

Publicato il 22/07/2021

N. 08815/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01401/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1401 del 2020, proposto da Cooservice Soc. Coop. P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Greco e Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, largo Messico 7;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Axitea S.p.A., Allsystem S.p.A., I.V.R.I. - Istituti di Vigilanza Riuniti S.p.A., Itapol Vigilanza S.r.l., Sicuritalia S.p.A., Skibs S.r.l., Biks Group S.p.A., Mc Holding S.r.l., Lomafin Sgh S.p.A. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento sanzionatorio adottato dalla AGCM a conclusione del procedimento istruttorio I821/2018 (prot. n. 0080242) del 16 dicembre 2019 e comunicato in pari data, con il quale è stata accertata e deliberata, anche nei confronti di Coopservice, una intesa restrittiva del mercato e della concorrenza, con riferimento al settore della vigilanza privata, ed è stata alla stessa irrogata la sanzione di euro 3.514.730,00; della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie – CRI – adottata dalla AGCM nella seduta del 29 maggio 2019 e comunicata alle Parti in data 4 giugno 2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le ordinanze cautelari nn. 2657/2020, 6599/2020 e 220/2021;

Relatore nell'udienza del giorno 23 giugno 2021 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente Coopservice soc. coop. p.a. (in avanti, “Coopservice”) ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in poi, “Agcm” o “Autorità”) del 12 novembre 2019 n. 27993 con cui l'Autorità ha concluso il procedimento accertando la sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra le principali società del settore della vigilanza privata (Allsystem, Coopservice, Itapol, **IVRI** e Sicuritalia, di seguito anche le “parti”), avente ad oggetto l'alterazione di dieci gare pubbliche per la fornitura di servizi di vigilanza attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti.

2. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

“I) Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 14 e 28 L. 689/1981; artt. 12-15 e 31, L. n. 287/1990; artt. 1, 3 e 10, co. 1, lett. b, L. 241/1990; artt. 41 e 97 Cost.). Eccesso di potere per difetto d’istruttoria, travisamento di atti e di fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia, sviamento”.

Coopservice sostiene che l’Autorità avrebbe adottato il provvedimento sanzionatorio quando il suo potere si era ormai consumato per intervenuta prescrizione del termine quinquennale dal verificarsi del fatto immediato e istantaneo asseritamente illecito, cioè la partecipazione alle gare oggetto di accertamento. Inoltre, deduce la violazione dell’art. 14, L. 689/1981 e degli artt. 12-14, L. 287/1990 in quanto l’Agcm, benché formalmente investita della vicenda relativa alla gara “Trenord” già alla data dell’8 aprile 2015, aveva avviato il procedimento istruttorio il 21 febbraio 2018, quando era ormai spirato il termine perentorio di 90 giorni, di cui all’art. 14, L. 689/1981. Il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo anche in ragione della circostanza che l’Autorità lo avrebbe notificato oltre il termine perentorio fissato per la conclusione del procedimento. Inoltre, la fase decisoria del procedimento sarebbe stata solo formale in quanto il provvedimento finale non terrebbe conto delle osservazioni delle parti e ricalcherebbe passivamente la CRI e il procedimento sarebbe viziato per istruttoria e motivazione carenti.

“II) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 101, par. fi 1 e 3 TFUE; Linee direttrici UE applicabilità art. 101 TFUE; art. 2 (1), Reg. (CE) 1/2003; art. 2 e 14, L. 287/1990; d.P.R. 217/1998; art. 2729 c.c.; art. 41 Cost.). Eccesso di potere per carenza di presupposti, travisamento di atti e di fatti, difetto d’istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia, sviamento”.

L’Autorità avrebbe configurato una restrizione per oggetto senza che ne sussistessero i presupposti. Ad esempio e venendo a considerare la posizione della ricorrente, Agcm non avrebbe tenuto conto che Coopservice ha preso parte solamente a cinque gare delle dodici contestate, di cui tre su cinque la

vedevano con quote di partecipazioni nei rispettivi RTI inferiori al dieci per cento e in due (“Trenord”) delle tre è risultata affidataria di servizi a chiamata. Aggiunge la ricorrente che non ricorrerebbe nemmeno il presupposto che i servizi interessassero l'intero territorio nazionale o parte rilevante di esso e di conseguenza non sarebbe stato dimostrato che la sostenuta intesa rientri direttamente nell'alveo dell'art. 101(1) Tfu. Sarebbe anche errata la ricostruzione del mercato rilevante, trattandosi di dodici gare bandite da almeno cinque diverse stazioni appaltanti, riguardanti anche tre diverse regioni, con il coinvolgimento di partecipanti diversi afferenti anche a mercati geograficamente dissimili per il vincolo territoriale delle licenze. L'AGCM non avrebbe comunque tenuto conto del fatto che l'affermata intesa vedrebbe coinvolte imprese che complessivamente rappresentano solo un terzo del mercato di riferimento e mancherebbe il medesimo *pattern* comportamentale in ordine al parallelismo delle condotte poste in essere dalle imprese coinvolte.

La configurata intesa secondo la ricorrente si porrebbe anche in contrasto con le Linee UE sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE e con l'art. 101 (3). Ciò in quanto, secondo la prospettazione della ricorrente, l'Agcm non avrebbe considerato che il ricorso al RTI nelle gare contestate scaturiva da una congenita carenza di specifici requisiti che sono stati quindi integrati tra le varie parti.

“III) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 101 TFUE; Linee direttrici UE applicabilità art. 101 TFUE; art. 2 (1), Reg. (CE) 1/2003; art. 2, L. 287/1990; art. 2729 c.c.). Violazione e falsa applicazione dei principi e delle regole disciplinanti l'onere probatorio gravante sull'AGCM per dimostrare l'illecito antitrust (nel caso di specie intesa restrittiva del mercato). Eccesso di potere per carenza di presupposti, travisamento di atti e di fatti, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia e sviamento”.

La ricorrente osserva che le gare cui fa riferimento Agcm riguardano per lo più quelle inerenti alla regione Lombardia, dalle quali però Coopservice è estranea. Mancherebbero poi i presupposti (coordinamento e rilevanza economica su scala nazionale delle gare contestate) su cui si fonda l'impianto accusatorio dell'Autorità. Non vi sarebbe alcun accordo espresso del quale sarebbe parte Coopservice tale da configurare un'intesa e non sussisterebbero elementi di prova per ritenere la ricorrente parte di una pratica concordata. Agcm avrebbe inoltre omesso di considerare le ragioni imprenditoriali ed economiche sottese alle scelte effettuate e legate ai vincoli e alle barriere di ingresso presenti nel mercato. La ricorrente si sofferma, poi, sulle singole gare oggetto di istruttoria cui ha partecipato per affermare la sua estraneità all'intesa.

“IV) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 101 TFUE; Linee direttrici UE applicabilità art. 101 TFUE; art. 2 (1), Reg. (CE) 1/2003; art. 2, L. 287/1990; artt. 15 e 34 TULPS; Circolare 22.02.2018 n. 557/PAS/U002641/10089.D(1); art. 2729 c.c.). Violazione e falsa applicazione principi e regole disciplinanti l'onere probatorio gravante sulla AGCM per dimostrare l'illecito antitrust (nel caso di specie intesa restrittiva del mercato). Eccesso di potere per carenza di presupposti, travisamento di atti e di fatti, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia e sviamento”.

Parte ricorrente premette che l'Autorità ha fatto riferimento alle “Network” ritenendole lo strumento per mezzo delle quali sarebbero stati realizzati i fini spartitori del mercato mediante una sorta di riequilibrio dare-avere tra le imprese coinvolte nella sostenuta intesa, così dall'assumere una spiccata connotazione compensativa. In proposito, la ricorrente afferma che sia da elementi oggettivi che da considerazioni di carattere economico-finanziario si desumerebbe la legittimità di questa architettura.

“V) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 101 TFUE; Linee direttrici UE applicabilità art. 101 TFUE; art. 2 (1) Reg. (CE) 1/2003; artt. 2 e 15, L. 287/1990; Linee Guida sulla quantificazione sanzioni antitrust; art. 11, L. 689/1981). Eccesso di potere per carenza di presupposti, travisamento di atti e di fatti, difetto d’istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia e sviamento”.

Anche la determinazione della sanzione sarebbe viziata, in quanto, nel considerare anche l’importo di aggiudicazione delle gare Trenord quale base di calcolo, l’Autorità non avrebbe tenuto conto del fatto che i servizi erano solo eventuali. Sarebbe poi illegittima la quantificazione delle sanzioni perché avvenuta applicando a tutte le parti il 15% sulle rispettive quote di partecipazione, senza alcuna differenziazione delle responsabilità e dei comportamenti. Sarebbe pure errata e illegittima la qualificazione dell’intesa come segreta e grave. L’Agcm avrebbe inoltre dovuto applicarle in misura maggiore del 5% l’attenuante per la redazione della *compliance* di cui al punto 23, n. 5), delle Linee Guida e riconoscerle anche altre attenuanti.

3. L’Agcm è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

4. La domanda cautelare presentata dalla ricorrente è stata accolta, ai sensi dell’art. 119, comma 3, c.p.a., nei limiti della fissazione della data di trattazione del merito della controversia.

5. All’udienza del 23 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia riguarda l’accertamento da parte dell’Agcm di una intesa unica, articolata e complessa, posta in essere tra le parti del procedimento I821, considerate dall’Autorità tra i maggiori *player* del mercato dei servizi di vigilanza offerti alla pubblica amministrazione, e avente a oggetto il coordinamento nella partecipazione a dieci gare pubbliche nelle

aree della Lombardia, Emilia Romagna e Lazio bandite tra il 2013 e il 2017, al fine di condizionarne la dinamica.

Il procedimento prendeva avvio il 21 febbraio 2018, a seguito di segnalazioni in merito allo svolgimento di gare pubbliche relative all'affidamento di servizi di vigilanza riguardanti la gara bandita dall'Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. (di seguito "Arca"), alla gara bandita da Trenord nel 2014 (in avanti "Trenord 1") e alla gara bandita da Expo 2015 S.p.A. ("Expo") nel 2013. Il procedimento è stato successivamente esteso oggettivamente con delibera n. 27192 del 29 maggio 2018, al fine di ricomprendere anche l'attività di coordinamento nell'offerta di servizi a soggetti pubblici e privati, nonché agli accordi aventi ad oggetto affidamenti reciproci tra le parti.

Con il provvedimento n. 27993 del 12 novembre 2019, l'Autorità accertava l'esistenza di *"un'intesa unica, continuata e complessa, di natura segreta e restrittiva per oggetto, che si è sostanziata nella partecipazione coordinata ad un rilevante numero di gare pubbliche bandite, tra il 2013 e il 2017, da stazioni appaltanti localizzate in Lombardia, Emilia Romagna e Lazio per l'affidamento di servizi di vigilanza armata e di servizi a questi connessi"* (par. 306 del provv.).

L'intesa si era realizzata attraverso la sistematica partecipazione in raggruppamenti temporanei di imprese, risultati strumentali alla ripartizione del mercato e scollegati da motivazioni di efficienza nella fornitura del servizio. Tali raggruppamenti erano stati accompagnati in diversi casi da accordi "collaterali" – non conosciuti dalle stazioni appaltanti - di ripartizione dei lotti, nonché da accordi di subappalto con i quali le parti si impegnavano a non partecipare alle gare in concorrenza con gli altri membri del cartello a fronte dell'impegno delle altre parti a riconoscere loro una quota della commessa. L'Autorità aggiungeva che in alcuni casi l'intesa si era manifestata anche attraverso l'astensione dalla partecipazione ad alcune gare. Quanto all'obiettivo perseguito, è stato individuato nella sterilizzazione della concorrenza reciproca tra le parti al fine di consentire alle stesse di mantenere le proprie posizioni di mercato.

2. Passando alle censure formulate nel gravame, vanno in primo luogo scrutinate quelle di carattere procedimentale, con cui parte ricorrente contesta il tardivo avvio dell'istruttoria e la violazione dell'art. 14 della legge n. 689/1981.

Deve rammentarsi, quanto all'art. 14 l. n. 689/81, che la norma prevede quanto segue: "La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa. Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento".

La Sezione ha avuto modo di chiarire che il termine decadenziale di cui all'art. 14 L. 689/1981 non trova diretta applicazione nei procedimenti antitrust in relazione alla durata della fase istruttoria. Ciò in quanto il richiamo operato dall'art. 31 della L. 287/1990, pur nei termini dell'applicabilità delle disposizioni del Capo I, Sez. I e II, L. 689/1981, vale ai soli fini delle sanzioni amministrative pecuniarie, ma non per la disciplina della fase istruttoria del procedimento, in relazione alla quale la fattispecie è distintamente e autonomamente regolata (TAR Lazio, Sez. I, 28 luglio 2017, n. 9048).

Quanto alla durata della fase preistruttoria, né nell'art. 14 L. 287/1990 né nel Regolamento dell'Autorità in materia di procedure istruttorie viene individuato un termine massimo per la sua durata.

La Sezione, tuttavia, ha già affermato che la non applicabilità diretta del termine di cui all'art. 14 cit. non può giustificare il compimento di una attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile *modus operandi* sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo

e di certezza del professionista sottoposto al procedimento (cfr., tra le pronunce più recenti in tal senso, Tar Lazio, sez. I, 24 novembre 2020 n. 12532).

In proposito, è opportuno ricordare, quali riferimenti interpretativi, anche i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE, che costituiscono parametri imprescindibili. Ebbene, dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto antitrust e di applicare le relative sanzioni, procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato (in termini, Tar Lazio, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, conf. da Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512). Resta fermo, come più volte rammentato dalla giurisprudenza di questa Sezione, che, ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell'infrazione, ciò che rileva, quale termine iniziale, non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione (Tar Lazio, n. 6525/2018 cit.).

Come rilevato anche dal giudice amministrativo di secondo grado, pertanto, in linea generale si può convenire sulla legittimità della condotta dell'Autorità antitrust che deliberi l'avvio dell'istruttoria a distanza di vari mesi – ma non di vari anni - dalla segnalazione della possibile infrazione, a condizione che la stessa valutazione dell'esigenza di avviare o meno l'istruttoria si presenti complessa (Cons. Stato n. 512/2020 cit.).

Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali sopra richiamate, le censure di parte ricorrente si rivelano infondate.

L'Autorità, ha iniziato le sue indagini a seguito delle segnalazioni (datate rispettivamente 8 aprile 2015 e 13 maggio 2015) riguardanti le gare "Trenord 1" ed "Expo 2013". Tuttavia, in tale momento i contorni dell'illecito antitrust non potevano certo considerarsi delineati, tanto che a tali segnalazioni seguivano ulteriori denunce pervenute nel mese di febbraio 2018 riguardanti la gara "Arca" bandita nell'ottobre 2016, che inducevano l'Autorità ad approfondire i comportamenti tenuti dalle parti nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica nel periodo 2013-2017. All'esito di tali approfondimenti, accompagnati da una attività di monitoraggio del settore, l'Agcm deliberava il 21 febbraio 2018 l'avvio dell'istruttoria, che veniva successivamente estesa oggettivamente, individuando una potenziale infrazione antitrust ben più ampia rispetto alle condotte segnalate in origine e che riguardava ulteriori procedure di gara.

Neppure può trovare accoglimento la tesi di Coopservice secondo cui le condotte riferibili alla sua partecipazione alla gara Intercent (del 20 giugno 2013) e alla gara Trenord (21 giugno 2014) si sarebbero prescritte per decorso del termine quinquennale dalla commissione dell'illecito. Tale tesi presuppone un'inammissibile visione atomistica dei fatti oggetto di contestazione e non tiene conto che i comportamenti sanzionati erano tutti precostituiti alla realizzazione di un unico obiettivo anticompetitivo, sicché, a fronte dell'unitarietà dell'infrazione accertata e della presenza di un illecito permanente, che non si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione non inizia a decorrere se non con la cessazione dell'infrazione complessivamente considerata (Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2019, n. 4874). E ciò in quanto l'esistenza di un disegno strategico unitario, coordinato e continuato, vale ad escludere ogni ipotesi di prescrizione o di decorso dei termini di attivazione del procedimento

sanzionatorio rispetto ai singoli episodi anticoncorrenziali emersi in sede istruttoria (Tar Lazio, Sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931).

La circostanza, poi, che il provvedimento, adottato il 12 novembre 2019, è stato comunicato alle parti il 16 dicembre 2019, mentre il termine di conclusione del procedimento era fissato al 30 novembre 2019, non costituisce un vizio invalidante alla luce dell'orientamento giurisprudenziale sulla natura ordinatoria del termine di conclusione dei procedimenti antitrust (Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5561; 1° ottobre 2019, n. 6565).

Quanto alla lamentata carenza di istruttoria e di motivazione, specie avuto riguardo alla asserita pretermissione delle deduzioni e osservazioni presentate nel corso del procedimento e al censurato “appiattimento” del provvedimento finale rispetto al contenuto della comunicazione delle risultanze istruttorie, non si rileva la sussistenza dei dedotti vizi, tenuto conto che il provvedimento risulta congruamente motivato in ogni sua parte e, quanto alle deduzioni presentate, sono state esposte con sufficiente chiarezza le ragioni che hanno condotto l’Autorità a ritenerle superabili, confermando l’impianto accusatorio illustrato nella CRI. Deve, in proposito, rammentarsi che l’Autorità *“non è obbligata a prender posizione su tutti gli argomenti svolti dalle parti interessate; è sufficiente che essa esponga i fatti e le considerazioni giuridiche che rivestono un’importanza decisiva nel contesto della decisione. In particolare, non è richiesto, tuttavia, che essa definisca la propria posizione su questioni manifestamente irrilevanti, insignificanti o evidentemente di rilievo secondario”* (Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5883).

3. Parte ricorrente contesta la qualificazione dell’intesa come unica, complessa e continuata, deducendo la mancata dimostrazione dell’esistenza di un “piano d’insieme” in grado di collegare le condotte contestate e della consapevolezza delle del disegno spartitorio complessivo.

La tesi non convince.

Avuto riguardo al quadro normativo di riferimento, come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, si rileva che l’art. 101 del TFUE (così

come l'art. 2 della legge n. 287/1990) stabilisce che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresе e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.

La funzione della disposizione è quella di tutelare la concorrenza sul mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un'allocatione efficiente delle risorse. Ne deriva che, sulla base dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, ciascun operatore economico debba determinare in maniera autonoma il suo comportamento nel mercato di riferimento (Case C-49/92 Commissione contro Anic Partecipazioni s.p.a.). Nel fare ciò, l'operatore terrà lecitamente conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non essendogli, per contro, consentito instaurare con gli stessi contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato, vale a dire, di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di mettere al corrente tale concorrente in ordine al comportamento che l'impresa stessa abbia deciso di porre in atto (Anic, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2014, n. 3252).

Tali contatti vietati possono rivestire la forma dell'accordo ovvero quella delle pratiche concordate. La fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, e ciò, anche senza fare ricorso ad un contratto vincolante o ad altro documento scritto; la pratica concordata, invece, corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse al rischio competitivo, influenzando le condizioni concorrenziali sul mercato (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

L'esistenza di una pratica concordata, considerata l'inesistenza o la estremamente difficile acquisibilità della prova di un accordo espresso tra i concorrenti, viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indici probatori dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di restrizione della concorrenza. In materia è dunque ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Sempre in materia probatoria va poi considerata la distinzione tra elementi di prova endogeni, afferenti l'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi esogeni, quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata per inferenza anche dalle circostanze del mercato.

La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, in tal modo, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento.

Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi

siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925).

Per quanto attiene poi alla sussistenza di un'intesa unica, complessa e continuata, in violazione dell'art. 101 del TFUE, essa comporta l'accertamento di una fattispecie nella quale, sebbene siano confluiti diversi comportamenti collusivi, risulta comunque chiaramente individuabile un unico disegno anticoncorrenziale comune a tutte le parti del procedimento.

Allo scopo di definire l'illecito collusivo, è utile richiamare, in prima battuta, l'insegnamento della giurisprudenza comunitaria, secondo il quale spesso gli illeciti collusivi operano nel lungo periodo e sono sostenuti da una combinazione di accordi e di pratiche concertate, attraverso i quali vengono concordati gli obiettivi, mentre in successive occasioni sono disvelate tra le parti informazioni strategiche al fine di "lubrificare" l'operatività dell'accordo medesimo. E per agevolare il compito della Commissione (e, per l'effetto, delle autorità *antitrust* nazionali) nell'individuare tali illeciti, la Corte di Giustizia ha ritenuto che un "pattern" di collusione ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo possa essere considerato manifestazione di un unico illecito, caratterizzato in parte da accordi e in parte da pratiche concertate, avuto presente che lo scopo dell'art. 101 del Trattato è sostanzialmente quello di "catturare" le differenti forme di coordinazione e di collusione tra imprese. Naturalmente, una siffatta interpretazione, pur senza alterare la regola dell'onere della prova e determinare un effetto di compressione dei diritti di difesa delle imprese interessate, conduce a un alleggerimento dell'onere probatorio per l'Autorità procedente, non essendo questa tenuta a definire e a "categorizzare" ogni elemento della coordinazione come un accordo o una pratica concordata (Anic, cit.). In definitiva, poiché il concetto di accordo e quello di pratica concordata presentano elementi

costitutivi differenti, ne consegue che essi non sono mutualmente incompatibili e possono quindi coesistere.

Una simile interpretazione, peraltro, non è incompatibile con la natura restrittiva del divieto posto dall'art. 101 TFUE né conduce alla creazione di una nuova forma di illecito, in spregio al principio della tipicità degli illeciti; essa semplicemente comporta l'accettazione del fatto che nel caso di illecito *antitrust* posto in essere attraverso differenti forme di condotta, queste sono diversamente definite ma cadono comunque nell'ambito applicativo della stessa norma sanzionatoria e sono tutte ugualmente vietate, sicché l'effetto utile della norma, di deterrenza di forme collusive anticompetitive, in ogni caso è realizzato.

Ebbene, nel caso di specie l'Autorità, muovendosi nel solco della giurisprudenza sopra richiamata, ha analizzato le numerose prove che evidenziavano l'esistenza di condotte illecite poste in essere dalle parti e, leggendo le stesse non in maniera atomistica ma come "tasselli di un mosaico" ha individuato il comune obiettivo che le univa, consistente nella ripartizione del mercato e nella cristallizzazione delle rispettive aree di competenza attraverso il coordinamento della reciproca strategia partecipativa nelle gare oggetto di indagine.

E' stato identificato anche il "pattern" di collusione, che si è sostanziato nella formazione di accordi di ripartizione di lotti e di subappalto in cambio della non partecipazione a determinate gare accompagnati dalla stipula di RTI strumentali al fine di allocare geograficamente/per cliente le attività messe a gara e nei comportamenti di astensione mirata/non partecipazione (par. 226).

Le condotte erano unite da un medesimo disegno collusivo volto alla spartizione del mercato, a livello geografico e per cliente storico, attraverso l'utilizzo di strumenti in sé leciti, quali il RTI e il subappalto, che venivano impropriamente adoperati con finalità distorsive della concorrenza. Il ruolo di "collante" delle condotte rivolte al comune obiettivo anticoncorrenziale era

assegnato anche a un sistema di compensazioni reciproche e di scambio di clienti (par. 228).

A fronte dell'ampio quadro probatorio raccolto, tanto sulle singole condotte illecite quanto sul "collegamento" tra le stesse a fini ripartitori del mercato, la circostanza che non tutte le parti del cartello abbiano partecipato, anche in relazione alla dimensione geografica delle gare, alle procedure contestate, o in limitati casi vi abbiano preso parte in concorrenza, non scalfisce la ricostruzione unitaria dell'illecito *antitrust*. Come la giurisprudenza comunitaria ha chiaramente evidenziato, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, caratterizzato in parte da accordi e in parte da pratiche concertate, com'è nella presente fattispecie, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la conseguenza che un partecipante sia ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima. Ciò, in quanto, il cartello è una collusione ("*conspiracy*") dei suoi membri e, dunque, anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a tutti gli aspetti dell'accordo anticompetitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva.

In una siffatta eventualità, onde accertare la responsabilità dell'impresa che assuma di non avere partecipato all'intesa o avere avuto una partecipazione limitata nella concertazione anticompetitiva, occorre dimostrare sia che la stessa intendesse contribuire agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti sia che fosse consapevole della condotta pianificata o fosse almeno in grado di prevederla (*Anic*, cit., par. 87 e parr. 203-7; Tar Lazio, Sez. I, 25 luglio 2016, nn. 8500 e 8502).

Anche su tale aspetto il provvedimento impugnato si sofferma adeguatamente, riportando la fitta rete di intrecci e di rapporti bilaterali posta in essere tra le parti, che dimostra ampiamente la consapevolezza di tutte le parti che l'intesa era funzionale a mantenere le rispettive posizioni pregresse.

A titolo di esempio, è possibile richiamare una mail inviata da **IVRI** in cui si fa riferimento a un accordo “storico” avente ad oggetto il mantenimento inalterato degli “equilibri” tra le parti (cfr. par. 121) e l’affermazione presente in una email di Coopservice, in cui la società riconosce che “esistono patti parasociali che indiscutibilmente dicono che ad ognuno spetta di diritto la continuazione di ciò che ha in portafoglio” (par. 126 del provvedimento; più in generale, per un riepilogo delle prove raccolte e dell’intreccio delle comunicazioni e dei rapporti tra le parti, si veda la tabella 38 riportata al par. 301).

La ricorrente non può essere seguita neppure laddove sostiene che l’Autorità, nell’accertare l’esistenza dell’intesa, non avrebbe tenuto adeguatamente conto delle caratteristiche del mercato di riferimento e del quadro normativo sotteso all’affidamento dei servizi di vigilanza, che presenterebbero una serie di vincoli in grado di rendere spiegabile razionalmente il comportamento delle parti nelle gare oggetto di contestazione *antitrust*.

In primo luogo, si osserva che il mercato rilevante è stato ricostruito correttamente dall’Autorità in quello dei servizi di vigilanza armata, svolti, cioè, solo in virtù di specifiche licenze prefettizie ex art. 134 del TULPS e di taluni servizi connessi (come i c.d. servizi fiduciari o portierato) e il relativo ambito merceologico e territoriale è stato ristretto all’insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale. La ricostruzione operata è coerente con la costante giurisprudenza che ha affermato che l’individuazione del mercato rilevante “è funzionale alla delimitazione dell’ambito nel quale l’intesa stessa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale”, così che “la relativa estensione e definizione spetta all’Autorità nella singola fattispecie, all’esito di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca” (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291 e 26 gennaio 2015, n. 334). L’estensione del mercato rilevante, di conseguenza, va desunta dall’esame della specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n.

3291; id. 3 giugno 2014, n. 2837; 4 novembre 2014, n. 5423; 8 agosto 2014, n. 4230; 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5276 e 5278), con l'ulteriore precisazione che *“in un'intesa restrittiva della concorrenza l'estensione merceologica e geografica del mercato rilevante è determinata, in primo luogo, dall'estensione del coordinamento stesso, poiché tale estensione indica l'ampiezza del mercato che i partecipanti ritenevano possibile e profittevole monopolizzare, tenuto conto dei costi di transazione da sostenere per organizzare il coordinamento stesso”* (Tar Lazio, Sez. I, 2 agosto 2016, n. 8930).

Quanto al quadro normativo che caratterizza il settore dei servizi di vigilanza, l'Autorità lo ha ampiamente e dettagliatamente ricostruito (cfr. parr. 17 e ss.), osservando come esso si caratterizza per il sistema delle licenze prefettizie e che il contesto di mercato è stato liberalizzato solo di recente (attraverso l'introduzione di un regime di silenzio-assenso e l'eliminazione di talune limitazioni per il riconoscimento della licenza) e che le precedenti suddivisioni territoriali, legate alla normativa ante riforma, non sono ancora del tutto superate. Ha ritenuto, tuttavia, con motivazione logica e coerente, che le limitazioni esistenti e le caratteristiche del mercato non erano idonee a spiegare razionalmente la condotta delle parti, tenuto conto da un lato dalla circostanza che il rilascio della licenza post riforma risultava molto più semplificato e non idoneo a giustificare la partecipazione associata alle gare e rilevando come le parti stesse avessero, in alcuni casi, partecipato alle gare in forma associata benché non possedessero la relativa licenza, presentando a tal fine esclusivamente una domanda di estensione della licenza. Infine, è determinante la circostanza che numerose delle ATI oggetto di attenzione da parte dell'Autorità rispondevano a chiare finalità spartitorie, come evidenziato da numerose prove esogene raccolte, sicché il tentativo di giustificarne l'esistenza in ragione di asseriti vincoli economici e/o normativi non può essere accettato (cfr. par. 278 e ss.).

Deve, infine, aggiungersi che poiché l'accertamento ha riguardato una intesa restrittiva “per oggetto” non era necessaria l'analisi degli effetti concretamente prodotti; anche la necessità di una valutazione di

“consistenza” dell’intesa stessa è esclusa, dal momento che la ripartizione dei mercati o della clientela è considerata dalla Commissione europea di per sé una restrizione grave (*hardcore*) della concorrenza, indipendentemente dalle quote di mercato complessivamente detenute dalle parti dell’intesa (Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; id., 11 luglio 2016, n. 3047).

4. La ricorrente passa, poi, ad analizzare le singole gare oggetto di contestazione, al fine di dimostrare la fallacia dell’impianto accusatorio portato avanti dall’Autorità.

Le censure, tuttavia, non resistono alle argomentazioni riportate nel provvedimento impugnato, ove si osservava correttamente, quanto alla gara “Trenord 1”, che la partecipazione in una ATI “sovrabbondante” non era giustificabile sulla base di ragioni di efficienza e razionalità, come confermato da una mail di **IVRI** del 3 marzo 2016 e che le parti si erano accordate per lasciare a Coopservice i servizi su Mantova, nonostante sia Sicuritalia, sia altri componenti dell’ATI possedessero la licenza prefettizia valida per il relativo territorio, in quanto considerato “di competenza” di Coopservice. Per quanto attiene alla sentenza del Tar Lombardia, 30 dicembre 2015 n. 2870, che aveva annullato la decisione della stazione appaltante di escludere la ATI (poi divenuta aggiudicataria della gara stessa) affermando che non vi era prova dell’esistenza di una intesa, si osserva che tale circostanza è stata tenuta in considerazione nel provvedimento ma non è stata considerata ostativa alla ricostruzione globale fornita dall’Autorità, proprio in quanto l’accordo anticoncorrenziale, non percepibile attraverso l’analisi della singola gara, poteva essere apprezzato nella sua interezza e complessità solo attraverso una visione globale delle condotte oggetto di accertamento e ripetutesi nel corso di numerose altre gare.

Anche in relazione alla gara “Trenord 2” sussistono significative evidenze della finalità anticompetitiva perseguita dalle parti in ragione della strumentalità del RTI, come dimostrato dall’accordo siglato da Sicuritalia in cui emergeva che l’affidamento in subappalto di talune prestazioni a Italpol

costituiva una “contropartita” della mancata partecipazione di Itapol alla gara.

La ricorrente tenta di giustificare la razionalità delle condotte tenute nelle due gare “Intercent – ER” facendo riferimento alla necessità di strutturare un RTI con caratteristiche adeguate al territorio oggetto dei servizi da aggiudicare e alla circostanza che l’offerta economica presentata era assoggettata alle regole di mercato. Le tesi difensive, tuttavia, non reggono di fronte al materiale probatorio raccolto dall’Autorità, che dimostra la logica spartitoria che muoveva i partecipanti al RTI. Si richiamano, in particolare, per la gara “Intercent – ER 1”, le mail di chiaro tenore spartitorio dell’agosto 2013 trascritte al par. 117 del provvedimento tra Sicuritalia e Coopservice e per “Intercent – ER 2” quella interna a **IVRI**, sopra richiamata, in cui si fa riferimento al mantenimento degli equilibri preesistenti, nonché il documento avente ad oggetto “clienti da passare per Intercent- ER”, in cui Sicuritalia individua una serie di clienti che Coopservice le deve trasferire.

Infine, in relazione alla gara Atac non si ravvisa alcun argomento criptico nelle deduzioni dell’Autorità, né un travisamento delle prove raccolte, tenuto conto del tenore dei verbali del Comitato esecutivo di Coopservice riportati nel provvedimento e che lasciano chiaramente intendere la presenza di un accordo tra Itapol e Coopservice non giustificato da esigenze di esecuzione del servizio ma da un intento spartitorio tra le parti del raggruppamento.

Il quadro probatorio descritto dall’Autorità è ulteriormente arricchito da numerosi documenti in cui si fa riferimento all’esistenza di un rapporto di interscambio tra le parti, in cui il sistema del *network* (una procedura attraverso la quale un istituto di vigilanza non presente in una certa zona si rivolge ad un altro lì presente al fine di offrire il servizio ad un suo cliente nell’area non coperta direttamente), strumento di per sé lecito, veniva adoperato per corroborare il funzionamento di un meccanismo di tipo “compensatorio” che legava le parti dell’intesa, oltre che per orientare il comportamento dei partner nel mercato (cfr. par. 153 e ss.).

In conclusione, il provvedimento impugnato evidenzia e dimostra in maniera puntuale e con un corredo probatorio adeguato la strategia collusiva posta in essere dalle imprese interessate dal procedimento in esame.

A fronte delle evidenze raccolte dall'Autorità, le spiegazioni economiche alternative che le imprese hanno fornito per giustificare la propria condotta nel contesto oggetto di accertamento non appaiono sufficientemente attendibili e, comunque non in grado di sovvertire le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità, che risultano essere congruenti e condivisibili.

5. Corretta è altresì l'attività di quantificazione della sanzione posta in essere dall'Agcm.

Quanto alla qualificazione dell'intesa come "molto grave" in ragione della sua natura e della segretezza, va condivisa la valutazione operata dall'Autorità, tenuto conto che l'intesa è qualificabile come orizzontale di spartizione del mercato, ossia come intesa di consistente gravità in sé considerata (*hard core*), senza neppure la necessità di ulteriori indagini sulle effettive conseguenze concrete.

Eguale risulta la valutazione di segretezza operata dall'Autorità, che non richiede che tutta la concertazione sia segreta, potendosi certamente mantenere ferma tale qualificazione anche quando parte della concertazione non lo sia. Nel caso in esame, una parte importante del supporto probatorio è costituito da accordi tra le parti mantenuti celati alle stazioni appaltanti e contatti di posta elettronica non conoscibili all'esterno. In relazione a una simile ipotesi, la percentuale del 15% da applicare all'importo base della sanzione costituisce la soglia minima ai sensi dell'art. 12 delle Linee guida fissate dall'Autorità.

Risulta immune da vizi anche la determinazione dell'importo base, effettuata in aderenza al punto 18 delle Linee guida, secondo cui nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prende in considerazione "il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito" che corrisponde, per ciascuna impresa partecipante

alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione.

Nel caso di specie, il valore delle vendite è stato ritenuto corrispondente all'importo di aggiudicazione di ciascuna gara a cui le parti hanno partecipato - e si sono aggiudicate - rientrando nel disegno spartitorio. Per la sola gara Arca 2, cui le parti hanno partecipato senza risultare aggiudicatrici, l'Autorità ha tenuto conto dell'importo offerto. Avuto riguardo al Lotto 3 della gara Expo2015 "Evento", ad Italpol è attribuito il valore dell'offerta presentata e successivamente esclusa dalla gara. Inoltre, con riferimento alle gare Arca, l'Agcm ha considerato la "reale" ripartizione dell'ATI concordata dalle Parti, contestualmente alla presentazione delle offerte (cd "ATI vera"). In merito alle gare Trenord 2 e ATAC, nel determinare il valore delle vendite si è tenuto conto anche degli accordi di subappalto stipulati in vista della partecipazione alla gara tra Sicuritalia e Italpol.

In proposito, non possono essere accolte le tesi di parte ricorrente secondo cui il meccanismo di determinazione non sarebbe corretto e non dovrebbe prendersi sempre a riferimento l'importo di aggiudicazione quale "valore delle vendite". Infatti, alla luce della funzione dissuasiva della sanzione *antitrust* e alla circostanza che le intese "per oggetto" sono sanzionate a prescindere dagli effetti anticompetitivi "in concreto" fatti registrare sul mercato, anche il fatturato di riferimento non può che essere scisso da quanto "in concreto" realizzato. Quanto alla circostanza che si è tenuto conto dell'importo di aggiudicazione anche nel caso di accordi – quadro o convenzioni, è sufficiente richiamare la giurisprudenza che ha ribadito come che "è corretto considerare quale importo di aggiudicazione espressivo del valore delle vendite il valore massimo convenzionabile previsto per ciascun lotto aggiudicato" (Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 928).

Non possono trovare accoglimento neppure le censure relative all'esiguità della percentuale (pari al 5%) applicata a titolo di attenuante riferita all'adozione del proprio programma di *compliance antitrust* e al mancato

riconoscimento di ulteriori attenuanti, in ragione della discrezionalità di cui gode l'Autorità e considerato che tale potere discrezionale non risulta censurabile, essendo stato esercitato in maniera non arbitraria e né illogica.

6. Conclusivamente, non si rinvencono ragioni per il ricorso da parte del Collegio al potere di cui all'art. 134 c.p.a., non risultando presenti elementi che inducano a ritenere la quantificazione della sanzione come sproporzionata o iniqua.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono poste in favore dell'Agcm nella misura quantificata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in misura pari a € 4.000,00, oltre oneri accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del giorno 23 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

