

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2204

(conforme Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2205, 2208)

La regola recata dall'art. 335 c.p.c., dettata per un diverso processo, deve essere applicata a quello amministrativo nei limiti di compatibilità. Si deve escludere che nel processo amministrativo di appello vi sia un obbligo incondizionato di riunione: la riunione in appello è doverosa a fronte di cause inscindibili, mentre resta discrezionale a fronte di cause scindibili.

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 (cfr. Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348, *Italcementi*; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652, *Vendomusica*). Anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a "mercato rilevante", ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Pertanto le gare di pubblici appalti possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto.

Nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990 e dell'art. 81, Trattato CE, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827).

La prova di un'intesa anticoncorrenziale quasi mai è diretta. La prova indiretta ben può presentare attitudine dimostrativa pari, se non superiore, a quella diretta quando faccia applicazione di una regola fondata su criteri universalmente accettati o comunque adeguatamente motivati con argomentazioni non contraddette. Pur essendo onere dell'Autorità fornire tutti gli elementi probatori a sostegno delle contestazioni mosse alle imprese, in presenza di alcuni concorrenti elementi spetta alle imprese prospettare ipotesi alternative rispetto a quelle formulate dall'Autorità. L'ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 594 *Jet fuel*).

La circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto *antitrust*, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative. L'asserita assenza di effetti anticoncorrenziali non potrebbe comunque far venire meno l'illiceità e la sanzionabilità della condotta. L'art. 2, l. n. 287/1990 è chiaro nel richiedere la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto. La mancata attuazione dell'accordo attiene agli effetti, ma non all'oggetto dell'intesa, e non fa venir meno l'illiceità dell'intesa e la sua sanzionabilità.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio. Il giudice amministrativo [ha], in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, i poteri <<di merito>> di cui alla l. n. 689/1981, [e può], addirittura, sostituire la sanzione irrogata con una diversa, [come] può anche ricostruire l'iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione già irrogata.

La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la Commissione "non è obbligata a tener conto della situazione finanziaria deficitaria di un'impresa, considerato che ammettere un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un ingiustificato vantaggio concorrenziale alle imprese meno adattate alle condizioni del mercato" (Tribunale comunitario di primo grado, sentenza 20 marzo 2002, in causa T- 23/99, LR AF 1998/Commissione, punto 308; 20 marzo 2002, causa T-9/99, HFB e a./Commissione). La capacità contributiva reale, inoltre, rileva soltanto nel "contesto sociale particolare" in cui opera un'impresa, costituito dalle conseguenze che il pagamento dell'ammenda comporterebbe, in particolare, in termini di aumento della disoccupazione o di deterioramento dei settori economici a monte e a valle dell'impresa in questione (Tribunale di primo grado, sentenza 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Tokai Carbon e a./Commissione, punto 371).

I contributi pubblici percepiti dalle imprese rappresentano una forma di corrispettivo delle prestazioni fornite. Dunque, il contributo pubblico deve considerarsi sostitutivo ed equivalente ai ricavi che si conseguirebbero sul mercato, e costituiscono, pertanto, al pari dei ricavi da traffico, un indicatore della capacità economica complessiva dell'impresa.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2204/09

Reg.Dec.

N. 9971 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo n. 100/2009

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

DECISIONE

sul ricorso n. 9971/2008, proposto da A.V s.p.a., con sede in V., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Tesauero, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Roma, Largo Messico, n. 7;

contro

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti di

S. s.p.a., V. s.r.l., T.T. s.c.a.r.l., T. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituiti;

e con l'intervento di

A. s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini e Piero Lorusso, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma, Largo Messico, n. 7;

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio – Roma, sez. I, 26 giugno 2008 n. 6215, non notificata.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione appellata;

visto l'atto di costituzione in giudizio di A. s.p.a.;

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

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 17 febbraio 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi l'avv. Tesauro, l'avv. dello Stato Stigliano, l'avv. Tedeschini e l'avv. Lorusso;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Ricostruzione dei fatti.

Giova premettere una breve ricostruzione in fatto.

La presente controversia trae origine dall'istruttoria avviata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi AGCM) in data 9 novembre 2005 nei confronti delle società S. s.p.a., A.M.E. s.p.a. e A.A. s.p.a., volta ad accertare l'eventuale realizzazione di intese lesive della concorrenza per ottenere l'aggiudicazione dei c.d. "servizi aggiuntivi" nel Comune di R., messi a gara da A. s.p.a. nell'agosto 2005, nonché l'esistenza di una rete di accordi paralleli dal contenuto analogo, strumentale all'alterazione del meccanismo concorrenziale in altre realtà territoriali, al fine di preservare gli assetti industriali e di mercato esistenti.

In ragione delle informazioni acquisite in occasione degli accertamenti ispettivi effettuati e dell'attività istruttoria svolta, l'Autorità estendeva il procedimento nei confronti delle società **A.V. s.p.a., odierna appellante**; G.T. s.p.a., S.E.D.T.P. S.A., T.G. s.r.l. e S.L. s.p.a.

L'Autorità ipotizzava che tra tali società fosse intercorso un "accordo – quadro", volto a concertare la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale, privilegiando il criterio della preminenza del ruolo svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza.

In data 6 dicembre 2006 l'Autorità disponeva un'ulteriore estensione oggettiva e soggettiva del procedimento nei confronti di A.T.C. s.p.a. con sede a L. S., AP s.p.a., ATC s.p.a. con sede a B., di A.T.M s.p.a., Tb s.p.a., ATF s.p.a., Tempi s.p.a., TP s.p.a, AP E. s.p.a. e C.T.I.

In particolare, in base agli elementi acquisiti con gli accertamenti ispettivi, veniva ipotizzato che i patti parasociali sottoscritti nel novembre 2002, congiuntamente alla costituzione della società Ri S.c. a r.l., dalle società GT s.p.a., **A.V. s.p.a., odierna appellante**, S.E.D.T.P. S.A., AM s.p.a. e A.T.M. s.p.a., fossero volti a concertare la partecipazione individuale o congiunta dei sottoscrittori alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale bandite sul territorio nazionale, sulla base del criterio della preminenza del ruolo svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza.

Nei confronti di ATC con sede a B. e di Tb., e ATF, veniva accertata l'esistenza di un accordo denominato "Protocollo di politica commerciale", secondo l'Autorità volto a concertare, in regime di reciproca esclusiva, la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale bandite sul territorio nazionale, nell'ambito dell'alleanza denominata TP N.

L'Autorità riteneva altresì che la documentazione raccolta fosse idonea a provare che le società ATC s.p.a. con sede a L.S., AP s.p.a., Tpi s.p.a., A.P.E. s.p.a. e TP s.p.a. avessero concertato, in particolare tramite aggregazioni stabili quali l'associazione denominata S.M.Ch., la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale bandite sul territorio nazionale, al fine di salvaguardare la preminenza del ruolo svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza, in particolare attraverso la creazione di associazioni temporanee di imprese in cui il numero dei soggetti coinvolti non appariva giustificato dall'esigenza del raggiungimento dei requisiti per la partecipazione alle gare.

Infine, relativamente alla gara per l'affidamento della gestione dei cosiddetti "servizi aggiuntivi" nel Comune di R., l'Autorità deliberava di estendere il procedimento anche nei confronti del C.T.I. per verificarne il grado di partecipazione all'intesa contestata.

In data 27 marzo 2007, la società SEDTP S.A. presentava impegni ai sensi dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990, i quali, tuttavia, venivano giudicati dall'Autorità manifestamente inidonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria.

In data 8 giugno 2007 veniva inviata alle parti la comunicazione della risultanze istruttorie.

Nel corso del procedimento sono state sentite in audizione diverse società ed è stato altresì ripetutamente consentito l'accesso agli atti del procedimento, il quale, all'esito di un articolata istruttoria, si è concluso con l'impugnata delibera del 30 ottobre 2007, con la quale l'Autorità ha ritenuto:

"a) che le società S. spa, A.M.E. s.p.a., A.V. s.p.a., G.T. – G.T. s.p.a., S.E.D.T.P. S.A. , AM s.p.a., Tb s.p.a., ATC s.p.a. con sede a B., ATF s.p.a., ATC s.p.a. con sede a L.S., AP s.p.a., Tpi s.p.a., TP s.p.a., A.P.E. s.p.a., C.I.T. hanno posto in essere intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, aventi per oggetto e, con eccezione dell'intesa relativa a TP N, per effetto, il mantenimento dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (d'ora innanzi: TPL) in capo al precedente gestore o, in ogni caso, la riduzione del confronto competitivo tra operatori potenzialmente concorrenti, in ipotesi di partecipazione a gare fuori bacino;

b) che le società di cui al punto a) si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

c) che, in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie alle seguenti società:

S.: 248.800 euro

A. M.: 930.000 euro

CTI: 11.000 euro

AV, odierna appellante: 1.551.200 euro

G. T.: 1.904.000 euro

S.E.D.T.P. S.A: 136.000 euro

A.T.M.: 275.776 euro

TB: 2.232.880 euro

ATC con sede a B.: 572.280 euro

ATF: 363.990 euro

ATC con sede a L.S.: 424.830 euro

AP: 387.000 euro

Tpi: 274.380 euro

TP: 270.000 euro

A.P.E.: 328.500 euro”.

2. Il ricorso al Tar.

Tutte le società sanzionate (ad eccezione di S.E.D.T.P. S.A.) sono insorte avverso il provvedimento, con separati ricorsi al Tar Lazio, chiedendone l’annullamento.

In particolare, con il ricorso di primo grado la società odierna appellante ha impugnato, nella parte di suo interesse, il provvedimento dell’AGCM 30 ottobre 2007 n. 17550, relativo alla conclusione del procedimento I 657, avviato in data 9 novembre 2005, che, previa dichiarazione che le società indagate avevano posto in essere intese restrittive della concorrenza ai sensi dell’art. 81 del Trattato CE, aventi per oggetto ed effetto il mantenimento dell’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (TPL) in capo al precedente gestore o in ogni caso la riduzione del confronto competitivo tra operatori potenzialmente concorrenti nel caso di partecipazione a gare fuori bacino e previe le conseguenti determinazioni monitorie, ha irrogato alla società ricorrente la sanzione pecuniaria di € **1.551.200**. Con tale ricorso di primo grado ha chiesto altresì l’annullamento di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale o, comunque connesso.

Il Tar ha riunito tutti i ricorsi al fine di una trattazione unitaria e, in relazione alla posizione di **A.V. con sede in V., odierna appellante**, ha respinto integralmente il ricorso.

3. Profili processuali.

Preliminarmente, il Collegio ritiene di non dover riunire il presente appello ad altri undici appelli proposti, da altre società sanzionate, avverso la medesima sentenza e chiamati all’udienza odierna.

Va ricordato che ai sensi dell’art. 335 c.p.c., tutte le impugnazioni proposte separatamente avverso la stessa sentenza devono essere riunite, anche d’ufficio, e che tale regola, dettata per il processo civile, viene costantemente applicata anche dal giudice amministrativo (Cons. St., sez. V, 29 aprile 1985 n. 199; Id., sez. IV, 31 maggio 2003 n. 3037; Id., sez. V, 25 febbraio 2004 n. 764; Id., sez. IV, 30 settembre 2005 n. 5205; Id., sez. IV, 4 maggio 2006 n. 2482; Id., sez. IV, 19 febbraio 2007 n. 889).

La giurisprudenza di questo Consesso sottolinea che mentre di regola il potere di riunione dei ricorsi è discrezionale, nel caso dell’art. 335 c.p.c. la riunione è obbligatoria (Cons. St., sez. IV, 3 giugno 1987 n. 326; Id., sez. IV, 28 gennaio 2000 n. 442; Id., sez. V, 9 ottobre 2002 n. 5423; Id., sez. V, 25 febbraio 2004 n. 764).

Il Collegio ritiene di doversi motivatamente e in parte discostare da questa granitica e rigida posizione.

Ad avviso di questo Collegio, la regola recata dall'art. 335 c.p.c., dettata per un diverso processo, deve essere applicata a quello amministrativo nei limiti di compatibilità.

Si deve escludere che nel processo amministrativo di appello vi sia un obbligo incondizionato di riunione: la riunione in appello è doverosa a fronte di cause inscindibili, mentre resta discrezionale a fronte di cause scindibili.

In particolare, la riunione di più appelli avverso la medesima sentenza è da ritenere obbligatoria quando si tratti di una controversia unitaria, afferente ad una medesima vicenda di fatto (c.d. causa inscindibile), mentre non è da ritenere obbligatoria quando, come nella specie, in primo grado sono stati presentati una pluralità di ricorsi, da parti distinte e con posizioni distinte, il giudice di primo grado ha esercitato il potere discrezionale di riunione dei ricorsi per deciderli con unica sentenza, e gli interessati hanno proposto separati appelli avendo diverse posizioni e interessi (c.d. cause scindibili).

In una siffatta vicenda fattuale, la sentenza di primo grado è solo formalmente unica, avendo in realtà deciso una pluralità di ricorsi distinti, nell'esercizio di un potere di riunione che avrebbe potuto anche non essere esercitato.

Non di rado, infatti, il Tar Lazio, a fronte di un unico provvedimento dell'AGCM che sanziona una pluralità di imprese, impugnato con ricorsi distinti, non esercita il potere di riunione, adottando tante sentenze quanti sono i ricorsi.

Pertanto, nella specie, nonostante l'esercizio del potere di riunione da parte del giudice di primo grado, le posizioni delle singole società restano distinte e diversi sono i motivi di censura dedotti.

Obbligare, in siffatta situazione, il giudice di appello a disporre la riunione, significherebbe vincolarlo ad una scelta discrezionale del giudice di primo grado, che potrebbe non essere condivisibile.

Si deve, in sintesi, ritenere, che cause per loro natura scindibili, ancorché vengano riunite dal giudice di primo grado, restano distinte, con una propria individualità rispetto ai legittimi contraddittori e con l'ulteriore conseguenza che la sentenza che le definisce, sebbene formalmente unica, consta in realtà di tante pronunce quante sono le cause riunite, le quali conservano la loro autonomia anche ai fini delle successive impugnazioni, che possono perciò svolgersi separatamente le une dalle altre (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2007 n. 4675).

Nella specie, l'estrema complessità dei singoli ricorsi in appello, la diversità delle censure dedotte, la diversa articolazione dell'ordine delle censure, volta a denotare differenziati interessi delle parti, consigliano di mantenere separati gli appelli. Una riunione, da un lato comporterebbe il rischio, sia pur eventuale, di un non compiuto esame di tutte le singole censure, e dall'altro lato comporterebbe il rischio, certo, di una sentenza fiume, che, formalmente unica, deve esaminare censure diverse contenute in dodici differenti ricorsi.

4. Il quadro normativo.

Giova premettere, al fine di un esatto inquadramento della controversia in esame, un breve *excursus* del contesto normativo di riferimento.

Il settore del trasporto pubblico locale è disciplinato dal d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422 - come modificato dal d.lgs. n. 400/1999 e successivamente dall'art. 45, l. n. 166/2002 - il quale ha operato il "conferimento alle regioni ed agli enti locali delle funzioni e dei compiti in materia di trasporto pubblico locale" prevedendo come regola per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale, su gomma e per ferrovia, l'espletamento di gare pubbliche per la scelta del gestore dei servizi minimi alla scadenza degli affidamenti in essere (art. 18).

Possono partecipare alle gare le imprese di trasporto di persone stabilite nell'Unione Europea, ad esclusione, terminato il periodo transitorio previsto dalla legislazione nazionale o regionale, delle società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e loro controllate, controllanti e collegate e delle società che gestiscono reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali necessarie per l'espletamento del servizio (co. 2, lett. a), art. 18, d.lgs. cit.).

L'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali) ha successivamente introdotto una disciplina di carattere generale sulla gestione delle reti e sull'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dal cui ambito di applicazione, però, a seguito della l. 15 dicembre 2004 n. 308, è stato escluso proprio il settore del trasporto pubblico locale.

Il termine ultimo di validità delle concessioni in essere, fissato originariamente dal d.lgs. n. 422/1997 al 31 dicembre 2003, è slittato, una prima volta, al 31 dicembre 2005, in forza del d.l. 24 dicembre 2003 n. 355, convertito con modificazioni in l. 27 febbraio 2004 n. 47. Successivamente tale termine è stato prorogato, dalla l. 23 dicembre 2005 n. 266 (legge finanziaria per il 2006), al 31 dicembre 2006, nonché al 31 dicembre 2007 dal d.l. 28 dicembre 2006 n. 300 (disposizione aggiunta dalla l. di conversione 26 febbraio 2007 n. 17).

Tale ultima norma prevede la possibilità per le Regioni di prorogare ulteriormente gli affidamenti in essere, per un periodo massimo di due anni (e quindi fino al 31 dicembre 2009), a seguito di operazioni di consolidamento ed integrazione di bacini fra gli operatori affidatari dei servizi (art. 18, co. 3-*ter*, d.lgs. n. 422/1997).

L'Autorità ha rilevato che, ad oggi, è stato bandito un numero relativamente esiguo di gare rispetto ai bacini attualmente affidati giacché, nelle more della piena attuazione dei principi fissati dal cit. d.lgs. n. 422/1997, molti enti locali hanno provveduto ad attribuire i servizi di TPL alle proprie aziende mediante affidamenti c.d. "in house", in particolare nel periodo di vigenza della disciplina introdotta dal t.u.e.l.

Al termine dei periodi di proroga stabiliti dalla legge, dovrebbe però aversi, osserva l'Autorità, una progressiva intensificazione di procedure concorsuali da bandire (a partire quindi dal gennaio 2008).

Le Regioni hanno provveduto a trasporre in atti normativi e regolamentari di secondo livello i principali contenuti del d.lgs. n. 422/1997, in particolare individuando i c.d. "servizi minimi"; attraverso la regolamentazione della trasformazione delle aziende speciali e consortili, precedentemente concessionarie dei servizi, in società per azioni; mediante la previsione generalizzata di procedure concorsuali e la definizione delle modalità e della durata dei contratti di servizio etc.

L'Autorità ha quindi sottolineato (cfr. in particolare i parr. 45 e ss. del provvedimento impugnato) come "le difficoltà del processo di liberalizzazione" e la profonda incertezza normativa che ha contraddistinto il settore, abbiano avuto un impatto fortemente negativo anche sui

meccanismi di gara, rallentandone l'applicazione e spingendo molte realtà locali (ad es. il Comune di Roma) a continuare a far ricorso all'affidamento diretto – nella finestra temporale 2001-2004 - piuttosto che attivarsi nell'espletamento di gare ad evidenza pubblica.

Va anche evidenziata la profonda evoluzione della nozione di “servizi di interesse generale” in atto in sede comunitaria, e, sul piano interno, le prospettive di modifica del d.lgs. n. 422/1997. Su queste ultime si è soffermata l'Autorità ricordando che a fine ottobre 2007 è stata formulata una proposta per la riforma e lo sviluppo del settore del TPL da parte di un Tavolo Tecnico presso la Presidenza del Consiglio, a seguito dell'Accordo tra Governo e Regioni per il riassetto normativo e finanziario del TPL.

Tale documento, elaborato anche tenendo conto dell'*iter* parlamentare del d.d.l. S772 recante delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali, nonché in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, propone alcune modifiche rispetto al quadro regolatorio esistente in materia di affidamento del servizio.

In primo luogo, si prospetta una ulteriore proroga del termine fissato per l'affidamento dei servizi di trasporto con gara, fissandolo al 31 dicembre 2008 (proroga però non concretizzatasi). In secondo luogo, si amplia la possibilità di scelta per l'ente locale nelle procedure di affidamento ad evidenza pubblica introducendo la tipologia di gara “a doppio oggetto”, relativa al contempo alla selezione del socio privato di minoranza che intervenga nella gestione del servizio affidato alla ex municipalizzata.

Per quanto possa occorrere, il Collegio rileva che, ancora oggi, le misure sopra delineate non sono state trasfuse in un testo di legge specifico per il TPL.

Invece, è intervenuto, dopo il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, e nelle more del giudizio, l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, che riguarda tutti i servizi pubblici locali e si applica anche al TPL (art. 23-*bis*, co. 1).

L'assetto definitivo dell'affidamento dei servizi di TPL sarà chiaro solo quando sarà varato il regolamento previsto dall'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, regolamento che dovrà tra l'altro chiarire il se e i limiti degli affidamenti *in house* e armonizzare le previgenti discipline di settore (tra cui quella per il settore del TPL) con il sopravvenuto art. 23-*bis* (art. 23-*bis*, co. 10, lett. a) e lett. d), d.l. n. 112/2008).

Inoltre, nel contesto del nuovo regolamento comunitario (n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007) relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia, pur ammettendosi (considerando n. 5) che “molti servizi di trasporto terrestre di passeggeri che rappresentano una necessità sul piano dell'interesse economico generale non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale”, emerge chiaramente il riconoscimento che “l'introduzione di una concorrenza regolamentata tra gli operatori in questo settore consente di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti, senza per questo ostacolare l'adempimento dei compiti specifici assegnati agli operatori di servizio pubblico” (considerando n. 7).

L'Autorità ha rimarcato le “criticità economiche” che tuttora connotano il settore del TPL.

Accanto ad un offerta estremamente frammentata, il sistema italiano, raffrontato agli altri Paesi europei, si connota per essere quello a più alto costo e a più bassa redditività. Esso è infatti caratterizzato da tante imprese di piccole dimensioni, ciascuna collegata al proprio bacino storico di

esercizio. Rilevano, inoltre, una ridotta presenza dell'imprenditoria privata, ricavi da traffico per chilometro decisamente bassi, contributi pubblici per chilometro più elevati d'Europa, l'incidenza più alta del costo del personale per unità di produzione in Europa, un parco mezzi contraddistinto da una elevata età media e da una velocità commerciale media molto bassa (par. 55).

5. Il procedimento e il provvedimento sanzionatorio.

Il procedimento sfociato nel provvedimento impugnato ha riguardato quattro distinte fattispecie, relative ad altrettanti accordi di tipo orizzontale tra operatori attivi nel settore, i quali, secondo AGCM, "hanno portato alla costituzione di macro aggregazioni a valenza nazionale, orientate alla partecipazione coordinata alle procedure di gara di cui si attendeva a breve il bando, con l'esplicita finalità di limitare la concorrenza tra le Parti e proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore *incumbent* in una data area territoriale." (par. 176).

L'Autorità ha in particolare ritenuto l'esistenza:

1) di un'intesa tra S., AM e CTI, finalizzata alla partecipazione concertata alle gare attese in Lazio e Abruzzo e "sottostante" anche alla gara, svoltasi nel 2005, per l'aggiudicazione dei servizi aggiuntivi nel Comune di Roma;

2) di una serie di accordi, relativi alle aggregazioni denominate RI, TP N e S.M.Ch, aventi ad oggetto il coordinamento nella partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di TPL nei singoli bacini territoriali (sono state in particolare analizzate le gare di M., S. e L.S.).

Le intese sottostanti alle aggregazioni Ri, TP N e S.M.Ch si sono concretizzate "nella stipula di puntuali accordi intercorsi tra le Parti, cui è stata data effettiva attuazione".

Per quanto concerne invece l'intesa fra AM, S. e C.T.I. per la partecipazione concertata alle gare attese in L. e A., l'Autorità non ha rinvenuto il testo di un formale accordo sottoscritto in tal senso ma lo ha desunto dagli "indizi relativi ai contatti fra le Parti aventi ad oggetto la partecipazione alla gara di Roma e la successiva gestione di T. TPL, nonché dai comportamenti tenuti dalle stesse con riferimento a tali vicende" (par. 180).

6. La società appellante e Ri.

6.1. Per quanto riguarda la posizione di **A.V. s.p.a. con sede in V., odierna appellante**, giova riportare quanto riscontrato nel provvedimento impugnato.

<<A.V. S.p.A. (di seguito A.V.) è l'azienda ex municipalizzata per i trasporti pubblici operante nel Comune di V. dal 1978. Gestisce, in qualità di affidataria, il trasporto dei passeggeri mediante vaporetti, motonavi e traghetti nella zona lagunare, e autobus sulla terraferma. La società è a prevalente capitale pubblico locale detenuto dal Comune di V. (65%), dalla Provincia di V. (20%) e dal Comune di Ch. (circa il 10%). Il fatturato realizzato da A.V., nel 2005, è stato pari a circa 228 milioni di euro>> (par. 14).

Sotto il profilo delle forme di cooperazione esistenti tra gli operatori dei servizi di TPL, l'AGCM rileva, nell'arco temporale 2001-2006, sia la formazione di alleanze strategiche che la costituzione di veri e propri consorzi o società. Entrambi gli strumenti appaiono finalizzati a coordinare la partecipazione delle imprese partecipanti alle gare e eventualmente a coordinare l'acquisto di partecipazioni in realtà minori (par. 59).

Tra i raggruppamenti che coinvolgono le principali imprese del settore, il provvedimento impugnato menziona, per quel che qui interessa, RI: società in liquidazione all'epoca del procedimento sanzionatorio, a cui partecipavano, oltre **l'odierna appellante, per la provincia di V.**, anche le società per azioni GT., ATM, AM, S.E.D.T.P. S.A., A.A., CT S.r.l. di P. e ACT S.p.A. di F. (secondo la ripartizione del capitale al momento della liquidazione). L'alleanza rappresentava circa 9.930 addetti per un totale di 180 milioni di vetture-km annue.

6.2. A RI sono dedicati i paragrafi **da 88 a 110** del provvedimento impugnato.

6.3. L'appello.

Tanto premesso, si può procedere all'esame dell'appello proposto da **A.V. s.p.a.**

7. Questioni relative al mercato rilevante.

Nell'ordine logico delle questioni di merito proposte dall'appellante, e seguendo la consueta tecnica utilizzata dalla Sezione nelle decisioni in materia antitrust, le questioni relative al mercato rilevante vanno esaminate prima di quelle relative all'intesa restrittiva.

Invertendo, pertanto, l'ordine dei motivi articolato da parte appellante, va esaminato prima il secondo motivo di appello, con cui si ripropone il secondo motivo del ricorso di primo grado, e si lamenta l'erronea determinazione del mercato geografico rilevante.

7.1. Già davanti all'AGCM le imprese avevano sostenuto che il mercato rilevante avrebbe dimensione nazionale, e che, avuto riguardo alla dimensione nazionale del mercato, le intese contestate sarebbero inidonee ad alterare la concorrenza, per il loro peso marginale.

7.2. L'AGCM ha disatteso tale prospettazione, in quanto l'asserita definizione nazionale del mercato rilevante non sarebbe rappresentativa delle effettive dinamiche settoriali. La riforma per la liberalizzazione del settore, ponendo come principio l'affidamento a mezzo di gara, rende implicitamente necessario valutare la consistenza di un'intesa, non rispetto al totale degli affidamenti presenti a livello nazionale, bensì avendo riferimento all'insieme dei bacini contendibili, in quanto aggiudicabili a mezzo gara.

7.3. Il Tar ha condiviso tale impostazione ritenendola immune da vizi e coerente con la normativa vigente e la situazione di fatto.

7.4. Parte appellante critica tali statuizioni della sentenza osservando che il Tar non avrebbe effettuato un sindacato pieno sulla definizione di mercato rilevante operata dall'Autorità. Illogica sarebbe l'impostazione seguita dall'Autorità e dal Tar, volta a dare dimensione locale al mercato geografico rilevante. Data la prospettiva di liberalizzazione del mercato, il mercato rilevante sarebbe quello nazionale, e avuto riguardo a tale dimensione, ne risulterebbe provato il limitatissimo impatto dell'intesa incriminata sulla concorrenza, ove si consideri che l'odierna appellante detiene una quota ridottissima del mercato nazionale (circa l'uno per cento).

8. Le censure non possono essere condivise.

8.1. 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 (cfr. Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348, *Italcementi*; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652, *Vendomusica*).

Come è noto, la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di <<contestualizzazione>> delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il <<mercato rilevante>> e <<l'abuso di posizione dominante>> al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, *Rc Auto*; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926, *buoni - pasto*).

Nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito (Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006 n. 1271 *Telecom Italia*).

E' bensì vero che il mercato di riferimento deve comunque essere costituito da una parte «rilevante» del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica.

Tuttavia anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a “mercato rilevante”, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata.

Pertanto le gare di pubblici appalti possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto (v. la gara Consip per i buoni pasto, su cui ha deciso la citata decisione Cons. St., n. 926/2004; le gare per la fornitura di carburante indette da aziende comunali di trasporto pubblico, su cui ha deciso Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 548; le gare per la fornitura di prodotti per diabetici, su cui ha deciso Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2006 n. 1397).

In particolare, la questione della possibilità di identificare il mercato rilevante anche con una singola gara bandita dalla p.a. è già stata esaminata dalla Sezione e risolta in senso favorevole sulla base della considerazione secondo cui 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 (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1191 *Imprese di assicurazione*).

Ciò non significa affatto che ad ogni gara pubblica corrisponde un mercato a sé stante, anche in considerazione della circostanza che l'intesa restrittiva deve riguardare l'intero mercato nazionale, o

una sua <<parte rilevante>>. Sicché un pubblico appalto costituisce mercato rilevante se assuma dimensione nazionale o riguardi comunque una parte rilevante del territorio nazionale: nel caso Consip, si è ritenuto che costituisse mercato rilevante la gara indetta da Consip per i buoni pasto, trattandosi di gara svolta a livello centralizzato, che ha concentrato gran parte della domanda proveniente dalla p.a. ed era idonea ad estendere l'ambito di operatività anche alla domanda di altri enti pubblici, che volontariamente potevano aderire all'offerta (Cons. St., sez. VI, n. 926/2004, cit.).

La Sezione ha anche affrontato il caso, diverso da quello di una unica gara di dimensione nazionale (come le gare Consip), e più simile a quello odierno, di una pluralità di gare di appalto da parte di singole pubbliche amministrazioni (gare per l'acquisizione di servizi assicurativi, Cons. St., sez. VI, n. 1191/2001, cit.), arrivando a identificare, a causa delle caratteristiche e della specificità di una gara svolta nel settore assicurativo, il mercato rilevante con una singola gara.

Ciò quando una singola pubblica amministrazione richieda un prodotto particolare, caratterizzato da standards e caratteristiche diverse rispetto a quella di altri soggetti (c.d. differenziazione orizzontale del prodotto).

Si può dunque individuare un mercato del prodotto (collegato alla domanda di un singolo ente pubblico) ed un'estensione geografica del mercato, costituita da tutte le imprese concorrenti nell'offerta del prodotto.

8.2. Nel caso specifico, l'AGCM ha ritenuto, per definire il mercato rilevante, che dal lato dell'offerta vi fosse un numero di imprese, circa 1200, potenzialmente in grado di formulare offerta su tutto il territorio nazionale; e che, dal lato della domanda, vi fossero una pluralità di p.a. (gli enti locali), ciascuna in grado di formulare una propria domanda, che poteva differenziarsi dalla domanda di altre p.a. Sicché, mercato rilevante sono stati considerati i singoli bacini di utenza del TPL, con una possibile sommatoria di tali bacini fino a raggiungere una dimensione nazionale.

Si afferma infatti nel provvedimento:

<<40. In proposito si osserva che, ai fini del presente procedimento, i fenomeni in esame devono essere effettivamente valutati avendo riguardo all'insieme dei bacini, sull'intero territorio nazionale, per i quali la normativa di settore prevedeva l'affidamento del servizio attraverso procedura di gara. Rispetto a tali ambiti, le intese in esame risultano idonee, per l'oggetto e/o per l'effetto, ad alterare, in termini di aggiudicazione, l'esito delle singole procedure di gara.

(...)

43. In linea generale, infatti, nell'ambito delle singole gare indette dagli Enti o altri organismi di diritto pubblico, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalle singole amministrazioni nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che le medesime seguono nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti.

44. Pertanto, alla luce dell'oggetto e della portata delle intese contestate nel presente procedimento, il mercato rilevante va individuato, con riferimento ai singoli accordi, nei singoli bacini di interesse delle imprese partecipanti alle intese, che di volta in volta sono stati o avrebbero potuto essere affidati tramite gara [In proposito si fa presente che al momento dell'elaborazione degli accordi oggetto della presente procedura il termine massimo di validità degli affidamenti era previsto al 31 dicembre 2003, mentre le prime gare erano già state bandite nel corso del 2000. A titolo esemplificativo si veda il caso C/6313B.]. L'insieme di tali bacini, che non identifica – come

sostenuto dalle Parti – la dimensione geografica del mercato, bensì la portata delle intese, poteva arrivare a ricomprendere l'intero territorio nazionale, laddove gli accordi oggetto del procedimento non risultano volti solo a condizionare l'affidamento a favore del soggetto già affidatario (incumbent), ma anche a restringere il confronto tra operatori potenzialmente concorrenti in altre realtà territoriali [Al riguardo si sottolinea che gli stessi accordi oggetto di contestazione appaiono finalizzati a concertare la partecipazione alle gare, sia con riferimento agli ambiti territoriali di appartenenza, sia alle aree geografiche diverse dai comprensori di consolidata competenza territoriale dei singoli operatori. Cfr. Preliminare di accordo strategico del 2002 (doc. 4.69), Patti parasociali di Ri. (doc. 13.373), Protocollo di Politica Commerciale di TP N. (doc. 16.530), Prospettive dell'Associazione S.M.Ch (doc. 15.459).]>>.

8.3. Tale ricostruzione è immune da vizi logici.

Nel caso specifico, l'Autorità ha in primo luogo valorizzato la definizione contenuta nell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 422/1997, secondo cui per servizi pubblici di trasporto regionale e locale si intende "l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale".

Ha quindi ritenuto, alla luce dell'oggetto e della portata delle intese esaminate, che il mercato rilevante vada individuato, "con riferimento ai singoli accordi, nei singoli bacini di interesse delle imprese partecipanti alle intese, che di volta in volta sono stati o avrebbero potuto essere affidati tramite gara". L' "insieme" di tali ambiti territoriali, secondo l'Autorità, identifica non già la dimensione geografica del mercato rilevante ma la portata, e quindi gli effetti complessivi delle intese, i quali potevano arrivare "a ricomprendere l'intero territorio nazionale, laddove gli accordi oggetto del procedimento non risultano volti solo a condizionare l'affidamento a favore del soggetto già affidatario (*incumbent*), ma anche a restringere il confronto tra operatori potenzialmente concorrenti in altre realtà territoriali".

Infine, prosegue l'Autorità, "la riforma per la liberalizzazione del settore, ponendo come principio l'affidamento a mezzo di gara, rende implicitamente necessario valutare la consistenza di un'intesa, non rispetto al totale degli affidamenti presenti a livello nazionale, bensì avendo riferimento all'insieme dei bacini contendibili, in quanto aggiudicabili a mezzo gara" (par. 226).

8.4. Avuto, in particolare, riguardo all'intesa Ri., la circostanza che l'intesa si riferisse alle gare di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, da svolgersi sul territorio nazionale, non basta a far ritenere che l'intesa avesse per oggetto solo l'intero mercato nazionale senza segmentazione.

Infatti, le gare per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale non si svolgevano, e non si svolgono, su base nazionale, ma sempre su base locale. Il <<mercato>> dove si incontrano domanda ed offerta, pertanto, è costituito dalla singola gara di appalto, come correttamente ritenuto dall'AGCM e dal Tar.

L'intesa non poteva avere ad oggetto un unico mercato nazionale, per la semplice ragione che non ci sono, nel settore del TPL, gare di dimensione nazionale.

L'intesa non poteva pertanto che riguardare singole gare, e dunque singoli mercati, la cui somma diventava una porzione rilevante del mercato nazionale.

8.5. L'autonoma rilevanza dei singoli bacini messi a gara deriva altresì dall'elementare considerazione che ciascuno di essi identifica l'ambito locale di erogazione di un servizio rispetto al quale l'analoga prestazione offerta in altro bacino non è sostituibile né succedanea essendo intrinsecamente inidonea a soddisfare la domanda di mobilità propria di un diverso ambito territoriale.

Relativamente all'estensione geografica del mercato rilevante, va inoltre adeguatamente considerato che, all'indomani della riforma recata dal d.lgs. n. 422/1997, molti enti locali hanno deciso di accorpare tratte e servizi i quali, in precedenza, venivano affidati e gestiti separatamente all'interno dello stesso bacino territoriale.

E' su tali servizi dunque che le partecipanti alle intese hanno di volta in volta concentrato il loro interesse, senza che la pluralità dei bacini territoriali per i quali era attesa la gara (e quindi la potenziale consistenza delle intese) possa sminuire la rilevanza "competitiva" del singolo contesto locale in cui la concertazione si è poi effettivamente concretizzata.

Dal lato dell'offerta, non va trascurato che il mercato del TPL non è ancora pienamente concorrenziale e che è caratterizzato dalla presenza di imprese di piccole dimensioni prettamente legate al proprio ambito territoriale di riferimento. Non è chiaro, dunque, come tale affermazione possa conciliarsi con quella relativa all'esistenza di un mercato nazionale del TPL, in cui tutti gli operatori si contendono aspramente le commesse e lottano per penetrare anche in nuovi bacini territoriali.

In ogni caso, la definizione alternativa del mercato rilevante proposta dalla ricorrente non conduce alla conclusione auspicata, relativa all'esclusione delle intese sanzionate dall'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato.

Se anche la quota di mercato complessivamente espressa dalla singola intesa sanzionata rappresenta meno del 10% del mercato nazionale ciò non di meno l'intesa non si posizionerebbe al di sotto della soglia c.d. *de minimis* individuata dalla Commissione nella Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore, "che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 2 del Trattato che istituisce la Comunità" (2001/C 368/07 in G.U.C.E. 22.12.2001, C368/13).

Infatti la "ripartizione dei mercati o della clientela" è considerata dalla Commissione una restrizione grave (*hardcore*) della concorrenza. Pertanto, in tale ipotesi, anche al di sotto delle soglie minime di mercato dalla stessa individuate, la Comunicazione sopra citata prevede l'automatica esclusione dell'accordo dall'applicabilità del beneficio *de minimis*.

Analogamente, secondo quanto chiarito dalla Commissione nella sua Comunicazione Linee Diretrici in materia di accordi orizzontali (2001/C-3/02), si presume che "gli accordi aventi per oggetto una restrizione della concorrenza che consiste nel fissare i prezzi, limitare la produzione o ripartire i mercati o la clientela [...] abbiano effetti negativi sul mercato e non è quindi necessario procedere ad un'analisi delle loro conseguenze effettive sulla concorrenza e sul mercato al fine di stabilire che essi rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 del Trattato CE".

Nel caso di specie, l'Autorità ha accertato l'esistenza di "accordi finalizzati principalmente a ripartire i mercati tra le parti, nella misura in cui ad ogni *incumbent* viene garantita la conferma del proprio bacino di affidamento". (par. 182) di talché, sotto il profilo appena evidenziato, è in definitiva irrilevante se la dimensione geografica del mercato sia nazionale ovvero solo locale.

9. Questioni relative a Ri. e alle a.t.i.

Con il primo motivo di appello si ripropongono le censure di cui ai motivi 1 e 3 del ricorso di primo grado, e si contestano gli argomenti con cui la sentenza del Tar li ha respinti. Si lamenta la violazione dell'art. 81, Trattato CE, sotto il profilo dell'erronea configurazione dell'associazione Retitalia e delle successive a.t.i. come intesa illecita.

Si contesta il teorema dell'AGCM, secondo cui l'associazione Ri. costituirebbe intesa restrittiva della concorrenza, e che essa avrebbe figliato a.t.i. sovradimensionate rispetto ai requisiti minimi necessari per la partecipazione.

L'AGCM ha ritenuto che nei casi specifici l'utilizzo dell'a.t.i., strumento in sé lecito, integrasse gli estremi dell'illecito anticoncorrenziale, perché da un lato le a.t.i. erano sovradimensionate rispetto ai requisiti prescritti per la singola gara, e pertanto finalizzate, più che a partecipare alla gara cumulando i requisiti, a impedire la concorrenza in ciascuna gara, e dall'altro lato, nell'ambito dell'a.t.i. si prevedeva un ruolo preponderante dell'attuale *incumbent* in ciascun bacino, e, dopo l'aggiudicazione, il servizio continuava ad essere gestito dal precedente *incumbent*.

Si contesta altresì la sentenza del Tar che a tale ricostruzione ha aderito.

Si osserva, in contrario, che:

- l'associazione Ri. avrebbe finalità virtuose procompetitive, essendo volta a creare sinergie ed essendo un primo passo verso forme aggregative che sarebbero incentivate dalla vigente legislazione;

- la partecipazione mediante a.t.i. alle gare di S., L. S. e M. non è stato oggetto di concertazione illecita;

- l'a.t.i. è uno strumento lecito; nel caso specifico le a.t.i. non hanno avuto un fine anticoncorrenziale, ma il fine di presentare offerte tecnicamente migliori; il contestato carattere sovradimensionato dell'a.t.i. quanto ai requisiti soggettivi aveva una spiegazione logica-economica per presentare una migliore offerta, in un contesto connotato da alti costi di produzione e bassa redditività;

- nelle gare di S., L.S. e M. il prezzo offerto è stato più basso rispetto a quello posto a base di gara, e dunque non vi è stato un danno ma un vantaggio per la concorrenza;

- risponde a criteri logici ed economici ragionevoli prevedere che in ciascun bacino il precedente *incumbent*, che fa parte dell'a.t.i. concorrente, abbia un ruolo preponderante;

- per l'odierna appellante l'unico mezzo per partecipare a gare *extra moenia* sarebbe stato quello di aggregarsi in a.t.i., sicché l'a.t.i. non ha ristretto, ma ampliato la concorrenza;

- la ridotta partecipazione in fase di esecuzione dell'appalto trova la sua spiegazione negli eccessivi rischi economici.

10. Il mezzo è infondato.

10.1. In diritto, va premesso che l'art. 2, l. n. 287/1990 e l'art. 81, Trattato CE puniscono le intese restrittive della concorrenza, che sono il frutto dell'incontro di più volontà.

Dette intese possono estrinsecarsi in accordi espressi, o in pratiche concordate, o in deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

L'accordo sussiste quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di assumere un determinato comportamento sul mercato.

Nella pratica concordata manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento fra imprese che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (C. Giust. CE, 8 luglio 1999 C-49/92P, *Commissione c. ANIC*; C. Giust. CE, 31 marzo 1993 C. – 89, 104, 114, 116 – 117, 125 – 129/95).

Sia nell'accordo che nella pratica concordata si richiede che:

- vi siano comportamenti di più imprese;
- detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione;
- gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale.

Nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990 e dell'art. 81, Trattato CE, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827).

Va ancora osservato - secondo quanto già affermato dalla Sezione - che la prova di un'intesa anticoncorrenziale quasi mai è diretta, in quanto difficilmente esistono, o sono comunque rinvenibili, i suoi simboli (documenti) e altrettanto difficilmente possono essere acquisite testimonianze (che dovrebbero provenire dagli stessi autori dell'illecito).

Ma la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa sia meno forte.

La ricostruzione dei fatti, operata dall'Autorità, deve essere verificata in virtù dei requisiti generali che presiedono alla valutazione dell'ipotesi, dell'assenza di valide spiegazioni alternative o di elementi che contraddicano la tesi seguita.

Ciò che determina l'attendibilità del convincimento sul fatto ignoto (l'intesa illecita) non è la categoria in cui la prova può essere collocata, ma è il contenuto ed il fondamento della regola di inferenza posta a garanzia delle argomentazioni accolte; pertanto, la prova indiretta ben può presentare attitudine dimostrativa pari, se non superiore, a quella diretta quando faccia applicazione di una regola fondata su criteri universalmente accettati o comunque adeguatamente motivati con argomentazioni non contraddette.

Pur essendo onere dell'Autorità fornire tutti gli elementi probatori a sostegno delle contestazioni mosse alle imprese, in presenza di alcuni concorrenti elementi spetta alle imprese prospettare ipotesi alternative rispetto a quelle formulate dall'Autorità.

Nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita.

Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti.

In tale quadro i vari "indizi" costituiscono elementi del modello globale di ricostruzione del fatto, coerenti rispetto all'ipotesi esplicativa, coincidente con la tesi accusatoria.

Unitamente all'acquisizione di informazioni coerenti con le contestazioni mosse (riscontri), deve essere esclusa l'esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall'Autorità.

L'ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 594 *Jet fuel*).

Nel caso specifico, ad avviso della Sezione, l'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità risponde al criterio della cd. congruenza narrativa come sopra illustrato.

10.2. Il contenuto letterale degli accordi che hanno portato alla creazione di RI. è analiticamente descritto nel provvedimento impugnato, con particolare riguardo al "Preliminare di accordo operativo e strategico" del gennaio 2002, nonché ai Patti parasociali allegati all'atto costitutivo.

L'art. 2 del preliminare stabilisce che "*Le parti convengono di partecipare in maniera concertata (in proprio o congiuntamente), [...] con modalità da definirsi di volta in volta: (i) alle procedure di selezione per l'ingresso nel capitale delle aziende di trasporto in Italia; (ii) alle procedure di selezione per l'affidamento della gestione di servizi di TPL in Italia; (iii) alla stipula di intese con altri operatori di TPL; (iv) alla definizione e realizzazione di specifici progetti ed iniziative nel settore del TPL in Italia*".

Con riferimento esplicito alle gare, l'articolo 4 indica "*Relativamente alle procedure concorsuali che verranno indette nelle varie aree del Paese si concorda sin d'ora sul riconoscimento del ruolo preminente svolto da ciascun partner nel proprio ambito territoriale di appartenenza e sulla valutazione congiunta delle opportunità di partecipazione in altri ambiti territoriali*" (par. 88 provvedimento).

L'Autorità evidenzia altresì che "il Preliminare di accordo strategico si colloca nella fase immediatamente precedente all'apertura del mercato [...], periodo nel quale si registrava un grande fermento del mondo politico e degli operatori del settore, proprio in relazione all'imminente fine delle logiche di affidamento diretto che avevano sino a quel momento caratterizzato l'erogazione del servizio" (par. 90).

Il “Preliminare di accordo strategico ed operativo” (stipulato tra AV., AM, GT (ATM e SAATTI) e S.E.D.T.P S.A.), pone “le basi per una più stretta collaborazione tra le Parti sino alla costituzione della Società Consortile a Responsabilità Limitata RI. S.c. a r.l., avvenuta in data 21 novembre 2002, con sede presso la società GT S.p.A. di T.”. Al momento della costituzione di RI. S.c. a r.l. i soci erano GT, AM, ATM, AV., S.E.D.T.P S.A., i quali hanno sottoscritto i patti parasociali. ATM, estranea al preliminare, risulta socia di RI. e firmataria dei patti parasociali.

Ai sensi dell’art. 3 dei Patti parasociali, *“le Parti convengono di partecipare in maniera concertata (singolarmente o congiuntamente), [...], secondo quanto disposto nell’allegato C”* alle procedure di gara in Italia.

L’allegato distingue il caso di procedure riferibili *“all’ambito territoriale di riferimento”* (ATR) dei singoli soci - in relazione al quale si conferisce la piena autonomia agli *incumbent* nel definire modalità di intervento ed eventuale quota di partecipazione degli altri soci – rispetto alle procedure non riferibili ad alcun ATR *“di competenza delle società consorziate”*.

Rispetto alla prima tipologia di gara (c.d. “gare di difesa”) le imprese concordano che *“qualora una società consorziata partecipi individualmente o eventualmente con altre società consorziate invitate dalla prima a fare parte di un raggruppamento temporaneo d’impresa ad una procedura ad evidenza pubblica indetta nel proprio ATR, la scarl e le altre società consorziate non facenti parte del raggruppamento temporaneo d’impresa si impegnano a non partecipare alla gara”*. Tale impegno *“si estende ad ogni forma e modalità di partecipazione, sia essa singola, o raggruppata con altre imprese, consorziate e non, controllate o controllanti”*.

Relativamente alle procedure non riferibili ad alcun ambito territoriale di competenza delle Società consorziate (c.d. “gare di attacco”) qualora in sede di assemblea ordinaria non si raggiunga l’unanimità in merito alle modalità di partecipazione alle gare, le società consorziate dissenzienti o astenute o non partecipanti alla votazione *“non potranno partecipare alle gare cui potranno partecipare, in riunione temporanee d’impresa, le società consorziate che avranno espresso voto favorevole”*.

Relativamente agli effetti dell’intesa, l’Autorità ha osservato come l’aggregazione a RI. abbia comportato la partecipazione alle gare di M. (bacino comunale e bacino provinciale), L.S. e S., in ATI - a cui partecipava anche l’*incumbent* del bacino messo a gara - sovradimensionate rispetto ai requisiti del bando.

Tali ATI sono poi risultate aggiudicatarie delle gare e hanno quindi consentito all’operatore *incumbent* di mantenere l’affidamento del servizio nel proprio bacino storico, eliminando ogni margine concorrenziale tra i partecipanti.

Peraltro, nelle gare per i bacini di M. e L.S., l’ATI aggiudicataria ha visto la partecipazione insieme ai soci di RI. anche di società aderenti all’aggregazione S.M.Ch, in tal modo ampliando la portata restrittiva dell’intesa e riducendo ulteriormente la concorrenza, anche fra macro alleanze.

L’Autorità soggiunge altresì che non sembra “dirimente” l’asserito ruolo pro-competitivo di RI., che avrebbe partecipato esclusivamente a gare fuori bacino, “in quanto la partecipazione nei fatti a sole gare d’attacco appare conseguenza della mancata contendibilità dei bacini di riferimento delle Parti, rispetto ai quali le intese avrebbero sviluppato tutte la loro portata difensiva, e in ogni caso, rappresenta una circostanza esogena e non un comportamento virtuoso delle Parti”.

Va considerata sintomatica la circostanza che lo scioglimento delle associazioni e/o delle imprese comuni sia avvenuto soltanto quando ormai, in ragione del progressivo rallentamento delle procedure di gara bandite, dei contestuali riaffidamenti diretti ai precedenti gestori, nonché dello stato dell'evoluzione normativa, appariva ormai inutile il perseguimento di "strategie unitarie di gruppo" (cfr. il par. 109).

Gli accordi dei quali l'Autorità ha evidenziato i passaggi più significativi, delineano una chiara e puntuale regola di comportamento *ex ante*, alla quale le imprese aderenti risultano essersi obbligate, è bene precisare, in maniera del tutto avulsa dal riferimento a concreta necessità "sinergiche" derivanti dai requisiti contenuti nei bandi.

Significativa al riguardo è l'affermazione di GT secondo cui l'unico modo di riappropriarsi della propria libertà di autodeterminazione, per una società dissenziente rispetto alla scelta, deliberata in sede di assemblea ordinaria di RI., di partecipare in maniera concertata alle gare d'attacco, era quello di recedere dalla società consortile.

Il testo dell'all. C ai Patti Parasociali di RI., nei quali è stato trasfuso il contenuto del Preliminare di accordo operativo e strategico, attribuisce alle imprese incumbents un chiaro ruolo di "regia" relativamente alla partecipazione alle gare nel proprio ambito territoriale di riferimento, e stabilisce altresì l'impegno delle altre società consorziate, non chiamate a far a parte del RTI, a non partecipare individualmente alla gara.

Nelle gare analizzate dall'Autorità non vi è evidenza di un apporto delle singole società aderenti che possa essere spiegato in una logica diversa dalla difesa della rispettiva *incumbency*, o comunque dalla riduzione dell'alea della concorrenza assicurata dalla concertazione.

10.3. In sintesi, i documenti da cui si desume la sussistenza di una intesa illecita sono tre:

- 1) il <<preliminare di accordo strategico>> del 17 gennaio 2002, anteriore alla costituzione della società Ri.;
- 2) i patti parasociali allegati all'atto costitutivo della società;
- 3) il documento <<presentazione sintetica dei risultati>> presentato da Ri. agli azionisti, datato 11 aprile 2005.

Tali documenti sono poi seguiti dalla effettiva condotta attuativa tenuta in gare di appalto, in cui le imprese si sono effettivamente presentate in a.t.i., come preventivamente concertato.

Nel primo documento si parla di <<partecipazione concertata>> con <<modalità da definirsi di volta in volta>> alle gare per il servizio di TPL, e si riconosce il ruolo preminente svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza e la valutazione congiunta delle opportunità di partecipazione in altri ambiti territoriali".

Si elabora, dunque, una strategia di difesa degli attuali bacini, al di fuori di una specifica e razionale giustificazione.

Nel secondo documento, i patti parasociali, dall'art. 3 e dall'allegato C, si desumono precise regole di condotta per le gare di difesa e di attacco, connotate da patti di non concorrenza.

Nelle gare di difesa, bandite in un bacino (cd. Atr, ambito territoriale di riferimento) dove uno dei soci già opera come titolare attuale del servizio (c.d. *incumbent*), si conferisce la piena autonomia agli *incumbent* nel definire modalità di intervento ed eventuale quota di partecipazione degli altri soci. E i soci non chiamati a far parte dell'a.t.i. assumono un impegno di non partecipare in nessuna altra forma alla gara. Se, poi, l'*incumbent* non si presenti come capofila dell'a.t.i., ma chieda l'intervento diretto di Ri. o di altra società consorziata, queste, ove aggiudicatarie, dovranno subaffidare all'*incumbent* alle medesime condizioni di offerta.

Per le gare di attacco si prevede che qualora in sede di assemblea ordinaria di RI. non si raggiunga l'unanimità in merito alle modalità di partecipazione alle gare, le società consorziate dissenzienti o astenute o non partecipanti alla votazione "*non potranno partecipare alle gare cui potranno partecipare, in riunione temporanee d'impresa, le società consorziate che avranno espresso voto favorevole*".

Tali patti di non concorrenza non rispondono a regole di razionalità economica, ma solo alla logica della ripartizione del mercato.

Il terzo documento, di presentazione sintetica dei risultati ai soci, dimostra che Ri. ha svolto un ruolo di coordinamento dei soci al fine delle gare di S., M., L.S., quelle aggiudicate ad a.t.i. cui hanno partecipato soci di Ri. e S.M.Ch.

In conclusione, si è in presenza di una società cooperativa, con finalità formalmente lecite, e formalmente volta a creare sinergie, ma di cui è stato dimostrato l'uso distorto a fini anticoncorrenziali.

Si pianifica *ex ante* di utilizzare lo strumento dell'a.t.i., in sé lecito, e si stabilisce, preventivamente, che andrà utilizzato in relazione alle gare bandite dove vi sono *incumbents* aderenti all'associazione.

Si pianifica *ex ante* che l'*incumbent* avrà una posizione di predominanza nell'a.t.i.

Si consegue l'aggiudicazione in tre gare di appalto (S., M. e L.S.), mediante partecipazione con a.t.i. sproporzionata, e dopo l'aggiudicazione il servizio viene gestito in misura preponderante dal precedente *incumbent* (parr. 102-108, provvedimento impugnato).

Il tutto, al di fuori di ogni valutazione circa:

- i requisiti soggettivi e oggettivi necessari per ciascuna gara;
- l'effettiva maggiore efficienza e idoneità dell'*incumbent*, nel bacino storico, rispetto agli altri associati;
- l'effettivo vantaggio che deriva, ai soci non *incumbents*, dalla rinuncia ad un ruolo autonomo.

E' pertanto evidente la finalità di Ri., prima, e dell'a.t.i. poi, di difendere le attuali quote di mercato e di creare barriere all'ingresso di terzi.

Si è trattato, in definitiva, non di una intesa tra imprese <<qualsiasi>> di TPL, ma di una intesa tra attuali *incumbents*, volta a conservare l'attuale posizione e a impedire l'ingresso di altri concorrenti.

Il tutto, in un contesto normativo che, valutato al momento in cui l'intesa è intervenuta, si stava aprendo alla concorrenza, sicché dell'intesa si apprezza la finalità di ostacolare l'applicazione della legge e la ipotizzata apertura al mercato.

Va poi considerato che nel quadro normativo vigente all'epoca, e tutt'ora, è stabilito che mentre durante il periodo transitorio (che scade il 31 dicembre 2009), alle gare possono partecipare anche gli attuali affidatari del servizio, cui detto servizio è stato affidato senza gara (*incumbents*), alla fine del periodo transitorio gli *incumbents* affidatari senza gara non possono partecipare alle nuove gare (art. 18, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 422/1997; analogo divieto è previsto dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008 in relazione alle gare da bandirsi entro il 31 dicembre 2010).

Sicché gli *incumbents* avevano un preciso interesse a che si bandissero le gare entro la fine del periodo transitorio, perché se le gare fossero state bandite successivamente non avrebbero potuto parteciparvi. Dunque l'unica *chance* di conservare la propria posizione poteva essere spesa in gare bandite entro la fine della fase transitoria. E nelle gare bandite hanno da un lato sfruttato la posizione di vantaggio derivante dall'essere società partecipate dalla stazione appaltante (posizione di vantaggio ai limiti dell'incompatibilità, sancita legislativamente in modo espresso alla fine del periodo transitorio), e dall'altro lato rafforzato tale posizione di vantaggio mediante un'a.t.i. di cui essi dettavano composizione e riparto di compiti.

Il dato, poi, dell'esistenza di 1200 imprese di TPL operanti sul mercato nazionale, e potenzialmente in grado di partecipare alle gare, offerto da parte appellante per dimostrare l'inconsistenza di una intesa cui partecipano solo sei imprese di TPL, risulta sconfessato ove si consideri:

- che le società partecipanti all'intesa non sono di piccole dimensioni;
- che le società partecipanti all'intesa sono gli attuali *incumbents*, con una indubbia posizione di vantaggio rispetto alle altre 1200 imprese potenzialmente concorrenti;
- che l'intesa aveva un ruolo conservativo di posizioni di mercato raggiunte in un ambito più circoscritto dell'intero mercato nazionale, e segnatamente nelle Regioni del Nord Italia, in particolare L., Lo., E.R., V.; sicché una intesa tra *incumbents* operanti in tale bacino aveva concreta idoneità offensiva;
- che in tale più ristretto bacino, il potenziale numero di 1200 imprese partecipanti alle gare si ridimensiona fortemente, dovendosi considerare solo le imprese di TPL effettivamente interessate ed effettivamente in grado di operare in tale bacino;
- che l'idoneità offensiva non va valutata solo con riguardo alla singola intesa, ma anche con riguardo all'accertata esistenza contestuale di una pluralità di intese, e all'acclarata esistenza di contatti tra le società esponenti di ciascuna intesa (segnatamente Ri. e S.M.Ch) e dunque tra i partecipanti a ciascuna intesa; la trasversalità di contatti amplia, dunque, la potenzialità offensiva di ciascuna intesa, pur non essendosi raggiunta la prova (che spettava all'AGCM fornire) che le singole intese fossero parti di una intesa più ampia e generalizzata e perciò ben più grave.

10.4. Gli argomenti addotti dall'appellante non scalfiscono le conclusioni raggiunte.

Anzitutto, l'incertezza del quadro normativo non poteva essere un alibi per giustificare la <<guerra alla concorrenza>>, anche ove si consideri che i ritardi normativi nella creazione di un

quadro concorrenziale effettivo nel settore del TPL sono anche frutto di un disegno a favore delle società italiane già operanti nel settore.

E' poi bene precisare che il contesto normativo facoltizza ma non certo obbliga gli enti locali a differire le gare pubbliche.

Agli enti locali è lasciata la scelta tra proroga degli affidamenti in essere, affidamenti diretti *in house*, affidamenti con gara.

E si è già sottolineato, nel paragrafo che precede, che l'interesse degli *incumbents* non era affatto quello della proroga degli affidamenti in essere, ma quello che si bandissero le gare entro la fine del periodo transitorio.

Non si può dire, pertanto, che ci sia un quadro normativo che giustifichi intese restrittive.

E' bene ricordare che secondo l'orientamento della giurisprudenza sia nazionale che comunitaria, il disposto legislativo che imponga una condotta anticoncorrenziale rileva come causa scriminante dell'illecito, solo quando l'esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469 *Sisal e Lottomatica*; Id., 12 novembre 2003 n. 7243 *Trasporto scolastico*).

Ma nel caso di specie si è del tutto al di fuori di siffatta ipotesi, non essendovi alcuna imposizione legislativa di condotta anticoncorrenziale, che non lasci alternativa.

Pertanto, laddove vi sono enti locali che utilizzano la gara, gli operatori economici del settore non sono autorizzati a porre in essere condotte dannose per la concorrenza.

10.5. Le dichiarate finalità virtuose di Ri. sono inidonee a smentire il dato di fatto dell'uso illecito di uno strumento formalmente lecito.

10.6. Non è comprovato che riservare, nelle gare con a.t.i., la posizione maggioritaria all'*incumbent*, risponde a canoni di logicità e ragionevolezza, dovendosi infatti dimostrare ciò che si dà per provato, e cioè che l'*incumbent* sia il soggetto più idoneo ad assumere un ruolo egemone nel bacino conteso. Sulla scorta di tale ragionamento, ciascun *incumbent* dovrebbe continuare vita natural durante a gestire il medesimo bacino, e l'apertura alla concorrenza non si avrebbe mai.

10.7. Le a.t.i. per M., S. e L.S. sono state sovradimensionate, hanno sortito l'effetto programmato di conseguire l'aggiudicazione e di assegnare un ruolo preponderante al precedente *incumbent*.

Al fine della prova del coordinamento tra S.M.Ch e Ri. è nel caso specifico sufficiente il documento reperito presso Ri., atteso che tale elemento di prova è supportato da altri elementi: l'esistenza di due associazioni, la partecipazione di membri di entrambe le associazioni alla medesima a.t.i., la previsione che l'apertura dell'a.t.i. a terzi richiedeva il consenso dei partecipanti all'associazione. Sicché, gli aderenti a Ri. intanto hanno partecipato alle a.t.i. in questione, in quanto vi è stato l'assenso degli aderenti a S.M.Ch.

10.8. Passando poi alle censure inerenti l'utilizzo dell'a.t.i., va osservato che la circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto *antitrust*, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-

economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative.

Molteplici istituti civilistici sono infatti "neutri" ai fini *antitrust* dovendo essere verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1189 *Imprese di assicurazione*; id. 8 febbraio 2007 n. 515 *Conglomerato bituminoso*).

Non è infatti in discussione la funzione economico-sociale del contratto di a.t.i. né la tipicità legale dello stesso, ma il suo concreto utilizzo, avvenuto con finalità anticoncorrenziale e, quindi, per il perseguimento di interessi illeciti.

Con peculiare riguardo al corretto utilizzo degli strumenti associativi in sede di gara, nella segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, l'Autorità ha effettivamente auspicato che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in a.t.i. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara.

Ciò perché l'a.t.i., proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse.

Nel caso di specie, la costituzione di a.t.i. sovradimensionate rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, viene ad inserirsi in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "macroaggregazioni" aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese in vista della stagione di gare attese all'indomani dell'avvio del processo di liberalizzazione.

La costituzione delle a.t.i. è cioè stata valutata dall'Autorità "alla luce delle affermazioni contenute negli accordi contestati" rispetto alle quali esse si connotano "per la valenza anticoncorrenziale più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta" (par. 176).

A ciò si aggiunga che l'Autorità ha verificato "l'assenza di qualsiasi interesse per la gestione dei bacini aggiudicati alle a.t.i., fatta chiaramente eccezione per l'operatore *incumbent* che ne mantiene l'affidamento".

Il sostanziale disinteresse per la gestione dei bacini messi a gara di larga parte dei partecipanti alle a.t.i., "trova concreta conferma nella partecipazione meramente nominale alle società di gestione costituite a seguito degli affidamenti".

Né tale circostanza trova una razionale spiegazione alternativa lecita nelle deduzioni di parte appellante, secondo cui vi erano troppi rischi economici nella gestione del servizio, per soggetti diversi dall'*incumbent*.

L'Autorità ha logicamente evidenziato che tale circostanza fattuale "appare in palese conflitto con l'argomentazione che cerca di spiegare le intese con la necessità dell'aggregazione ai fini del miglioramento dell'offerta e, conseguentemente, del servizio".

Di tale interesse industriale, o comunque dell'esistenza di obiettive ragioni di carattere tecnico – organizzativo sottese alla partecipazioni in a.t.i. alle gare, tali da vincere la forza probatoria derivante dalla elaborazione di regole di comportamento *ex ante*, del tutto avulse dalle caratteristiche dei bandi e destinate ad operare indipendentemente dai requisiti di volta in volta richiesti, non è stata data evidenza neanche in sede di ricorso.

Non è dunque il sovradimensionamento dell'a.t.i. in sé ad essere illecito, ma l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito.

Il Collegio non ignora che questo Consesso ha affermato che la disciplina vigente non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, e dunque già di per sé in possesso dei requisiti di partecipazione, di associarsi temporaneamente in vista della gara, e che pertanto un'a.t.i. sovradimensionata non è di per sé illecita (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 588), ma tale affermazione è stata fatta al fine dell'ammissibilità della partecipazione di un'a.t.i. siffatta a gara di appalto, senza alcuna presa di posizione, sul piano concorrenziale, se un'a.t.i. siffatta costituisca, o meno, intesa restrittiva della concorrenza o effetto di una siffatta intesa.

Non risulta neppure dimostrato che la vigente legislazione favorisca le aggregazioni tra imprese (deboli in tale direzione sono gli elementi che si traggono dall'art. 18, co. 3-ter, d.lgs. n. 422/1997 e dall'art. 23-bis, co. 7, d.l. n. 112/2008).

In senso addirittura opposto alla prospettazione di parte appellante si pone l'art. 3, co. 2, lett. e), dello schema di regolamento attuativo dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, a tenore del quale il bando di gara per l'affidamento di servizi pubblici locali può escludere la partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese e di consorzi, se i soggetti che ne fanno parte possiedono già singolarmente i requisiti economici e tecnici richiesti per l'ammissione, qualora tale partecipazione, in base ad un'analisi di mercato, sia idonea a produrre effetti distorsivi della libera concorrenza.

In ogni caso, né eventuali incentivi legislativi, né i dibattiti in corso circa l'opportunità che le imprese italiane, eccessivamente frammentate, si uniscano e formino <<massa critica>>, giustificano forme aggregative lecite e economicamente razionali, giammai intese restrittive illecite.

10.9. Tutte tali considerazioni sono valide anche per l'associazione RI.

Infatti le parti mirano a regolare la loro condotta in caso di gare di TPL, impegnandosi a partecipare in a.t.i. e a non partecipare singolarmente.

Questo vale specificamente per gare di difesa, cioè gare cui dell'a.t.i. fa parte l'attuale *incumbent*.

Non vi sono elementi per ritenere che l'a.t.i. sia stata prescelta come strumento strategico per sfruttare sinergie, apparendo prevalentemente finalizzato a limitare l'altrui concorrenza nelle singole gare, tanto è vero che ad aggiudicazione avvenuta il servizio ha continuato ad essere gestito dal precedente *incumbent*.

10.10. In sintesi, la prova dell'intesa restrittiva della concorrenza si desume, nella specie, da una serie di elementi concomitanti e univoci:

- l'essere l'intesa maturata in un contesto connotato da una sostanziale assenza attuale di concorrenza e da una imminente e paventata apertura alla concorrenza, con conseguente specifico rischio di perdere consolidate posizioni di *incumbency*;

- il dichiarato intento difensivo delle attuali *incumbencies*;

- la pianificazione *ex ante*, a prescindere dall'esigenza insorta per singola gara, di a.t.i. in cui attribuire una posizione di predominio agli attuali *incumbents*;

- la chiusura delle a.t.i. ai terzi, salvo espresso assenso dei partecipanti all'intesa;
- il carattere sproporzionato delle a.t.i. rispetto alle effettive esigenze derivanti dai requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione alle gare;
- la collaborazione con i partecipanti ad analoghe intese, con confluire nella medesima a.t.i.;
- il fine marcatamente difensivo delle quote di mercato già possedute, e non aggressivo di nuove quote di mercato;
- il risultato conseguito, ossia l'aggiudicazione di tre gare di appalto, con conservazione della quota di mercato al precedente *incumbent*, che continua a gestire il servizio in esclusiva.

11. Questioni relative alla sanzione.

11.1. Con il terzo motivo di appello vengono riprodotte le censure di primo grado (motivi da 4 a 7) in relazione alla sanzione applicata.

Si lamenta: violazione dell'art. 15, l. n. 287/1990 e dell'art. 11, l. n. 689/1981; violazione degli orientamenti comunitari per il calcolo delle sanzioni; violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990; eccesso di potere per illogicità, difetto e contraddittorietà della motivazione, disparità di trattamento.

Si deduce che la sanzione non sarebbe adeguatamente motivata e in particolare che:

- l'intesa non ha recato alcun danno perché anzi vi è stato un vantaggio per la concorrenza (quarto motivo del ricorso di primo grado);
- non è stato determinato l'ammontare base della sanzione come percentuale del valore delle vendite; per determinare l'ammontare di tale percentuale occorre aver riguardo alla gravità dell'illecito secondo parametri solo oggettivi, dovendosi solo in un secondo momento tener conto degli elementi soggettivi.
- la condotta addebitata all'odierna appellante è stata ritenuta di speciale gravità, senza però indicare i criteri da cui si desume tale gravità;
- non vi sarebbe motivazione in ordine ai parametri di quantificazione della sanzione recati dall'art. 11, l. n. 689/1981;
- a ciascuna impresa sanzionata sono state applicate percentuali diverse, il che denoterebbe la stravaganza delle quantificazioni, la loro assoluta opacità, la disparità di trattamento;
- ulteriore vizio risiederebbe nell'aver calcolato nel fatturato, sulla base del quale calcolare la sanzione, non solo i ricavi di traffico (biglietti venduti), ma anche i contributi pubblici percepiti dalla società; si assume che i contributi pubblici non sono una retribuzione del servizio, ma una contribuzione preordinata a coprire tratte diseconomiche del servizio e a consentire di praticare tariffe sociali;
- la sanzione avrebbe dovuto essere mitigata in considerazione dello stato di crisi in cui versa il settore del TPL e delle condizioni economiche dell'impresa;

- avrebbero dovuto essere considerate come attenuanti la circostanza che nell'ambito delle gare di S., M. e L.S. non vi è stato alcun danno per la concorrenza, nonché il comportamento collaborativo in fase di indagine.

11.2. Il Tar, pur riconoscendo il difetto di istruttoria quanto alla percentuale di fatturato posta a base della sanzione, ha ritenuto di poter utilizzare la tabella elaborata, a seguito di accesso agli atti, **da altra appellante, ATC L. S.** Inoltre il Tar ha ritenuto corretta la qualificazione di gravità data dall'AGCM all'illecito contestato.

11.3. Ad avviso di parte appellante tale soluzione non potrebbe essere condivisa.

Ne risulterebbe comprovata la assoluta carenza di motivazione del provvedimento impugnato, in ordine alla misura della sanzione.

L'irrogazione della sanzione dovrebbe tener conto di tutte le circostanze, soggettive e oggettive, relative a ciascun soggetto sanzionato, e le carenze motivazionali non potrebbero essere colmate dal giudice con un cattivo utilizzo della c.d. giurisdizione di merito.

La motivazione del Tar sulla gravità dell'illecito sarebbe acritica e non convincente.

12. Le censure dedotte sono infondate.

12.1. Non è corretto ritenere che il provvedimento di AGCM sia viziato da difetto di motivazione sulla sanzione, in quanto l'Autorità ha motivato in ordine a:

- gravità della violazione (parr. 233-237);
- condotta collaborativa delle parti (par. 243);
- criteri di quantificazione della sanzione (parr. 249, 250, 251).

Ciò che è stato omissso, è solo l'indicazione della percentuale dei valori delle vendite, applicata per quantificare la sanzione.

Ma, come osservato dal Tar, si tratta di un elemento che è ricostruibile, e la cui omissione, pertanto, non è viziante.

E, invero, avendo il giudice amministrativo, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, i poteri <<di merito>> di cui alla l. n. 689/1981, come può, addirittura, sostituire la sanzione irrogata con una diversa, può anche ricostruire l'iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione già irrogata.

Il Collegio non ignora che la Sezione ha rilevato che la disomogeneità dei dati circa la percentuale di base delle sanzioni antitrust, rende auspicabile la definizione, da parte dell'AGCM, di *guide-lines* sulla quantificazione della sanzioni e, tuttavia, in assenza di queste, l'intervento del giudice deve tendere alla massima uniformità e coerenza (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, *Sisal e Lottomatica*).

Questo auspicio viene dal Collegio condiviso.

Tuttavia nel caso specifico le percentuali applicate dall'AGCM sono già coerenti e uniformi e non necessitano di intervento giudiziale correttivo.

12.2. La quantificazione della sanzione è stata infatti operata dall'Autorità tenendo 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".

Secondo il punto 19 di tali Orientamenti la gravità sarà valutata "caso per caso per ciascun tipo di infrazione, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti" mentre il punto 22 richiede di verificare "la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata data attuazione o meno alle pratiche illecite".

Il punto 25 indica che, a prescindere dalla durata della partecipazione di un'impresa all'infrazione, la Commissione inserirà nell'importo di base una somma compresa fra il 15% ed il 25% del valore delle vendite definito nella sezione A, vale a dire al valore delle vendite dei beni o servizi, ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata all'interno dello Spazio economico europeo nell'ultimo anno intero in cui questa ha partecipato all'infrazione; il punto 21 prevede che, in linea di massima, la proporzione considerata del valore delle vendite sarà fissata a un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite.

Il punto 32 indica altresì che l'importo finale dell'ammenda da infliggere a ciascuna impresa che ha partecipato all'infrazione non deve in ogni caso superare il 10% del fatturato totale realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente, come stabilito all'art. 23, par. 2, del regolamento CE n. 1/2003. Analogamente, l'art. 15, co. 1, l. n. 287/1990 fissa come soglia massima della sanzione il 10% del fatturato realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

Ne consegue che - sulla base dell'art. 15, l. n. 287/1990 e dei citati "Orientamenti", espressamente richiamati nell'atto - la quantificazione della sanzione avviene con la preventiva determinazione di un importo base ai sensi dei punti 21 e 25 degli "Orientamenti" su cui sono operati adeguamenti, in aumento o in diminuzione, in ragione di circostanze aggravanti o attenuanti, per pervenire alla misura della sanzione finale la cui soglia massima è fissata dall'art. 15, l. n. 287/1990, corrispondente all'art. 23, par. 2, regolamento CE 1/2003 richiamato dal punto 32 degli "Orientamenti".

12.3. Nella fattispecie, le intese, tra cui Ri., sono state considerate come "gravi" in considerazione della loro natura (in quanto volte a ripartire i mercati e a concertare la partecipazione nelle gare), del contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati, della posizione rivestita dai soggetti che le hanno realizzate, considerando che "gli stessi sono, nella maggior parte dei casi, importanti operatori *incumbent* dei servizi di TPL nei bacini che sono stati, o avrebbero dovuto essere, messi a gara".

Nel caso specifico di Ri. la gravità si connota in modo particolare perché in tre gare è stato raggiunto il risultato perseguito.

Non si può pertanto condividere l'assunto di parte appellante, secondo cui non vi sarebbe adeguata motivazione circa la gravità delle condotte.

12.4. E' bene anche precisare che la percentuale applicata all'appellante, **pari allo 0,71%** risulta di gran lunga inferiore al massimo di cui all'art. 15, l. n. 287/1990, nonché allo stesso minimo

edittole previsto per gli accordi orizzontali di ripartizione dei mercati (cfr. il par. 25 degli Orientamenti citati, secondo il quale, in tale ipotesi, “la Commissione inserirà nell’importo base una somma compresa tra il 15% e il 25% del valore delle vendite”).

12.5. Tale percentuale non soffre del contestato vizio di disparità di trattamento.

E’ una percentuale maggiore rispetto a quella applicata alle imprese partecipanti a altra intesa, TP N, perché quest’ultima non ha sortito effetti.

E’ una percentuale adeguatamente differenziata rispetto a quelle applicate ad altre imprese partecipanti a Ri. e S.M.Ch; infatti, a Tp è stata applicata una percentuale minore perché è stato comprovato il suo minore ruolo. A ATC L.S., ad APE e ad AM sono state applicate percentuali maggiori, perché si tratta degli *incumbents* aggiudicatari.

12.6. Quanto alla mancata considerazione del ruolo marginale, e dell’assenza di danno dell’intesa, che ad avviso della ricorrente sarebbero circostanze attenuanti, deve osservarsi:

- che gli effetti dell’intesa, avendo portata oggettiva, sono stati valutati dall’AGCM in sede di quantificazione dell’importo base della sanzione, e sono stati adeguatamente valutati, attesa la modesta percentuale applicata;

- che il ruolo marginale non risulta comprovato.

12.7. Vanno disattese le censure relative alla mancata considerazione dello stato di crisi del settore.

L’Autorità si è limitata a fare applicazione del par. 35 degli “Orientamenti” comunitari, secondo cui “In circostanze eccezionali la Commissione può, a richiesta, tenere conto della mancanza di capacità contributiva di un’impresa in un contesto sociale ed economico particolare. La Commissione non concederà alcuna riduzione di ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. Una riduzione potrebbe essere concessa soltanto su presentazione di prove oggettive dalla quali risulti che l’imposizione di un’ammenda [...] pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell’impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore”.

La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la Commissione “non è obbligata a tener conto della situazione finanziaria deficitaria di un’impresa, considerato che ammettere un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un ingiustificato vantaggio concorrenziale alle imprese meno adattate alle condizioni del mercato” (Tribunale comunitario di primo grado, sentenza 20 marzo 2002, in causa T- 23/99, LR AF 1998/Commissione, punto 308; 20 marzo 2002, causa T-9/99, HFB e a./Commissione).

La capacità contributiva reale, inoltre, rileva soltanto nel “contesto sociale particolare” in cui opera un’impresa, costituito dalle conseguenze che il pagamento dell’ammenda comporterebbe, in particolare, in termini di aumento della disoccupazione o di deterioramento dei settori economici a monte e a valle dell’impresa in questione (Tribunale di primo grado, sentenza 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Tokai Carbon e a./Commissione, punto 371).

Viene anche precisato che “il fatto che un provvedimento assunto da un’autorità comunitaria cagioni il fallimento ovvero la liquidazione di una determinata impresa non è vietato, in quanto tale,

dal diritto comunitario” (sentenze della Corte 15 gennaio 1986, causa 52/84, Commissione/Belgio, punto 14, e 2 luglio 2002, causa C-499/99, Commissione/Spagna, punto 38).

L’impresa deve altresì dare prova del collegamento tra l’importo della sanzione e la probabile liquidazione o fallimento (cfr. TPG, 29 novembre 2005, in causa T-62/02, *Union Pigments*, punto 178).

Pertanto l’AGCM ha negato la ricorrenza di quelle condizioni eccezionali che giustificano la riduzione delle ammende per difetto della capacità contributiva.

In concreto, poi, l’appellante non presenta una situazione deficitaria analoga a quella che l’Autorità suole prendere in considerazione ai fini della riduzione delle ammende (perdite ingenti protrattesi per almeno tre esercizi).

12.8. Vanno disattese, infine, le censure relative all’inclusione, nel calcolo del fatturato, dei contributi pubblici percepiti sulla base dei contratti di servizio.

Tali censure omettono di considerare che siffatti finanziamenti sono attribuiti loro proprio per compensare il *gap* tra costo economico del servizio e ricavi di traffico, e che, in assenza dello speciale regime tariffario imposto dagli enti locali, il costo dei biglietti verrebbe ad essere integralmente corrisposto dagli utenti.

In altre parole, i contributi pubblici percepiti dalle imprese rappresentano una forma di corrispettivo delle prestazioni fornite, corrispettivo che viene corrisposto dalla p.a. per consentire che il prezzo del biglietto sia più basso e che il servizio di trasporto sia assicurato anche per tratte in perdita. In difetto di tali contributi pubblici, il prezzo del biglietto sarebbe più elevato, ovvero tratte in perdita non verrebbero gestite e dunque non si produrrebbero né costi né ricavi. Dunque, il contributo pubblico deve considerarsi sostitutivo ed equivalente ai ricavi che si conseguirebbero sul mercato, e costituiscono, pertanto, al pari dei ricavi da traffico, un indicatore della capacità economica complessiva dell’impresa.

13. In conclusione, l’appello va respinto.

La complessità delle questioni giustifica tuttavia la integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 febbraio 2009, con la partecipazione di:

Giovanni Ruoppolo - Presidente

Paolo Buonvino - Consigliere

Rosanna De Nictolis - Consigliere relatore ed estensore

Roberto Garofoli - Consigliere

Roberto Giovagnoli - Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere Segretario

ROSANNA DE NICTOLIS GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/04/2009

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione