

Pubblicato il 22/07/2021

N. 08810/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01742/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1742 del 2020, proposto da Allsystem S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia D'Alberti, Roberto Invernizzi, Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, Michele Laterza, Alex Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

contro

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

nei confronti

Associazione Italiana Vigilanza e Servizi Fiduciari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Ruffini, Marco Orlando, Flavia Anelli, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Axitea S.p.A., Trenord S.r.l. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. 0080243 adottato nell'adunanza del 12.12.2019 e notificato il 16.12.2019, adottato a conclusione del procedimento I821, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato un'intesa illecita, in violazione dell'art. 101 TFUE, avente la finalità di condizionare gli esiti delle gare per i servizi di vigilanza tramite l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti, che irroga ad Allsystem S.p.A. la sanzione di complessivi Euro 5.443.923;

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi: il provvedimento di avvio dell'istruttoria del 21.2.2018; il provvedimento di ampliamento dell'istruttoria del 29.5.2018 ; i provvedimenti di proroga del termine di chiusura del procedimento del 24.4.2019 e 27.6.2019; la comunicazione delle risultanze istruttorie trasmessa il 4.6.2019; nonché delle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie" adottate da AGCM con delibera 22.10.2014 n. 25152.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Associazione Italiana Vigilanza e Servizi Fiduciari;

Viste le ordinanze cautelari n. 2665/2021 e n. 6221/2021;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente Allsystem s.p.a. (in avanti, "Allsystem") ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in poi, "Agcm" o "Autorità") del 12 novembre

2019 n. 27993 con cui l'Autorità ha concluso il procedimento accertando la sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra le principali società del settore della vigilanza privata (Allsystem, Coopservice, Italpol, **IVRI** e Sicuritalia, di seguito anche le "parti"), avente ad oggetto l'alterazione di dieci gare pubbliche per la fornitura di servizi di vigilanza attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti.

2. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

“I. SULL'ASSENZA DEI PRESUPPOSTI PER CONTESTARE UN'INTESA UNICA COMPLESSA E CONTINUATA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 101 TFUE. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, CARENZA DI ISTRUTTORIA, CONTRADDITTORIETÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. N. 241 DEL 1990. DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE CIRCA ELEMENTI DECISIVI DELL'ACCERTAMENTO. VIOLAZIONE ART. 14 L. N. 689/81”.

Secondo la ricorrente l'Autorità, non avendo raccolto evidenze dirette di una concertazione e non potendo confutare le singole spiegazioni alternative fornite dalle parti, avrebbe invocato l'ipotesi dell'intesa unica, continuata e complessa con il fine di colorare d'illecito condotte che, singolarmente considerate, non avrebbero i requisiti per poter essere qualificate illecite.

Mancherebbe anche la prova del “piano di insieme”, che sarebbe ricavato solo in via presuntiva dall'osservazione delle condotte e senza riportare gli indizi utilizzati per dimostrare il disegno di insieme. Sarebbe state, inoltre, ignorate le prove contrarie prodotte dalla ricorrente rispetto alla presunzione di esistenza del “piano di insieme”. La ricorrente aggiunge che, venendo meno l'intesa unica e complessa, l'accertamento relativo alle gare sarebbe anche intempestivo ed in violazione dell'art. 14 l. n. 689/1981, considerando che la segnalazione di Trenord è stata inviata ad AGCM anni prima rispetto all'avvio del procedimento. Anche la definizione del mercato rilevante sarebbe errata,

in quanto sarebbe “preconcepita”, non motivata e non supportata da una analisi della struttura, delle dinamiche del settore e del contesto nel quale operano le parti.

“II. SULL’ASSENZA DEL REQUISITO DELLA CONSISTENZA DELL’INTESA E SULL’OMESSA RICOSTRUZIONE DEL MERCATO RILEVANTE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 101 TFUE. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, CARENZA DI ISTRUTTORIA, CONTRADDITTORIETÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 3 DELLA L. N. 241 DEL 1990”.

Le condotte poste in essere dalle parti sarebbero, in ogni caso, sprovviste del requisito della consistenza e per tale ragione non potrebbero concettualmente qualificarsi come intese anticoncorrenziali ai sensi dell’art. 101 TFUE, avendo interessato un numero limitato di gare, che non avrebbero esaurito la concorrenza sul mercato e riguardando operatori che rappresenterebbero solo il 30% del mercato dei servizi di vigilanza armata.

“III. SULLA INSUSSISTENZA DELL’INTESA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 101 TFUE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 3 L. N. 241 DEL 1990. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, CARENZA DI ISTRUTTORIA, INGIUSTIZIA MANIFESTA, ILLOGICITÀ, CONTRADDITTORIETÀ”.

L’Autorità avrebbe fornito una lettura della documentazione istruttoria avulsa dal contesto di riferimento in cui opera Allsystem, non tenendo conto di tutte le spiegazioni fornite dalla società nel corso del procedimento al fine di chiarire la piena liceità della propria condotta, avuto riguardo alle singole partecipazioni alle gare oggetto di istruttoria.

“IV. PLURIMI PROFILI DI VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3, 6, 10 E 18 L. 241/1990 IN RELAZIONE AGLI ARTT. 101 TFUE, 1, 2 E 15 L. 287/1990; TRAVISAMENTO DEL SISTEMA NORMATIVO

IMPERNIATO SUL R.D. 773/1931 E VIOLAZIONE DELL'ART. 134 DI QUESTO, DEL R.D. 635/1940, DEL R.D.L. 1952/1935, DEL R.D. 2144/1936 E DEL D.M. 269/2010; TRAVISAMENTO DELL'ISTITUTO DELL'RTI E VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 48 DLGS 50/2016, 19 PAR. 2 DIRETTIVA 2014/24/UE, 37 DLGS 163/2006, 11 DIRETTIVA 2004/17/UE, E DELLA "COMUNICAZIONE" AGCM "AVENTE AD OGGETTO L'ESCLUSIONE DEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE «SOVRABBONDANTI» DALLE GARE PUBBLICHE" 23.12.2014; ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA E CARENZA DI MOTIVAZIONE".

Parte ricorrente formula diverse censure procedimentali, riguardanti in primo luogo la violazione dell'art. 10 della legge n. 241/1990, poiché l'Autorità non avrebbe preso posizione in maniera completa e motivata sulle deduzioni dell'interessata. Allsystem contesta anche l'inadeguatezza della motivazione, il difetto di istruttoria, la mancanza di una corretta ricostruzione del quadro normativo dell'attività di vigilanza privata e il travisamento delle finalità normative dell'istituto dell'RTI.

"V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 15 LEGGE N. 287/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 11 LEGGE N. 689/1981. VIOLAZIONE DEGLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE SUL CALCOLO DELLE AMMENDE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA AGCM. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA E CARENZA DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ".

In subordine, parte ricorrente contesta la quantificazione della sanzione, che non potrebbe essere definita molto grave e segreta, anche tenuto conto della mancata analisi della rilevanza dell'effettivo impatto economico della pratica

o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli su mercato e/o consumatori. La sanzione sarebbe comunque manifestamente sproporzionata, avuto riguardo al fatturato specifico considerato per il calcolo dell'importo, tenuto conto che alcune delle gare aggiudicate agli RTI cui Allsystem ha partecipato non volgevano all'aggiudicazione di un quantitativo fisso e prevedibile di servizi, quanto piuttosto alla attivazione di convenzioni quadro. Sarebbe errata anche la percentuale applicata all'importo base, che non avrebbe tenuto conto del contesto e dei vincoli normativi sussistenti nel mercato. La sanzione sarebbe anche sproporzionata in termini assoluti, in quanto calcolata senza tenere conto la realtà economica ove l'impresa opera. Infine, parte ricorrente censura la sproporzione relativa della sanzione, con riferimento a quelle inflitte per lo stesso presunto illecito ad alcune delle altre parti.

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

4. L'Associazione Italiana Vigilanza e Servizi Fiduciari ("ASSIV") cui è stato notificato il ricorso si è costituita in giudizio per chiarire che non era interesse dell'associazione segnalare condotte anticoncorrenziali di talune imprese e che ha adito l'autorità antitrust al fine di veder censurata la condotta tenuta dalla stazione appaltante.

5. La domanda cautelare presentata dalla ricorrente è stata respinta per l'assenza dell'estrema gravità e urgenza richiesta ai sensi dell'art. 119, comma 4, c.p.a. In sede di appello cautelare la richiesta di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato è stata accolta limitatamente alla sanzione pecuniaria irrogata.

6. All'udienza del 23 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

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

oggetto il coordinamento nella partecipazione a dieci gare pubbliche nelle aree della Lombardia, Emilia Romagna e Lazio bandite tra il 2013 e il 2017, al fine di condizionarne la dinamica.

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

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

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

concorrenza reciproca tra le parti al fine di consentire alle stesse di mantenere le proprie posizioni di mercato.

2. Tanto premesso in ordine al contenuto generale del provvedimento, deve in primo luogo disporsi l'estromissione dal giudizio di Assiv, cui è il ricorso è stato notificato in quanto indicata dall'Autorità tra i soggetti autori di segnalazioni che hanno dato via all'indagine e che non riveste la posizione di parte controinteressata rispetto al presente provvedimento.

Nell'ipotesi in cui l'Agcm conclude il procedimento accertando la sussistenza della condotta censurata, infatti, il soggetto segnalante non assume alcuna posizione qualificata che comporti l'obbligo di chiamata in giudizio quale controinteressato in senso tecnico, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., e non può quindi considerarsi come parte necessaria. La stessa Assiv, del resto, nelle proprie memorie ha espressamente affermato di non avere un interesse proprio alla conservazione del provvedimento impugnato.

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

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

La Sezione ha avuto modo di chiarire che il termine decadenziale di cui all'art. 14 L. 689/1981 non trova diretta applicazione nei procedimenti *antitrust* in relazione alla durata della fase istruttoria. Ciò in quanto il richiamo operato dall'art. 31 della L. 287/1990, pur nei termini dell'applicabilità delle

disposizioni del Capo I, Sez. I e II, L. 689/1981, vale ai soli fini delle sanzioni amministrative pecuniarie, ma non per la disciplina della fase istruttoria del procedimento, in relazione alla quale la fattispecie è distintamente e autonomamente regolata (TAR Lazio, Sez. I, 28 luglio 2017, n. 9048).

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

La Sezione, tuttavia, ha già affermato che la non applicabilità diretta del termine di cui all'art. 14 cit. non può giustificare il compimento di una attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile *modus operandi* sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento (cfr., tra le pronunce più recenti in tal senso, Tar Lazio, sez. I, 24 novembre 2020 n. 12532).

In proposito, è opportuno ricordare, quali riferimenti interpretativi, anche i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE, che costituiscono parametri imprescindibili. Ebbene, dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto *antitrust* e di applicare le relative sanzioni, procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato (in termini, Tar Lazio, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, conf. da Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512). Resta fermo, come più volte rammentato dalla giurisprudenza di questa Sezione, che, ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell'infrazione, ciò che rileva, quale termine iniziale, non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma

l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione (Tar Lazio, n. 6525/2018 cit.).

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

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

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

Quanto alla lamentata carenza di istruttoria e di motivazione, specie avuto riguardo alla asserita pretermissione delle deduzioni e osservazioni presentate

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

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

La tesi non convince.

Avuto riguardo al quadro normativo di riferimento, come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, si rileva che l’art. 101 del TFUE (così come l’art. 2 della legge n. 287/1990) stabilisce che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d’imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno.

La funzione della disposizione è quella di tutelare la concorrenza sul mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un’allocazione efficiente delle risorse. Ne deriva che, sulla base dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, ciascun operatore economico debba determinare in

maniera autonoma il suo comportamento nel mercato di riferimento (Case C-49/92 Commissione contro Anic Partecipazioni s.p.a.). Nel fare ciò, l'operatore terrà lecitamente conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non essendogli, per contro, consentito instaurare con gli stessi contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato, vale a dire, di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di mettere al corrente tale concorrente in ordine al comportamento che l'impresa stessa abbia deciso di porre in atto (Anic, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2014, n. 3252).

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

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

tra di loro, ed elementi esogeni, quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata per inferenza anche dalle circostanze del mercato.

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

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

Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925).

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

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

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

utile della norma, di deterrenza di forme collusive anticompetitive, in ogni caso è realizzato.

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

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

Le condotte erano unite da un medesimo disegno collusivo volto alla spartizione del mercato, a livello geografico e per cliente storico, attraverso l'utilizzo di strumenti in sé leciti, quali il RTI e il subappalto, che venivano impropriamente adoperati con finalità distorsive della concorrenza. Il ruolo di "collante" delle condotte rivolte al comune obiettivo anticoncorrenziale era assegnato anche a un sistema di compensazioni reciproche e di scambio di clienti (par. 228).

A fronte dell'ampio quadro probatorio raccolto, tanto sulle singole condotte illecite quanto sul "collegamento" tra le stesse a fini ripartitori del mercato, la circostanza che non tutte le parti del cartello abbiano partecipato, anche in relazione alla dimensione geografica delle gare, alle procedure contestate, o in limitati casi vi abbiano preso parte in concorrenza, non scalfisce la ricostruzione unitaria dell'illecito *antitrust*. Come la giurisprudenza comunitaria ha chiaramente evidenziato, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, caratterizzato in

parte da accordi e in parte da pratiche concertate, com'è nella presente fattispecie, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la conseguenza che un partecipante sia ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima. Ciò, in quanto, il cartello è una collusione (“*conspiracy*”) dei suoi membri e, dunque, anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a tutti gli aspetti dell'accordo anticompetitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva.

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

Anche su tale aspetto il provvedimento impugnato si sofferma adeguatamente, riportando la fitta rete di intrecci e di rapporti bilaterali posta in essere tra le parti, che dimostra ampiamente la consapevolezza di tutte le parti che l'intesa era funzionale a mantenere le rispettive posizioni pregresse. A titolo di esempio, è possibile richiamare una mail inviata da **IVRI** in cui si fa riferimento a un accordo “storico” avente ad oggetto il mantenimento inalterato degli “equilibri” tra le parti (cfr. par. 121) e l'affermazione presente in una email di Coopservice, in cui la società riconosce che “esistono patti parasociali che indiscutibilmente dicono che ad ognuno spetta di diritto la continuazione di ciò che ha in portafoglio” (par. 126 del provvedimento; più in generale, per un riepilogo delle prove raccolte e dell'intreccio delle comunicazioni e dei rapporti tra le parti, si veda la tabella 38 riportata al par. 301).

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

In primo luogo, si osserva che il mercato rilevante è stato ricostruito correttamente dall'Autorità in quello dei servizi di vigilanza armata, svolti, cioè, solo in virtù di specifiche licenze prefettizie ex art. 134 del TULPS e di taluni servizi connessi (come i c.d. servizi fiduciari o portierato) e il relativo ambito merceologico e territoriale è stato ristretto all'insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale. La ricostruzione operata è coerente con la costante giurisprudenza che ha affermato che l'individuazione del mercato rilevante “è funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa stessa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale”, così che “la relativa estensione e definizione spetta all'Autorità nella singola fattispecie, all'esito di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca” (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291 e 26 gennaio 2015, n. 334). L'estensione del mercato rilevante, di conseguenza, va desunta dall'esame della specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; id. 3 giugno 2014, n. 2837; 4 novembre 2014, n. 5423; 8 agosto 2014, n. 4230; 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5276 e 5278), con l'ulteriore precisazione che “in un'intesa restrittiva della concorrenza l'estensione merceologica e geografica del mercato rilevante è determinata, in primo luogo, dall'estensione del coordinamento stesso, poiché tale estensione indica l'ampiezza del mercato che i partecipanti ritenevano possibile e profittevole monopolizzare, tenuto conto dei costi di transazione da sostenere per organizzare il coordinamento stesso” (Tar Lazio, Sez. I, 2 agosto 2016, n. 8930).

Quanto al quadro normativo che caratterizza il settore dei servizi di vigilanza, l'Autorità lo ha ampiamente e dettagliatamente ricostruito (cfr. parr. 17 e ss.),

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

Deve, infine, aggiungersi che poiché l'accertamento ha riguardato una intesa restrittiva "per oggetto" non era necessaria l'analisi degli effetti concretamente prodotti; anche la necessità di una valutazione di "consistenza" dell'intesa stessa è esclusa, dal momento che la ripartizione dei mercati o della clientela è considerata dalla Commissione europea di per sé una restrizione grave (*hardcore*) della concorrenza, indipendentemente dalle quote di mercato complessivamente detenute dalle parti dell'intesa (Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; id., 11 luglio 2016, n. 3047).

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

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

Nella gara “Trenord 2”, l’Autorità ha raccolto significative evidenze della finalità anticompetitiva perseguita dalle parti in ragione della strumentalità dell’RTI, come dimostrato all’accordo siglato da Sicuritalia in cui emergeva che l’affidamento in subappalto di talune prestazioni a Italpol costituiva una “contropartita” della mancata partecipazione di Italpol alla gara. La circostanza che Allsystem non fosse consapevole dell’accordo non risulta credibile, tenuto conto che lo stesso risulta essere stato eseguito (par. 297).

Quanto alle gare Arca, l’Autorità ha dato ampia dimostrazione che l’intento di ciascuna parte era chiaramente volto a difendere la posizione “storica” di mercato, come dimostrato dalla mail di Sicuritalia del 16 dicembre 2016 che nel descrivere i rapporti con gli altri partecipanti testualmente afferma che “per evitare il rischio di cartello si è deciso di fare tutto insieme” e, quanto alla gara Arca 2, dalla mail di Sicuritalia del 5 dicembre 2017 in cui la società

propone a Itapol, Allsystem e **IVRI** “di lasciare tutto invariato” anche in relazione a tale procedura di affidamento (cfr. par. 63).

Per quanto riguarda le gare “Expo”, l’Autorità ha rilevato l’anomala condotta del comportamento di **IVRI**, Allsystem e Sicuritalia, che, nonostante le diversità dei servizi richiesti nelle differenti gare, hanno mantenuto la ripartizione in quote già prevista in un accordo del 2013 firmato in occasione della gara Expo “Cantiere”. L’Autorità ha osservato in tale contesto anche che la condotta tenuta da Itapol - che nella gara “Evento” aveva rinunciato alla partecipazione ai Lotti 1 e 2 e, successivamente, alla gara per i servizi dell’ex Lotto 3 - poteva logicamente spiegarsi solo come il frutto di un’intesa in cui Allsystem, Sicuritalia, **IVRI** e Itapol avevano “definito i loro reciproci rapporti improntandoli a logiche spartitorie del tutto estranee dalla competizione che dovrebbe guidare la partecipazione delle imprese alle gare d’appalto” (par. 243).

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

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

A fronte delle evidenze raccolte dall’Autorità, le spiegazioni economiche alternative che le imprese hanno fornito per giustificare la propria condotta nel contesto oggetto di accertamento non appaiono sufficientemente

attendibili e, comunque, non in grado di sovvertire le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità, che risultano essere congruenti e condivisibili.

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

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

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

Risulta immune da vizi anche la determinazione dell'importo base, effettuata in aderenza al punto 18 delle Linee guida, secondo cui nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prende in considerazione "il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito" che corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione.

Nel caso di specie, il valore delle vendite è stato ritenuto corrispondente all'importo di aggiudicazione di ciascuna gara a cui le parti hanno partecipato - e si sono aggiudicate - rientrando nel disegno spartitorio. Per la sola gara Arca 2, cui le parti hanno partecipato senza risultare aggiudicatrici, l'Autorità

ha tenuto conto dell'importo offerto. Avuto riguardo al Lotto 3 della gara Expo2015 "Evento", ad Italpol è attribuito il valore dell'offerta presentata e successivamente esclusa dalla gara. Inoltre, con riferimento alle gare Arca, l'Agcm ha considerato la "reale" ripartizione dell'ATI concordata dalle Parti, contestualmente alla presentazione delle offerte (cd "ATI vera"). In merito alle gare Trenord 2 e ATAC, nel determinare il valore delle vendite si è tenuto conto anche degli accordi di subappalto stipulati in vista della partecipazione alla gara tra Sicuritalia e Italpol.

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

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

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- dispone l'estromissione dal giudizio dell'Associazione Italiana Vigilanza e Servizi Fiduciari;
- respinge il ricorso.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in misura pari a € 4.000,00, oltre oneri accessori di legge; spese compensate nei confronti dell'Associazione Italiana Vigilanza e Servizi Fiduciari.

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

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

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO