

Publicato il 07/03/2017

N. 01066/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02427/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2427 del 2016, proposto da:

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Unipolsai Assicurazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fausto Caronna, Mario Siragusa, Stefania Bariatti, con domicilio eletto presso lo studio Steen&Hamilton Llp Studio Legale Cleary Gottlieb in Roma, p.zza di Spagna N. 15;

nei confronti di

Generali Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Di Via, Aristide Police, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

Gruppo Torinese Trasporti-Gtt Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Anselmo Carlevato, Francesca Dealesi, con domicilio eletto presso Anselmo Carlevato in Roma, via Gian Giacomo Potro N. 8;

Asstra - Associazione Trasporti, Compagnia Trasporti Pubblici s.p.a., Amtab- Azienda Mobilità e Trasporto Bari s.p.a., Amt Catania (Azienda Metropolitana Trasporti Catania)

s.p.a., Atam (Az. Trasporti per l'Area Metropolitana di Reggio Calabria) s.p.a., Tiemme s.p.a., Air Autoservizi Irpini s.p.a., Aps Holding Spa, Ftv (società per l'ammodernamento e la gestione delle ferrovie e tranvie vicentine) s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Malena, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ovidio 32;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Ania Associazione Naz. Fra Le Imprese Assicuratrici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Raffaele Cassano, Marcello Clarich, Sabrina Borocci, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, viale Liegi 32;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 14282/2015, resa tra le parti, concernente irrogazione sanzione pecuniaria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unipolsai Assicurazioni s.p.a., di Generali Italia s.p.a., di Gruppo Torinese Trasporti-Gtt s.p.a., di Asstra - Associazione Trasporti, di Compagnia Trasporti Pubblici s.p.a., di Amtab-Azienda Mobilità e Trasporto Bari s.p.a., di Amt Catania (Azienda Metropolitana Trasporti Catania) s.p.a., di Atam (Azienda Trasporti per l'Area Metropolitana di Reggio Calabria) s.p.a., di Tiemme s.p.a., di Air Autoservizi Irpini s.p.a., di Aps Holding s.p.a., di Ftv (Società per l'ammodernamento e la gestione delle Ferrovie e Tramvie Vicentine) s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2016 il Cons. Francesco Mele e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Gianna Galluzzo e Paolo Gentili, gli avvocati Caronna, Siragusa, Police, Di Via, Malena, Borocci, e Cassano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento n. 25382 in data 25 marzo 2015, adottato in esito ad un procedimento attivato su denuncia di alcune aziende di trasporto pubblico locale, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche solo l'AGCM o l'Autorità) ha ritenuto la sussistenza di una intesa tra Generali Italia s.p.a. e Unipolsai Assicurazioni s.p.a., che si sarebbe realizzata nel settore merceologico dei servizi assicurativi per la responsabilità civile degli autoveicoli nello specifico ambito dei trasporti pubblici locali.

2. Il provvedimento ha evidenziato come per l'acquisizione di tali servizi le aziende sono obbligate a utilizzare procedure di evidenza pubblica, essendo il ricorso all'affidamento diretto consentito in ipotesi eccezionali, tra le quali, per quanto qui rileva, il caso di gara in cui tutte le offerte presentate siano irregolari o inammissibili o il caso in cui non venga presentata alcuna offerta.

La concertazione censurata avrebbe avuto ad oggetto proprio la mancata partecipazione alle gare, tale da consentire l'affidamento all'unico offerente o, in caso di gara deserta, l'affidamento all'impresa fornitore storico, a seguito di una contrattazione bilaterale e con l'ottenimento di condizioni migliori di quelle previste dal bando.

Le procedure di affidamento oggetto dell'intesa sarebbero state 58, bandite da 15 aziende di trasporto pubblico locale, di cui 56 andate deserte e 29 di esse aggiudicate alla compagnia storica in quanto unica offerente.

3. Ai §§ 34 e 35 del provvedimento impugnato vengono sinteticamente descritte le emergenze istruttorie sulla cui base è stata ritenuta la sussistenza dell'intesa, più diffusamente esposte, poi, nel prosieguo dell'atto.

Esse sono costituite da:

- a) analisi dei documenti e degli andamenti delle procedure bandite dalle aziende TPL coinvolte nel procedimento;
- b) documenti interni alle compagnie e dichiarazioni rese in audizione che illustrano la politica assuntiva delle stessa;
- c) esistenza di un gruppo di lavoro sul TPL istituito presso Ania, all'interno del quale le parti si sarebbero scambiate informazioni sensibili al fine di coordinarsi sul mercato;
- d) altri contatti orizzontali.

Esaminate le risultanze istruttorie acquisite, al § 176 e ss. il provvedimento ha affermato, dunque, la sussistenza di un'intesa unica e complessa, che avrebbe avuto inizio quantomeno nel 2010, sarebbe durata fino al 29 maggio 2014 ed avrebbe avuto "ad oggetto la non partecipazione a procedure di affidamento del servizio assicurativo RC Auto bandite da aziende TPL al fine di fornire il servizio esclusivamente alle aziende già in portafoglio, attraverso modalità di affidamento meno rigide e senza confronto concorrenziale".

L'intesa avrebbe avuto gradi di partecipazione variabile assumendo, comunque, nel suo insieme le caratteristiche della pratica concordata, presentando altresì dei momenti in cui la condotta delle parti, pur inserita in un contesto collusivo più ampio, avrebbe integrato gli estremi di un vero e proprio accordo anticoncorrenziale.

Sotto entrambi i profili si sarebbero conclusivamente realizzati tra le due imprese concorrenti quei contatti diretti o indiretti tali da far venir meno l'autonomia degli stessi nelle decisioni commerciali, alterando in tal modo le condizioni di concorrenza normali sul mercato di riferimento.

Il provvedimento poi, richiamate, al § 180, le pronunce giurisprudenziali secondo cui la prova dell'intesa può avere anche una natura indiziaria, ha ritenuto provata la sussistenza dell'intesa in considerazione della ricorrenza di: a) un parallelismo di comportamenti; b) numerosi contatti tra le imprese, avvenuti principalmente nell'ambito del gruppo di lavoro ANIA sul TPL, c) l'assenza di giustificazioni economicamente fondate circa la razionalità delle parti.

L'AGCM ha, pertanto, comminato a Unipolsai Assicurazioni s.p.a. una sanzione pari a € 16.930.031 e a Generali Italia s.p.a. una sanzione pari a € 12.013.443.

4. Le società sanzionate, con distinti ricorsi, hanno impugnato il provvedimento dell'AGCM innanzi al T.a.r. Lazio che, con sentenze del 18 dicembre 2015, n. 14281 e 14282, ha accolto i ricorsi, annullando il provvedimento impugnato.

5. L'appello indicato in epigrafe è stato proposto dall'AGCM per ottenere la riforma della sentenza n. 14282 del 2015, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Unipolsai Assicurazioni s.p.a.

Con appello di analogo contenuto (passato in decisione all'odierna udienza di discussione) AGCM ha impugnato anche la sentenza n. 14281 del 2015, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Generali Italia s.p.a.

6. Si sono costituite in giudizio per resistere all'appello ed hanno presentato memorie difensive sia la società appellata Unipolsai Assicurazioni s.p.a., sia l'altra società sanzionata, Generali Italia s.p.a.

7. L'ANIA – Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici, già parte del giudizio di primo grado, ma non destinataria della notifica dell'appello proposto dall'Autorità, ha spiegato un atto di intervento ad opponendum.

8. Si sono, invece, costituiti in giudizio per chiedere l'accoglimento dell'appello proposto dall'AGCM i seguenti soggetti: ASSTRA Associazione Trasporti, Gruppo Torinese Trasporti GTT s.p.a.; Compagnia Trasporti Pubblici s.p.a.; AMTAB – Azienda mobilità e trasporto Bari; AMT Catania – Azienda Metropolitana Trasporti Catania. Si sono pure costituiti in giudizio Atam, Tiemme s.p.a., Air Autoservizi Irpini s.p.a., Aps Holding s.p.a. e Ftv s.p.a.

9. Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

10. L'appello non merita accoglimento.

11. Il Collegio ritiene, infatti, che gli elementi probatori raccolti dall'Autorità, pur complessivamente considerati, siano inidonei a dimostrare adeguatamente l'esistenza, anche in via presuntiva, dell'intesa contestata alla società ricorrente.

12. Per quanto riguarda, anzitutto, i c.d. elementi esogeni (la prova di contatti orizzontali qualificati tra le parti sui temi oggetto della condotta contestata), il provvedimento impugnato ne valorizza principalmente due (cfr. §§ 202 e ss.): a) lo scambio di informazioni avvenuto nell'ambito e in occasione delle riunioni del Gruppo di Lavori sul TPL, istituito presso ANIA; b) la comune formulazione di una circolare che fornisce una interpretazione restrittiva dell'obbligo a contrarre, consentendo alle imprese di continuare a non presentarsi in gara e a non rispondere alle richieste di quotazione del premio avanzate dalle aziende di TPL.

13. Nessuno dei due elementi presenta, tuttavia, rilevanza probatoria.

14. Per quanto riguarda il gruppo di lavoro istituito presso l'ANIA, non vi è alcuna prova che esso sia stato l'occasione per contatti illeciti tra le parti della presunta intesa.

Numerosi elementi depongono, anzi, in senso contrario, evidenziando l'assenza, rispetto al gruppo di lavoro, di criticità dal punto di vista concorrenziale.

14.1. In primo luogo, come già rilevato dal T.a.r., il gruppo di lavoro è stato costituito a seguito di una sollecitazione dell'IVASS, al fine di rimuovere le cause strutturali del fenomeno delle cause deserte, individuando soluzioni idonee a garantire il positivo espletamento dalle aziende di TPL. La sua istituzione è avvenuta, quindi, con funzioni e finalità opposte rispetto a quelle (anticoncorrenziali) sostenute dall'AGCM.

Risulta, infatti, dagli atti che alla fine del 2010, IVASS, a seguito di una richiesta di ASSTRA, si faceva promotore di un tavolo di confronto tra ANIA e ASSTRA "per l'apertura di un dialogo costruttivo tra le parti" sulle cause strutturali che determinano il fenomeno delle gare deserte, con con l'obiettivo di definire "un'agenda dei principali punti sui quali trovare una convergenza"; e, al fine di agevolare i lavori del tavolo di confronto, l'IVASS aveva anche chiesto ad ANIA e ASSTRA di limitare le rispettive rappresentanze ad un numero contenuto di soggetti (e, quindi, aveva nella sostanza chiesto di istituire un gruppo di lavoro).

14.2. In secondo luogo, rispetto ai sei incontri del gruppo di lavoro contestati nel provvedimento (§ 210), Unipolsai e Generali sono state presenti a due soli incontri, con la conseguenza che in quattro dei sei incontri contestati non può, certamente, esser avvenuto alcuno scambio di informazioni, essendo presente agli stessi la sola Generali, oltre ad ANIA (alla quale nessuna violazione è stata contestata).

14.3. Anche rispetto ai due soli incontri che hanno visto la contestuale presenza delle imprese sanzionate, peraltro, non vi sono concreti elementi – salvo una mera possibilità teorica – che consentano di ritenere che essi siano stati occasione di contatti finalizzati ad attuare il cartello contestato.

15. Non può riconoscersi valore probatorio, neanche indiziario, nemmeno alla circolare ANIA:

Ciò alla luce delle seguenti circostanze, già richiamate nella sentenza appellata:

- a) la circolare in esame è stata adottata dal gruppo consultivo legale di ANIA, statutariamente incaricato di occuparsi di “coadiuvare l’Associazione nell’esame delle questioni di carattere legale relative ad interessi generali del settore assicurativo e nell’applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari che interessano il settore stesso”;
- b) il gruppo consultivo legale (che all’epoca era formato dagli esperti legali in materie giuridiche della stessa ANIA e di almeno e di circa quindici compagnie assicurative) si era occupato della questione dell’obbligo a contrarre, in un contesto normativo di particolare complessità, perché sollecitato in tal senso da ripetute contestazioni indirizzate da aziende di TPL (cfr. § 141 del provvedimento);
- c) la circolare, quindi, non è atto riferibile alle parti dell’intesa contestata, ma è un atto imputabile ad ANIA di cui fanno parte tutte le imprese del settore assicurativo;
- d) l’interpretazione del quadro normativo offerto dalla circolare era plausibile e conforme alle tesi sostenute nello stesso periodo dall’IVASS, la quale, oltre a non avere mai sostenuto che sussista in capo alle compagnie un obbligo di partecipare alle gare indette dalle aziende di TPL, ha ripetutamente riconosciuto il diritto delle medesime di fissare liberamente le condizioni della copertura assicurativa (in tal senso cfr. circolare IVASS del 31 ottobre 2002).

16. Non forniscono sufficienti elementi di prova, neppure in via indiziaria e neanche se valutati globalmente, nemmeno i documenti acquisiti dall’AGCM nel corso dell’istruttoria, relativi alle 58 gare andate contestate.

Anche sotto questo profilo, il Collegio condivide le conclusioni cui è pervenuto T.a.r., il quale ha evidenziato come tale documentazione, consistente in corrispondenza interna tra diversi livelli operativi appartenenti al medesimo operatore economico, prova soltanto la determinazione di ciascun operatore di non partecipare alla gara, ma non anche il fatto che ci sia stato un coordinamento tra operatori economici concorrenti.

17. Così ridimensionati gli elementi c.d. esogeni richiamati dal provvedimento impugnato, non può che richiamarsi il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in mancanza di significativi elementi probatori c.d. esogeni, spetta all’AGCM l’onere di provare (non gravando sulle imprese quello inverso) che eventuali comportamenti paralleli

siano il frutto di un cartello, e non possano, invece, essere razionalmente giustificati in maniera alternativa, facendo, ad esempio, riferimento alle caratteristiche intrinseche del mercato di riferimento.

18. Nel caso di specie, tale prova non risulta essere stata data; risultando anzi forniti dalle imprese elementi contrari (ossia l'esistenza di possibili spiegazioni alternative).

19. Deve a tal proposito evidenziarsi che il provvedimento dell'AGCM presenta un vizio di intrinseca illogicità, nella misura non riesce a spiegare in maniera plausibile in che modo l'intesa sia stata conclusa e attuata senza il coinvolgimento di altre compagnie assicurative.

Se, infatti, elemento costitutivo del cartello è la circostanza che Umipolsai e Generali avrebbero operato “nella consapevolezza che le altre compagnie non avrebbe disturbato il meccanismo” (§186), allora, come rileva anche la sentenza appellata, o si contestata l'illecito a tutte le altre compagnie, oppure l'intesa, per come costruita, non avrebbe potuto funzionare, nemmeno in astratto.

A maggior ragione in considerazione del fatto che le altre imprese detengono una quota rilevante del mercato (tra il 60% e il 70%).

Si tratta di un dato significativo, che consente di escludere anche l'operatività della teoria economica della c.d. frangia competitiva, richiamata nel provvedimento impugnato per giustificare il mancato coinvolgimento nell'intesa delle altre imprese.

20. Come già condivisibilmente ritenuto dal T.a.r., la teoria della frangia competitiva è inapplicabile nel caso in questione perché i c.d. followers dell'intesa rappresentano in realtà la maggioranza del settore complessivamente considerato,

Né appare convincente la tesi secondo cui la “frangia competitiva” avrebbe dovuto essere valutata in relazione alle sole gare contestate.

Infatti, anche considerando solo tali gare, il discorso non muta: essendo la partecipazione anche alle suddette gare aperta, tutte le compagnie del settore erano di fatto libere di parteciparvi e di far saltare il supposto accordo collusivo immaginato dall'AGCM.

21. Il mancato coinvolgimento nel procedimento diretto a contestare l'intesa delle altre imprese di assicurazione (che hanno tenuto la stessa condotta di non partecipazione alle gare contestate alle due sole compagnie di assicurazione sanzionate) di per sé già dimostra

l'assenza dell'elemento c.d. endogeno, evidenziando la possibilità di valide spiegazioni economiche alternative rispetto alla concertazione.

Come questo Consiglio di Stato ha anche recentemente ricordato, infatti, “l'assoluzione [dei concorrenti autori della stessa condotta parallela] costituisce, di per sé, la prova dell'esistenza di spiegazioni alternative alla concertazione, dimostrando che la condotta contestata, lungi dal poter essere ricondotta all'unica spiegazione possibile di un parallelismo collusivo, [è] plausibilmente riconducibil [e] ad autonome e razionali scelte indipendenti ed unilaterali dei vari operatori” (Consiglio di Stato, n. 4123/2015, c.d. caso Moby).

Il parallelismo di condotte, in effetti, come appunto confermato dal fatto che alle gare non partecipavano neanche le imprese estranee alla contestata intesa, può allora essere giustificato sulla base di diverse valide ragioni economiche, nella specie rappresentate, come è emerso sia nell'istruttoria davanti all'AGCM, sia nel presente giudizio, da ragioni di non appetibilità economica dell'offerta.

In particolare, assumono rilevanza, come valide spiegazioni alternative fornite del parallelismo di condotte, la scarsa remuneratività del comparto (il servizio assicurativo della responsabilità civile a favore delle aziende di trasporto pubblico locale), e la strutturale carenza informativa e conseguente incertezza sulla remuneratività delle singole gare per le compagnie diverse dal fornitore storico.

22. Le considerazioni che precedono evidenziano, quindi, la mancanza di sufficienti elementi probatori, tanto esogeni quanto endogeni, del fatto che vi sia stata un'intesa tra Generali Italia s.p.a. e Unipolsai Assicurazioni s.p.a. per la non partecipazione alle procedure indette dalle aziende di trasporto pubblico locale per l'affidamento del servizio assicurativo di responsabilità civile.

L'appello deve, pertanto, essere respinto con conseguente conferma della sentenza appellata.

23. La particolare complessità del quadro fattuale e della relativa istruttoria giustificano la integrale compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesco Mele

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO