

[Torna alla pagina precedente](#)N. 06921/2016 REG.PROV.COLL.
N. 01494/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 1494 del 2009, proposto da:

Unicredit Banca di Roma S.p.a. e Unicredit S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti prof. Stefano D'Ercole, Nicola Palombi e Domenico Bonaccorsi di Patti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, lgo del Teatro Valle, 6;

contro

Autorità **Garante della Concorrenza** e del Mercato, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro;

per l'annullamento, previa sospensione,

del provvedimento dell'Autorità **Garante della Concorrenza** e del Mercato, adottato nell'adunanza dell'11.12.08, notificato in data 17.12.2008, a conclusione del procedimento n. I/686 (da ora, anche il Provvedimento), con il quale è stato deliberato. "a) che le società Unicredit Banca S.p.A., B.N.L. S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e B.M.P.S. S.p.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, avente per oggetto e per effetto il coordinamento dei propri comportamenti, nel periodo compreso tra il maggio 1996 ed il maggio 2006, in relazione alle gare bandite da INAIL per l'affidamento del proprio servizio di cassa; 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; d) che, in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie alle seguenti società: Unicredit Banca S.p.A. 1.500.000 €; - B.N.L. S.p.A. 50.000 €; - Intesa Sanpaolo S.p.A. 50.000 €; - B.M.P.S. S.p.A. 50.000 €", nonché di ogni altro provvedimento precedente o successivo ad esso connesso o collegato, ed in particolare della delibera dell'AGCM del 30.10.2007, di ampliamento oggettivo dell'istruttoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità **Garante della Concorrenza** e del Mercato, con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 4 maggio 2016 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In seguito a segnalazione dell'INAIL in relazione alle modalità di svolgimento di quattro gare da tale Istituto bandite per l'affidamento del proprio servizio di cassa successivamente alla intervenuta scadenza, nel 2002, di una convenzione stipulata con un r.t.i. composto dall'allora denominate Unicredit Banca spa (Unicredit), Intesa Sanpaolo spa (Intesa), Banca Nazionale del Lavoro spa (BNL) e Banca Monte dei Paschi di Siena spa (MPS), l'Autorità **Garante della Concorrenza** e del Mercato (AGCM) avviava nel corso del 2007 un'istruttoria per ritenuta violazione dell'art. 81, paragrafo 1, del Trattato CE nei confronti di tali quattro istituti bancari.

La vicenda si fondava sulla circostanza della mancata aggiudicazione di tre delle quattro gare in esame (del gennaio 2003, novembre 2004, agosto 2005 e aprile 2006), che aveva indotto l'INAIL a procedere più volte alla proroga della fornitura al suddetto r.t.i. aggiudicatario della convenzione originaria nel 1997.

Dopo aver deliberato, nell'ottobre 2007, l'ampliamento dell'istruttoria, con l'estensione oggettiva anche alla gara bandita nel 1996 che aveva portato alla convenzione in questione, l'Autorità adottava il provvedimento finale nell'adunanza dell'11 dicembre 2008.

In esso, descritte le parti (segnalante e interessate), il procedimento istruttorio, il mercato interessato, le risultanze istruttorie relative all'intesa in riferimento alle gare considerate, le argomentazioni delle parti, l'AGCM riteneva di qualificare la fattispecie in termini di intesa posta in essere dai quattro istituti bancari contraria all'art. 81 cit., mediante una fattispecie unica e complessa, avente inizialmente elementi tipici di un accordo sostanziatosi nel r.t.i. nato nel 1996 con la prima gara (denominata "gara 0") e, successivamente, di condotte collusive qualificabili come pratica concordata con finalità anticoncorrenziali, concretizzatasi in un'intesa restrittiva volta ad evitare condotte competitive e al mantenimento dell'assetto collusivo sino alla data di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione all'ultima gara considerata ("gara 4"). Secondo l'AGCM, l'accordo posto in essere dalle parti appariva riconducibile ad un contesto di gioco cooperativo caratterizzato, nel corso del tempo e in occasione delle gare non aggiudicate, da fasi in cui le parti avevano agito dapprima segnalando la propria insoddisfazione sulle quote del servizio e la volontà di modificarle, minacciando uno "scartellamento", poi cercando un accomodamento per una diversa ripartizione del "payoff" rispetto all'accordo originario, che comunque rimaneva invariato per tutta la durata dell'intesa, la quale era sorta e mantenuta per evitare un confronto concorrenziale, non risultando alcun elemento oggettivo per giustificare una simile aggregazione, che appariva del tutto sovradimensionata e priva di motivazione economica/tecnica sin dall'inizio.

Ricostruendo le fattispecie di condotta riscontrate in tutte le gare prese in considerazione, l'Autorità perveniva alle conclusioni in cui stigmatizzava l'utilizzo "ab origine" della figura contrattuale del r.t.i., ritenuto costituito dalle parti non per la lecita finalità di aggiudicarsi le gare ma per evitare pressioni e rischio concorrenziale, impedendo lo svolgersi di un reale confronto competitivo, ottenendo l'effetto di mantenere le stesse condizioni di prestazione del servizio per i dieci anni tra il 1996 e il 1° ottobre 2007, nonostante il noto fenomeno di crescita e trasformazione mediante aggregazione di diversi soggetti bancari, prima operanti

singolarmente, che aveva contraddistinto tale periodo e di cui le parti interessate erano state anche protagoniste.

Precisata la gravità e la durata dell'infrazione, l'Autorità quindi dava luogo alla quantificazione della sanzione, individuata in € 1.500.000 per Unicredit, quale "capofila" e "leader" dell'intesa riscontrata in virtù della percentuale di gran lunga maggiore nella ripartizione del servizio, e in € 50.000 per ciascuno degli altri tre istituti bancari.

Con ricorso a questo Tribunale, ritualmente notificato e depositato, Unicredit Banca di Roma spa e Unicredit spa (entrambe, Unicredit) chiedevano l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento in questione, lamentando, in sintesi, quanto segue.

"Motivi procedurali.

A.I. Illegittimità del provvedimento di estensione oggettiva del procedimento. Violazione e/o falsa applicazione dei principi del legittimo affidamento, di imparzialità e trasparenza della pubblica amministrazione, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 della legge n. 287/1990; decadenza dall'esercizio del potere sanzionatorio con riferimento alle condotte oggetto dell'ampliamento, anche in riferimento all'inutile decorso del termine prescrizione di cui all'art. 25 del reg. 1/2003 e all'art. 28 della l. n. 689/1981; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti ed illogicità dei presupposti; sviamento di potere".

L'Autorità aveva motivato il provvedimento con cui aveva ampliato l'oggetto dell'istruttoria richiamando gli elementi acquisiti nel corso della stessa, con particolare riferimento a quelli relativi ad accertamenti ispettivi effettuati nel giugno 2007 presso gli istituti bancari. Secondo le ricorrenti, però, nessun nuovo elemento era stato acquisito né si erano manifestate circostanze sopravvenute che avrebbero potuto legittimare tale ampliamento. Era così trascorso il termine di cui all'art. 13 l. n. 287/90 e, di conseguenza, l'AGCM era priva della legittimazione ad esercitare il potere sanzionatorio con riferimento alle condotte oggetto dell'ampliamento. Ciò perché, in realtà, l'Autorità, rendendosi conto dell'infondatezza e dell'illogicità delle tesi che andava sostenendo durante l'istruttoria, aveva dovuto inevitabilmente ampliare l'oggetto della stessa pur di trovare, a suo dire, l'elemento "legante", individuato, in modo illogico infondato, nel "payoff" atteso da ciascun partecipante nell'equilibrio raggiunto in "gara 0" e quindi nel mantenere in essere l'originario r.t.i e la relativa ripartizione di profitti, ritenuta comunque soddisfacente.

Era stato anche violato il principio di affidamento della liceità della condotta e la perentorietà del suddetto termine costituiva un principio generale caratterizzante l'intero procedimento sanzionatorio, quale quello della tempestività e certezza dell'addebito cui si ricollegava strettamente il sorgere in capo al soggetto privato di una posizione giuridica di legittima aspettativa.

Ampliando l'istruttoria per valutare i medesimi comportamenti già conosciuti, l'Autorità aveva così colto l'occasione per prorogare anche il termine di conclusione del procedimento, ferma restando la decadenza dall'esercizio del potere sanzionatorio per le condotte risalenti al 1996 in relazione al termine prescrizione di cinque anni per l'imposizione di sanzioni, di cui all'art. 25 del Regolamento AGCM n. 1/2003 e all'art. 28 l. n. 689/81.

"A.II. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990; difetto di motivazione e violazione dei diritti dei partecipanti al procedimento amministrativo e dei principi di partecipazione e di contraddittorio. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 e dell'art. 1 della l. 241/1990, violazione dei principi di trasparenza e proporzionalità; eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà".

L'Autorità non aveva tenuto in alcun conto le argomentazioni articolate dalle parti, limitandosi nella delibera sanzionatoria a riprodurre quasi pedissequamente le conclusioni

istruttorie (CRI), senza alcuna specifica deduzione o confutazione in ordine a quanto articolato dalle imprese e dando luogo, in tal modo, ad una carenza di motivazione in violazione dei principi generali di cui agli artt. 3 e 10 l. n. 241/90.

Tale insufficienza di motivazione, secondo Unicredit, appariva ancora più grave se posta in relazione all'ampiezza dei poteri affidati all'AGCM nel caso specifico, ove si era dato luogo ad una sanzione afflittiva di particolare intensità.

“B. *Motivi di merito.*

B.I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 81 del Trattato CE in ordine alla delimitazione del mercato rilevante e dei principi in tema di valutazione delle intese restrittive della concorrenza. Illogicità, contraddittorietà manifesta, carenza di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza ed ingiustizia. Eccesso di potere.”

In relazione all'individuazione del mercato di riferimento nella materia delle intese “anticorcorrenziali”, Unicredit evidenziava che la relativa delimitazione contenuta nel provvedimento impugnato era frutto di un evidente forzatura.

In particolare, non sembrava - contrariamente a quanto ritenuto dall'AGCM - che la singola gara INAIL potesse considerarsi essa stessa mercato o, comunque, una parte rilevante del mercato di riferimento, sia esso nazionale o comunitario.

Dato che il presupposto per il verificarsi della fattispecie vietata dall'art. 81 del Trattato CE è costituito proprio dall'individuazione del mercato interessato in cui opera il soggetto autore del comportamento che si asserisce vietato, le modalità della suddetta individuazione assumevano la massima importanza. Nel caso di specie, però, il mercato rilevante doveva essere individuato nell'area geografica ove le imprese fornivano i prodotti o servizi nella quale le condizioni di concorrenza erano sufficientemente omogenee.

La delimitazione del mercato del prodotto doveva quindi essere effettuata riguardo a tutte le gare per l'aggiudicazione del servizio di tesoreria e di cassa, aventi caratteristiche analoghe - per dimensione, tipologia e altro - a quelle del servizio prestato in favore dell'INAIL. Si trattava di un mercato che poteva essere stimato come composto da centinaia di enti pubblici, anche di dimensioni medio-grandi, che aggiudicavano la gestione del proprio servizio di cassa o di tesoreria con modalità analoghe a quelle utilizzate nella fattispecie presa in esame.

Laddove, poi, il provvedimento impugnato affermava che l'intesa aveva investito “l'intero territorio italiano”, non era stato considerato che nel 1996 la dimensione delle quattro banche coinvolte nell'istruttoria era ben diversa da quella al momento della proposizione del ricorso, con conseguente potere economico inidoneo ad influire sul contesto nazionale e sul commercio generale tra gli Stati membri della CE.

“B.II. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 81 del Trattato CE in ordine alla prova della condotta ritenuta lesiva e dei principi in tema di valutazione delle intese restrittive della concorrenza. Illogicità, contraddittorietà manifesta, carenza di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza ed ingiustizia. Eccesso di potere”.*

Riepilogando gli elementi essenziali del servizio prestato in favore dell'INAIL, le ricorrenti evidenziavano che il servizio di cassa si differenziava notevolmente dal servizio di tesoreria, in quanto di solito privo di quelle molteplici formalità, incombenze ed obblighi caratterizzanti l'attività del tesoriere nei confronti dell'ente gestito, limitandosi alla verifica della regolarità formale dei titoli di spesa di riscossione.

Sulla base di tali considerazioni e richiamando la normativa di riferimento, Unicredit ricordava che nel 1996 (“gara 0”) INAIL aveva bandito la prima gara per la gestione di tale servizio alla quale parteciparono quattro concorrenti, tra cui tre raggruppamenti (dei quali

uno era composto da Credito Italiano, BNL, Comit e MPS, uno era capeggiato dalla Banca di Roma, uno era capeggiato dalla Banca Popolare di Milano), mentre l'altro concorrente era il Banco di Napoli presentatosi singolarmente.

La gara fu aggiudicata al raggruppamento capeggiato dal Credito Italiano che prevalse su quello capeggiato dalla Banca di Roma, mentre gli altri due concorrenti non furono ammessi dalla stazione appaltante. Ne derivò la prima convenzione, stipulata il 1° marzo 1997, in cui la capofila vantava una quota pari all'85% e le altre banche la residua quota del 5% ciascuna.

Le ricorrenti, quindi, ricordavano che la gara del 20 gennaio 2003 ("gara 1") fu espletata mediante licitazione privata e vi parteciparono due raggruppamenti, di cui uno composto da Unicredit, UBI e Banca Intesa e l'altro da BNL, Banca di Roma e MPS. La medesima non fu aggiudicata in quanto l'offerta presentata dal "raggruppamento Unicredit" fu annullata e il bando di gara prevedeva la presenza di almeno due offerte valide per disporre l'aggiudicazione. La "gara 2" del 2004, ove parteciparono di nuovo due raggruppamenti di cui uno composto da Unicredit, BNL e MPS e l'altro da varie Banche Popolari, pure non fu aggiudicata perché non fu presentata offerta dal raggruppamento delle "Banche Popolari". La "gara 3", del 2005, vedeva partecipanti un raggruppamento con Unicredit e Banca di Roma e un altro capeggiato da BNL, con Banca Intesa, MPS, Banca Pop. Milano e Banca Pop. Sondrio. Qui il raggruppamento capeggiato da Unicredit non presentò l'offerta a causa della pendenza di un contenzioso avviato da Poste Italiane e lo stesso INAIL relativo all'accollo degli oneri derivanti dall'incasso fraudolento di assegni circolari e, quindi, per la nota clausola del bando che prevedeva l'aggiudicazione solo con la presenza di due offerte valide, la gara nuovamente fu dichiarata deserta.

La "gara 4", nel 2005, pure rimase deserta in quanto il raggruppamento composto da Unicredit e Banca di Roma non presentò offerta ritenendo onerosi i capitolati di gara e perché alla medesima partecipò solo un altro raggruppamento.

Sulla base di tali presupposti, Unicredit evidenziava anche che l'AGCM aveva esteso temporalmente la presunta intesa sin dal 1996 fino alla data di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione all'ultima gara, poi aggiudicata, senza tenere conto dei notevoli mutamenti, nel corso del tempo, del contesto economico ove si erano svolti i fatti.

In primo luogo, il mercato bancario negli ultimi anni era stato interessato da grandi aggregazioni per cui, quantomeno dal 2002 in poi, risultava caratterizzato da una struttura molto meno frammentata rispetto a quella del 1996.

In secondo luogo, la composizione dei raggruppamenti partecipanti alle cinque gare era sempre stata diversa e, addirittura, in tre di tali cinque, le imprese sanzionate dall'Autorità avevano partecipato in raggruppamenti contrapposti - evidentemente per competere, vincere ed aggiudicarsi la commessa - e quindi risultava estremamente difficile affermare che vi potesse essere stato un disegno collusivo unitario durato per ben dieci anni.

La mancanza di uniformità soggettiva, in virtù delle ricordate modifiche e aggregazioni, nonché oggettiva, in virtù del lungo tempo trascorso e delle modifiche richieste al servizio oggetto di gara, escludevano la condivisibilità delle conclusioni dell'Autorità, in quanto l'andamento di tutte le singole gare era stato in realtà caratterizzato da una costante forte concorrenza fra le parti, senza per questo che potesse individuarsi una logica finalizzata a mantenere invariate le rispettive ripartizioni nel lungo tempo dei dieci anni considerati.

Le proroghe dell'originaria convenzione erano state disposte per iniziativa dell'INAIL e a causa della mancata aggiudicazione delle gare, nel rispetto dei bandi e del capitolato che ovviamente le parti sanzionate non avevano contribuito in alcun modo a formare, fermo

restando che le proroghe potevano anche non essere disposte qualora l'Istituto non fosse stato soddisfatto del servizio, quindi anche se fosse stato prestatato a costi ritenuti troppo elevati.

L'assenza di una certezza, a priori, della concessione di una proroga dell'originaria convenzione metteva poi in crisi le valutazioni in ordine alla convenienza della collusione in termini di raffronto dei "payoff", invece sostenute nel provvedimento impugnato.

Anche riesaminando l'andamento delle singole gare, le ricorrenti evidenziavano l'erroneità delle conclusioni cui era pervenuta l'AGCM, in quanto la "gara 0" fu regolarmente esperita secondo il bando ed aggiudicata al raggruppamento capeggiato dal Credito Italiano a cui si era contrapposto altro partecipante, ferma restando la presenza di altri concorrenti poi non ammessi.

Di particolare rilievo, secondo le ricorrenti, era poi la circostanza per la quale il bando delle prime tre gare conteneva una clausola che imponeva la presenza di almeno due offerte valide e quindi la mancata aggiudicazione in presenza di una sola offerta era tutta riconducibile alla stazione appaltante.

Così pure dalla documentazione acquisita agli atti emergeva che non vi era stata alcuna minaccia da parte degli altri partecipanti al raggruppamento sanzionato volta esclusivamente a rendere credibile una volontà di cambiare posizioni, in un contesto dove era noto un bassissimo rischio che la gara venisse aggiudicata - come ritenuto dall'AGCM. In realtà, ciò che l'Autorità aveva interpretato come attività finalizzata a raggiungere un nuovo equilibrio collusivo nel rinegoziare le quote per il futuro era invece l'espressione di una volontà, da parte soprattutto di BNL, di aggiudicarsi la commessa estromettendo proprio Unicredit dal servizio, anche perché - come detto - mancava ogni prova che fosse prevedibile la mancata aggiudicazione delle gare.

La "gara 1", infatti, non fu aggiudicata solo per un mero errore materiale di Unicredit e l'altro raggruppamento capeggiato da BNL, avendo conosciuto i punteggi tecnici ufficializzati dalla commissione di gara, logicamente aveva ritenuto di non continuare la gara sollevando un vizio formale e sollecitando l'intervento della commissione. D'altro canto Unicredit ritenne di non presentare ricorso in quanto era comunque ancora aggiudicataria del servizio in virtù della precedente proroga e non voleva iniziare un contenzioso con la stazione appaltante.

Analogamente, secondo le ricorrenti, mancavano elementi probatori idonei ad evidenziare la condotta collusiva negli anni successivi, in quanto i contatti precedenti alla "gara 2" erano lecitamente rivolti alla costituzione di un nuovo raggruppamento e non erano state considerate la presenza di un altro raggruppamento, poi ritiratosi, nonché la circostanza per la quale uno dei presunti partecipanti all'intesa collusiva non aveva aderito alla nuova aggregazione (Banca Intesa).

La decisione di Unicredit di non presentare un'offerta economica per la "gara 3" derivava da una legittima valutazione tecnico/commerciale del bando, anche in relazione all'irrisolta problematica degli assegni incassati fraudolentemente sopra richiamata.

L'assenza di comportamenti omogenei nel corso degli anni e in relazione alle gare considerate era confermata anche dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria la quale, anzi, evidenziava un elevato grado di conflittualità tra le parti che minava alle fondamenta la possibilità di addebitare loro un illecito "anticorrenziale". Non emergeva alcun elemento idoneo ad accertare la messa in opera di accordi "di desistenza", in quanto tale espressione era stata usata in modo improprio, in una comunicazione interna, da un funzionario di Unicredit e non poteva quindi esprimere la politica commerciale della banca,

fermo restando che comunque un istituto bancario che era stato considerato coinvolto in tali accordi aveva presentato domanda di partecipazione.

La gara del 2005, secondo Unicredit, evidenziava una forte componente concorrenziale per la suddivisione delle quote di lavoro, principalmente da parte di BNL, che aveva portato alla rottura del “pool” precedente e alla costituzione di nuove formazioni.

“B.III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 81 del Trattato CE e dei principi in tema di valutazione delle intese restrittive della concorrenza in ordine alla sussistenza della pretesa intesa, quanto alla sussistenza di motivazioni alternative. Illogicità, contraddittorietà manifesta, carenza di istruttorie di motivazione, irragionevolezza ed ingiustizia. Eccesso di potere”.

Unicredit ripercorreva il nucleo del ragionamento dell’AGCM, secondo cui sussisteva un disegno complessivo in forza del quale le banche aderenti al raggruppamento aggiudicatario della gara del 1996 avevano inteso mantenere lo “status quo” anche dopo la scadenza dell’originaria convenzione, accontentandosi dell’originaria ripartizione e dando luogo ad una conflittualità solo apparente all’interno di un r.t.i. comunque sin dall’inizio sovradimensionato, non necessario per risolvere problemi tecnici ma ideato solo per vincolare possibili concorrenti.

Le ricorrenti rimarcavano in proposito che i comportamenti presi in considerazione, lungi dal determinare una restrizione della concorrenza, apparivano in realtà giustificati e giustificabili sotto molteplici profili.

In primo luogo, era assente la prova di un accordo nel senso di un volontario comportamento illecito tenuto da un soggetto specificamente autorizzato ad agire per conto di una compagine sociale.

In secondo luogo, mancava l’acquisizione di documenti provenienti da tutte le parti volti a confermare un disegno collusivo portato avanti negli anni e ciò che era stato acquisito nel corso dell’istruttoria testimoniava unicamente l’esistenza di una trattativa serrata per costituire i raggruppamenti ed aveva un significato e una portata completamente differenti rispetto a quelli propri di un accordo “anticoncorrenziale”.

Erano assenti anche i presupposti per evidenziare un’eventuale “pratica concordata” nel senso fatto proprio dalla giurisprudenza comunitaria in quanto, nel caso di specie, non vi era la prova di un coordinamento avente lo scopo di eliminare in anticipo ogni incertezza relativa al futuro comportamento dei concorrenti e i riscontrati coordinamento, collaborazione e contatti diretti o indiretti tra le imprese erano stati realizzati al solo scopo di formare i raggruppamenti per la partecipazione alle gare, dando luogo quindi a una pratica lecita volta ad ottenere una più alta probabilità di aggiudicarsi la commessa.

A ciò doveva aggiungersi che la giurisprudenza non riteneva inammissibile la costituzione di raggruppamenti temporanei di impresa c.d. “sovradimensionati” e, al fine di evidenziarne il carattere illecito sotto il profilo “anticoncorrenziale”, era necessaria un’interpretazione del contesto di aggregazione che, per quanto illustrato in precedenza, non poteva essere quello immaginato dall’AGCM, che non aveva trovato elementi rivelatori dell’illiceità dell’accordo esternamente alla costituzione del raggruppamento di impresa (c. d. “elementi probatori esogeni”).

Nel caso di specie le ricorrenti ritenevano di aver sufficientemente dimostrato l’esistenza di ragioni alternative a giustificazione delle condotte serbate, sia per la mancata partecipazione sia per la mancata presentazione di offerte.

La costituzione di raggruppamenti necessari alla partecipazione alle varie gare era legata inoltre alle modalità di attribuzione dei punteggi, che privilegiavano un alto numero di sportelli necessario per poter svolgere correttamente il servizio di cassa.

Secondo Unicredit si sarebbe potuto imputare al bando di gara la mancata previsione, nell'attribuzione del punteggio tecnico, di un tetto al numero di sportelli ma tale circostanza, peraltro nota alla stessa Autorità, non risultava essere stata presa in considerazione, così come erroneamente non era stato evidenziato che il medesimo bando di gara richiedeva la presenza di almeno due offerte valide e che la ricaduta delle frodi riguardante l'incasso degli assegni circolari non doveva essere valutata rispetto al volume complessivo emesso ma rispetto ai margini realizzati dal cassiere della commessa.

“B.IV. Assenza dell'elemento soggettivo nella violazione - gravità dei comportamenti – assenza - conseguente illegittimità della sanzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27 del d.lgs. n. 206/2005 e dell'art. 3 della legge 24.11.1981, n. 689 nonché dei principi generali vigenti in materia di sanzioni amministrative. Eccesso di potere per perplessità dei presupposti, travisamento delle risultanze istruttorie, difetto di istruttoria, carenza di adeguata motivazione. Illegittimità derivata”.

Il provvedimento impugnato risultava macroscopicamente illegittimo in relazione alla mancata valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito. Nel caso di specie, infatti, era mancato l'accertamento in ordine alla consapevolezza dell'antigiuridicità dei comportamenti posti in essere dai soggetti agenti, in violazione dei principi riconducibili allo stesso Trattato CE, secondo l'interpretazione giurisprudenziale che era richiamata.

Le ricorrenti contestavano anche i criteri di determinazione della misura della sanzione pecuniaria inflitta.

La ritenuta gravità doveva essere mitigata in relazione al peso che la sola “gara INAIL” poteva avere in relazione al comparto dei servizi di tesoreria e cassa di tutti gli enti pubblici di dimensione medio-grande; la condotta doveva considerarsi conclusa all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla “gara 4”; doveva essere valutato l'apporto collaborativo prestato dalle ricorrenti; la maggiorazione della sanzione applicata non risultava motivata, in quanto Unicredit rivestiva unicamente la funzione di mandataria del r.t.i. ma non era dimostrato un suo apporto prevalente alla condotta collusiva.

Le ricorrenti concludevano la loro esposizione eccependo la prescrizione in ordine ai fatti avvenuti prima del 28 maggio 2002, data di avvio dell'istruttoria.

Si costituiva in giudizio l'Autorità intimata, affidando ad una memoria specifica le tesi rivolte a dimostrare l'infondatezza del ricorso.

In seguito a esplicito atto di rinuncia all'istanza cautelare, ritualmente notificata, e dopo rinvio d'ufficio della prima udienza pubblica per connessione con altro ricorso pendente, era fissata l'udienza di merito del 4 maggio 2016, ove la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, nell'esaminare preliminarmente le doglianze definite di ordine “procedimentale” dalle ricorrenti, non ne rileva la condivisibilità.

Per quanto riguarda quanto lamentato nel primo motivo di ricorso, il Collegio concorda con la ricostruzione operata nelle difese dell'Autorità, laddove è evidenziato che solo con l'acquisizione istruttoria mediante accertamenti ispettivi era emersa la corrispondenza “interna” a Unicredit da cui l'AGCM aveva desunto che il ritenuto disegno collusivo potesse trarre origine sin dal 1996, con conseguente estensione oggettiva del procedimento anche alla c.d. “gara 0”.

Nell'ottica di impostazione dell'Autorità, quindi, non era stata accertata una serie di infrazioni distinte e cumulate in relazione a ciascuna gara, ma un unitario disegno illecito volto a perpetuare vantaggi acquisiti in termini di “intesa anticoncorrenziale”, sin dal 1996 e fino al 2007.

Ne consegue che il termine di prescrizione richiamato da Unicredit in relazione all'art. 25 del Regolamento 1/2003 e all'art. 28 l. n. 689/81 non può che decorrere dal giorno in cui l'unitaria infrazione risulta terminata nel suo carattere permanente (TAR Lazio, Sez. I, 9.1.13, n. 125), fermo restando che la giurisprudenza ha recentemente chiarito che la clausola legislativa di compatibilità («in quanto applicabili»), di cui all'art. 31 l. n. 287/90, impone di considerare che l'obiettivo difficoltà di accertare siffatte violazioni e l'esigenza di ricondurre a ordine i comportamenti anticoncorrenziali, specie se gravi o molto gravi, in modo tale da rendere effettivo il precetto di legge, insieme alla considerazione che le misure in questione hanno normalmente non solo una funzione, «de praeterito», retributiva di sanzione, ma anche la caratteristica «de futuro», primaria ed essenziale, di regolazione pubblica di attività economiche a tutela delle condizioni generali di concorrenza, portano a considerare che è difficilmente compatibile con le misure medesime la rigida previsione di un termine di cinque anni, come quello individuato dall'art. 28 l. n. 689/81 per «le violazioni indicate dalla presente legge» quale termine di prescrizione «dal giorno in cui è stata commessa la violazione» per «il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni», funzionale alla mera retribuzione sanzionatoria di comportamenti individuali e priva di apprezzamenti proporzionali a un dato mercato rilevante (Cons. Stato, Sez. VI, 2.7.15, n. 3291).

Né è invocabile nella presente fattispecie il termine di cui all'art. 13 l. n. 287/1990, che si riferisce alla comunicazione – volontaria – delle intese intercorse da parte delle imprese interessate, circostanza, questa, estranea al caso in esame.

In questo, in realtà trova applicazione il successivo art. 14, che non prevede termini perentori di avvio dell'istruttoria, la quale risulta comunque aver avuto inizio in un congruo termine dalla data del 6.4.2007 di ricezione della prima documentazione da parte di INAIL.

Alle parti, come risulta dalla lettura del provvedimento impugnato, è stato garantito il contraddittorio e la partecipazione procedimentale su tutti i fatti presi in considerazione, senza che possa individuarsi un concreto affidamento in esse ad una mancata estensione del procedimento, che è sempre consentita all'Autorità quando rinviene documentazione integrativa, ai sensi dell'art. 14, comma 2, cit.

Di conseguenza, non risultando alcun illegittima estensione dell'istruttoria, non possono trovare accoglimento neanche le doglianze relative alla collegata proroga del termine di conclusione del procedimento.

Parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso.

Il provvedimento impugnato riporta ampiamente le argomentazioni illustrate dalle parti nel corso del procedimento e che l'impianto su cui si è fondata la motivazione per l'irrogazione delle sanzioni sia sostanzialmente coincidente con quanto delineato nella CRI non è circostanza rilevante sotto il profilo procedimentale lamentato, risultando evidentemente non convincenti – sotto l'ottica dell'AGCM – le tesi difensive delle imprese.

Né era richiesta una specifica motivazione che desse conto puntuale delle deduzioni di parte espresse nel corso del procedimento. E' nota infatti la conclusione giurisprudenziale secondo la quale l'obbligo in capo all'amministrazione di esaminare le memorie prodotte dall'interessato non implica la confutazione analitica di tutti i rilievi prospettati, essendo per contro sufficiente che il provvedimento finale sia corredato da un'adeguata motivazione generale (per tutte: Cons. Stato, Sez. V, 21.4.16, n. 1588; TAR Lazio, Sez. II q, 22.3.16, n. 3545), onere che nel caso in esame l'AGCM risulta avere assolto mediante l'ampia motivazione di cui al provvedimento impugnato.

Passando all'esame delle censure "di merito" proposte da Unicredit, il Collegio non ritiene condivisibile quanto lamentato nel terzo motivo di ricorso in ordine all'individuazione del mercato rilevante preso a riferimento, consistente per l'AGCM nelle "gare per il servizio di cassa generale di INAIL" in relazione agli specifici servizi richiesti dall'organismo di diritto pubblico in questione sull'intero territorio nazionale.

La tesi delle ricorrenti, secondo la quale il mercato di riferimento doveva essere in realtà costituito da quello relativo a tutte le gare sul territorio UE per il servizio di tesoreria e cassa aventi caratteristiche analoghe a quelle del servizio prestato in favore di INAIL e bandite da tutti gli organismi ed enti pubblici, non può trovare accoglimento.

In primo luogo, si evidenzia che questa Sezione ha avuto recentemente modo di ribadire (TAR Lazio, Sez. I, 10.2.16, n. 1934 e 25.2.15, n. 3341) quanto già evidenziato dalla Corte di Cassazione (Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2014 n. 1013), secondo cui "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità **garante della concorrenza** e del mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini".

In sostanza, l'individuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui quali il giudice amministrativo non può intervenire, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità **garante della concorrenza** e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza (Cons. Stato, Sez. VI, 8.4.14, n. 1673).

Questa Sezione ha quindi chiarito che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario (TAR Lazio, n. 1934/16 e n. 3341/15 citt.; Cons. Stato, Sez. VI, 8.8.14, n. 4228).

Inoltre, la definizione medesima di "mercato rilevante" non è connotata in senso meramente geografico o spaziale ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 26.1.15, n. 334), per cui questo può essere individuato anche in una zona geograficamente circoscritta, connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto/servizio o una gamma di prodotti/servizi considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, le imprese che forniscono quel prodotto o servizio si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza, con utilizzo di regole scientifiche per lo più tratte dalla scienza economica oltre che da regole di comune esperienza (Cons. Stato, sez. VI, 13.9.12, n. 4873).

In sostanza, il giudice amministrativo, nello specifico contenzioso, non può sostituirsi all'Autorità di settore nell'individuazione del mercato rilevante se questa risulti attendibile

secondo la scienza economica nonché immune da vizi logici e di violazione di legge (Cons. Stato, Sez. VI, 12.4.13, n. 2002).

Come ampiamente rilevato dalla giurisprudenza (con riferimento a “gare d’ambito”, v. Cons. Stato, Sez. VI, 4.11.14, n. 5423), l’estensione del concetto di “mercato rilevante” – che, come detto, spetta all’Autorità competente definire, quale frutto di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca - ben può essere desunta all’esito dell’esame della singola e specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale, per cui il “mercato rilevante” può anche coincidere con la singola gara o le varie gare nelle quali tale condotta venga ad incidere (Cons. Stato, Sez. VI, 26.1.15, n. 334), come accaduto nel caso di specie

La definizione di mercato rilevante non si connota in senso meramente geografico o spaziale ma è relativa all’ambito nel quale l’intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale, sicché, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, la definizione del mercato rilevante è direttamente correlata al contesto in cui si inquadra il comportamento collusivo tra le imprese coinvolte (Cons. Stato, Sez. VI, 3.6.14, n. 2837). Come a più riprese è stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, in tali ipotesi l’individuazione e la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all’individuazione dell’intesa nei suoi elementi oggettivi, in quanto sono l’ampiezza e l’oggetto dell’intesa a circoscrivere il mercato su cui l’abuso è commesso.

Se, quindi, l’individuazione del mercato rilevante, nel caso di intesa restrittiva della concorrenza, è funzionale alla delimitazione dell’ambito nel quale l’intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale, non vi è dubbio che le conclusioni alle quali è giunta Unicredit si manifestano, sul punto, non condivisibili, in quanto collegate a una considerazione preventiva e aprioristica, meramente geografica e percentuale dell’ambito di riferimento, laddove, come si è detto, la rilevante peculiarità che contraddistingue l’individuazione del mercato rilevante nel caso delle intese vietate presuppone il preventivo accertamento del grado di offensività della condotta (Cons. Stato, sez. VI, 8.2.08, n. 424).

Nella fattispecie in esame l’Autorità non illogicamente ha definito il mercato rilevante prendendo le mosse dal servizio posto a gara per un ambito di dimensione geografica comunque nazionale, nel quale l’unica forma di concorrenza possibile era quella relativa alla partecipazione alle gare medesime (c.d. “concorrenza per il mercato”), e ha considerato, quindi, coincidente il mercato rilevante con le gare in questione, poiché è in tale ambito che il comportamento dei concorrenti aveva assunto rilevanza (sulla coincidenza e legittimità della nozione di “mercato rilevante” anche in riferimento ad una singola gara: Cons. Stato, Sez. VI, 26.1.15, n. 334 cit.).

Passando più propriamente al “merito” della fattispecie, il Collegio rileva la fondatezza del quarto e quinto motivo di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente.

In primo luogo pare opportuno sintetizzare i principi generali cui è pervenuta la giurisprudenza, evidenziando sin da ora che essi devono poi essere calati nel caso concreto all’esame del giudice, data la peculiarità che contraddistingue la fattispecie della pratica anticoncorrenziale che non può che essere valutata sul singolo caso concreto legato agli elementi indiziari e/o probatori acquisiti dall’Autorità e forniti dalle parti, nel procedimento e, dopo, al giudice amministrativo.

Ebbene, il Consiglio di Stato da poco (Sez. VI, 4.9.15, n. 4123) ha avuto modo di precisare in argomento quanto segue: “Mentre la fattispecie dell’accordo ricorre qualora le imprese abbiano 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, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. 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. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però 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. L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, uniformi e paralleli, che costituiscano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, sicché 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, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

- la durata, l'uniformità e il 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.

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie da dimostrare sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e 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,

così, 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 (sulla ricostruzione della fattispecie delle pratiche concordate anticoncorrenziali, sotto il profilo sostanziale e probatorio, v., per tutte, Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925, con ampi richiami giurisprudenziali, comunitari e nazionali).”

Ebbene, nel caso di specie – per la fattispecie in esame – valgano i richiami a quanto sopra illustrato, nel senso che “a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, se 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, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento. Se dall'istruttoria emerge 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”.

Il Collegio osserva che nel caso di specie risulta che le imprese considerate abbiano dato luogo al di per sé lecito istituto del r.t.i., consentito dalla normativa vigente e dai bandi di gara. A fronte di tale presupposto oggettivo, l'AGCM ha ritenuto di rinvenire, in istruttoria, ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale legata alle “gare INAIL”: conseguentemente, è necessario verificare se le imprese, nel particolare Unicredit, abbiano fornito spiegazioni alternative idonee a evidenziare la liceità della loro condotta.

Sulla base di tale duplice presupposto, è necessario quindi valutare: a) se l'AGCM abbia enucleato in istruttoria una effettiva presenza di indizi (gravi, precisi e concordanti) al fine di identificare una pratica concordata anticoncorrenziale; b) se le imprese abbiano fornito una spiegazione “alternativa” e ragionevole al loro comportamento. Il tutto – come detto – sullo sfondo della presenza di un r.t.i. che, di per sé, prevede contatti e ragionamenti di ordine economico/imprenditoriale tra le imprese alla base della loro formazione.

Esaminando il primo presupposto, si rileva dal provvedimento impugnato che l'Autorità ha preso in considerazione, dal 7. 5.1996, una nota di “corrispondenza interna a Unicredit” in cui si evidenziava di ritenere possibile gareggiare senza aggregazioni, per non frazionare la convenzione economica, ma di ritenere opportuno pervenire a “patti di desistenza” da concordare con alcune banche (citate specificamente, ma a titolo esemplificativo, esprimendo la dizione “salvo altre”) cui riservare specifiche regioni (circa il 10% del lavoro). Nella successiva corrispondenza – sempre tutta interna a Unicredit – si evidenziava che un istituto bancario aveva comunicato l'intenzione di gareggiare “con una cordata” e si rimetteva alla Direzione Territoriale Lazio, Umbria e Abruzzi di valutare la possibilità di partecipare singolarmente o come gruppo creditizio. Seguivano altre comunicazioni in cui si rappresentava che Banco di Napoli e Banco di Sicilia erano orientati ad una prospettiva di collaborazione come corrispondenti privilegiati nelle rispettive regioni “naturali” mentre

altre due, BNL e MPS, si erano dichiarati disponibili a scendere in campo “al nostro fianco”. La ragione era quella di contrastare la “pressante attività di Bancaroma” nel settore. Pur non risultando rinvenute presso le altre imprese comunicazioni che confermavano tale impostazione, ne emerge che una posizione di coordinamento può riconoscersi a Unicredit, poi “capofila” del r.t.i. vincitore della “gara 0”

Il Collegio in merito, però, non può non osservare che la situazione – come d'altronde evidenziato nelle difese della ricorrente – doveva essere “contestualizzata” al 1996, ove le aggregazioni dei grandi istituti bancari ancora non si erano formate (tanto da individuare Banca di Roma, dopo qualche anno entrata a far parte della “galassia” Unicredit, quale principale “competitor”) e ove la partecipazione a gare come quella in esame poteva essere logicamente spiegata con la necessità di trovare istituti maggiormente radicati sui singoli territori di riferimento con i propri sportelli, al fine di coprire al meglio la maggior parte del territorio nazionale, per quanto richiesto nella legge di gara.

All'epoca – oltre a quelli citati in tali corrispondenze “interne” – vi erano molti istituti bancari frammentati sul territorio e ben un r.t.i. poteva consentire di acquisire un lecito vantaggio nel partecipare a gare sul servizio di tesoreria/cassa.

Né emerge che l'AGCM abbia approfondito e indicato nel provvedimento impugnato quale era il parametro soggettivo di riferimento, vale a dire quale era il numero totale di istituti bancari attivi in Italia che avrebbero potuto partecipare alla gara e se un'aggregazione composta da Unicredit, Intesa, BNL e MPS avrebbe avuto un contrasto concorrenziale se altre banche si fossero coalizzate in r.t.i. come loro.

Risulta, quindi, che nell'ipotesi di “gara 0” le parti abbiano privilegiato più un ragionamento di strategia imprenditoriale che una volontà anticoncorrenziale. Ciò si rileva anche, ad opinione del Collegio, proprio dalla particolare ripartizione del servizio, che vedeva Unicredit come maggiormente gratificata in ogni settore del servizio (Plafond e Titoli 100%, Rendite Permanenti, fino al 2000, 85%, Sedi locali, 90%, Inabilità Temporanee, dal 2011 100%) e le altre ricavare una percentuale di gran lunga minore. Soprattutto per queste ultime, quindi, non poteva valere un ragionamento di convenienza economica assoluta, dato che in r.t.i. con altre compagini avrebbero potuto acquisire un ricavo maggiore, ma – evidentemente – una libera scelta strategica di settore.

E' da notare poi che nella “gara 0” la compagine concorrente era proprio quella “capeggiata” da Banca di Roma (come detto, nel tempo fusa in Unicredit), ritenuta “leader” nel settore dei servizi di cassa/tesoreria, come rilevato nella suddetta corrispondenza interna; per cui ben poteva configurarsi una volontà non “anti” ma “pro” concorrenziale nel dare luogo ad un r.t.i. volto proprio a erodere lecitamente lo spazio alla compagine che era riconosciuta come quella di riferimento.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi anche per le altre gare.

Per “gara 1” bandita nel 2002, risulta che Unicredit si sia fatta promotrice di una riunione tra le stesse partecipanti al precedente r.t.i., proponendo specifiche ripartizioni.

Qui, però, emergono dei contrasti tra le imprese, in quanto risultava che BNL voleva uscire dalla compagine “per motivazioni di ordine reddituale”, che anche Intesa la riteneva “non remunerativa” e che MPS si riservava di valutarne l'economicità. Risultava anche che BNL manifestava proprio la volontà di uscire e che MPS pure prospettava tale soluzione, salvo chiedere la revisione della ripartizione in assenza di BNL.

La volontà concorrenziale emerge dalla circostanza per la quale BNL partecipa con una “sua compagine” insieme a MPS e Banca di Roma. In sostanza, due delle originarie partecipanti al r.t.i. aggiudicatario di “gara 0” formano un autonomo raggruppamento con

quella che era considerata (almeno nel 1996) la “leader” del settore, con una ripartizione sostanzialmente “egualitaria” (34% a BNL, 33% a MPS e 33% a Banca di Roma), di certo più conveniente e remunerativa rispetto a quella precedente.

A questo punto si intrecciano circostanze riconducibili alla dinamica della gara. Risulta infatti che la commissione giudicatrice dava lettura dei punteggi attribuiti all’elemento “qualità” che vedeva prevalere nettamente il raggruppamento Unicredit. Su segnalazione di un rappresentante BNL era poi dichiarata l’offerta Unicredit inammissibile per indeterminatezza e Unicredit, pur valutando l’ipotesi – approfondita anche dalla Direzione Affari Legali di Intesa – riteneva di non proporre ricorso.

La ragione, sostiene Unicredit, risiedeva essenzialmente in valutazioni di ordine “strategico” perché non si voleva entrare in contenzioso con l’Istituto per il quale continuava a svolgere il servizio.

Tale ricostruzione appare plausibile al Collegio per le seguenti ragioni: a) il bando stesso prevedeva la non aggiudicazione in presenza di una sola offerta; b) l’esclusione era dovuta ad una specifica interpretazione, peraltro dubbia, del bando di gara; c) vi era stata la previa lettura delle offerte tecniche e, a quel che è riportato nel provvedimento impugnato, anche delle offerte economiche.

Sulla base di una discutibile impostazione stessa della procedura di gara, fondata su un bando molto restrittivo, che non considerava ai fini dell’aggiudicazione la validità di una sola offerta, e sulla previa lettura delle offerte, era stata la stessa stazione appaltante a fornire alle concorrenti elementi idonei a tali valutazioni strategiche.

Inoltre, manca ogni elemento indiziario a configurare una articolata e quasi “diabolica” preparazione della gara, ove due delle partecipanti all’originario r.t.i. del 1996 avrebbero finto uno “scartellamento”, dichiarandosi insoddisfatte del mantenimento della medesima ripartizione (che, in effetti, riconosceva loro una percentuale molto bassa), avrebbero costituito un nuovo raggruppamento con la banca allora considerata “leader” del settore (ove era invece riconosciuta loro una percentuale sostanzialmente egualitaria rispetto alla “capofila”), ove Unicredit avrebbe formulato un’offerta (a quel punto) volutamente incompleta al fine di ottenere la dichiarazione di “gara deserta”, ove BNL avrebbe quindi segnalato l’irregolarità alla commissione di gara nella speranza che questa interpretasse il bando in tal senso, ove Intesa (che pure avrebbe acquisito una percentuale più favorevole rispetto al precedente r.t.i.) non ritiene lei di presentare ricorso contro l’esclusione del r.t.i. di cui faceva parte. Il tutto, per continuare a mantenere un r.t.i. alla cui appartenenza nessuno si mostrava veramente soddisfatto se non Unicredit.

In realtà, in assenza dei ricordati elementi indiziari gravi, precisi e concordanti in tal senso, il Collegio ritiene che la spiegazione alternativa proposta da Unicredit sia logica e idonea a escludere una volontà di condotta anticoncorrenziale.

A sostanziali analoghe conclusioni si perviene per le restanti gare “2” e “3”.

In primo luogo, il Collegio ritiene che abbia un peso non trascurabile, se non proprio assai rilevante, la circostanza per la quale l’INAIL ha ritenuto di riproporre la clausola del bando che prevedeva la dichiarazione di gara deserta alla presenza di una sola offerta. Se vi fosse stato, infatti, sentore di una sostanziale pratica “anticoncorrenziale” che aveva portato alla situazione sopra descritta di “gara 1”, ben avrebbe potuto l’Istituto antinfortunistico, nel suo interesse, provvedere a modificare tale clausola ed evitare anche la sola possibilità di prorogare l’originaria convenzione, se ritenuta non più conveniente.

In “gara 2”, infatti, la procedura è stata nuovamente dichiarata deserta. Vi parteciparono due r.t.i. e, anche sotto tale profilo, il Collegio rileva come l’Autorità non abbia

approfondito la circostanza della partecipazione ripetuta di due raggruppamenti a ogni gara e della possibilità che fosse il bando di gara stesso, come congegnato, a scoraggiare una piena concorrenzialità, ancora nel 2004 e 2005, quando il processo di aggregazione bancaria non si era pienamente realizzato e quindi vi era un buon margine di “appetibilità” per acquisire il servizio, anche da parte di altri istituti bancari diversi da quelli presi in considerazione.

Resta il fatto che alla “gara 2” parteciparono un r.t.i. con Unicredit (capofila), BNL e MPS e un altro formato da diverse Banche Popolari.

Rileva il provvedimento impugnato che in sede ispettiva presso l'allora Banca di Roma era stata riscontrata una nota in cui l'istituto in questione proponeva a BNL di partecipare con il medesimo raggruppamento della precedente gara ma che ciò non si realizzò, in quanto BNL comunicò che si sarebbe ricostituito il “pool” della “gara 0”.

A parte la considerazione per la quale tale “pool” comprendeva anche Intesa, che però poi non si presentò per “gara 2”, il Collegio rileva che la scelta imprenditoriale di BNL di partecipare con Unicredit alla nuova procedura, peraltro con ripartizione rivista a suo favore rispetto a “gara 0” come era suo auspicio sin dall'origine, appare ben più comprensibile – nell'ottica in cui si è mossa l'Autorità nel caso di specie - rispetto alla scelta di Banca di Roma di non partecipare proprio alla gara. Tale decisione non appare fondata su ragioni facilmente intuibili – ben potendo Banca di Roma aggregarsi con istituti bancari diversi da BNL, come osservato anche in una comunicazione interna riportata nelle note a pag. 35 del provvedimento impugnato – eppure l'AGCM ha trascurato tale aspetto, senza approfondire in merito allargando la sua ottica all'intero mercato di riferimento e a tutti gli istituti bancari potenzialmente interessati al servizio posto in affidamento.

Ad ogni modo, in “gara 2” risultò la presentazione di una sola offerta alla lettera di invito da parte del r.t.i. Unicredit. Nel provvedimento impugnato l'AGCM si sofferma a lungo sulle modalità di ripartizione del lavoro all'interno di tale r.t.i. e sulle comunicazioni tra le imprese interessate. In queste, però, si riscontra solo una normale dialettica imprenditoriale, soprattutto dopo la comunicazione del ritiro dalla compagine di Intesa, la quale aveva dichiarato anche in sede di audizione semplicemente di non ritenere remunerativa la partecipazione, orientata a rinegoziare quote di distribuzione, attività del tutto lecita nell'ambito di un costituendo r.t.i.

Anche qui piuttosto non risultano approfonditi dall'AGCM gli aspetti relativi alla mancata presentazione di offerta da parte del r.t.i. delle Banche Popolari né risulta acquisita documentazione idonea a dimostrare, sia pure sotto un mero profilo indiziario, che vi siano stati contatti in tale senso tra le parti.

Come in precedenza, quindi, non risulta spiegato il meccanismo che avrebbe portato all'intesa collusiva sanzionata, laddove l'intero residuo mercato “bancario” risulta essere assente mentre l'INAIL continua ad approvare bandi contenenti la clausola sopra ricordata.

La “gara 3” del 2005 vide un bando definito dall'AGCM “speculare” ai precedenti – per cui anche in questo caso il Collegio ritiene che l'atteggiamento dell'INAIL meritava approfondimento in tal senso, visto l'esito delle due gare precedenti – e una nuova dialettica tra Unicredit, BNL e Intesa questa volta, al fine di redistribuire le quote. BNL decise di non aderire perché si era mostrata la volontà della “capofila” di ridurre sensibilmente le partecipazioni accordate ai partner della gara precedente (andata deserta).

Risulta, poi, che la stessa Unicredit, a pochi giorni dal termine di presentazione della domanda, stava valutando se partecipare singolarmente, come evidenziato in note interne acquisite in istruttoria, o anche con Banca di Roma, dato che – come da tale nota interna –

la gara era definita “competitiva”. Risultavano anche trattative tra BNL e Banca di Roma per partecipare congiuntamente.

Alla fine parteciparono due r.t.i. di cui uno “capeggiato” da Unicredit con Banca di Roma e l’altro da BNL, con MPS, Intesa, Banca Popolare Sondrio e Banca Popolare di Milano.

Quindi due delle originarie partecipanti al “pool” del 1996 erano nella compagine avversaria di Unicredit.

Quest’ultima non ritenne di presentare offerta. Vero è che risulta una ulteriore nota interna, riportata nel provvedimento impugnato, in cui è detto che “l’annullamento” della gara (nel senso di dichiarazione di “gara deserta”) avrebbe consentito di concordare una proroga del servizio ma ciò – osserva il Collegio – evidenzia solo una “calcolo” economico e strategico che la sola Unicredit, in virtù della riproposizione della discutibile clausola del bando, aveva potuto effettuare.

Manca ogni elemento indiziario sulla volontà di dare luogo ad una condotta comune in tal senso (proroga originario servizio) con BNL, MPS e Intesa. Anzi, risulta una “e.mail” interna di quest’ultima in cui si stigmatizza l’operato di Unicredit, parlando apertamente di “sospetto che Unicredit abbia consapevolmente disertato la gara...in modo da ottenere nuova e ulteriore proroga a proprio favore”, senza che vi sia stata una nota favorevole a commento in ordine alla posizione di tale istituto bancario.

Al Collegio appare evidente ancora una volta che non risultano evidenziati a sufficienza da parte dell’AGCM gli elementi indiziari gravi, precisi e concordanti che confermerebbero una permanenza “sotto traccia” dell’originario accordo del 1996 al fine di mantenere inalterate le quote di ripartizione, forse favorevoli a Unicredit ma non certo alle altre compagini, che nel tempo avevano cercato di modificarle, partecipando anche in raggruppamenti contrapposti.

Manca, in sostanza, l’accertamento di un “filo conduttore” collusivo, mantenuto inalterato negli anni, che coinvolgeva le sole imprese sanzionate, le quali sembravano al Collegio più intente a recuperare margini di incremento economico nel tempo che a mantenere un accordo definito sin da subito non soddisfacente.

Quanto osservato non viene scalfito – ma anzi appare confermato – da quanto osservato dall’AGCM in ordine alla “gara 4”, finalmente aggiudicata nel 2007.

Non senza importanza, in tal senso, è l’osservazione della stessa AGCM secondo cui l’INAIL stabiliva finalmente di aggiudicare la gara anche in presenza di una sola offerta e descriveva più dettagliatamente l’appalto in questione.

Ciò vuol dire, ad opinione del Collegio, che vi erano anche tali elementi “esogeni” che avevano ragionevolmente influito sull’andamento della situazione di proroga, dati dalla ricordata clausola di bando e dalla non sempre piena specificazione dei servizi richiesti, che rendevano verosimile l’osservazione di Unicredit su una non economicità del servizio che aveva portato i raggruppamenti a non presentare talvolta offerta in precedenza. A ciò si aggiunga che nella fattispecie “gara 4” era stata aggiudicata al r.t.i. “Unicredit” (con Banca di Roma, Intesa, Poste Italiane spa) e che l’altro r.t.i. era capeggiato da BNL (con MPS e tre Banche Popolari), con una nuova divisione delle compagini più volte “prorogate”, a testimonianza delle valutazioni riconducibili a ciascun istituto bancario sulla convenienza o meno della partecipazione in specifici “pool”, come attestato da una comunicazione interna a MPS riportata a pag. 48 del provvedimento impugnato.

Sulla base di tali molteplici e differenziati contesti e presupposti di riferimento, dal 1996 al 2007, non appaiono quindi sostenute dai ricordati elementi indiziari le conclusioni dell’AGCM in ordine ad un riscontrabile “gioco cooperativo” tendente a minacciare

“scartellamenti” solo per pervenire ad un accomodamento per una diversa ripartizione del “payoff” originario, pur ritenendo alla fine conveniente l’equilibrio raggiunto in “gara 0”.

Se nessuna “ragione di complementarietà e copertura territoriale” aveva motivato la formazione del r.t.i. del 1996, come sostenuto dall’AGCM, risulta anche che l’ampiezza di copertura all’epoca non consentiva comunque di concludere per una sicura aggiudicazione al r.t.i. originario, considerata la presenza frammentata di molti altri istituti bancari all’epoca che ben potevano raggrupparsi e non lo hanno fatto.

Emerge nel tempo una significativa differenza di vedute nella ripartizione del suddetto “payoff” che porta ad escludere che soprattutto BNL e MPS avessero intenzione di mantenere l’accordo, laddove si erano comportate in senso contrario, presentandosi anche quale “capofila” concorrente per estromettere del tutto Unicredit dall’aggiudicazione del servizio.

Come condivisibilmente osservato dalle ricorrenti, quindi, non si riscontrano elementi univoci, nel senso individuato dalla giurisprudenza sopra richiamata, per affermare che sussistevano “patti di desistenza” concordati tra le parti e soprattutto è assente, nel provvedimento impugnato, un’analisi approfondita sull’intero contesto del mercato bancario di riferimento per ciascun periodo di svolgimento delle gare, al fine di dimostrare, con un tollerabile margine di probabilità, che il comportamento delle parti interessate avrebbe influito su di esso, impedendo la formazione di compagini idonee a contrapporre una effettiva capacità concorrenziale.

Quella che emerge, tutt’al più, è una articolata situazione di incertezza – probabilmente data anche dallo sfondo economico che nel tempo vedeva i principali istituti bancari orientati a forme di aggregazione favorite anche dalla normativa in vigore – cui si accompagnava una gestione delle gare da parte dell’INAIL che non contribuiva a sviluppare la massima concorrenzialità, come osservato anche dall’allora competente AVCP con il parere del 22.5.2008 richiamato da Unicredit.

I singoli comportamenti degli istituti bancari sanzionati, tra cui - per quel che rileva nella presente sede – Unicredit, trovavano invece le spiegazioni alternative sopra richiamate e apparivano inidonei a condizionare scelte di non partecipazione a pieno confronto concorrenziale nei confronti dei principali concorrenti del settore.

Non si rinviene, quindi, la pratica concordata come sanzionata dall’AGCM, in quanto non si desumono elementi in grado di attestare la volontà di dare luogo, mediante un originario r.t.i. mantenuto “di fatto” fino al 2007, ad una collaborazione specifica e costante a danno della concorrenza nel mercato di riferimento, in quanto i contatti tra le parti risultavano giustificati da valutazioni di mera convenienza strategico/imprenditoriale che, di volta in volta, erano lecitamente orientate a conseguire un vantaggio, anche a discapito delle altre imprese “in cordata” nel 1996.

La fondatezza, quindi, dei richiamati motivi di ricorso in ordine all’insussistenza della pratica sanzionata, comporta l’assorbimento delle ulteriori censure in ordine alla misura della sanzione e alla sua eventuale prescrizione.

Alla luce di quanto dedotto, perciò, il ricorso deve essere accolto.

L’estrema complessità della fattispecie consente di compensare eccezionalmente le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nei limiti dell'interesse delle ricorrenti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 4 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente
Ivo Correale, Consigliere, Estensore
Roberta Cicchese, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)