



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dall’Autorità Garante della Concorrenza e del
Mercato, in persona del Presidente, rappresentato e difeso dall’Avvocatura
Generale dello Stato, ed elettivamente domiciliato presso la stessa, in Roma,
via dei Portoghesi, n.12;

contro

Assitalia – Le Assicurazioni d’Italia s.p.a., in persona del legale
rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso
dall’avv.to Berardino Libonati, ed elettivamente domiciliato presso lo
stesso, in Roma, via Condotti, n. 91;

nei confronti

Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in
giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Granelli, Maria Rita
Surano e Raffaele Izzo, ed elettivamente domiciliato presso quest’ultimo, in
Roma, via Cicerone, n.28;

e con l'intervento

A.N.I.A., Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici, in persona
del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato
e difeso dagli avv.ti Aldo Frignani, Giovanna Volpe Putzolu e Stefano

N.

Reg. Dec.

N. 2132

Reg. Ric.

ANNO 2000

DISPOSITIVO

N. 29/2001

D'Ercole, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo, in Roma, largo del Teatro Valle, n.6;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I, n. 1522/99 pubblicata il 6-7-1999;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti sopra indicate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12-1-2001 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. dello Stato Sclafani per l'Autorità appellante, l'Avv. Libonati per la società appellata, l'Avv. Granelli per il Comune e l'Avv. Volpe Putzolu per l'A.N.I.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con deliberazione del 25-9-97 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito Autorità) ha ritenuto:

a) che le imprese Assitalia, Generali, Ras, Fondiaria e Unipol hanno violato l'art. 2, comma 2, della legge n. 287/90 avendo realizzato un'intesa restrittiva della concorrenza concretizzatasi nell'assunzione del servizio di copertura assicurativa del Comune di Milano in coassicurazione tra le medesime compagnie;

b) che le imprese Assitalia e Zurigo hanno violato l'art. 2, comma 2,

della legge n. 287/90 avendo realizzato un'intesa restrittiva della concorrenza volta a vincolare il reciproco comportamento nella partecipazione a gare pubbliche;

c) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al precedente punto b), alle imprese Assitalia e Zurigo debba essere applicata la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di Lire 220.000.000 per ciascuna delle due società.

Avverso detto provvedimento la società odierna appellata ha proposto ricorso, che il Tar del Lazio ha accolto con l'impugnata sentenza.

Con il ricorso in appello in epigrafe l'Autorità ha chiesto l'annullamento della suindicata sentenza, contestando, per i motivi indicati nella parte in diritto, sia che l'accordo di coassicurazione fosse in concreto lecito ai fini antitrust, sia la mancanza di prove idonee a dimostrare l'accordo tra Zurigo ed Assitalia.

L'impresa di assicurazione appellata si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello e proponendo appello incidentale in ordine ai motivi non accolti dal Tar.

Il Comune di Milano si è costituito, chiedendo invece l'accoglimento dell'appello, mentre è intervenuta ad opponendum l'Associazione Nazionale tra le imprese assicuratrici – ANIA.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve essere ritenuta l'ammissibilità dell'intervento nel giudizio di appello dell'ANIA, non presente in primo grado.

E', infatti, infondata l'eccezione formulata all'odierna udienza dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui, a seguito dell'introduzione dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo, non sarebbe più ammissibile l'intervento in appello di una parte non presente in primo grado.

Anche successivamente alla sentenza della Corte Costituzionale, che ha introdotto l'opposizione di terzo nel processo amministrativo (Corte Cost. n. 177/95), la giurisprudenza ha confermato che è ammissibile l'intervento in appello di soggetti non aventi la posizione di parte formale in primo grado, qualora ad essi possa derivare anche indirettamente un pregiudizio o possano tutelare una situazione di vantaggio attraverso la definizione della controversia (cfr., Cons. Stato, VI, n. 800/99; n.1197/96, n. 420/95 e in precedenza Ad. Plen., n. 2/88).

2. Prima di esaminare i motivi di appello, appare opportuno riassumere le vicende oggetto dell'intervento dell'Autorità, come correttamente ricostruite dal giudice di primo grado.

Con delibera di Giunta n. 3705 del 31 agosto 1994, il Comune di Milano affidava alla J.I.B. S.p.A. l'incarico di studiare la revisione e l'aggiornamento delle sue polizze assicurative.

In esecuzione dell'incarico affidatole, la società Jardine - rilevato che la copertura assicurativa del Comune si frazionava in 21 polizze, con un numero considerevole di appendici, la maggior parte delle quali erano state stipulate con l'Assitalia, anche in coassicurazione con altre imprese, come ad esempio nella polizza RC Auto - proponeva di riorganizzare le coperture assicurative in sole sette polizze, con elevazione dei massimali assicurati ed

a condizioni più favorevoli per l'amministrazione.

Sulla base di tale studio, la Giunta comunale, con delibera n. 511 del 14 febbraio 1995, decideva di indire una licitazione privata, ai sensi della direttiva 92/50/C.E.E., per l'aggiudicazione, in un unico lotto, di n. 7 polizze, relative ad incendio di beni patrimoniali mobili ed immobili, di beni mobili e valori, di danni accidentali ad apparecchiature elettroniche, di responsabilità civile terzi, di infortuni, di kasko delle auto dei dipendenti utilizzati in servizio e di responsabilità civile auto.

Con la stessa delibera veniva adottato anche il bando di gara che prescriveva, per quel che qui rileva, quanto segue:

- che sarebbero state ammesse le imprese "che negli ultimi tre anni avessero raccolto nei rami danni una media annua di premi derivanti da lavoro diretto non inferiore a 300 miliardi, dei quali la quota relativa alla RC auto e RC natanti non superasse il 60%, e che disponessero di almeno un centro di liquidazione sinistri sul territorio del Comune di Milano ";

- che le compagnie potevano concorrere da sole o " ... in coassicurazione... ";

- che la gara sarebbe andata a termine solo se fossero pervenute almeno due offerte valide.

Al primo esperimento di detta gara chiedevano di partecipare e venivano, poi, invitate 21 imprese assicurative dalle quali proveniva, però, una sola offerta in coassicurazione tra Assitalia, Generali, Ras, Fondiaria ed Unipol, per cui la licitazione veniva dichiarata deserta, come da bando.

Con delibera del 10 ottobre 1995, la Giunta comunale di Milano decideva di indire una nuova licitazione privata, alle stesse condizioni di

bando della precedente, alla quale chiedevano di partecipare e venivano invitate 12 imprese di assicurazione.

