appalto*". Laddove il reintegro avvenga per effetto di una riconversione a tempo indeterminato di un rapporto a tempo determinato, come accaduto nel caso in esame, il rapporto di lavoro verrebbe a ricostituirsi dalla data di costituzione del rapporto (a tempo determinato) originario. Occorrerebbe pertanto, prendere

preliminarmente in considerazione che solo quei lavoratori il cui rapporto risaliva a oltre 240 giorni precedenti l'inizio della nuova gestione potevano considerarsi "in forza" ai sensi del CCNL. Tutte le sentenze di reintegro di gennaio e giugno, però, erano state impugnate da Messinambiente, portando alla conclusione di una transazione con i dipendenti. Per tutti i dipendenti reintegrati gli accordi transattivi raggiunti prevederebbero che la ricostituzione del rapporto abbia effetto non dalla data iniziale del rapporto a tempo determinato, ma dal giorno "*successivo alla consegna da parte del lavoratore della documentazione necessaria all'assunzione*" e, dunque, dalla data di effettivo reintegro⁹. Ne conseguirebbe, pertanto, che contrariamente a quanto affermato nella CRI, proprio per effetto dell'accordo delle parti in causa, il rapporto non si è ricostituito a seguito della sentenza e con decorrenza dalla data dell'originario rapporto a tempo determinato, ma solo dalla data di effettivo reintegro. Da ciò conseguirebbe che nessuno dei lavoratori riassunto con sentenza di gennaio o giugno poteva considerarsi "*in forza*" ai sensi dell'art. 6 del CCNL, dal momento che nessuno di questi risultava inquadrato come dipendente a tempo indeterminato al 240° giorno precedente l'inizio del nuovo affidamento.

L'idoneità della condotta a determinare alterazioni della concorrenza per il mercato

52. Secondo Messinambiente, il fallimento delle due gare non sarebbe in ogni caso attribuibile alla propria condotta ma piuttosto ad una serie di altri fattori, quali l'incertezza in merito alla legittimità dei bandi, la disorganizzazione dell'ATO ME3, la scarsa remuneratività del servizio, e, più in generale, la scarsa appetibilità della gara stessa (soprattutto la seconda, di durata di soli sei mesi). Se, inoltre, Messinambiente avesse voluto mirare, attraverso la *retention* di informazioni essenziali, a porre i potenziali concorrenti in una situazione di svantaggio competitivo nell'ambito della gara e assicurarsi il riaffidamento del servizio, non si capirebbe perché la stessa non abbia partecipato ad alcuna delle due procedure di gara: ne conseguirebbe che il *level playing field* su cui erano chiamati a confrontarsi i potenziali aspiranti gestori del servizio non sarebbe stato in alcun modo alterato o compromesso dalla presunta posizione di vantaggio della Società

⁹ Gli accordi transattivi prevedono che "ogni consequenziale diritto di natura retributiva e contributiva avrà decorrenza dalla suddetta data". Il punto n. 4) dell'accordo transattivo prevede un solo caso in cui gli effetti del rapporto di lavoro possano retroagire rispetto alla data di effettivo reintegro (i.e. nei termini previsti dalla relativa sentenza), nell'ipotesi di "licenziamenti, per fatto o colpa non imputabili al lavoratore".

in qualità di gestore storico del servizio.

Il pregiudizio al commercio intracomunitario

53. Secondo Messinambiente, la ricorrenza di un pregiudizio al commercio intracomunitario non può essere ravvisata unicamente nella circostanza che il valore dell'appalto in questione (messo a gara in due occasioni) superasse la soglia che attribuisce dimensione comunitaria all'affidamento di una commessa pubblica, in base alla pertinente disciplina in materia di appalti.

54. La *Comunicazione della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati Membri*¹⁰ invece non attribuirebbe alcun rilievo alla circostanza che ad una procedura di gara possano partecipare operatori comunitari, unitamente a quelli nazionali, né che la procedura di gara superi, per valore, la soglia di evidenza comunitaria in materia di appalti. La condotta inoltre non sarebbe in grado di incidere in maniera “sensibile” sul mercato, ossia di produrre sullo stesso effetti di una certa rilevanza. L'incidenza sensibile di una certa condotta dovrebbe infatti essere valutata tenendo conto della posizione e dell'importanza di un'impresa sul mercato del prodotto rilevante: valutazione che deve essere compiuta alla luce delle specifiche circostanze della fattispecie considerata. Infine, affinché una condotta di impresa limitata ad una porzione infranazionale del territorio possa essere considerata suscettibile di determinare effetti sensibili al commercio intracomunitario è necessario che l'area colpita rappresenti una parte sostanziale del mercato comune. La condotta in esame esplicherebbe invece i propri effetti limitatamente al Comune di Messina, che non potrebbe essere qualificato come una parte sostanziale del mercato comune. Messina è infatti uno degli oltre 8.000 comuni italiani e neppure collocabile tra i più estesi: in conseguenza, sarebbe verosimile ritenere che il rilievo del servizio di gestione dei rifiuti urbani nel Comune di Messina sia del tutto trascurabile rispetto al volume totale del servizio di gestione dei rifiuti a livello nazionale.

V. VALUTAZIONI

1. Il mercato rilevante

55. Il mercato interessato dal presente procedimento è quello del servizio di

¹⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004, Linee Diretrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati Membri di cui agli articolo 81 e 82 del Trattato, 2004, C 101/07.

gestione integrata dei rifiuti.

Più in particolare, ai sensi del Decreto Legislativo n. 163/06, gli enti appaltanti stanno iniziando ad affidare in via esclusiva l'esercizio di tale servizio con procedura aperta. L'unica forma di concorrenza possibile è dunque quella relativa alla partecipazione alle gare per gli affidamenti venuti a scadenza (c.d. concorrenza per il mercato).

56. Si tratta di un mercato di dimensione geografica locale, coincidente con l'area di attribuzione di ciascun affidamento ed in relazione alla quale viene svolta la gara.

57. Poiché il servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti è svolto in regime di monopolio legale all'interno di aree specifiche, non è possibile alcuna sostituzione, né dal lato della domanda né dal lato dell'offerta, tra il servizio fornito in una determinata area e quello offerto nelle altre aree. Non si realizza pertanto alcun vincolo concorrenziale sull'operatore monopolista locale da parte degli altri operatori affidatari del servizio in altre aree. L'unica forma di concorrenza possibile è quella relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio, ovvero la c.d. concorrenza *per* il mercato, laddove il mercato in questione è, nel caso di specie, quello per la gestione del servizio nel territorio del Comune di Messina al quale si riferisce l'affidamento che l'ente locale intendeva mettere a gara e in cui Messinambiente operava come affidatario diretto¹¹.

2. La posizione dominante di Messinambiente

58. Messinambiente detiene, in quanto unico e diretto affidatario in forza di una convenzione con il Comune di Messina, 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.

59. Tale posizione, peraltro, perdura dal 1999 fino al momento attuale, connotato dall'apertura alle dinamiche concorrenziali di un mercato tradizionalmente segnato da un regime di monopolio legale.

60. 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.

¹¹ Cfr. A435.

3. Il sub-procedimento relativo agli impegni

61. Come anticipato, il rigetto degli impegni presentati da Messinambiente è avvenuto a seguito dell'acquisizione di informazioni, mai comunicate in precedenza, circa l'esistenza di un nutrito contenzioso giuslavoristico. Si osserva a questo proposito che il mero fatto che si sia già effettuata una valutazione sommaria di ammissibilità degli impegni e si sia proceduto alla loro pubblicazione non fa venire meno la possibilità per l'Autorità di prendere in considerazione condotte che si siano verificate o che siano state rese note in una fase successiva a quella del market test, ai fini del giudizio finale sull'idoneità degli impegni a rimuovere gli effetti anticoncorrenziali ipotizzati in sede di avvio dell'istruttoria.

4. I comportamenti abusivi di Messinambiente

62. Secondo quanto ipotizzato nel provvedimento d'avvio, Messinambiente avrebbe abusato della propria posizione dominante nel servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel territorio del Comune di Messina.

63. Ai fini della valutazione della natura anticoncorrenziale dei comportamenti oggetto di contestazione, deve rilevarsi preliminarmente che essi sono stati posti in essere da un'impresa che, per il solo fatto di rivestire una posizione di monopolio sul mercato in esame, è soggetta al principio della "speciale responsabilità" che incombe sugli operatori dominanti. L'impresa in posizione dominante patisce, infatti, l'aggravio degli obblighi di diligenza cui sono tenuti tutti gli operatori in grado di influire sull'ambito economico di riferimento e alla stessa sono preclusi comportamenti¹² in concreto diretti a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo in mercati caratterizzati da un grado di concorrenza già sensibilmente ridotto¹³.

64. Il comportamento di Messinambiente va valutato, quindi, anche alla

¹² Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sent. 11 settembre 2001, N. 7433 – (A274 – *STREAM/TELEPIÙ*), secondo il quale "La titolarità di una posizione dominante non priva l'impresa del diritto di tutelare i propri interessi commerciali ma, in ragione della speciale responsabilità su di essa gravante, la valutazione del comportamento volto al conseguimento dell'utile deve essere svolta alla luce del criterio di proporzionalità, in base a cui l'impresa deve impiegare i soli mezzi necessari al perseguimento di legittimi obiettivi".

¹³ Cfr. A435, par. 24 e segg.; Tar Lazio sentenza 30 marzo 2007, n. 2798 e Consiglio di Stato, decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, A358 *Eni-TTPC*, il quale ha ricordato il principio in base a cui "dalla posizione dominante discende una speciale responsabilità, per cui l'impresa che la detiene non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato, con comportamenti escludenti; [e] sono consentiti gli atti di tutela degli interessi commerciali dell'impresa, ma non anche un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso". Cfr. anche Tar del Lazio, sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, A405 - *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*; TAR Lazio sentenza dell'8 giugno 2007 n. 5115, *Compagnia Portuale Brindisi*.

luce della circostanza che il mercato in esame, caratterizzato da condizioni di monopolio legale, è per la prima volta reso contendibile grazie all'espletamento di una gara per l'aggiudicazione del servizio, che fino ad oggi è stato oggetto di affidamento diretto a Messinambiente. Si consideri che, in questo caso, l'unica forma di concorrenza possibile in questo contesto è rappresentata da quella "per" il mercato in sede di gara.

65. A ciò si deve aggiungere che il comportamento interessa una città di dimensioni medio grandi. È legittimo quindi ritenere che ad una gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel Comune di Messina siano interessate anche altre imprese sia italiane che straniere (si veda, infatti, quanto illustrato al precedente punto 28) ed almeno una, Dusty S.r.l, sembrava seriamente intenzionata a partecipare. La predisposizione delle gare secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile, a parità di condizioni tra concorrenti, è un fattore di primaria importanza per consentire al meccanismo della concorrenza "per" il mercato di far sprigionare la massima efficienza possibile in sede di gara. Alla luce di queste considerazioni, è fondamentale che la stazione appaltante e le imprese siano messe nelle condizioni di essere a conoscenza di tutte le informazioni necessarie a formulare, rispettivamente, il bando di gara e le proprie offerte. Ne consegue che ogni tentativo da parte dell'*incumbent* di non rendere disponibili i dati necessari ha l'effetto di impedire il corretto espletamento della procedura concorsuale. Nel caso di specie, l'obbligo per il nuovo affidatario di assumere il personale dipendente di Messinambiente alla stesse condizioni a cui questo era assunto presso il precedente affidatario comporta che le informazioni relative al personale siano elementi essenziali per la formulazione sia del bando sia delle 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 configurazione del bando di gara (quantomeno per la corretta indicazione della base d'asta) e per la formulazione di un'offerta competitiva, tanto più che nel bando di gara viene espressamente richiesto ai partecipanti di indicare le voci 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*".

66. Le risultanze istruttorie consentono di affermare che Messinambiente, monopolista nel mercato rilevante, si è dapprima rifiutata, ed ha poi trasmesso in forma incompleta sotto diversi aspetti, le informazioni

essenziali ai fini dello svolgimento della gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana.

67. In particolare, le risultanze istruttorie hanno dimostrato quanto segue:

a) La prima gara

68. Per quanto riguarda la prima gara, 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 con l'avvicinarsi della scadenza della data per la presentazione delle offerte), è 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 esso impedisce l'efficace espletamento della procedura di gara.

69. Messinambiente si è in tal modo sottratta agli obblighi derivanti dalla speciale responsabilità ad essa attribuibile in ragione della sua posizione di *incumbent*, compromettendo il buon esito del processo di selezione competitiva avviato dallo stesso. La condotta sopra descritta rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE che vieta l'abuso di una posizione dominante.

70. Non possono essere accolte le argomentazioni difensive di Messinambiente relative alla conformità delle informazioni trasmesse alla tempistica (10 giorni) prevista dall'art. 6, comma 4, del CCNL.

71. Detta disposizione, collocata all'interno del Titolo II "*Costituzione del rapporto di lavoro*", mira ad assicurare sì una leale cooperazione tra impresa cessante e impresa subentrante, ma nell'ottica di tutela del lavoratore, tanto che i dati relativi al personale devono essere trasmessi "*in pari tempo [...] alla RSU o, in mancanza, alle RSA e alle strutture territorialmente competenti delle OO.SS.*"¹⁴, evidentemente al fine di permettere a queste ultime di verificare, fin dai primissimi momenti dell'avvicendamento, che questo avvenga senza che i lavoratori abbiano a subire alcun danno: di fatto, tutta la corrispondenza intercorsa tra Messinambiente ed ATO ME3 viene immancabilmente trasmessa anche alle OOSS firmatarie del CCNL FISE.

72. L'interpretazione fornita da Messinambiente mira invece a far assurgere il CCNL, cioè un accordo stipulato in sede sindacale tra i rappresentanti delle

¹⁴ In netto contrasto, rispetto a questo quadro di riferimento, si pone quello relativo al caso A435, dove la tempistica prevista dallo schema di Regolamento sui criteri di gara per l'affidamento dei servizi di distribuzione del gas era direttamente finalizzata a facilitare l'apertura dei mercati (cfr. para. 73 della decisione).

imprese operanti nel settore dell'igiene ambientale e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, a fonte regolatrice degli obblighi che incombono sull'impresa che, trovandosi in posizione di speciale responsabilità, ha il potere di distorcere con la propria condotta le dinamiche concorrenziali del mercato. L'Autorità ritiene, al contrario, che sia unicamente detta posizione di "speciale responsabilità" detenuta da Messinambiente a far sorgere, a carico di questa, il dovere di collaborare lealmente con la stazione appaltante, dovere che deve sostanziarsi in primo luogo nell'obbligo di rispondere con prontezza alle richieste dalla stazione appaltante. Premesso, quindi, che le disposizioni di un contratto collettivo di lavoro non possono costituire il parametro in base al quale accertare l'abusività o meno di una condotta, la tempistica da seguire va determinata sulla base delle circostanze e delle esigenze del richiedente nel caso concreto e alla luce del principio di proporzionalità.

73. Che ATO ME3 intendesse mettere a gara il servizio era noto già dalla pubblicazione dell'avviso di preinformazione del settembre 2010; ben note, pertanto, dovevano anche essere le ragioni per cui ATO ME3 chiedeva gli elenchi dei dipendenti. A nulla valgono, a tal proposito, le ragioni di salvaguardia di riservatezza dei lavoratori addotte da Messinambiente: infatti, l'elenco poi trasmesso in data 26 novembre non contiene alcun nominativo, limitandosi ad identificare i lavoratori attraverso la data di nascita: tale accortezza sarebbe stata sufficiente a salvaguardare la privacy dei lavoratori in qualsiasi momento fosse stato inviato l'elenco. Inoltre, ad una settimana di distanza dalla pubblicazione del primo bando, il 22 novembre 2010, la società Dusty aveva già manifestato il desiderio di ottenere copia degli elenchi del personale dipendente. Alle richieste di ATO ME3 di rinvio dei dati, dopo che il primo elenco era stato considerato non utilizzabile, Messinambiente rispondeva, come illustrato al punto 28, dichiarando di volersi attenere alle disposizioni del CCNL e giustificava il mancato invio facendosi scudo ora della disposizioni del CCNL, ora del fatto che la data di pubblicazione del bando fosse slittata per effetto della rettifica; al di là di queste contestazioni, nessun'altra ragione (quale, ad esempio, una qualche oggettiva difficoltà nel reperire i dati necessari alla compilazione degli elenchi) veniva addotta per giustificare il ritardo. Del resto, come ammesso dalla stessa Messinambiente nella proprie memorie, una volta ricevuto il provvedimento di avvio, essa procedeva ad inviare gli elenchi pienamente conformi alle richieste di ATO ME molto rapidamente, "*circa tre dopo la notifica del provvedimento*": ciò dimostrerebbe che l'elenco

poteva essere compilato con rapidità, e non sussisteva pertanto alcuna ragione per non soddisfare con prontezza la richiesta di ATO ME3 o per ritenere che il termine da questa assegnato fosse irragionevole, tanto più che negli impegni presentati nel corso del procedimento Messinambiente stessa aveva proposto di obbligarsi alla tempestiva comunicazione delle informazioni richieste “*entro e non oltre cinque giorni dal ricevimento della richiesta*”.

74. Quanto alla completezza degli elenchi, l’invio della prima lista non rappresenta un corretto adempimento all’obbligo previsto dal CCNL, poiché essa, oltre alla questione della difficile fruibilità, includeva anche i nominativi del personale dipendente addetto a mansioni diverse da quelle oggetto dell’appalto (gestione dell’inceneritore di Pace), come ammesso dalla stessa Messinambiente al momento dell’invio del secondo elenco.

b) La seconda gara

75. Il comportamento ostruzionistico viene reiterato, seppur sotto diversa forma, in occasione della seconda gara. Infatti, pur trasmettendo in più momenti, con modalità apparentemente corrette, l’elenco del personale adibito al servizio oggetto dell’appalto, fino al 27 maggio 2011 Messinambiente trascura di informare ATO ME 3 dell’esistenza di un nutrito contenzioso giuslavoristico (sorto tra il 2007 ed il 2010) e dell’obbligo, che su di essa incombe, di provvedere a reintegro di alcuni lavoratori illegittimamente licenziati. In particolare, si può distinguere tra lavoratori in favore dei quali è già stata disposta la riassunzione (4 con sentenza di gennaio e 18 con sentenza di maggio) e lavoratori che avevano in essere un contenzioso (trattasi per lo più di conversione a tempo indeterminato di rapporti di lavoro sorti a partire dall’anno 2007, vd. doc. X). Quanto ai primi, le risultanze istruttorie hanno evidenziato che le informazioni relative al personale riassunto sono state lesinate e trasmesse unicamente ad avvenuto reintegro del dipendente (talvolta intervenuto diversi mesi dopo la sentenza). Non vale, a tal proposito, argomentare che al momento della trasmissione degli elenchi i lavoratori in questione non erano stati ancora formalmente riassunti: il rapporto di lavoro, come ammesso da Messinambiente stessa, deve ritenersi ricostituito dalla data di prima costituzione del rapporto originario, con il risultato che i lavoratori in favore dei quali è stata pronunciata sentenza di reintegro entro il 1 luglio 2011 (data di inizio della nuova gestione) devono ritenersi “in forza” ai sensi del CCNL e, pertanto,

destinati ad essere assunti dall'impresa subentrante. Né vale a tal proposito argomentare che, per tutti i dipendenti reintegrati, si era raggiunto un accordo transattivo in forza del quale la ricostituzione del rapporto aveva effetto solo dal giorno di effettivo reintegro e che, pertanto, i lavoratori in questione non erano “in forza” nei 240 giorni precedenti l’inizio della nuova gestione”: non si capirebbe, allora, per quale ragione Messinambiente abbia inviato tali nominativi ad ATO ME3, precisando che questi andavano “*ad integrazione dell’elenco nominativo di tutto il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato già trasmesso*”. Per quanto riguarda i restanti lavoratori, dalle risultanze istruttorie è emerso che almeno 56 dei dipendenti aventi ancora in corso un contenzioso avrebbe potuto ottenere, nel momento in cui fosse intervenuta la sentenza di riassunzione (cosa da ritenersi alquanto probabile, viste le precedenti pronunce), il reintegro a carico dell'impresa subentrante, trattandosi di lavoratori “in forza” nei 240 giorni precedenti l’inizio della nuova gestione.

76. In definitiva, tra lavoratori già riassunti e lavoratori ancora da riassumere si ritiene che siano circa 100 i soggetti che potrebbero potenzialmente reclamare l'assunzione da parte del subentrante. La possibilità di dover assumere ulteriori dipendenti, o quantomeno di essere esposti ad un contenzioso giuslavoristico di dimensioni non trascurabili, è senz'altro uno degli elementi che i soggetti intenzionati a partecipare alla gara dovrebbero conoscere al fine di decidere se, ed in che termini, formulare la propria offerta: rientra pertanto tra gli obblighi imposti dalla posizione di “speciale responsabilità” dell'impresa cessante quello di collaborare in buona fede con la stazione appaltante al fine di rendere edotta la stessa, nonché i futuri concorrenti, dei non trascurabili rischi in cui l'impresa subentrante può incorrere in fase di avvicendamento. Irrilevante è, a tal fine, che nel computo estimativo dei servizi di gestione allegato al secondo bando ATO ME3 faccia riferimento solo a 355 unità di personale: ciò non fa venire meno l'obbligo, per l'*incumbent*, di fornire tutte le informazioni utili alla stazione appaltante, il cui corretto utilizzo resterà responsabilità di quest'ultima.

c) La condotta nel suo complesso

77. In definitiva, la strategia volontariamente dilatoria ed ostantiva delle procedure di gara indette da ATO ME3, posta in essere da Messinambiente, è qualificabile come un abuso di natura escludente, in quanto idonea ad

ostacolare lo svolgimento corretto di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di igiene urbana, nonché ad alterarne le dinamiche competitive, pregiudicando la partecipazione degli altri concorrenti. Tale condotta si connota per la sua unitarietà, giacché attuata mediante una serie di reazioni assimilabili, poste in essere ogni qualvolta Messinambiente ne ha avuto l'opportunità, vale a dire in occasione delle decisioni di ATO ME 3 di indire le gare. In particolare, la strategia escludente di Messinambiente si è concretizzata, da un lato, nel rifiutare di fornire alla stazione appaltante i dati richiesti, e successivamente nel trasmetterli con modalità che li rendono inutilizzabili; dall'altro, nell'omettere di trasmettere le informazioni relative al personale che vanta un diritto al reintegro o ha, comunque, un contenzioso in corso con la società segnalata.

78. Quanto, poi, alla mancanza di effetti della condotta contestata, eccepita da Messinambiente, si osserva che, anche per consolidata giurisprudenza¹⁵, la fattispecie dell'illecito anticoncorrenziale si caratterizza per la potenziale lesività e non per la concreta realizzazione della riduzione del grado di concorrenza ancora esistente, con la conseguenza che non è necessario l'accertamento di tale riduzione. Le esigenze da tutelare e le realtà del mercato hanno infatti indotto il legislatore a descrivere, nella fattispecie dell'abuso di esclusione, un illecito per la cui configurabilità rileva la sola condotta oggettiva e potenzialmente lesiva, restando escluso l'elemento della sussistenza di effettivi danni cagionati alla concorrenza (la cui verifica può essere tale da influire sulla determinazione della sanzione).

5. Il pregiudizio al commercio comunitario

79. I descritti comportamenti sono idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario e, pertanto, integrare gli estremi per una violazione dell'art. 102 del TFUE.

80. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

81. Come evidenziato dalla Commissione (para. 59), ai fini di tale

¹⁵ Cfr Consiglio di Stato – sez. VI, sentenza n. 4001/2002 e, da ultimo (con riferimento alle intese) Consiglio di Stato – sez. VI, sentenza n. 9565/2010

valutazione è necessario tenere conto di fattori relativi, *inter alia*, alla natura dei prodotti (o servizi) interessati. Nel caso di specie, si sottolinea che il servizio in questione è tradizionalmente stato svolto da imprese nazionali a seguito di affidamento diretto; poiché, però, tale mercato è stato reso recentemente contendibile, è necessario che esso vada valutato “dinamicamente”, cioè alla luce del progressivo ampliamento anche ad imprese straniere della possibilità di fornire il servizio.

82. La fattispecie oggetto del presente procedimento è idonea a condizionare le possibilità di partecipazione di qualificati concorrenti nazionali e comunitari, atteso che alle due gare per l’aggiudicazione del servizio di igiene urbana del Comune di Messina (pubblicate sulla G.U.C.E.) possono partecipare tutte le imprese insediate in Paesi Membri dell’UE che possiedono i requisiti richiesti. I comportamenti contestati a Messinambiente sono stati idonei, quindi, a produrre effetti nei confronti di operatori, sia italiani che stranieri, attivi nei mercati della gestione del servizio di igiene urbana.

83. Di conseguenza, la fattispecie oggetto del presente procedimento, essendo idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, deve essere valutata ai sensi dell’articolo 102 del TFUE

6. Gravità e durata

84. L’art. 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l’Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio.

85. Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell’infrazione contestata occorre tener conto di una pluralità di elementi, tra i quali la natura della condotta, l’importanza dell’impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere¹⁶.

86. Per quanto riguarda la gravità del comportamento, la condotta posta in essere da Messinambiente - impresa monopolista nel mercato della gestione del servizio di igiene urbana nel Comune di Messina - integra una fattispecie

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in Raccolta 1970, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in Raccolta 1983, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in Raccolta 1983, p. 3461. Cfr. altresì la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003*”.

di abuso di posizione dominante di natura escludente, in grado di causare un pregiudizio significativo alle dinamiche competitive del mercato in questione, con riferimento alla realizzazione della gara per l'affidamento del servizio.

87. Al fine di valutare la gravità dell'infrazione, rileva altresì la circostanza che Messinambiente è fin dal 1999 monopolista legale nel mercato rilevante, in forza della convenzione con il Comune di Messina; tale mercato è ora per la prima volta reso contendibile grazie all'espletamento delle procedure concorsuali che hanno dato luogo al presente procedimento.

88. Si deve considerare che, per costante giurisprudenza, perché un'infrazione alla norme di concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa che la pone in essere sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come effetto la restrizione della concorrenza.

89. Nel caso di specie, Messinambiente è un'impresa che dispone delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie a valutare l'illegittimità della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza, tenuto conto anche dell'evidente carattere di illecito che qualifica una condotta volta a pregiudicare la competizione in gare ad evidenza pubblica. La società era, infatti, certamente a conoscenza del fatto che difficilmente la gara bandita da ATO ME 3 avrebbe potuto svolgersi correttamente in assenza delle informazioni richieste, che erano nella sua esclusiva disponibilità, tanto più che ATO ME 3 aveva espressamente dichiarato di avere necessità di trasmettere i dati *“a tutti quelli che ne fanno richiesta purché interessati a partecipare al bando di gara pubblicato in data 25/11/2010”*¹⁷.

90. Quanto alla durata della condotta contestata, le risultanze istruttorie attestano che le informazioni avrebbero dovuto essere trasmesse, in relazione alla prima gara, entro il 26 settembre 2010, avendo ATO ME 3 inviato la prima richiesta il 21 settembre 2010. La data di inizio dell'infrazione può pertanto essere identificata nel 26 settembre 2010. La condotta abusiva di Messinambiente si arricchisce di un ulteriore elemento in occasione della seconda gara con l'invio, in data 23 maggio 2011, di informazioni mancanti di ogni riferimento ai lavoratori in attesa di riassunzione o aventi un contenzioso in corso; la condotta dilatoria ed ostruzionistica di Messinambiente perdura fino al 29 giugno 2011 (praticamente la data di scadenza della gara indetta da ATO ME3), allorquando le informazioni

¹⁷ Cfr. lettera inviata a Messinambiente in data 1° dicembre 2010.

precedentemente trasmesse vengono completate con l'elenco dei lavoratori aventi un contenzioso in corso.

7. Quantificazione della sanzione

91. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da Messinambiente, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003*" (di seguito anche Comunicazione).

92. Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Alla luce di tali criteri, si determinano gli importi delle sanzioni comminabili alle parti, prendendo anche in debita considerazione l'effettiva capacità economica delle parti di pregiudicare, in modo significativo, il gioco concorrenziale.

93. Si rileva in primo luogo che l'infrazione in esame, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie, nonché nell'omissione di alcuni dati essenziali per la corretta realizzazione di una procedura di gara competitiva in mercati per la prima volta resi contendibili, costituisce un abuso di carattere escludente che, tenuto conto del contesto in via di liberalizzazione, si connota come una violazione grave della disciplina *antitrust*.

94. Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, occorre tener conto del fatto che Messinambiente dispone delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per conoscere il carattere illegittimo della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza.

95. In considerazione degli orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per calcolare l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore delle vendite dei beni a cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato da Messinambiente nel mercato della gestione del servizio di igiene ambientale nel Comune di Messina, nell'ultimo anno intero in cui è avvenuto il

comportamento contestato¹⁸, ovvero il 2011. Il fatturato specifico dei servizi cui si riferisce l'infrazione è stato direttamente realizzato da Messinambiente ed è pari a 21.410.000 euro¹⁹.

96. Al fine di determinare l'importo base della sanzione occorre poi considerare che, secondo i richiamati Orientamenti, *“In linea di massima, la proporzione considerata del valore delle vendite sarà fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite”*, in ragione *“di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata o meno data attuazione alle pratiche”*²⁰.

97. Sulla base di quanto esposto e applicando i criteri illustrati, l'importo-base della sanzione è stato fissato nella misura di 105.000 euro, che rappresenta il 0,5 % del valore delle vendite dei beni a cui si riferisce l'infrazione²¹. Moltiplicando tale importo base per il periodo di durata dell'infrazione, cioè un anno²², si è ottenuto un importo di 105.000 euro.

La società ha registrato nel biennio 2009-2010 perdite di esercizio ingenti ed in costante ascesa, registrando uno stato di dissesto che ha portato alla sua messa in liquidazione.

In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 52.000 euro, che rappresenta lo 0,15 % del fatturato consolidato 2008 (ultimo bilancio approvato dall'assemblea dei soci) di Messinambiente.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che la società Messinambiente S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del TFUE, consistente nel rifiuto e ritardo a fornire informazioni necessarie ai fini del corretto svolgimento di due procedure di gara competitive per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti nel Comune di Messina;

¹⁸ Cfr. punto 13 della Comunicazione.

¹⁹ Cfr. doc. 254 e 255.

²⁰ Cfr. punti 21 e 22 della Comunicazione.

²¹ Cfr. punto 21 della Comunicazione.

²² Cfr. punto 24 della Comunicazione, secondo il quale *“i periodi [...] di durata superiore a sei mesi, ma inferiore a un anno, saranno contati come un anno intero”*.

b) che la società Messinambiente S.p.A. si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione accertata al punto a);

c) di irrogare alla società Messinambiente S.p.A., in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a), una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 52.000 €(cinquantaduemila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

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, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, 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

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella