

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/04/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29242-deve-ritenersi-sussistente-la-prova-ancorch-indiziaria-della-partecipazione-dell-appellante-all-intesa-restrittiva-della-concorrenza>

Autore: Lazzini Sonia

**Deve ritenersi sussistente la prova, ancorché indiziaria, della partecipazione dell'appellante all'intesa restrittiva della concorrenza.**

C.St. 11.01.2010 n. 10

**Deve ritenersi sussistente la prova, ancorché indiziaria, della partecipazione dell'appellante all'intesa restrittiva della concorrenza.**

(Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi)

non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, ma anzi deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società

In diritto, giova premettere che l'art. 2, l. n. 287/1990, punisce, come illecito anticoncorrenziale, le intese che hanno come scopo o come effetto la restrizione della concorrenza sul mercato nazionale o su una sua parte rilevante.

Le intese di cui all'art. 2, 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 simili.

Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (Corte giustizia CE 8 luglio 1999, causa C-49/92P, Commissione c. Anic; Corte di Giustizia CE, 31 marzo 1993, C. – 89, 104, 114, 116 – 117, 125 – 129/95; Trib. I grado Comunità europee, 15-03-2000, n. 25, 26, 30-32, 34-39/95; C. Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671; C. Stato, sez. VI, n. 926/2004, cit.).

I criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (Trib. I grado Comunità europee, 15-03-2000, n. 25, 26, 30-32, 34-39/95).

L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali.

Il concetto di <<pratica>> si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che:

vi siano comportamenti di più imprese;

detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici;

detti comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo;

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 pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto.

Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordati.

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti;

l'esistenza di incontri tra le imprese;

gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni;

i segnali e le informative reciproche;

il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

Deve per completezza osservarsi che nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990, 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; C. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671).

Sotto il profilo dell'onere probatorio, va rilevato che in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte (Corte di Giustizia UE, 8 luglio 1999, C. 49/92, Anic; Cons. Stato, VI, n. 926/2004, cit.).

A fronte di tali univoci elementi, non convincono le controdeduzioni di parte appellante volte a dimostrare l'inattendibilità dei documenti: quanto ai documenti relativi alle gare del 1999, la circostanza che non si è rivelata ex post esatta la previsione circa l'aggiudicazione del lotto annuale nulla toglie alla credibilità del documento, che invece ha "indovinato" tutte le previsioni circa le aggiudicazioni dei lotti mensili; quanto alle controdeduzioni relative ai documenti che riguardano le gare per l'anno 2000, esse non riescono a smentire il dato di fatto essenziale che l'appellante si è aggiudicata in a.t.i. la gara per il secondo semestre 2000, in puntuale coerenza con le previsioni di cui ai citati documenti

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 10 dell' 11 gennaio 2010 emessa dal Consiglio di Stato

**N. 00010/2010 REG.DEC.**

**N. 01242/2005 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

## DECISIONE

Sul ricorso n.r.g. 1242/2005, proposto da Ricorrente s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori, Denis Fosselard, Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Gianni, Origoni & Partners in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

### *contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

### *per la riforma*

della sentenza del TAR LAZIO – ROMA, sezione I, n. 10445/2004, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2009 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato Lirosi e l'avvocato dello Stato Collabolletta; ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento in data 20 febbraio 2003, reso nel procedimento I474/A, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi: AGCM) ha accertato, tra l'altro, e per quel che qui interessa, la sussistenza di una illecita intesa restrittiva della concorrenza, intervenuta tra svariate imprese operanti nel commercio di prodotti petroliferi, lubrificanti e combustibili, relativamente alle

gare bandite dall'Azienda Trasporti milanesi (ATM) di Milano negli anni 1999 e 2000, gare aventi ad oggetto la fornitura del gasolio per autotrazione extra – rete.

Il provvedimento ha in particolare ritenuto che l'intesa sia stata posta in essere sotto forma di pratica concordata (cfr. §§ 300 e ss.), e che a tale intesa abbia preso parte anche la società RICORRENTE DUE ITALIA S.P.A., (che nel corso del procedimento davanti all'AGCM è stata assorbita dalla RICORRENTE s.p.a. odierna appellante)

Per l'effetto, l'AGCM ha applicato alla Ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 27.987.

1.1. Contro il provvedimento dell'AGCM ha proposto ricorso al T.a.r. del Lazio, nei limiti del proprio interesse, la società RICORRENTE DUE ITALIA S.P.A.

Il T.a.r. ha respinto il ricorso con la sentenza in epigrafe.

1.2. Contro la sentenza ha proposto appello Ricorrente s.p.a., con atto tempestivamente notificato in data 4 febbraio 2005 (e dunque entro il termine legale di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza, divisato dall'art. 23 bis, l. TAR), e depositato il successivo 15 febbraio 2005.

1.3. In rito, il Collegio dichiara inammissibile la memoria depositata dall'AGCM in data 30 novembre 2009, in quanto tardiva perché depositata oltre il termine di cinque giorni liberi prima della data di udienza.

2. Con il primo motivo di appello si ripropongono gli argomenti di cui al primo motivo dell'originario ricorso, con cui si lamentava che il provvedimento di AGCM sarebbe viziato da difetto di motivazione e di istruttoria, per non aver preso in considerazione le controdeduzioni nel corso della fase istruttoria.

2.1. Il T.a.r. ha disatteso tale censura osservando che non sussisterebbe il difetto di motivazione del provvedimento, in quanto le deduzioni della società sarebbero state prese in considerazione da AGCM, ma disattese.

2.2. L'appellante lamenta che, al contrario, il provvedimento dell'Autorità avrebbe totalmente pretermesso tutte le argomentazioni difensive addotte dalla società.

2.3. La censura è infondata.

L'AGCM ha valutato in più punti del provvedimento la posizione della ricorrente e tanto basta per far ritenere che abbia tenuto conto delle giustificazioni da questa prodotte, ma non le abbia ritenute sufficienti a scalfire l'impianto accusatorio.

Non è invece esigibile che l'AGCM confuti punto per punto le deduzioni di parte, essendo sufficiente una motivazione complessiva, ancorché sintetica.

3. Tutti gli altri motivi di appello possono essere trattati congiuntamente, in quanto necessitano di una analisi sistematica.

3.1. Parte appellante assume che:

a) secondo la stessa impostazione seguita da AGCM, l'intesa si sarebbe realizzata sotto forma di <<pratica concordata>>, ossia mediante una pluralità di comportamenti ripetuti, la cui prova va desunta da elementi gravi, precisi e concordanti;

b) tale elemento mancherebbe nei confronti della ricorrente, perché essa ha partecipato, in a.t.i., ad una sola gara indetta dalla ATM, e si è aggiudicata un'altra gara come concorrente singolo;

c) erroneamente il Tar avrebbe dato rilievo alle risultanze documentali, da cui non emergerebbe la prova della partecipazione di Ricorrente alla pratica concordata;

d) nessun documento è stato acquisito presso la sede della società;

e) nessun documento è stato redatto da soggetti con o senza rappresentanza della società;

f) non rilevanti sarebbero i documenti nn. 151 e 601, da cui si desumerebbe il ruolo svolto da un consulente della società Cam, che avrebbe svolto mansioni importanti a favore delle società operanti nel settore: infatti in tali documenti non

si menziona la società appellante, che non avrebbe avuto alcun rapporto con tale consulente;

g) non rilevanti sarebbero i documenti 34 e 137 su cui si sofferma il Tar, che riguardano le gare per le forniture del 1998, gare per le quali lo stesso provvedimento dell'AGCM esclude vi sia la prova di una pratica concordata;

h) quanto alle gare del 1999, che consistevano in una gara annuale, sette gare mensili e due gare bimestrali, Ricorrente è risultata aggiudicataria del lotto mensile bandito insieme al lotto annuale;

i) il provvedimento e la sentenza del Tar danno rilievo ai documenti n. 600 (di provenienza Maxcom) e n. 678 (rinvenuto presso Controinteressata); il doc. 600 contiene una previsione dell'esito delle gare del 1999 e individua un'a.t.i. vincitrice del primo lotto annuale, e indica Ricorrente (già Carbonafta) come aggiudicataria di un lotto mensile, isolandola graficamente dalle altre imprese, e vengono menzionate le altre imprese che avrebbero vinto a turno un lotto ciascuna;

j) la previsione contenuta nel documento 600 si sarebbe rivelata erronea quanto al primo lotto annuale che rappresenta il 50% delle forniture oggetto di gara, in quanto l'a.t.i. vincente non è costituita da alcuna delle imprese indicate nel detto documento 600; per le gare mensili, il documento menziona IP che non è risultata aggiudicataria e non menziona AGIP che è risultata aggiudicataria di due lotti; vi sarebbero poi nel documento 600 ulteriori inesattezze;

k) in sintesi le previsioni del doc. 600 si sarebbero rilevate inattendibili. pertanto sarebbe <<difficile sostenere l'esistenza di un'intesa relativa alla gara del 1999 sulla base di un documento che anticipa gli esiti della stessa in relazione a meno del 40% delle forniture>>;

l) il Tar afferma che la collocazione temporale del documento 600, in periodo anteriore alla data di espletamento della prima gara per le forniture del 1999, risulta verbalmente confermata dalla società MAXCOM e ulteriormente confermata dalla

circostanza che la previsione relativa al primo lotto annuale si rivelò errata, in quanto dai calcoli effettuali sulle medie dei ribassi sarebbe emerso che se l'a.t.i. Darm non avesse inaspettatamente disatteso gli impegni assunti, l'aggiudicataria sarebbe stata proprio l'a.t.i. indicata nel documento 600;

m) parte appellante non contesta la collocazione temporale del documento 600, ma ritiene che esso sia inattendibile non avendo correttamente individuato il vincitore del 50% delle forniture. L'errore non sarebbe imputabile ad un semplice episodio di <<scartellamento>> da parte dell'a.t.i. Darm, tanto più che il lotto mensile aggiudicato a Ricorrente è stato bandito insieme a quello annuale per il quale si è verificato lo scartellamento;

n) per la pratica concordata non basterebbe la concertazione tra le imprese, occorrendo anche un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione; nella specie lo scartellamento dimostrerebbe che non vi sarebbe nesso causale tra concertazione e successivo comportamento;

o) una volta che si escluda la rilevanza del documento 600, occorrerebbe, ad avviso dell'appellante, interrogarsi sulla idoneità del doc. 678 da solo a fornire la prova della partecipazione di Ricorrente alla pratica concordata; tale documento contiene schede manoscritte riportanti, per ciascuna delle gare mensili a partire da gennaio 1999, le imprese partecipanti e l'esito della gara. In alcuni casi le schede indicano accanto al nome di una impresa un lotto non ancora aggiudicato. Secondo l'AGCM ciò suggerirebbe la preesistenza di un accordo tra le imprese per allocare questo lotto all'impresa in questione;

p) parte appellante obietta che tali schede riguardano gare successive a quella di cui è risultata vincitrice Ricorrente (quella di dicembre 1998) e che nessuna di tali schede anticipa una potenziale vittoria di Ricorrente relativamente ad una gara non espletata, contenendo solo il riferimento alla vincita, da parte di Ricorrente, della gara di dicembre 1998, dunque un dato di dominio pubblico;



- q) in conclusione, per l'anno 1999, non vi sarebbero prove documentali idonee a dimostrare la partecipazione di Ricorrente ad una pratica concordata, e la sua condotta risponderrebbe ad un'autonoma e razionale scelta imprenditoriale;
- r) quanto alle gare per le forniture dell'anno 2000, andrebbero analizzati i documenti 681 e 682;
- s) il documento 681 contiene appunti manoscritti relativi alle forniture semestrali di gasolio all'ATM di Milano per l'anno 2000, il cui tenore non consentirebbe di ricavare indizi dell'avvenuta concertazione. Esso individua una serie di combinazioni vincenti. Secondo l'AGCM tale documento ipotizza l'attribuzione di un lotto ad un'a.t.i. di cui fa parte RICORRENTE DUE. Secondo un altro appunto che fa parte sempre del documento 681, RICORRENTE dovrebbe <<ringraziare>>, cioè, secondo l'interpretazione dell'Autorità, offrire uno sconto minimo così da lasciare spazio ad altre imprese. Tali previsioni, secondo l'appellante, si sarebbero rivelate del tutto errate, in quanto Ricorrente non ha vinto nessuna fornitura nel primo semestre e non avrebbe <<ringraziato>>, presentando in a.t.i. la terza migliore offerta con un distacco dello 0,5% rispetto all'offerta aggiudicataria;
- t) il documento 681 sarebbe inattendibile quanto alla partecipazione di Ricorrente due in a.t.i. e quanto alle aggiudicazioni;
- u) il documento 682 proveniente da Controinteressata riguarda il comportamento delle imprese nel secondo semestre 2000; detto documento è posteriore alla costituzione dell'a.t.i. per cui ben poteva legittimamente fare previsioni sul comportamento di Ricorrente in gara;
- v) errato sarebbe anche il capo 1.2.1 della sentenza. Il Tar, per la prova della partecipazione di Ricorrente ad una pratica concordata, considera dirimenti i prospetti illustrativi dei risultati delle gare contenuti nel provvedimento dell'Autorità, con particolare alla c.d. diagonale delle offerte mensili aggiudicate nel

corso dell'anno 1999; se anche tale diagonale può essere un indizio dell'esistenza di una pratica concordata, da essa non si potrebbe desumere la partecipazione di Ricorrente a tale pratica per il solo fatto di essersi aggiudicata un solo lotto;

w) il comportamento di Ricorrente sarebbe autonomo e razionale dal punto di vista economico, avendo sempre presentato offerte economicamente competitive;

x) anche la discontinuità nell'andamento delle forniture e la circostanza che tra il primo e secondo semestre 2000 Ricorrente ha cambiato a.t.i. evidenzerebbero che Ricorrente non ha partecipato a nessuna intesa;

y) né potrebbero imputarsi a Ricorrente illeciti compiuti da terzi e segnatamente eventuali accordi tra AGIP e Controinteressata.

4. Le censure sono infondate.

Nell'esaminare congiuntamente i suesposti motivi di appello, ritiene il Collegio che occorre:

esaminare i fatti come ricostruiti dall'AGCM e le prove poste alla base della affermazione di responsabilità della società appellante;

esaminare la qualificazione giuridica data ai fatti dall'AGCM;

valutare se la ricostruzione dei fatti sia ragionevole, le prove raccolte sufficienti, la qualificazione giuridica corretta (C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

4.1. Nell'ambito di un più complesso accertamento operato con il provvedimento qui impugnato per quanto di ragione, l'AGCM ha accertato la sussistenza di una illecita intesa restrittiva della concorrenza, intervenuta tra svariate imprese operanti nel commercio di prodotti petroliferi, lubrificanti e combustibili, relativamente alle gare bandite dall'Azienda Trasporti milanesi (ATM) di Milano negli anni 1999 e 2000, gare aventi ad oggetto la fornitura del gasolio per autotrazione extra – rete.

L'AGCM ha ritenuto che la pratica concordata è consistita nell'approntamento di un meccanismo di formazione delle offerte al ribasso che ha consentito ai soggetti

partecipanti alle gare di aggiudicarsi, a turno, una fornitura, e sempre con ribassi minimi, in una logica di spartizione dei pubblici appalti.

Il provvedimento ha in particolare ritenuto che l'intesa sia stata posta in essere sotto forma di pratica concordata (cfr. §§ 300 e ss.), tra le seguenti imprese: Agip Petroli s.p.a., Atriplex s.r.l., Beta Import s.p.a., Cam Petroli s.r.l., Eredi Campidonico s.p.a., Eliolub di Silvano Banchelli s.a.s., Elyo Italia s.r.l., Europetrol s.p.a., Gorla s.p.a., Iplom s.p.a., Maxcom Petroli s.r.l., Ambrogio Moro s.p.a., Nelsa s.r.l., Olicar s.p.a., Opam Oils s.p.a., Controinteressata Petroli s.p.a., Termoil s.a.s. di Banchelli Lorenzo & C. (già Termoil s.a.s. di Banchelli Maria Piera & C.), Ricorrente DUE Italia s.p.a., Q8 Quaser s.r.l. (incorporante Biella Commerciale s.p.a.)

L'Autorità ha dunque ritenuto che a tale intesa abbia preso parte anche la società appellante.

Il provvedimento dell'AGCM ha ritenuto che stanti le particolarità e l'oggetto della domanda di gasolio da parte di ATM, tramite pubbliche gare, tale domanda è idonea ad individuare uno specifico mercato rilevante (§ 85).

Risulta dall'accertamento operato dall'Autorità che ATM nell'anno 1999 ha indetto dieci gare per appalti di fornitura di gasolio di durata mensile, mentre nell'anno 2000 ha indetto due gare semestrali (§§ 148 e 149).

L'effetto dell'intesa è stato che si è verificato un avvicendamento nelle aggiudicazioni, nel senso che ciascun partecipante all'intesa si è aggiudicato, individualmente o in a.t.i., una gara nel corso del 1999 (§ 157).

Nel corso del 2000 quasi tutti i soggetti che avevano conseguito un lotto nel 1999 risultano vincitori, singolarmente o in a.t.i. Non si aggiudicano lotti nel 2000 l'a.t.i. DARM/LM Petroli, la società BETA, e le società già in a.t.i. nel 1999 Europetrol-Campidonico-Opam Oils (§ 159).

Non è contestato che la appellante si sia aggiudicata una gara per un lotto mensile nell'anno 1999, e abbia partecipato ad una sola gara nel secondo semestre 2000, indetta da ATM, riunita in a.t.i. con Controinteressata (capogruppo).

4.2. L'AGCM ritiene provata la sussistenza di una concertazione, per le gare *di ATM dell'anno 1999* sulla base dei documenti 600 e 678.

Il doc. 600 acquisito presso MAXCOM è un appunto manoscritto che riproduce uno schema delle diverse assegnazioni alle diverse società dei lotti messi a concorso da ATM per le forniture 1999.

La parte iniziale dell'appunto riguarda la prima delle gare per le forniture relative all'anno 1999, avente ad oggetto l'assegnazione simultanea di due lotti un lotto annuale, e uno mensile relativo al mese di dicembre 1998.

Per quel che qui interessa, dal documento si desume l'assegnazione del lotto di dicembre 1998 a Carbonafta, cui è subentrata l'odierna appellante.

Tale documento è cronologicamente precedente l'espletamento della prima gara per il 1999.

Ex post è risultato che tutti i soggetti indicati nell'elenco, ivi compresa parte appellante, hanno effettivamente vinto a turno le gare mensili. L'unica previsione rivelatasi ex post errata è quella relativa all'aggiudicazione del lotto annuale del 1999.

Il doc. 678 raccoglie una serie di tabelle che riportano o prospettano l'esito delle gare mensili espletata da ATM per l'anno 1999. L'AGCM indica i ragionevoli argomenti che fanno ritenere tale documento anteriore all'espletamento delle gare. Il documento contiene previsioni circa il mese in cui ciascuna società presenterà l'offerta che risulterà vincitrice.

4.3. L'AGCM ritiene provata la sussistenza di una concertazione, per le gare *di ATM dell'anno 2000*, sulla base dei seguenti documenti:

- il documento n. 681, proveniente dal sig. Mazzi – ufficio gare della Controinteressata, che elenca le società che avrebbero partecipato alle gare ATM, e formula ipotesi e previsioni sul relativo esito, sulla base di un vero e proprio <<piano>>, volto a garantire che almeno 13 società (delle 15 qualificate per gare ATM) vincano almeno una volta nel 2000 (§§191 – 198).

Secondo l'AGCM è difficile credere che le previsioni formulate dal sig. Mazzi potessero spingersi fino al punto di individuare quali concorrenti avrebbero formulato una offerta minima e quali nessuna offerta, senza avere avuto alcun contatto con i soggetti interessati (§ 199);

- il documento n. 682, acquisito sempre presso la Controinteressata, per le gare ATM del secondo semestre ipotizza due a.t.i. come assegnatarie di due lotti in gara (a.t.i. Controinteressata – Biella – Ricorrente due e a.t.i. Nelsa – Termoil - Olicar); indica quali sono i soggetti (vincitori di precedenti gare) che devono rimanere <<fuori>>, e indica i soggetti che dovranno fare <<pressioni>> per indurli a rimanere fuori.

4.4. Sulla base di tali elementi di fatto, l'AGCM perviene alla conclusione che le imprese hanno posto in essere intese, nelle forme di pratiche concordate, nell'ambito delle gare di appalto bandite da ATM nel 1999 e nel 2000 (§ 299).

Questi gli argomenti giuridici utilizzati dall'AGCM:

- <<(…) una pratica concordata non presenta tutte le caratteristiche di un accordo ma consiste in una forma di coordinamento delle imprese che costituisce in pratica una consapevole collaborazione tra le imprese stesse a danno della concorrenza, con la conseguente realizzazione di condizioni di mercato non corrispondenti a quelle genuinamente concorrenziali>> (§ 300);

- <<Considerato che è principio fondamentale di concorrenza l'autonoma e indipendente determinazione della propria condotta imprenditoriale da parte dei soggetti operanti nel mercato, le imprese non possono coordinarsi, anche senza

spingersi all'attuazione di un vero e proprio accordo, per sostituire consapevolmente una pratica collaborazione ai rischi della concorrenza. Integrano una pratica concordata i comportamenti di più imprese ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli quanto meno nell'impostazione di fondo, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale>> (§ 301);

- <<Sotto il profilo probatorio, la dimostrazione dell'esistenza di una pratica concordata può naturalmente fondarsi su documenti formali che provino direttamente la concertazione, ma anche ricavarsi da comportamenti che costituiscano un complesso di indizi seri, precisi e concordanti di una o previa concertazione, e dunque desumersi direttamente dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti (...) Gli indizi sono rappresentati alternativamente o cumulativamente (a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali, b) dalla presenza di elementi di riscontro, in particolare contatti e scambi di informazioni, rivelatori di una collaborazione anomala. Mentre di norma la prova dell'irrazionalità dei comportamenti va fornita dall'Autorità, in presenza di ragionevoli indizi di pratica concordata (...) grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle relative condotte>> (§ 302).

4.5. Sulla base di tali accertamenti di fatto e di siffatto inquadramento giuridico, l'Autorità ritiene che <<relativamente alle gare bandite dall'ATM di Milano nel 1999 e nel 2000 è stata accertata la realizzazione di pratiche concordate (...). Tali pratiche sono consistite nell'organizzazione di un sistema di turnazione nelle forniture di gasolio autotrazione relative alle gare mensili per le forniture dell'anno 1999 e, successivamente alle modifiche apportate alle condizioni di gara per l'anno 2000 dall'ente appaltante, nel mantenere la ripartizione storica delle forniture tra

tutte le imprese qualificate anche attraverso il ricorso strumentale al raggruppamento di imprese in A.T.I.>> (§ 304).

5. Ad avviso del Collegio la ricostruzione operata dall'Autorità è congruamente motivata e rispondente ai fatti, debitamente comprovati, sicché deve ritenersi sussistente la prova, ancorché indiziaria, della partecipazione dell'appellante all'intesa restrittiva della concorrenza.

5.1. Va premesso che con il ricorso di primo grado non si muovono contestazioni al provvedimento nella parte in cui stabilisce l'ambito del mercato rilevante e accerta la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza, ma si deduce solo l'estraneità dell'appellante a siffatta intesa.

5.2. Nella specie l'intesa è stata posta in essere, secondo la ricostruzione di AGCM, sotto forma di pratica concordata.

In diritto, giova premettere che l'art. 2, l. n. 287/1990, punisce, come illecito anticoncorrenziale, le intese che hanno come scopo o come effetto la restrizione della concorrenza sul mercato nazionale o su una sua parte rilevante.

Le intese di cui all'art. 2, 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.

Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (Corte giustizia CE 8 luglio 1999, causa C-49/92P, Commissione c. Anic; Corte di Giustizia CE, 31 marzo 1993, C. – 89, 104, 114, 116 – 117, 125 – 129/95; Trib. I grado Comunità europee, 15-03-2000, n. 25, 26, 30-32, 34-39/95; C. Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671; C. Stato, sez. VI, n. 926/2004, cit.).

I criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (Trib. I grado Comunità europee, 15-03-2000, n. 25, 26, 30-32, 34-39/95).

L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali.

Il concetto di <<pratica>> si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che:

vi siano comportamenti di più imprese;

detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici;

detti comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo;

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 pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e



ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto.

Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordati.

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti;

l'esistenza di incontri tra le imprese;

gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni;

i segnali e le informative reciproche;

il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

Deve per completezza osservarsi che nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990, 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; C. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671).

Sotto il profilo dell'onere probatorio, va rilevato che in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte (Corte di Giustizia UE, 8 luglio 1999, C. 49/92, *Anic*; Cons. Stato, VI, n. 926/2004, cit.).

5.3. Facendo applicazione di tali consolidati principi di diritto antitrust alla fattispecie concreta, ritiene il Collegio che dirimente sono le seguenti considerazioni:

- in punto di fatto, l'appellante risulta menzionata nei documenti istruttori recanti previsioni sulle gare ATM 1999 e 2000, e ivi indicata come futura aggiudicataria sia per il 1999 che per il 2000;
- tali previsioni si sono poi ex post puntualmente verificate, in quanto l'appellante si è aggiudicata un lotto da sola nel 1999, e un lotto nel 2000 in a.t.i. con Controinteressata, cioè una capogruppo che ha avuto un ruolo particolarmente significativo nella strategia della partecipazione delle imprese concertanti alle gare ATM del 2000 (come emerge dai documenti 681 e 682);
- in punto di diritto, i <<comportamenti ripetuti>> occorrenti per la pratica concordata sono i comportamenti ripetuti da più imprese, e non necessariamente i comportamenti ripetuti da una singola impresa, sicché acquistano rilevanza anche singoli comportamenti di ciascuna impresa, purché si inseriscano in un contesto di comportamenti ripetuti e omogenei tenuti anche da altre imprese, da riguardare in maniera globale, perché è l'insieme delle condotte che denota l'esistenza di una concertazione.

5.4. L'analisi dei singoli elementi di fatto raccolti dall'AGCM evidenzia che l'appellante ha preso parte alla pratica concordata e che la spiegazione alternativa fornita è inattendibile.

Anzitutto, non è contestato da parte ricorrente che lo scopo e l'effetto della pratica concordata, come acclarato dall'AGCM, è stato di fare in modo che ciascuna impresa partecipante alla concertazione si aggiudicasse almeno una gara nel 1999, e del pari almeno una gara nel 2000.

Neppure è contestato da parte ricorrente che la pratica concordata vi sia stata, e sia stata posta in essere da altre diciotto imprese, sanzionate da AGCM per la vicenda delle gare ATM 1999 – 2000.

Significativi indizi della partecipazione di parte appellante alla pratica concordata sono:

1) l'essere menzionata in un appunto previsionale che indica la spartizione dei lotti dell'anno 1999, e l'essere risultata in fatto aggiudicataria in conformità alle previsioni programmatiche;

2) l'essersi per il 2000 raggruppata in a.t.i. con società per le quali non è contestato che abbiano preso parte alla pratica concordata;

3) l'esito vittorioso delle gare

3) i documenti 600, 678, 681 e 682.

5.5. La circostanza che i documenti non siano stati rinvenuti presso l'appellante ma presso terzi va nel caso di specie adeguatamente valutata. Se è vero che un terzo in un proprio scritto potrebbe affermare qualunque cosa, tuttavia questo non comporta l'assoluta inutilizzabilità del documento proveniente dal terzo, bensì la necessità di una valutazione dello stesso che sia particolarmente rigorosa e critica.

Invero, lo scritto proveniente da un terzo è avvicinabile ad una prova testimoniale, di cui va vagliata l'attendibilità.

La giurisprudenza di questo Consesso e la giurisprudenza comunitaria hanno del resto già più volte affermato che i documenti di cui è accertata l'attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili (C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191).

L'utilizzo come prova a carico di documenti provenienti da terzi è stato ammesso dalla Corte di giustizia Ce (cfr. Corte giust. 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie*, par. 159 ss.), che ha ritenuto che sia difficile ammettere che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni.

Nulla vieta, quindi, di ammettere, come prova del comportamento di un'impresa, documenti provenienti da terzi, purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso.

Inoltre, non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, ma anzi deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società (cfr. Corte giust. 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad).

Pertanto, sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza (C. Stato, sez. VI, n. 1191/2001, cit., che ha mediamente superato l'opposto orientamento espresso da C. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792).

5.6. Nel caso specifico, i documenti 600, 678, 681 e 682 appaiono attendibili, sia in considerazione dell'epoca in cui sono stati redatti, sia in considerazione delle ragioni che ne hanno determinato la redazione, e dei successivi esiti delle gare.

Tali documenti sono stati redatti in prossimità temporale delle gare ATM del 1999 e 2000, in una evidente logica spartitoria delle gare ATM.

Chi ha compilato tali documenti non ha fatto previsioni e ipotesi casuali, ma ha elaborato una specifica strategia di gara che ha poi trovato puntuale riscontro nell'effettivo svolgimento delle gare.

5.6. A fronte di tali univoci elementi, non convincono le controdeduzioni di parte appellante volte a dimostrare l'inattendibilità dei documenti: quanto ai documenti relativi alle gare del 1999, la circostanza che non si è rivelata ex post esatta la previsione circa l'aggiudicazione del lotto annuale nulla toglie alla credibilità del documento, che invece ha "indovinato" tutte le previsioni circa le aggiudicazioni dei lotti mensili; quanto alle controdeduzioni relative ai documenti che riguardano

le gare per l'anno 2000, esse non riescono a smentire il dato di fatto essenziale che l'appellante si è aggiudicata in a.t.i. la gara per il secondo semestre 2000, in puntuale coerenza con le previsioni di cui ai citati documenti.

6. Per quanto esposto l'appello va respinto.

Le spese possono essere compensate.

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 giorno 1 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2010

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

Il Dirigente della Sezione