Perveniva una sola offerta in coassicurazione, presentata dalle medesime imprese che avevano formulato l'offerta nella precedente gara andata deserta, per cui anche detta nuova gara non veniva aggiudicata, come previsto dal bando.

In data 12 dicembre 1995, il Consiglio comunale di Milano, preso atto del negativo esito delle prime due gare, con propria delibera di pari data decideva di ricorrere alla trattativa privata, mediante gara ufficiosa, precisando che la gara sarebbe stata considerata valida anche in presenza di un'unica offerta.

All'anzidetta procedura venivano invitate 20 imprese (tutte quelle che avevano conseguito, in media, nel triennio 1992/1994, una raccolta superiore a 250 miliardi di lire ed avevano un centro liquidazione in Milano) precisandosi che, anche in tale sede, erano ammesse offerte in coassicurazione.

Presentava offerta, inferiore a quella formulata nelle gare precedenti andate deserte, soltanto Assitalia, in coassicurazione con Generali, RAS, Fondiaria ed Unipol, che si aggiudicavano, quindi, la gara, in virtù di quanto stabilito dalla citata delibera comunale del 12 dicembre 1995.

Dopo la stipulazione del contratto, in data 15 gennaio 1996, il Comune di Milano segnalava l'intera vicenda all'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, in data 22 maggio 1996, deliberava l'avvio dell'istruttoria nei confronti delle 21 compagnie di assicurazione invitate a partecipare alle citate tre gare indette dal Comune di Milano, al fine di

verificare se le stesse avessero posto in essere comportamenti restrittivi della concorrenza, in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990.

Compiuta l'istruttoria, nel corso della quale sono stati eseguiti accertamenti ed è stato acquisito il parere dell'ISVAP, l'Autorità emanava il provvedimento impugnato in primo grado.

Il Tar respingeva i motivi di ricorso relativi alla fase procedimentale e, pur condividendo l'applicabilità alla fattispecie della legge n. 287/90 e l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Autorità, accoglieva il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni:

a) la condotta sanzionata non poteva essere imputata alle imprese assicuratrici, ma eventualmente al Comune di Milano, che aveva previsto nel bando la possibilità di ricorrere alla coassicurazione;

b) alla fattispecie non sono applicabili neanche i principi di cui al Regolamento CEE n. 3932/92 della Commissione del 21-12-1992;

c) mancanza di elementi sufficienti a dimostrare il fine anticoncorrenziale dell'accordo di coassicurazione e dell'intesa contestata a Zurigo ed Assitalia.

3.1. Con articolato motivo di ricorso l'Autorità contesta l'interpretazione del giudice di primo grado, relativa alla compatibilità tra l'accordo di coassicurazione in esame e la normativa antitrust.

Evidenzia l'Autorità che la previsione del bando di gara non obbligava certo le imprese al ricorso alla coassicurazione, ma era diretta a perseguire il diverso scopo di consentire l'ammissione e la partecipazione alla procedura concorsuale di imprese che individualmente non avrebbero potuto partecipare; che l'Autorità non ha fatto diretta applicazione del citato

regolamento CEE n. 3932/92, ma dei soli principi desumibili da questo; che la finalità tipica dell'istituto della coassicurazione (assunzione di rischi altrimenti non copribili da una singola impresa assicurativa) avrebbe dovuto escludere in concreto la liceità ai fini antitrust dell'accordo in esame, volto a coprire rischi che in passato erano garantiti da una singola impresa; che non può essere consentito che le imprese si concertino sul modo cui intendono rispondere ad un bando di gara.

3.2. Prima di esaminare i singoli profili della censura, si osserva che le parti sono concordi nel ritenere in astratto l'istituto della coassicurazione "neutro" ai fini antitrust, nel senso che non viene posta in dubbio la liceità del contratto di coassicurazione previsto dall'art. 1911 c.c. e disciplinato con riferimento alla coassicurazione comunitaria dalla legge n. 772/86.

La tipicità di un contratto non esclude la illiceità "antitrust" di un'intesa, che assuma la forma di tale contratto, dovendo essere verificato in concreto il suo utilizzo a fini anticoncorrenziali.

L'impresa appellata sostiene che il ricorso alla coassicurazione era previsto nel bando di gara e che, pertanto, non può essere sanzionato il fatto di avvalersi di una facoltà concessa dalla stessa amministrazione.

A tale osservazione l'Autorità ed il Comune di Milano replicano, sottolineando che il ricorso alla coassicurazione era una facoltà, e non un obbligo, previsto dal bando; che non rilevano ai fini antitrust solo quelle condotte imposte da un precetto normativo e che, comunque, l'inserimento della clausola del bando era diretto a perseguire il diverso scopo di consentire l'ammissione e la partecipazione alla procedura concorsuale di imprese che individualmente non avrebbero potuto partecipare.

Riguardo quest'ultima considerazione si rileva che in realtà il bando prevedeva anche rigorosi limiti di partecipazione, quali una media annua di premi non inferiore a 300 miliardi, di cui una quota non superiore al 60 % relativa a R.C. Auto e Natanti e un centro liquidazione sinistri sul territorio del Comune di Milano.

Come rilevato nel parere dell'ISVAP, tali condizioni limitavano la partecipazione a sole 18 grandi imprese ed escludevano le imprese medie o minori, che quindi non potevano partecipare neanche in coassicurazione (dovendo ogni singola impresa, anche in coassicurazione, possedere i predetti requisiti).

In concreto, pertanto, la clausola del bando non poteva avere l'effetto di consentire la partecipazione in coassicurazione delle medie o piccole imprese, ma autorizzava l'utilizzo di tale strumento per imprese di maggiori dimensioni.

Tale circostanza deve essere tenuta presente nel valutare il comportamento complessivo delle imprese in questione, ma non è idonea ad escludere la finalità anticoncorrenziale dell'accordo.

Infatti, per le stesse ragioni per le quali l'istituto della coassicurazione è "neutro" ai fini antitrust, parimenti "neutra" deve essere considerata la sua previsione in un bando di gara, che può al massimo rilevare per valutare la gravità di una eventuale infrazione.

3.3. Deve, quindi, ritenersi chiarito che i fini anticoncorrenziali da un lato non possono essere dedotti unicamente dall'utilizzo di un accordo di coassicurazione e dall'altro non sono esclusi dalla previsione in un bando di gara della possibilità di ricorrere alla coassicurazione.

L'indagine deve quindi essere svolta sul piano concreto sulla base di riscontri, che dimostrino che quello specifico accordo di coassicurazione è finalizzato a limitare la concorrenza.

3.4. Sostiene l'Autorità di non aver fatto diretta applicazione del citato regolamento CEE n. 3932/92, ma dei soli principi desumibili da questo, in base ai quali la coassicurazione rientrerebbe, in linea di principio, tra le intese vietate, le quali godrebbero del beneficio dell'esenzione dai divieti soltanto a determinate condizioni che sarebbero costituite dalla dimensione, rarità e novità dei rischi da assicurare, dalla opportunità di consentire la copertura in comune di rischi che altrimenti non potrebbero essere garantiti, dalla possibilità di consentire la partecipazione alle gare anche delle piccole imprese assicurative altrimenti escluse, dal non superamento della soglia del 10%, nel caso di accordi stabili tra imprese.

Come rilevato dal Tar, la tesi è priva di fondamento.

Non vi è contestazione sulla inapplicabilità del citato regolamento alla fattispecie in esame, in quanto l'art. 10 della normativa comunitaria si riferisce esclusivamente ai consorzi di imprese di assicurazione per la copertura in comune di una certa categoria di rischi in forma di coassicurazione o di coriassicurazione.

Secondo l'Autorità dal predetto regolamento si possono comunque ricavare principi applicabili anche ai singoli accordi di coassicurazione e tra questi principi viene fatta applicazione del limite del 10 % dell'insieme dei prodotti assicurativi identici o analoghi nei mercati interessati di cui all'art. 11 del Regolamento (v. par. 106 – 108 del provvedimento impugnato) e dello scopo della coassicurazione da individuare, ai sensi del considerando

10 del regolamento, nella copertura di rischi difficilmente garantibili per la loro dimensione, rarità o novità.

A sostegno della tesi viene richiamata una decisione della Commissione CE (Dec. N. 1999/329/CE, del 12-4-99, P & I Clubs Pooling Agreement), nella quale viene affermata la validità dei predetti principi anche a prescindere dal dato formale, costituito dalla esistenza di un consorzio di coassicurazione.

La menzionata decisione riguarda però una fattispecie in alcun modo assimilabile al singolo accordo di coassicurazione in esame; si trattava, infatti, di accordi tra imprese aderenti ad una struttura stabile di tipo mutualistico per la copertura in comune di determinati tipi di rischi, inerenti l'attività di navigazione marittima.

L'applicazione dei principi del regolamento è stato in quel caso determinato dal requisito della stabilità della struttura e degli accordi; requisito del tutto assente nel caso di specie.

Ogni dubbio sull'applicabilità dei principi del predetto regolamento al caso in esame è eliminato dal rapporto della stessa Commissione CE al Parlamento ed al Consiglio riguardo l'applicazione del citato regolamento (COM 1999 – 192, del 12-5-99, punto 25).

La Commissione CE afferma che il regolamento riguarda solo i raggruppamenti istituzionalizzati e non i raggruppamenti ad hoc che possono essere costituiti per coprire un singolo rischio particolare e che non creano alcun problema di concorrenza.

Tale considerazione è chiara nell'escludere che un singolo accordo di coassicurazione possa essere valutato con riferimento ai principi ed ai

limiti, fissati dal regolamento n. 3932/92.

Diversa sarebbe stata la conclusione in ipotesi di un accordo stabile, consistente non in un singolo contratto di coassicurazione, ma in un impegno generale ed astratto finalizzato alla suddivisione dei rischi assicurativi relativi ad uno o più enti pubblici.

Si osserva, infine, che il regolamento non prevede in alcun modo il divieto automatico di accordi di coassicurazione, che esorbitano dai limiti stabiliti, in quanto detti limiti individuano unicamente i casi di esenzione automatica dai divieti di cui all'art. 85 (oggi 81) del Trattato CE.

Il superamento dei limiti comporta solo l'inapplicabilità dell'esenzione automatica e la necessità in concreto della verifica dei presupposti per un'esenzione individuale (come peraltro avvenuto nel caso "P & I Clubs", sopra citato).

3.5. Esclusa la rilevanza del regolamento CEE n. 3932/92, la questione decisiva da risolvere resta quella della verifica in concreto del contenuto anticoncorrenziale del singolo accordo di coassicurazione.

L'Autorità sostiene che la finalità tipica dell'istituto della coassicurazione (assunzione di rischi altrimenti non copribili da una singola impresa assicurativa) avrebbe dovuto escludere in concreto la liceità ai fini antitrust dell'accordo in esame, volto a coprire rischi che in passato erano garantiti da una singola impresa e posto in essere dai cinque maggiori gruppi assicurativi a livello nazionale, che detengono quote di mercato complessivamente superiori al 50% del mercato assicurativo nazionale relativo al ramo danni; che la concreta intesa intercorsa tra le citate imprese coassicuratrici, attraverso una serie di contatti e di incontri tra le stesse sin

dal primo esperimento di gara, avrebbe determinato quale effetto l'aggiudicazione a trattativa privata della gara in questione; che, in assenza dei comportamenti restrittivi della concorrenza posti in essere, l'acquisizione del servizio presso il Comune di Milano sarebbe potuta avvenire ad un prezzo inferiore a quello prefissato dalle imprese offerenti in coassicurazione.

In sostanza, attraverso l'utilizzazione strumentale dell'istituto della coassicurazione, stante l'assenza nella fattispecie di quegli elementi di specificità del rischio sui quali si fonda il predetto istituto nel nostro ordinamento, le imprese in coassicurazione avrebbero, di fatto, risolto in modo cooperativo la gara e sostituito alla competizione la collusione, così precludendo al Comune di Milano la possibilità di acquisire offerte concorrenti e selezionare tra queste quella più conveniente.

Innanzitutto, il Collegio rileva che non possono essere utilizzati quali riscontri del fine anticoncorrenziale dell'accordo i contatti e lo scambio di informazioni, antecedenti la formalizzazione dell'accordo, come invece ha fatto l'Autorità (vedi par. 118 del provvedimento impugnato).

Infatti, a differenza di altre ipotesi di intese anticoncorrenziali, nelle quali lo scambio di informazioni può essere indice di un concordato parallelismo di comportamenti, in caso di utilizzo dello strumento di un contratto tipico e "neutro" ai fini antitrust, quale quello di coassicurazione, gli indici rivelatori della illiceità dell'accordo devono essere ricercati all'esterno di questo, e non già nella sua fase di formazione, finendo altrimenti per ritenere l'accordo in sé non consentito.

Nell'impugnato provvedimento (cit. par. 118) vengono anche

menzionati gli scambi di informazioni riguardanti le intenzioni degli altri concorrenti; ma il riferimento è privo di riscontri obiettivi.

La documentazione citata al par. 64 riguarda, infatti, normali previsioni circa il comportamento delle possibili concorrenti ed alcune ulteriori frasi riportate non sono certo idonee a dimostrare contatti con altre imprese al fine di impedire che venissero formulate una pluralità di offerte concorrenti (v. la frase: “Fondiaria vedrà di capire cosa vuol fare Milano” o le non chiare indicazioni accanto ad un elenco di altre imprese).

3.6. In assenza di circostanze di fatto idonee a qualificare come anticoncorrenziale l'accordo di coassicurazione in esame, l'unica strada percorribile da parte dell'Autorità era quella di dimostrare la mancanza di spiegazioni dell'accordo diverse da quella della finalità anticoncorrenziale.

Ed, in effetti, la tesi sostenuta dall'Autorità è stata quella di ritenere unica finalità lecita della coassicurazione l'assunzione di rischi altrimenti non copribili da una singola impresa assicurativa, con la conseguenza che un accordo di coassicurazione è utilizzato a fini anticoncorrenziali ogni volta che il rischio assicurato possa essere coperto anche singolarmente dalle compagnie partecipanti all'accordo.

Tale tesi, oltre a non fondarsi su una adeguata analisi economica, è infondata (la valutazione dell'Autorità è stata in parte compromessa dall'errato presupposto dell'applicabilità dei principi del regolamento CEE n. 3932/92).

L'utilizzo della coassicurazione unicamente quale strumento per coprire rischi altrimenti non garantibili da una singola impresa si pone in contraddizione con le caratteristiche del mercato assicurativo delineato nel

citato parere dell'ISVAP.

L'ISVAP ha evidenziato che la coassicurazione risponde “non soltanto all'esigenza di frazionare rischi che diversamente non potrebbero essere garantiti da una singola impresa, quanto e principalmente all'esigenza di rendere omogenei quantitativamente e qualitativamente i rischi assicurati”; “la coassicurazione, in quanto diretta a rendere omogenei i rischi, è operazione tendenzialmente applicabile a qualsiasi tipo di rischio, a prescindere dalla sua entità, gravità o eccezionalità” e “si presta ad impieghi di carattere contingente e settoriale” a differenza della riassicurazione.

In sostanza, si tratta di un istituto utilizzabile sia quando il rischio non rientra nella usuale prassi dell'impresa, sia per suddividere il rischio in base alle leggi di probabilità di avveramento dei sinistri (in virtù delle quali è preferibile assicurare due rischi al 50 % piuttosto che uno al 100 %).

Al riguardo, l'Autorità non ha fornito adeguata motivazione circa la non fondatezza della tesi dell'ISVAP, né ha supportato la propria indagine con una analisi economica del fenomeno della coassicurazione, limitandosi a ribadire l'anticoncorrenzialità del ricorso alla coassicurazione, quando il rischio può essere garantito dalle singole imprese.

3.7. Anche l'affermazione secondo cui l'acquisizione del servizio presso il Comune di Milano sarebbe potuta avvenire ad un prezzo inferiore in assenza del sanzionato accordo di coassicurazione è priva di riscontro.

Infatti, in astratto le sinergie derivanti da un accordo di coassicurazione potrebbero anche condurre al raggiungimento di un prezzo inferiore a quello proponibile dalle singole imprese.

Può avvenire in concreto che invece il beneficio non venga fatto

ricadere sul prezzo, ma contribuisca ad aumentare il margine di profitto delle imprese.

Nel caso in esame gli elementi raccolti non consentono di individuare quale delle due ipotesi ricorre.

L'Autorità afferma che senza accordo il prezzo di aggiudicazione sarebbe stato inferiore e che l'accordo avrebbe prodotto l'effetto di impedire che venissero formulate offerte concorrenti da parte di altre imprese, ma non spiega il motivo della mancata formulazione dell'offerta da parte dell'altra cordata, che ha rinunciato a presentare l'offerta per evitare che il prezzo offerto (superiore alla base d'asta) consentisse l'aggiudicazione alla cordata concorrente (v. par. 69 del provvedimento impugnato).

E' evidente l'assenza di una concertazione con le compagnie dell'altra, non perfezionata, cordata, in quanto altrimenti sarebbe stata presentata un'offerta al solo fine di consentire la validità della gara ed è altrettanto evidente che la cordata concorrente non sia riuscita a formulare un'offerta, competitiva nel prezzo con quella risultata alla fine aggiudicataria, benché comprendente imprese di rilievo, alcune delle quali in grado di presentare un'offerta autonoma (come, ad esempio, riconosciuto dalla stessa Autorità per Zurigo).

3.8. Inoltre, per verificare la fondatezza delle tesi dell'Autorità, non appare corretto utilizzare i dati della successiva gara svoltasi nel 1998, forniti in corso di giudizio dal Comune di Milano.

Infatti, il prezzo inferiore offerto dall'impresa aggiudicataria non può essere rapportato a quello con cui è stata aggiudicata la gara in questione, perché diverse erano le condizioni di svolgimento della gara e diversi erano

i dati in possesso delle imprese partecipanti a seguito di quanto verificatosi nel triennio del primo contratto.

Le modalità di svolgimento della nuova gara dimostrano che con un bando diverso la concorrenza può essere potenziata e che le imprese potevano coprire il rischio anche da sole, ma ciò non è sufficiente per provare che il precedente accordo sia stato il frutto non solo di scelte di convenienza economica, ma anche di un intento anticoncorrenziale.

Risulta quindi superfluo rilevare che comunque l'impugnato provvedimento non può essere valutato alla luce di elementi successivi alla sua adozione e conseguentemente del tutto estranei all'iter logico seguito dall'Autorità.

4.1. Deve a questo punto essere esaminato l'ulteriore motivo di appello, relativo alla intesa tra la Assitalia e la Zurigo, sanzionata nei capi b) e C) dell'impugnato provvedimento.

Sostiene l'Autorità che: gli atti del procedimento mostrano come, a fronte di un impegno di Zurigo a non partecipare alla gara, Assitalia avrebbe garantito, in occasione della partecipazione ad altre gare pubbliche, una compensazione che doveva assumere la natura del riconoscimento per altre gare importanti; che i contatti intercorsi e le promesse scambiate - tenuto conto delle dimensioni e dell'importanza della compagnia Zurigo, " ...primaria compagnia a livello europeo, che avrebbe potuto acquisire l'intero insieme dei rischi e successivamente riassicurarli con facilità all'estero... " - hanno avuto un ruolo essenziale per la " ...soppressione della concorrenza nella partecipazione alla gara... " indetta dal Comune di Milano, per cui costituiscono già da sole infrazione al divieto di cui all'art. 2

della legge n. 287 del 1990; che la relativa intesa è grave poiché ha determinato non soltanto l'eliminazione della concorrenza nella predetta gara, ma si " ...è altresì indirizzata a prefigurare comportamenti non concorrenziali tra tali imprese in occasione della partecipazione ad altre procedure concorsuali, prevedendo esplicitamente al riguardo forme di compensazione collaterali... ".

Il giudice di primo grado ha rilevato che la contestazione è fondata su un unico riscontro probatorio: un appunto interno, rinvenuto nella sede di Zurigo, riportante un colloquio intercorso tra un funzionario della Zurigo con uno dell'Assitalia; che tale appunto costituisce mezzo di prova solo a carico di chi lo ha redatto e non anche di chi (Assitalia) viene citato; che la richiesta di Zurigo di entrare nella cordata Assitalia deve ritenersi lecita, mentre mancano riscontri dell'accordo relativo alle successive gare; che pertanto non si rende necessario affrontare la questione della riferibilità della volontà a soggetti capaci di esprimerla legalmente.

Replica l'Autorità nell'atto di appello che i riscontri oggettivi del contenuto dell'appunto devono essere individuati nella volontà inequivoca di Zurigo di partecipare alla gara, anche dopo il fallimento della cordata alternativa e nella decisione di non partecipare, successiva al colloquio riportato nell'appunto.

4.2. La prima questione da affrontare è quella della attendibilità del contenuto del menzionato appunto.

Appare opportuno riportare integralmente il testo dell'appunto , datato 5-12-95 e indirizzato da Ferrario a Moghrabi (entrambi del gruppo Zurigo): "Parlato con dott. Montani (Dir. Tec.co) dell'Assitalia, leader della

cordata Gen / Ras / Unipol / Fond. per chiedere ns ingresso. Pur dispiaciuto non può inserirci in quanto hanno presentato l'offerta con riparto. Convenuto che a fronte ns impegno di non quotare e/o partecipare ad altra cordata la Sua Compagnia e Lui personalmente si fanno garanti di un "RICONOSCIMENTO" per altra gara importante. Mi incontrerò dopo le feste di fine anno. Cordialmente", segue la firma di Ferrario.

La circostanza evidenziata dal Tar e consistente nell'inidoneità di un unico riscontro a dimostrare l'intesa sanzionata non è decisiva, in quanto ciò che rileva è la verifica dell'attendibilità dell'appunto, il cui contenuto è tale da sostenere la contestazione mossa.

Il Collegio ritiene che il contenuto della predetta nota sia attendibile.

Innanzitutto, è pacifico che Zurigo fosse seriamente intenzionata a partecipare alla gara: aveva partecipato alle riunioni della cordata alternativa, e immediatamente dopo il fallimento di questa nella riunione del 4-12-95, non ha rinunciato a tale intento ed ha subito contattato Assitalia per verificare la possibilità di entrare nella cordata (la richiesta di partecipazione non è mai stata negata dalla stessa Zurigo).

Anche se mancavano ormai pochi giorni al termine di presentazione delle offerte, deve ritenersi che Zurigo, che aveva esaminato approfonditamente gli elementi della gara nelle riunioni della "cordata alternativa", fosse in grado di presentare anche da sola un'offerta.

Al riguardo, Zurigo non nega tale capacità, ma si limita ad affermare di non averlo mai fatto in precedenza.

Dopo il colloquio del 5-12-95, che la stessa Zurigo non nega sia avvenuto, è un dato oggettivo il fatto che Zurigo non solo non abbia

partecipato alla gara (questo potrebbe essere spiegato con la volontà di non determinare la validità della stessa, presentando una seconda offerta), ma soprattutto non ha partecipato alla successiva trattativa privata (il che non avrebbe comportato alcun vantaggio per la cordata concorrente).

Inoltre, l'appunto di Ferrario è diretto a Moghrabi; dai verbali delle ispezioni disposte dall'Autorità, risulta che quest'ultimo è il Dirigente responsabile Industrial line property casualty, legittimato a ricevere le notificazioni.

Deve ritenersi che l'appunto sia pervenuto al Moghrabi ed ai responsabili della Zurigo, in quanto altrimenti sarebbe difficilmente spiegabile il motivo del rinvenimento della nota, a distanza di un anno e mezzo dalla data del colloquio, nell'archivio della Zurigo (l'appunto è stato infatti rinvenuto durante l'ispezione del 30-5-96).

La conservazione in archivio per così tanto tempo di un documento decisamente rilevante e chiaramente utilizzabile a carico della Zurigo è indice della veridicità del contenuto del documento, perché altrimenti non si comprende per quale motivo si sia deciso di esporsi al rischio di archiviare la nota, senza alcuna conoscenza del contenuto di essa.

Deve quindi ritenersi che il colloquio del 5-12-95 sia realmente avvenuto e abbia avuto il contenuto descritto nella nota.

4.3. Assitalia sostiene che comunque si tratta di un documento rinvenuto presso terzi, che in alcun modo può essere utilizzato come prova a suo carico.

Si osserva che l'utilizzo come prova a carico di documenti provenienti da terzi è stato ammesso dalla Corte di Giustizia CE (cfr. Corte

Giust CE, 16-12-75, C 40-48/73, Suiker Unie, par. 159 ss.).

In quella fattispecie la Corte ha ritenuto che sia difficile ammettere che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto e che, “quanto alla ingenuità consistente nell' ammettere per iscritto di aver partecipato ad una concertazione, va osservato che sarebbe ancor più strano, per un' impresa importante, simulare mediante scritti un comportamento che possa esporla a sanzioni”.

Conclude la Corte di Giustizia, ritenendo vano il negare forza probatoria agli scritti provenienti da un terzo, in quanto nulla vieta alla Commissione ed alla Corte di ammettere, come prova del comportamento di un' impresa, documenti provenienti da terzi, purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso.

Applicando detti principi al caso di specie, si deve concludere che la predetta nota, rispondente al comportamento tenuto da Zurigo sul mercato (mancata partecipazione alla gara) sia attendibile ed utilizzabile anche nei confronti di Assitalia come prova del colloquio avvenuto tra il proprio Dir. Tec.co Montani ed il funzionario della Zurigo.

4.4. Deve ora essere affrontata un'ulteriore questione: quella della riferibilità alle due imprese degli impegni assunti dai due funzionari.

Nella stessa sentenza impugnata viene richiamato il precedente di questa Sezione, intervenuto in altro giudizio, in cui era parte anche Zurigo (Cons. Stato, VI, n. 1792/96).

Per quanto qui interessa, la Sezione aveva allora affermato i seguenti principi:

- a) qualificazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90, quali

fattispecie di “stretta interpretazione”, in virtù del richiamo contenuto nell’art. 31 della legge n. 287/90 alle norme della legge n. 689/81, tra cui assume speciale rilievo il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative;

b) distinzione tra le ipotesi di accordo e di pratica concordata, riconoscendo implicitamente per queste ultime la necessità di accertare gli effetti restrittivi della concorrenza;

c) in ipotesi di accordi necessità che “il comportamento illecito sia tenuto da un soggetto legittimato ad agire per conto della società, abilitato ad assumere impegni a nome della stessa” (viene richiamata Corte Giust. CE, 11-1-80. C – 277/87, Sandoz).

4.5. La Sezione ritiene di dover rimeditare tali principi anche alla luce della giurisprudenza comunitaria.

L’interpretazione delle norme in materia di concorrenza in senso conforme ed omogeneo ai principi dell’ordinamento comunitario, tra cui rientrano anche le sentenze della Corte di Giustizia, è del resto imposta sia dall’art. 1, comma 4, della legge n. 287/90 (“L’interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”), sia dall’art. 54, comma 5, della legge n. 52/96 (“L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, in quanto autorità nazionale competente in materia di concorrenza, applica, fatto salvo quanto disposto dall’articolo 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, gli articoli 85, paragrafo 1, ed 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea, utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure di cui al titolo II, capo II, della medesima legge n. 287

del 1990”).

Innanzitutto è pacifico che la Corte di Giustizia non ha mai ritenuto di “stretta interpretazione” le norme in materia di concorrenza, badando essenzialmente al dato sostanziale dell’accertamento di comportamenti collusivi tra le imprese.

Pertanto, il rinvio alla legge n. 689/81 (espressamente limitato dall’inciso “in quanto applicabili”) non può che essere interpretato in senso conforme alla normativa comunitaria e quindi non può determinare una sostanziale restrizione delle ipotesi di cui agli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90, che peraltro non attengono ai soli aspetti sanzionatori (solo per i quali opera il rinvio), ma anche a quelli inibitori, con la conseguenza che il richiamo al principio della “stretta interpretazione” non appare applicabile alla normativa antitrust, finalizzata a colpire ogni condotta, non previamente identificabile, che abbia oggetto o effetto anticoncorrenziale.

4.6. Ciò premesso, deve anche rilevarsi la non utilità della distinzione tra accordi e pratiche concordate, contenuta nel citato precedente della Sezione.

Pertanto, nel caso in esame, l’Autorità ha qualificato la condotta sanzionata come intesa, senza addentrarsi nella qualificazione come accordo o come pratica concordata.

Ciò appare corretto e conforme a quell’orientamento comunitario, secondo cui la distinzione tra accordi e pratiche concordate non è sempre indispensabile, essendo ben più importante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione (cfr., Trib I CE, 24-10-91, T –

1/89, Rhone – Poulenc; 17-12-91, T 7/89, Hercules - polipropilene).

E' infondata anche la tesi, sostenuta anche all'odierna udienza dalle imprese di assicurazione, secondo cui la distinzione tra le due figure rileva, in quanto mentre per gli accordi sarebbe sufficiente accertare l'oggetto anticoncorrenziale, per le pratiche concordate sarebbe sempre necessario verificare gli effetti restrittivi della concorrenza.

Si ricorda che l'art. 2 della legge n. 287/90, dopo aver precisato che si considerano intese gli accordi e/o le pratiche concordate, statuisce che sono vietate le intese tra le imprese che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, passando poi ad elencare alcuni comportamenti vietati.

La questione della necessità della contemporanea presenza di oggetto ed effetti distorsivi della concorrenza è stata già da tempo approfondita dalla giurisprudenza comunitaria.

Nonostante la congiunzione "e" contenuta solo nella traduzione italiana della norma comunitaria (a differenza della "o" presente nelle altre versioni dell'art. 85 - oggi 81 - del Trattato CE), la Corte di Giustizia ha dapprima chiarito, con riferimento agli accordi, che è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto (cfr., Corte Giust. CE, C – 219/95, Ferriere Nord, 17-7-97, par. 30 e ss.).

Successivamente ha precisato che anche le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto di impedire

o falsare la concorrenza (cfr., Corte Giust. CE, C – 235/92, Montecatini, 8-7-99; C- 49/92, Anic, 8-7-99).

Tale interpretazione è avvalorata dal dato testuale dell'art. 2 della legge n. 287/90, che, come già detto, sanziona le intese, che abbiano “per oggetto o per effetto” la distorsione della concorrenza.

Deve quindi essere esclusa la tesi secondo cui per la pratica concordate deve necessariamente essere presente e provato anche l'effetto anticoncorrenziale; ciò contribuisce a ritenere non sempre necessaria la distinzione tra accordo e pratica concordata.

4.7. Del resto, la nozione di accordo , elaborata in ambito comunitario, è diversa da quella formale civilistica ed è intesa in senso ampio, tale da comprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti e non coercibili, quali ad esempio i gentlemen's agreement di diritto anglosassone o obbligazioni solo morali od economiche a tenere un dato comportamento sul mercato (cfr., Corte Giust. CE, 27-1-87, C – 45/85, Verband der Sachversicherer)

Tenuto conto che l'Autorità ha qualificato la condotta sanzionata come intesa, resta comunque da verificare se il comportamento illecito debba essere tenuto da un soggetto legittimato ad agire per conto della società, abilitato ad assumere impegni a nome della stessa, come affermato nel citato precedente della Sezione.

Innanzitutto, il richiamo alla citata sentenza “Sandoz” non è decisivo, in quanto in quella fattispecie la Corte ha ravvisato un comportamento lesivo dell'art. 85 del Trattato in presenza di una semplice dicitura sulle fatture (“divieto di esportazione”), non espressamente

accettata dai clienti.

L'accertamento della violazione della disciplina antitrust prescinde, quindi, dall'assunzione di un'obbligazione giuridicamente vincolante e si fonda invece sulla consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento.

Non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati ed anzi deve ritenersi che la condotta da parte del solo dipendente (nel caso, in esame colloquio del 5-12-95) accompagnata dal conseguente comportamento della società (mancata partecipazione della Zurigo alla gara) sia sufficiente per rendere gli impegni assunti riferibili alla società (cfr. Corte Giust. CE, 21-2-84, C – 86/82, Hasselblad).

Le pronunce comunitarie hanno dato un'interpretazione ampia della figura della persona autorizzata ad agire, certamente svincolata dalle nozioni civilistiche di mandato e rappresentanza (cfr., Corte Giust. CE, 7-6-83, C – 100-103/80, Musique diffusion; Trib I CE, 14-7-94, T 66/92, Herlitz; Trib. I CE, 17-12-91, T 7/89, Hercules).

Del resto, l'art. 15, comma 2, del Regolamento CEE n. 17 del 6-2-62 del Consiglio di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato autorizza la Commissione ad infliggere ammende alle imprese che “intenzionalmente o per negligenza” abbiano commesso infrazioni, l'impresa risponde quindi anche per negligenza per culpa in vigilando o in eligendo in relazione agli atti dei propri dipendenti.

Una diversa interpretazione condurrebbe all'irragionevole conseguenza di ritenere necessario che il soggetto che ha agito sia il legale

rappresentante o il procuratore ad negotia, rendendo facilmente eludibile ogni divieto antitrust tramite l'incarico verbale a soggetti privi di potere di porre in essere intese illecite.

Tornando al caso in esame, le considerazioni sopra svolte dimostrano sia l'attendibilità del contenuto della nota, sia la sua riferibilità ai due funzionari delle imprese e per il tramite di essi alle imprese stesse.

La riferibilità dell'appunto deve essere ricondotta anche all'impresa Assitalia, che non ha contestato che il soggetto citato (Montani) sia un suo dipendente (Dir. Tec.co), ma si è limitata a contestarne la utilizzabilità della nota nei suoi confronti perché proveniente da terzi.

Ma, una volta ritenuta l'attendibilità dell'appunto e constatato che il contatto tra le due imprese ha avuto la conseguenza della mancata partecipazione alla gara di Zurigo, ciò deve ritenersi sufficiente per dimostrare l'intesa sanzionata con il provvedimento impugnato.

Del resto, non si può non rilevare come sia abbastanza inusuale il rinvenimento di documenti simili a quello in questione, attestanti per iscritto un illecito accordo e che negare in tali ipotesi l'utilizzabilità e la riferibilità alle imprese dei documenti significherebbe comprimere l'applicazione del diritto antitrust entro limiti sconosciuti al diritto comunitario.

Non deve infine essere verificato se l'impegno di un "riconoscimento in altra gara importante" sia stato mantenuto o meno, in quanto tale circostanza attiene ad effetti dell'intesa, ulteriori e non rilevanti ai fini che qui interessano.

Deve dunque ritenersi fondato il motivo di appello proposto dall'Autorità.

5.1. La fondatezza di tale motivo determina la necessità di esaminare l'appello incidentale, proposto dalla compagnia di assicurazione, benché relativo a questioni che sul piano logico precedono quelle fino a qui esaminate.

Un primo gruppo di motivi, proposti con l'appello incidentale, attiene a profili del procedimento conclusosi con l'impugnato provvedimento.

La società appellata sostiene che la verbalizzazione è elemento essenziale dell'atto collegiale e che, essendo questa datata 17-10-97, il provvedimento impugnato, deliberato il 25-9-97, non poteva considerarsi ancora venuto ad esistenza al momento della comunicazione (6-10-97).

Il motivo è infondato, in quanto alcuna disposizione regolamentare prescrive che la redazione definitiva del verbale e l'approvazione dello stesso avvenga contemporaneamente allo svolgimento della seduta oggetto di verbalizzazione o prima della comunicazione del provvedimento deliberato.

La tardiva sottoscrizione (o anche redazione definitiva) del verbale della seduta collegiale non può quindi rendere illegittimo il provvedimento deliberato.

5.2. E' infondato anche l'ulteriore motivo, relativo alla dedotta assenza di verbalizzazione, non essendo desumibili le eventuali modifiche apportate al testo predisposto dal relatore della questione.

Come rilevato dal Tar, il verbale non deve infatti contenere l'integrale verbalizzazione della discussione, né tanto meno deve essere indicata l'introduzione di modifiche al testo predisposto dal relatore, in

quanto ciò che rileva è solo la approvazione del testo definitivo del provvedimento, dal quale emerge l'iter logico seguito.

5.3. Sulla base delle precedenti considerazione deve essere respinto anche l'ulteriore motivo, relativo all'assenza di indicazioni circa gli argomenti trattati durante la discussione e le modalità della votazione da parte dei componenti dell'Autorità; inoltre, è sufficiente rilevare che la deliberazione è stata adottata all'unanimità per evidenziare la irrilevanza della censura.

5.4. Con altro motivo viene contestata la presenza del funzionario istruttore durante la seduta ed evidenziato che, in mancanza di indicazioni contenute nel verbale, non può escludersi che lo stesso abbia influenzato la votazione.

Correttamente il Tar ha rilevato che è legittima la partecipazione all'adunanza del responsabile dell'unità organizzativa competente alla raccolta dei dati istruttori, al fine esclusivo della loro sottoposizione ai componenti l'organo deliberante, riproducendo essa partecipazione uno schema procedimentale usuale nell'attività di ogni organo collegiale.

Oltre che priva di riscontri, appare irragionevole la tesi secondo cui la presenza del funzionario abbia potuto influenzare la decisione di un organo collegiale altamente qualificato, quale l'Autorità in questione.

6.1. Un ultimo e più articolato motivi riguarda invece l'individuazione del mercato rilevante effettuata dall'Autorità.

Sostiene la società appellata che la fattispecie relativa ad un singolo appalto, disciplinato da specifica normativa, non rientrerebbe affatto nell'ambito applicativo della legge n. 287 del 1990, così come non

rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'art. 85 del Trattato CEE; che per mercato, ai fini dell'applicabilità della norma dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, deve intendersi il sistema complessivo degli scambi con dimensione nazionale ovvero minore ma soltanto se rilevante; che il c.d. mercato assicurativo degli enti pubblici non costituirebbe neppure parte rilevante del mercato nazionale e, quindi, tanto meno una singola gara; che comunque il mercato rilevante deve essere individuato in via obiettiva e a prescindere dalle concertazioni avvenute, per evitare di individuare tanti mercati di riferimento quante sono le operazioni economiche avvenute.

Il giudice di primo grado aveva rilevato che: le indicazioni geografiche di cui al comma 2 dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 ("...all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante... ") non svolgono la stessa funzione che esse hanno nella diversa e distinta ipotesi dell'abuso di posizione dominante (art. 3 stessa legge); che è ammissibile la riferibilità di un'intesa restrittiva ad una singola gara purché sussistano oggettivi elementi che diano concreta contezza della sussistenza e della rilevante consistenza delle concertazioni poste in essere sul modo cui rispondere al bando di gara nonché della loro specifica incidenza negativa, anche potenziale, sulla regola di concorrenza nel mercato.

6.2. Innanzi tutto, si osserva che l'Autorità, pur avendo ritenuto che la valutazione dell'anticoncorrenzialità di un'intesa non richiede una puntuale definizione del mercato, ha poi comunque individuato il mercato di riferimento nella domanda complessiva di servizi assicurativi da parte delle P.A. con riferimento sia al sistema delle gare nel suo complesso (per il quale l'indagine non ha condotto a risultati), sia a livello di singola gara (v. par. 51

del provvedimento impugnato).

Quindi, non è vero che l'Autorità abbia ommesso di definire il mercato rilevante, ma lo ha individuato come quello relativo alla domanda dei servizi assicurativi da parte del Comune di Milano per il triennio 31-12-95 / 31-12-98, oggetto della gara in esame.

6.3. L'Autorità ha anche correttamente evidenziato che l'individuazione del mercato di riferimento è funzionale al tipo di indagine in corso.

In ipotesi di un'operazione di concentrazione, l'accertamento della posizione dominante di un'impresa sul mercato dipende strettamente dalla struttura dell'impresa oggetto dell'indagine; mentre con riferimento ad un caso di intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato è invece funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale (cfr. Trib. I CE, 21-1-95, T 29/92, par. 73 e ss.).

Ciò non significa che vi sono tanti mercati di riferimento quante sono le operazioni economiche avvenute o anche le gare bandite dalle pubbliche amministrazioni, ma comporta solamente la diversità del criterio di individuazione del mercato., che non assume mai valore assoluto, ma relativo.

Resta quindi ferma la necessità di individuare il mercato di riferimento, che deve comunque essere costituito da una parte "rilevante" del mercato nazionale e non coincidere con una qualsiasi operazione economica.

6.4. E' quindi irrilevante la circostanza della coincidenza del mercato

con la singola gara, bandita dal Comune di Milano, in quanto l'ammissibilità di una coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara.

Questa Sezione ha già precisato che per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza e che il giudice amministrativo deve verificare che l'operato dell'Autorità, nell'individuare il mercato rilevante, non sia affetto da vizi logici o di ragionevolezza, da difetto di istruttoria o di motivazione (cfr., Cons. Stato, VI, n. 1348/2000).

In sostanza, mercato rilevante è il più piccolo contesto (insieme di prodotti ed area geografica), nel cui ambito sono possibili, tenuto conto delle esistenti possibilità di sostituzione, intese che comportino restrizioni consistenti della concorrenza.

Deve però essere tenuta presente la distinzione tra il mercato del prodotto, che può essere collegato anche ad un singolo consumatore con preferenze rigide e l'estensione geografica del mercato (tutte le imprese concorrenti nell'offerta del prodotto).

Ciò premesso, si rileva che l'Autorità ha correttamente distinto la domanda di servizi assicurativi da parte degli enti pubblici, caratterizzata da un elevato grado di specificità rispetto la domanda delle imprese o dei consumatori privati (v. par. 45 del provvedimento impugnato).

In pratica, la Pubblica Amministrazione nel suo complesso e i singoli enti pubblici richiedono un prodotto assicurativo particolare, non

assimilabile a quello richiesto dai privati.

Non può escludersi l'individuazione di un mercato rilevante sulla base della domanda di uno specifico acquirente (nel caso di specie, Comune di Milano), caratterizzata da standards e caratteristiche diverse rispetto a quella di altri soggetti (c.d. differenziazione orizzontale del prodotto).

Nel caso in esame, la domanda di servizi assicurativi, oggetto del bando di gara del Comune di Milano, conteneva certamente condizioni e contenuti del tutto diversi sia rispetto alla domanda degli altri soggetti privati, che a quella di altri enti pubblici (sia per la novità della scelta del contraente tramite bando, sia per le rilevanti dimensioni del Comune di Milano).

Era quindi individuabile un mercato del prodotto (collegato alla domanda del Comune di Milano) ed un'estensione geografica del mercato, costituita da tutte le imprese concorrenti nell'offerta del prodotto e limitata all'ambito nazionale.

Riguardo tale ultima limitazione si rileva che, pur essendo il bando aperto anche ad imprese non nazionali, di fatto la concorrenza avveniva solo tra queste, anche a causa delle esistenti differenze tra i vari mercati assicurativi nazionali relative ai canali di distribuzione, alle preferenze dei consumatori ed alla diversa regolamentazione (Cfr., Comm. CE, IV/M.543, Zurigo / Banco di Napoli, 22-2-95).

In definitiva, pur essendo possibile l'individuazione del mercato rilevante con riguardo ad un più ampio contesto geografico e alla domanda di più enti pubblici, ciò non esclude che, come nel caso di specie, anche in base alla domanda di un singolo ente (che per dimensioni rappresenta una

parte rilevante del mercato dei servizi assicurativi richiesti da enti pubblici) possa essere individuato il mercato, all'interno del quale verificare la consistenza della restrizione della concorrenza, provocata dall'intesa.

In alcun modo interferisce con le competenze dell'Autorità la disciplina penale ed amministrativa, relativa alle pubbliche gare, che opera su un piano diverso rispetto a quello della concorrenza.

Tenuto conto di ciò, appare ragionevole, logica e correttamente motivata l'individuazione del mercato, effettuata dall'Autorità.

7. In conclusione, deve essere accolto in parte il ricorso in appello, proposto dall'Autorità e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado avverso i capi b) e c) dell'impugnato provvedimento. Deve anche essere respinto l'appello incidentale proposto dalla impresa assicurativa.

Attesa la novità della questione e la parziale reciproca soccombenza, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado avverso i capi b) e c) dell'impugnato provvedimento.

Respinge l'appello incidentale proposto da Assitalia – Le Assicurazioni d'Italia s.p.a..

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma, il 12-1-2001 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio Giovannini	Presidente
Sergio Santoro	Consigliere
Paolo Numerico	Consigliere
Luigi Maruotti	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere est.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria