



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXV - n. 21

Pubblicato sul sito www.agcm.it
15 giugno 2015

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A480 - INCREMENTO PREZZO FARMACI ASPEN	
<i>Provvedimento n. 25466</i>	5
I748B - CONDOTTE RESTRITTIVE DEL CNF	
<i>Provvedimento n. 25487</i>	7
I759 – FORNITURE TRENITALIA	
<i>Provvedimento n. 25488</i>	14
I771 - SERVIZI DI POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI	
<i>Provvedimento n. 25489</i>	91
A484 - UNILEVER/DISTRIBUZIONE GELATI	
<i>Provvedimento n. 25493</i>	170
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	184
C11072B - MOBY/TOREMAR	
<i>Provvedimento n. 25485</i>	184
C11995 - METANO NORD/UTILITÀ	
<i>Provvedimento n. 25486</i>	196
SEPARAZIONI SOCIETARIE	200
SP157 - H3G/CONDOTTE POSTE ITALIANE E POSTEMOBILE	
<i>Provvedimento n. 25490</i>	200
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	202
AS1194 - COMUNE DI SEVESO (MB) - IMPIANTI DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA DI PROPRIETÀ ENEL SOLE SRL	202
AS1195 - SVOLGIMENTO DEI SERVIZI POSTALI NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI	206
AS1196 - SERVIZI AUTORIZZATI DI LINEA CON AUTOBUS	208
AS1197 - SCHEMA DI ATTO DI REGOLAZIONE IN MATERIA DI GARE DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE	212
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	218
PS9789 - SKY PUBBLICITÀ-UEFA CHAMPIONS LEAGUE	
<i>Provvedimento n. 25477</i>	218
IP221 - UNIVERSITÀ AMBROSIANA-DENOMINAZIONE NON RICONOSCIUTA	
<i>Provvedimento n. 25482</i>	230
PS9388 - T-SHOCK31-TIMODELLACLUB	
<i>Provvedimento n. 25483</i>	235
PS9820 – VALUEBASKET-MACATA CONSEGNA PRODOTTO	
<i>Avviso della comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria</i>	243

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A480 - INCREMENTO PREZZO FARMACI ASPEN

Provvedimento n. 25466

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE;

VISTO il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 19 novembre 2014, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Aspen Italia S.r.l. e Aspen Pharma Trading Ltd. per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 102 del TFUE in relazione a un possibile abuso di posizione dominante nei mercati dei farmaci a base di melfalan (Alkeran), clorambucile (Leukeran) mercaptopurina (Purinethol) e tioguanina (Tioguanina);

VISTA la propria delibera del 11 febbraio 2015 con cui è stato esteso soggettivamente il procedimento nei confronti di Aspen Pharma Ireland Ltd.;

VISTI gli atti del procedimento e, in particolare, gli elementi acquisiti nel corso degli accertamenti ispettivi effettuati in data 27 novembre 2014, ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge n. 287/90 presso le sedi delle società Aspen Italia S.p.A., GlaxoSmithKline S.p.A. e Laboratorio Farmacologico Milanese S.r.l. e, ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento 1/2003, attraverso la cooperazione dell'Autorità di Concorrenza Irlandese, *Competition and consumer protection commission*, presso le società Aspen Pharma Trading Ltd. e Aspen Pharma Ireland Ltd., i cui documenti sono stati trasmessi a questa Autorità ex art. 12 del Regolamento 1/2003;

CONSIDERATO che dalla documentazione acquisita nel corso delle ispezioni emerge che la società Aspen Pharmacare Holdings Ltd. sarebbe stata coinvolta:

- 1) nel processo di *pricing* delle specialità medicinali considerate nonché nella gestione della catena di distribuzione delle stesse;
- 2) nel processo di rinegoziazione dei prezzi di tali farmaci con l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA);
- 3) nel subentro del gruppo Aspen al gruppo GlaxoSmithKline nella commercializzazione dei farmaci in esame;

RITENUTO necessario estendere soggettivamente l'istruttoria alla società Aspen Pharmacare Holdings Ltd.;

DELIBERA

- a) di estendere soggettivamente il procedimento avviato il 19 novembre 2014 alla società Aspen Pharmacare Holdings Ltd.;
- b) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Paola Roberta Sfasciotti;
- c) la fissazione del termine di giorni trenta, decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio, da parte dei rappresentanti legali dei predetti soggetti, ovvero di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno sette giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;
- d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione dalle società nei cui confronti si svolge l'istruttoria, ovvero da persone da esse delegate, presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

I748B - CONDOTTE RESTRITTIVE DEL CNF

Provvedimento n. 25487

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTA la Legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO in particolare l'articolo 15, comma 2, della citata Legge, nella parte in cui prevede che, in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1 dello stesso articolo, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato;

VISTA la Legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO il proprio provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, con il quale è stato accertato che il Consiglio Nazionale Forense (CNF), in violazione dell'art. 101 TFUE, ha posto in essere un'intesa unica e continuata, restrittiva della concorrenza, consistente nell'adozione di due decisioni volte a limitare l'autonomia dei professionisti rispetto alla determinazione del proprio comportamento economico sul mercato, stigmatizzando quale illecito disciplinare la richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari e limitando l'utilizzo di un canale promozionale e informativo attraverso il quale si veicola anche la convenienza economica della prestazione professionale;

VISTI i punti (b) ed (e) del dispositivo del citato provvedimento, con i quali, rispettivamente, si ordina al CNF di assumere misure atte a porre termine all'infrazione accertata, dandone adeguata comunicazione agli iscritti, e di comunicare tali adempimenti all'Autorità, trasmettendo una specifica relazione entro il 28 febbraio 2015;

VISTO il punto (c) del dispositivo del citato provvedimento, con il quale si diffida il CNF dal porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. IL PROVVEDIMENTO DI CONCLUSIONE DELL'ISTRUTTORIA I748 – CONDOTTE RESTRITTIVE DEL CNF

1. Con provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, l'Autorità ha accertato che *“il Consiglio Nazionale Forense [CNF n.d.r.], in violazione dell'articolo 101 del TFUE, ha posto in essere un'infrazione unica e continuata, restrittiva della concorrenza, consistente nell'adozione di due decisioni volte a limitare l'autonomia dei professionisti rispetto alla determinazione del proprio comportamento economico sul mercato, stigmatizzando quale illecito disciplinare la richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari [circolare n. 22-C/2006 ndr] e limitando l'utilizzo di un canale promozionale e informativo attraverso il quale si veicola anche la convenienza economica*

delle prestazioni professionali [parere n. 48/2012 n.d.r.]”¹. Infatti, la circolare ed il parere miravano a limitare direttamente e indirettamente la concorrenza tra i professionisti basata sulle condizioni economiche dell’offerta dei servizi professionali, con evidente svantaggio per i consumatori finali².

2. In particolare, la circolare n. 22-C/2006, pubblicata unitamente e quale premessa alle disposizioni in materia di tariffe prima e di parametri poi, prevedeva, *inter alia*, che “*il fatto che le tariffe minime non siano più obbligatorie non esclude che – sempre civilisticamente parlando – le parti contraenti possano concludere un accordo con riferimento alle tariffe come previste dal D.M. Tuttavia, nel caso in cui l’avvocato concluda patti che prevedano un compenso inferiore al minimo tariffario, pur essendo il patto legittimo civilisticamente, esso può risultare in contrasto con gli artt. 5 e 43 c. II del codice deontologico*”, segnatamente con i criteri del decoro e della dignità professionale ivi contenuti.

Il parere n. 48/2012, invece, sussumeva nella fattispecie deontologica dell’accaparramento della clientela l’attività pubblicitaria svolta dai professionisti attraverso l’uso di piattaforme quali AmicaCard, ritenendo che le stesse consentono al professionista, dietro pagamento di un corrispettivo, di “*pubblicizz[are] l’attività del suo studio evidenziando la misura percentuale dello sconto riservato ai titolari della carta*” effettuando, in tal modo, “*un’offerta generalizzata al pubblico, il cui elemento distintivo è rappresentato dalla vantaggiosità dello sconto prospettato dal professionista offerente, mentre rimangono del tutto aspecifici ed indeterminati la natura e l’oggetto dell’attività al medesimo richiesta*”, aggiungendo che “*il sito costituisce [...] un canale di informazione – concentrato sul prevalente aspetto della mera convenienza economica del servizio offerto [...]*”, comportando “*lo svilimento della prestazione professionale da contratto d’opera intellettuale a questione di puro prezzo*”.

3. Come risulta dal provvedimento di chiusura dell’istruttoria, alla data di adozione dello stesso, l’infrazione accertata risultava ancora in corso³.

Infatti, mentre nel corso del procedimento istruttorio, la circolare n. 22-C/2006 era stata rimossa dalla banca dati del CNF, dove era pubblicata unitamente alle tariffe ministeriali (e poi anche ai parametri)⁴, il parere n. 48/2012 continuava ad essere pubblicato sia nella sezione “*circolari e pareri*” della banca dati del CNF, sia nella sezione del sito web dedicata alla deontologia forense (www.codicedeontologico-cnf.it), entrambe accessibili a chiunque dalla *homepage* del sito istituzionale del CNF, e non risultavano atti di revoca dello stesso comunicati agli iscritti⁵.

4. Con specifico riferimento alla natura restrittiva del parere n. 48/2012, nel citato provvedimento, l’Autorità aveva rilevato che il parere “*introduce una restrizione della concorrenza tra i professionisti sottoposti alla vigilanza del CNF, impedendo loro di utilizzare determinate piattaforme digitali per pubblicizzare i propri servizi professionali, anche con riguardo alla componente economica degli stessi [...]*”⁶, pertanto esso “*limita l’impiego da parte degli avvocati di un importante canale messo a disposizione dalle nuove tecnologie per la diffusione dell’informazione circa la natura e la convenienza dei servizi professionali offerti, potenzialmente in grado di raggiungere un ampio numero di consumatori sul territorio nazionale. Piattaforme*

¹ Cfr. lett. a) del deliberato del provvedimento finale, adottato a conclusione dell’istruttoria relativa al caso I748, provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, notificato al CNF in data 14 novembre 2014 e pubblicato in Boll. n. 44/2014.

² Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 108 e 146.

³ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., 158.

⁴ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 37-40 e 157.

⁵ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 46 e 158.

⁶ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 125.

quali AmicaCard, infatti, costituiscono un mezzo idoneo per fornire agli avvocati nuove opportunità professionali, offrendo loro una maggiore capacità di attrazione di clientela rispetto alle tradizionali forme di comunicazione pubblicitaria; inoltre, tali strumenti permettono agli avvocati di penetrare nuovi mercati, consentendo di mettere in concorrenza servizi offerti da professionisti anche geograficamente distanti tra loro. Gli avvocati, come noto, pur essendo iscritti presso uno specifico albo circondariale, possono liberamente esercitare la propria attività professionale sull'intero territorio nazionale, dovendo, esclusivamente nel caso di attività giudiziale, munirsi di un domiciliatario per ricevere la notifica degli atti processuali, laddove non abbiano una sede nel luogo dove si trova l'autorità giudiziaria presso la quale il giudizio è in corso”⁷.

5. Nel provvedimento, inoltre, l’Autorità dava conto dei vantaggi economici e della funzione pro-competitiva svolta dalla pubblicità in un’economia di mercato⁸, rigettando poi l’argomentazione del CNF secondo cui sarebbe legittima la pubblicità effettuata dagli avvocati utilizzando siti con nomi di dominio propri, mentre sarebbe deontologicamente scorretto l’utilizzo di siti messi a disposizione da terzi per svolgere la medesima attività⁹.

In relazione a quest’ultimo aspetto, infatti, nel citato provvedimento si afferma espressamente che “appare inoltre artificiosa e non condivisibile la distinzione, effettuata dal CNF, tra la pubblicità veicolata dai professionisti tramite propri siti web, considerata legittima, e quella veicolata tramite le vetrine online quali AmicaCard, che il CNF ritiene invece in violazione della norma deontologica relativa all’accaparramento della clientela. La distinzione, basata sul fatto che nel primo caso il sito web è accessibile alla generalità degli utenti, mentre nel secondo caso lo sarebbe solo agli iscritti al circuito attraverso il quale si pubblicizza l’attività professionale, appare capziosa e in ogni caso non risulta corrispondente alla realtà dei fatti nel caso di specie. E’ infatti emerso che le vetrine di AmicaCard e le informazioni ivi contenute sono accessibili a chiunque navighi sul web, mentre ciò che è riservato agli iscritti al circuito è unicamente il vantaggio economico, consistente in uno sconto sul compenso professionale che il professionista si impegna a riconoscere agli affiliati al circuito AmicaCard.

In ogni caso, anche qualora ciò non fosse, e la pubblicità online fosse visibile esclusivamente da un numero ristretto di utenti, segnatamente gli affiliati al circuito in questione, ciò non muterebbe la natura pubblicitaria della comunicazione e il rilievo per i consumatori destinatari delle informazioni ivi contenute. Del resto anche la pubblicità su riviste generali o specializzate, ovvero le inserzioni su guide tematiche o su rubriche quali, ad esempio, le Pagine Gialle, sono visibili esclusivamente da coloro che acquistano o ricevono tali pubblicazioni, ma la legge non prevede alcun trattamento maggiormente restrittivo per queste forme di pubblicità rispetto a quella per esempio veicolata attraverso cartelloni pubblicitari o via etere.

D’altra parte né la riforma Bersani né i successivi interventi di liberalizzazione in materia di pubblicità dei professionisti, compresa da ultimo la legge di riforma dell’ordinamento forense, introducono distinzioni tra la pubblicità diretta alla generalità degli utenti/consumatori e quella diretta a un gruppo ristretto degli stessi, risultando entrambe forme lecite di comunicazione delle informazioni professionali”¹⁰.

⁷ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 126-127.

⁸ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 128-130.

⁹ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para 63-65 e 131.

¹⁰ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 131-133.

6. L'Autorità rigettava, infine, le argomentazioni del CNF volte a giustificare la restrizione concorrenziale provocata dal parere n. 48/2012 sulla base della pretesa idoneità della stessa a perseguire in maniera proporzionata obiettivi di interesse generale, rilevando inoltre come il legislatore nella c.d. riforma Bersani – prima – e nella legge forense – poi – abbia sancito la legittimità della pubblicità professionale¹¹, anche mediante strumenti informatici, senza distinguere in base all'appartenenza degli stessi ai professionisti o all'accessibilità agli stessi da gruppi più o meno ampi di utenti/consumatori¹².

II. L'INOTTEMPERANZA ALLA LETTERA (B) ed (E) DEL DELIBERATO DEL PROVVEDIMENTO n. 25154 del 22 ottobre 2014

a) Fatto

7. Il provvedimento dell'Autorità n. 25154 del 22 ottobre 2014 prescriveva la trasmissione da parte del CNF, entro il 28 febbraio 2015, di una relazione scritta finalizzata ad illustrare le misure assunte dal CNF per porre termine all'infrazione dell'art. 101 TFUE accertata nel provvedimento stesso, come disposto dalla lettera b) del dispositivo.

Essendo trascorso il termine sopra indicato, il CNF, con comunicazione del 14 aprile 2015, veniva sollecitato a presentare la citata relazione prevista dalla lettera e) del dispositivo¹³.

A tale richiesta non seguiva, tuttavia, alcuna risposta da parte del CNF.

8. Da accertamenti, effettuati in data 7, 13 e 21 maggio 2015, è emerso che il parere n. 48/2012 risulta ancora pubblicato nel sito istituzionale del CNF, sia nella sezione dedicata alla deontologia professionale (www.codicedeontologico-cnf.it), dove sono raccolti i pareri, la prassi e le sentenze in materia deontologica, sia nella banca dati del CNF, nella sezione “circolari e pareri”, accessibile dalla *homepage* del sito istituzionale dello stesso¹⁴.

è inoltre emerso che non risultano pubblicati sul sito del CNF atti e/o comunicazioni di revoca del parere n. 48/2012.

b) Valutazioni e conclusioni sull'inottemperanza alla lettera (b) ed (e) del deliberato del provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014

9. Dalle evidenze raccolte e dal comportamento passivo tenuto dal CNF a seguito della chiusura dell'istruttoria emerge che il Consiglio non si è conformato a quanto deliberato nel provvedimento adottato dall'Autorità il 22 ottobre 2014, lettere b) ed e), a mente del quale il CNF avrebbe dovuto adottare “*misure atte a porre termine all'infrazione dandone adeguata comunicazione agli iscritti*” e comunicare le stesse all'Autorità mediante specifica relazione scritta, entro il 28 febbraio 2015.

10. Infatti, il CNF non ha provveduto a revocare il parere n. 48/2012 dandone adeguata comunicazione agli iscritti, in tal modo perpetuando la restrizione concorrenziale oggetto dell'accertamento istruttorio.

¹¹ Si ricorda che, per legge prevede quali uniche condizioni per la legittimità della pubblicità degli avvocati che le informazioni trasmesse siano “*trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivocate, ingannevoli, denigratorie o suggestive*” e facciano “*riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale*” (cfr. art. 10, commi 2 e 3, L. n. 247/2012), senza menzionare ulteriori requisiti quali il “*decoro e la dignità professionali*”.

¹² Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., para. 135-138, nonché 131-133.

¹³ Cfr. doc. 1.

¹⁴ Cfr. doc. 2, 3 e 4.

III. L'INOTTEMPERANZA ALLA LETTERA (C) DEL DELIBERATO DEL PROVVEDIMENTO n. 25154 del 22 ottobre 2014

a) Fatto

11. L'Autorità, nel citato provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, oltre ad accertare l'infrazione commessa dal CNF, diffidava quest'ultimo dal porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione accertata¹⁵.

12. Tuttavia, in data 21 maggio 2015, si rilevava che il vigente codice deontologico forense, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 16 ottobre 2014 ed entrato in vigore il 15 dicembre 2014¹⁶, all'articolo 35, rubricato "*Dovere di corretta informazione*", prescrive al comma 9 che "*L'avvocato può utilizzare, a fini informativi, esclusivamente i siti web con domini propri senza reindirizzamento, direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso*", aggiungendo al comma 11 che "*le forme e le modalità delle informazioni devono comunque rispettare i principi di dignità e decoro della professione*" e stabilendo, infine, al comma 12 che "*la violazione dei doveri di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura*"¹⁷.

13. La Relazione illustrativa del codice deontologico specifica che: "*l'art. 35 ("dovere di corretta informazione") trova ora collocazione sempre in questo titolo e, in applicazione dell'art. 17 dei principi generali (che mutua la previsione legislativa), affina, semplifica e razionalizza gli articoli 17 e 17 bis del codice ancora vigente e si pone in diretta saldatura con il divieto di accaparramento di clientela; degne di particolare menzione sono le previsioni di cui ai commi 9 e 10 destinate a presidiare, con la realistica consapevolezza dell'arduità del compito, il complesso ed articolato mondo di internet; il comma 11, con il valore che assume come previsione "di chiusura", riflette una linea interpretativa da sempre fatta propria ed avallata dalla giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense e della Corte di legittimità*"¹⁸.

b) Valutazioni e conclusioni sull'inottemperanza alla lettera (c) del deliberato del provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014

14. In via preliminare si ricorda che, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, i professionisti sono qualificabili quali imprese ai fini dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza e, agli stessi fini, gli ordini professionali costituiscono associazioni di imprese¹⁹.

¹⁵ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, cit., lett. c), del deliberato.

¹⁶ Nuovo codice deontologico forense, approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato sulla G.U. n. 241 del 16 ottobre 2014.

¹⁷ Cfr. doc. 5. Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 51, comma 1, della Legge n. 247/2012: "*le infrazioni ai doveri e alle regole di condotta dettati dalla legge o dalla deontologia sono sottoposte al giudizio dei consigli distrettuali di disciplina*". L'art. 53 della medesima legge prescrive inoltre che: "*[...] la censura consiste nel biasimo formale e si applica quando la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità, i precedenti dell'incolpato e il suo comportamento successivo al fatto inducono a ritenere che egli non incorrerà in un'altra infrazione*" (comma 2), mentre "*la sospensione consiste nell'esclusione temporanea dall'esercizio della professione o dal praticantato e si applica per le infrazioni consistenti in comportamenti e in responsabilità gravi quando non sussistono le condizioni per irrogare la sola sanzione della censura*". Il codice deontologico vigente prevede inoltre che "*nei casi più gravi, la sanzione disciplinare può essere aumentata nel suo massimo: [...] b) fino alla sospensione dall'esercizio dell'attività professionale non superiore a un anno, nel caso in cui sia prevista la sanzione della censura [...]*" (art. 22 comma 2).

¹⁸ Cfr. doc. 5.

¹⁹ Infatti, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle relative modalità di finanziamento. Si tratta pertanto di un'interpretazione funzionale della nozione di impresa, in base alla quale è qualificabile come impresa qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, ossia

Parimenti, la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha espressamente riconosciuto che i codici deontologici costituiscono deliberazioni di associazioni di imprese, rientrando, in quanto tali, nel campo materiale di applicazione dell'articolo 101 del TFUE²⁰.

15. Le disposizioni contenute nell'art. 35 del vigente codice deontologico forense ripropongono sostanzialmente quanto contenuto nel parere n. 48/2012, giungendo a ritenere, al pari del parere, deontologicamente scorretto – pertanto sanzionabile disciplinarmente – l'utilizzo di piattaforme digitali messe a disposizione degli avvocati da soggetti terzi per veicolare informazioni relative all'attività professionale, in tal modo *“limitando l'utilizzo di un canale promozionale e informativo attraverso il quale si veicola anche la convenienza economica della prestazione”*²¹.

Così facendo, il CNF ha reiterato l'infrazione accertata e stigmatizzata nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria del caso I748.

In particolare, le disposizioni del codice deontologico recepiscono le argomentazioni del CNF in merito alla distinzione tra l'utilizzo – legittimo – di siti web con nomi di dominio propri per veicolare la pubblicità professionale e l'impiego – illegittimo – di siti messi a disposizione da terzi per svolgere la medesima attività, che, come visto sopra, sono state espressamente rigettate dall'Autorità nel proprio provvedimento.

16. Tale continuità tra i principi e gli argomenti alla base del parere n. 48/2012 e le disposizioni dell'art. 35 del vigente codice deontologico forense emerge inoltre dal contenuto della relazione illustrativa del codice. Questa, infatti, espressamente individua l'art. 35 quale anello di congiunzione tra le disposizioni deontologiche in materia di pubblicità e quelle in materia di accaparramento della clientela, fattispecie quest'ultima sotto la quale, in assenza di una disposizione analoga all'attuale art. 35, il parere n. 48/2012 sussume la condotta dei professionisti che utilizzano piattaforme digitali per pubblicizzare i propri servizi professionali.

17. Parimenti, la prescrizione contenuta nel comma 9 dell'art. 35 del codice deontologico sull'obbligo di comunicazione preventiva al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto dei siti utilizzati per lo svolgimento di attività pubblicitarie, nonché la disposizione di chiusura di cui al comma 11 con cui si subordinano *“le forme e le modalità delle informazioni”* al rispetto dei *“principi di dignità e decoro della professione”*, oltre a contrastare con le vigenti disposizioni di legge, si pongono in contrasto con quanto contenuto nel citato provvedimento dell'Autorità.

18. Infatti, tali prescrizioni confermano e inaspriscono le limitazioni introdotte dal CNF per mezzo del parere n. 48/2012 all'impiego di un nuovo canale di diffusione delle informazioni relative all'attività professionale, idoneo a veicolare anche la convenienza economica della prestazione.

19. In conclusione, le sopra citate disposizioni dell'art. 35 del codice deontologico forense, entrato in vigore il 15 dicembre 2014, si pongono in contrasto con i principi e le valutazioni effettuate dall'Autorità nel provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014; esse, pertanto, costituiscono una violazione di quanto disposto alla lettera c) del deliberato del provvedimento, con il quale l'Autorità diffidava il CNF dal porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione accertata.

un'attività consistente nell'offrire beni e servizi sul mercato. Cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia, causa C-1/12, Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas (OTOC), ECLI:EU:C:2013:127, para. 33-38 e causa C-136/12, Consiglio Nazionale dei Geologi v. AGCM, ECLI:EU:C:2013:489, para 41-45; Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 238 del 22 gennaio 2015 (Geologi); TAR Lazio, Sez. I, sent. n. 4943 del 1° aprile 2015 (FNOMCEO).

²⁰ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-136/12, Consiglio Nazionale dei Geologi v. AGCM, cit., para 46-47; Consiglio di Stato, sent. n. 238/2015, cit. (Geologi); TAR Lazio, sent. n. 4943/2015, cit. (FNOMCEO).

²¹ Cfr. AGCM, provv. n. 25154, para. 146.

RITENUTO, pertanto, che la permanenza e la mancata revoca con adeguata comunicazione agli iscritti del parere n. 48/2012 rappresenti una violazione del deliberato del provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, perpetuando l'accertata situazione anticoncorrenziale, e che la riproposizione nell'art. 35 del codice deontologico di disposizioni già censurate nel provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014 integri una violazione del divieto di reiterare comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

DELIBERA

a) di contestare al Consiglio Nazionale Forense (CNF) la violazione di cui all'articolo 15, comma 2, della Legge n. 287/90 per inottemperanza al provvedimento dell'Autorità n. 25154 del 22 ottobre 2014;

b) che il responsabile del procedimento è il dott. Matteo Pierangelo Negrinotti;

c) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Manfatturiero e Servizi della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti del Consiglio Nazionale Forense, nonché da persone da essi delegate;

d) con riguardo all'inottemperanza contestata, che, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, della Legge n. 689/81, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti e chiedere di essere sentiti;

e) che il procedimento deve concludersi entro centottanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

I759 – FORNITURE TRENITALIA*Provvedimento n. 25488*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue);

VISTA la documentazione acquisita in data 5 e 6 novembre 2013 presso gli Uffici della Procura della Repubblica di Firenze e presso gli Uffici della Polizia di Stato - Compartimento Polizia Ferroviaria per la Toscana - Squadra di Polizia Giudiziaria, con l'ausilio della Guardia di Finanza - Nucleo Speciale Tutela Mercati - Gruppo Antitrust, relativa a condotte, poste in essere dai principali operatori del mercato della fornitura di beni e servizi elettromeccanici per il comparto ferroviario, suscettibili di integrare una fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza;

VISTA la propria delibera adottata in data 5 febbraio 2014, con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società A.E.G. (Applicazioni Elettriche Generali) S.r.l., Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l., Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a., So.El.Ta. Elettromeccanica di Baroni Luciano &C. S.n.c., volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/90 o dell'articolo 101 del Tfue, e con cui è stato fissato al 31 marzo 2015 il termine di chiusura del procedimento;

VISTO il provvedimento adottato in data 16 aprile 2014, con il quale il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti della società Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l.;

VISTO il provvedimento adottato in data 24 settembre 2014, con il quale il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti della società I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l.;

VISTO il provvedimento adottato in data 12 novembre 2014, con il quale il procedimento è stato esteso oggettivamente con riferimento alla gara di Trenitalia S.p.a. a procedura aperta Gpa n. 5792, relativa al periodo maggio-luglio 2011, per la fornitura di servizi di riparazione di motori elettrici;

VISTO il provvedimento adottato in data 19 dicembre 2014, con il quale il procedimento è stato esteso oggettivamente con riferimento alle procedure negoziate di Trenitalia S.p.a. -riferite al periodo settembre 2008, al periodo dicembre 2008-gennaio 2009 e al periodo marzo 2009- per la prestazione rispettivamente del servizio di rifacimento indotti per motori di trazione T850, del servizio di riparazione di motoalternatori e del servizio di revisione e riparazione di motori 6FRA, e con il quale è stato altresì prorogato al 31 maggio 2015 il termine di chiusura del procedimento;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle Parti in data 3 marzo 2015;

VISTE le memorie conclusive delle Parti, pervenute in data 9 aprile 2015 (Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l.), 15 aprile 2015 (Elettromeccanica Pm S.r.l.), 15 aprile 2015 (P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione), 15 aprile 2015 (M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l.), 16 aprile 2015 (I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l.), 16 aprile 2015 (Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria), 16 aprile 2015 (A.E.G. -Applicazioni Elettriche Generali- S.r.l.), 17 aprile 2015

(G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c.), 17 aprile 2015 (Piaggio & Figli Service S.r.l.), 17 aprile 2015 (Trenitalia S.p.a.) e 21 aprile 2015 (El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a.);

SENTITI in audizione finale, in data 21 aprile 2015, i rappresentanti delle società A.E.G. (Applicazioni Elettriche Generali) S.r.l., Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Trenitalia S.p.a.;

VISTA tutta la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Parti del procedimento sono le seguenti tredici società: A.E.G. (Applicazioni Elettriche Generali) S.r.l. (di seguito Aeg); Damiano Motor's S.p.a. (di seguito Dmotor); El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a. (di seguito Elca); Elettromeccanica Pm S.r.l. (di seguito El-Pm); Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l. (di seguito Soelta)¹; Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria (di seguito Firema); G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c. (di seguito Gmg); I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l. (di seguito Iee)²; M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l. (di seguito Meis); Motortecnica S.r.l. (di seguito Motortecnica); Piaggio & Figli Service S.r.l. (di seguito Piaggio); P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione (di seguito Pm) e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione (di seguito Retam).

La società Trenitalia S.p.a. (di seguito Trenitalia), a seguito di motivata richiesta di intervento (doc. I.24), è stata ammessa a partecipare al procedimento istruttorio (doc. I.31).

2. Aeg è una società specializzata nella manutenzione e riparazione di motori elettrici e generatori in corrente continua, di motori per trazione elettrica e trasporti ferro-tranviari, di motori e generatori in bassa e media tensione. Oltre al settore ferro-tranviario, le attività di Aeg si rivolgono anche ai settori siderurgico, energetico, minerario, cementifero, chimico, petrolifero e della meccanica di base. Nel giugno del 2013 la società ha operato una scissione societaria (scissione parziale mediante assegnazione di parte del patrimonio), che ha in particolare comportato la permanenza in capo ad Aeg della sola attività immobiliare (le attività tipiche industriali sono state invece trasferite alla società di nuova costituzione Iee).

Il capitale sociale di Aeg risulta suddiviso in parti uguali tra due persone fisiche.

Nel corso del 2014, Aeg ha realizzato un fatturato pari a 0,60 milioni di euro.

3. Dmotor è una società che svolge attività di revisione e riparazione di macchine elettriche rotanti (di qualsiasi tipo, tensione e potenza), di riavvolgimento e potenziamento di motori di trazione, nonché di costruzione di avvolgimenti (in corrente continua e alternata), collettori e reattanze.

Il capitale sociale di Dmotor risulta detenuto da tre persone fisiche.

Nel corso del 2014 sono stati realizzati da Dmotor 0,05 milioni di euro di fatturato.

¹ A seguito di fusione con la precedente società So.El.Ta. Elettromeccanica di Baroni Luciano &C. S.n.c. (cfr. provvedimento di estensione soggettiva adottato dall'Autorità nella sua adunanza del 16 aprile 2014, doc. II.58).

² A seguito di scissione societaria parziale, mediante assegnazione di parte del patrimonio, di Aeg (cfr. provvedimento di estensione soggettiva adottato dall'Autorità nella sua adunanza del 24 settembre 2014, doc. III.163).

4. Elca è una società attiva nella costruzione, riparazione e manutenzione di macchine elettriche statiche e rotanti di qualsiasi tipo, nella costruzione di bobine per avvolgimenti elettrici e di altro materiale elettrico, meccanico e isolante, e nella riparazione, manutenzione e revisione di parti di veicoli ferroviari; il principale ambito di operatività sono in particolare le riparazioni elettromeccaniche rivolte a motori, parti di motori e carrelli destinati alla trazione ferroviaria.

Il capitale sociale di Elca risulta detenuto da tre persone fisiche.

Il fatturato conseguito da Elca nel 2014 è stato pari a 2,11 milioni di euro.

5. El-Pm è una società che opera nel settore elettromeccanico, eseguendo in particolare attività di manutenzione e riparazione di motori e carrelli per vetture ferroviarie.

Il capitale sociale di El-Pm risulta detenuto da una persona fisica (con una quota data in usufrutto ad un'altra persona fisica). Da parte sua, El-Pm detiene un terzo delle quote consortili di Pm.

Nel corso del 2014, El-Pm ha realizzato un fatturato complessivo pari a 0,90 milioni di euro.

6. Soelta è una società che opera in ambito elettromeccanico svolgendo in particolare attività di manutenzione, riparazione e avvolgimento di motori elettrici (in corrente continua e alternata) destinati a vari impieghi (trazione ferroviaria, impianti petrolchimici, raffinerie, cementifici, acciaierie, acquedotti).

Il capitale sociale di Soelta è ripartito, anche per il tramite di un'altra società (la Baroni S.r.l.), tra due persone fisiche.

Il fatturato conseguito da Soelta nel corso del 2014 è stato pari a 1,90 milioni di euro.

7. Firema è una società che progetta e realizza veicoli ferroviari, svolgendo anche la relativa attività di post-vendita di manutenzione, revisione e fornitura di ricambi pure per treni di produzione non propria; Firema produce altresì equipaggiamenti elettronici, convertitori ausiliari e motori di trazione per veicoli ferroviari e urbani.

Firema si trova allo stato, e a far data da agosto 2010, nella procedura di Amministrazione straordinaria normativamente prevista per il caso di grandi imprese in stato di insolvenza. Fino alla dichiarazione dello stato di insolvenza e all'ammissione alla procedura di Amministrazione straordinaria, Firema risultava controllata, per il tramite di un veicolo societario (la Gmr S.p.a.³), da persone fisiche membri di una stessa famiglia.

Nel corso del 2014, Firema ha realizzato, quasi interamente in Italia, un fatturato complessivo pari a [50-100]⁴ milioni di euro.

8. Gmg è una società la cui attività consiste nella riparazione e revisione di motori elettrici (in corrente continua e alternata) per trazione ferroviaria e per uso industriale e di apparecchiature elettromeccaniche, nonché nella costruzione di bobine per motori elettrici.

Il capitale sociale di Gmg risulta suddiviso tra tre persone fisiche.

Il fatturato conseguito da Gmg nel 2014 è stato pari a 0,88 milioni di euro.

9. Iee è la società, costituita nel 2013, a cui come detto sono state trasferite le sopradescritte attività industriali di Aeg.

³ Ora Gmr S.r.l..

⁴ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

Il capitale sociale di Iee risulta suddiviso in parti uguali tra le medesime due persone fisiche titolari del capitale di Aeg.

Nel corso del 2014, Iee ha realizzato un fatturato complessivo pari a 3,89 milioni di euro.

10. Meis è una società attiva nella produzione di bobine di avvolgimento per motori elettrici, nonché nella manutenzione e riparazione dei motori elettrici stessi (utilizzati per la trazione ferroviaria o in campo energetico, petrolifero e cementifero).

Il capitale sociale di Meis risulta ripartito tra quattro persone fisiche.

Il fatturato conseguito da Meis nel corso del 2014 è stato complessivamente pari a 4,04 milioni di euro.

11. Motortecnica è una società attiva nella progettazione, costruzione, manutenzione e riparazione di macchine elettriche.

Il capitale sociale di Motortecnica risulta suddiviso tra due persone fisiche.

Nel corso del 2014, Motortecnica ha realizzato un fatturato complessivo pari a 9,09 milioni di euro.

12. Piaggio è una società che opera in campo elettromeccanico con particolare riferimento alle macchine elettriche rotanti (di media e grande potenza); nello specifico, vengono svolte attività di manutenzione e riparazione di motori e generatori (in corrente continua e alternata), di trasformatori e alternatori, con costruzione di parti sia elettriche (avvolgimenti, anelli, collettori) che meccaniche (alberi, cuscinetti, ecc).

Il capitale sociale di Piaggio è ripartito tra sei persone fisiche.

Il fatturato conseguito da Piaggio nel corso del 2014 è stato complessivamente pari a 4,02 milioni di euro.

13. Pm è una società consortile, allo stato in liquidazione, attiva nel settore elettromeccanico eseguendo, in particolare, la manutenzione e riparazione di motori e carrelli per vetture ferroviarie.

Nel corso del 2014 è stato realizzato da Pm un fatturato pari a 0,13 milioni di euro.

I soci di Pm sono, per quote paritetiche, El-Pm e altre due società (l'impresa ungherese Muszer Automatika Kft e Treniservizi S.r.l.).

14. Retam è una società, allo stato in liquidazione, che opera in ambito elettromeccanico mediante la revisione e riparazione di motori elettrici (in corrente continua e alternata), nonché mediante la produzione e revisione di apparecchiature e componentistica per la trazione ferroviaria.

L'intero capitale sociale di Retam è detenuto dalla società Elettroservice S.r.l., a sua volta partecipata da sette persone fisiche.

Nel corso del 2014, Retam ha realizzato un fatturato di 0,23 milioni di euro.

II. L'ISTRUTTORIA

II.1 Il procedimento istruttorio

15. Il procedimento istruttorio, finalizzato alla raccolta da parte degli Uffici della competente Direzione della Direzione Generale per la Concorrenza dell'Autorità (di seguito anche Uffici) degli elementi necessari per accertare la sussistenza di fattispecie illecite dal punto di vista *antitrust*, è stato avviato con delibera dell'Autorità del 5 febbraio 2014.

Il procedimento è stato aperto d'ufficio a seguito di notizie di stampa relative a un possibile cartello anticoncorrenziale, emerso durante accertamenti di natura penale, posto in essere da diverse imprese operanti nell'ambito della fornitura di beni e servizi elettromeccanici per la trazione ferroviaria con riferimento a procedure d'acquisto indette da Trenitalia.

A seguito del rilascio, da parte del competente Sostituto Procuratore della Repubblica, del nulla osta all'acquisizione documentale a fini *antitrust* (doc. I.8), è stata acquisita diversa documentazione presente agli atti del fascicolo penale⁵ (doc. I.3, Allegati da 1 a 13, e doc. I.4 Allegato 1)⁶.

16. Il termine di conclusione del procedimento, originariamente fissato al 31 marzo 2015, è stato successivamente prorogato al 31 maggio 2015 a seguito delle estensioni intervenute, allo scopo in particolare di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa delle Parti e la più ampia applicazione del principio del contraddittorio. Il procedimento è stato infatti esteso oggettivamente ad ulteriori quattro procedure di acquisto di Trenitalia⁷, ed è stato altresì esteso soggettivamente alle società Soelta e Iee.

17. Per quanto riguarda nello specifico l'estensione nei confronti della società Iee, l'intervenuta separazione giuridica delle *business unit* di Aeg ha, come visto, comportato la scissione dell'attività immobiliare dalle attività tipiche industriali, quelle cioè oggetto di istruttoria. La prima è stata lasciata in capo ad Aeg, che ha di conseguenza nettamente ridotto il capitale sociale e modificato l'oggetto sociale (includendovi quale attività prevalente quella immobiliare). Le attività industriali sono state invece trasmesse alla società di nuova costituzione Iee, che è così subentrata di diritto in tutto il patrimonio attivo e passivo assegnatole "*e, quindi, in tutte le relative ragioni, azioni e diritti così come in tutti gli obblighi*" (secondo quanto espressamente riportato nell'atto notarile di scissione, doc. II.123)⁸.

18. Dalle informazioni fornite, inoltre, si rileva come il controllo di entrambe le società in questione (Aeg e Iee) sia ad oggi riconducibile alle medesime due persone fisiche, ciascuna detentrici del 50% del capitale sociale in entrambi i casi (doc. II.124, VIII.405). Per di più, anche nel passato, a far data dalla costituzione di Iee (giugno 2013), si rileva una identità nel tempo degli assetti proprietari e di controllo tra le predette società (doc. II.146, VIII.405).

I dati di fatturato mostrano come la gran parte del fatturato sociale sia ora appannaggio di Iee e non già di Aeg.

19. Il procedimento istruttorio si è articolato in diversi passaggi tra i quali l'acquisizione della mole documentale rilevante, le audizioni delle Parti e diverse richieste di informazioni. In particolare, al fine di acquisire una maggiore conoscenza dei fatti oggetto di accertamento, gli Uffici hanno predisposto *set* di richieste di informazioni inviate alla competente Autorità giudiziaria (per il tramite della Guardia di Finanza), a Trenitalia nonché alle Parti stesse.

⁵ Procedimento penale n. 4222/2010 Rgnr presso la Procura della Repubblica di Firenze, organo di Polizia Giudiziaria la Polizia di Stato - Questura di Firenze e il Compartimento Polizia Ferroviaria per la Toscana. Tale procedimento coinvolge anche persone fisiche all'epoca dei fatti funzionari di Trenitalia.

⁶ Di seguito anche indicati, quando necessario, come doc. I.3/x con $1 \leq x \leq 13$.

⁷ Cfr. provvedimento di estensione oggettiva adottato dall'Autorità nella sua adunanza del 12 novembre 2014 (ad esempio doc. III.227) e provvedimento di estensione oggettiva adottato dall'Autorità nella sua adunanza del 19 dicembre 2014 (ad esempio doc. IV.236).

⁸ "*Inoltre, eventuali sopravvenienze passive relative al ramo d'azienda trasferito ed accertate successivamente saranno a carico della società beneficiaria [Iee], anche se riferite ad eventi o fatti anteriori alla data di efficacia della scissione. Resta pertanto sin da ora autorizzato ogni Ente od Ufficio sia pubblico che privato, senza necessità di ulteriori atti, a trasferire ed intestare alla società Iee tutti i documenti, depositi cauzionali od altro titolo, polizze, contratti, conti attivi e passivi, atti e negozi in genere*".

Durante tutto il corso del procedimento istruttorio, l'esercizio del diritto di difesa delle Parti è stato garantito nelle varie occasioni, in particolare attraverso: richieste, e relativi accoglimenti, di accesso a tutti gli atti via via acquisiti al fascicolo istruttorio⁹; richieste, e relativi accoglimenti, di audizione dei rappresentanti delle Parti¹⁰; presentazione di atti, di istanze e di memorie difensive di vario tenore (ivi incluse le memorie conclusive prima dell'audizione finale innanzi al Collegio dell'Autorità).

20. In data 3 marzo 2015 è stata inviata alle Parti la Comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI). Il 21 aprile 2015, successivamente al deposito delle deduzioni e delle memorie finali delle Parti, sono stati sentiti in audizione innanzi al Collegio dell'Autorità i rappresentanti degli Uffici nonché i rappresentanti delle società Aeg, Dmotor, Elca, El-Pm, Soelta, Firema, Gmg, Iee, Meis, Motortecnica, Piaggio, Pm e Trenitalia.

II.2 I fatti

21. Il presente procedimento riguarda le condotte poste in essere dai principali operatori attivi nell'ambito della fornitura di beni e servizi elettromeccanici per il settore ferroviario. Tali condotte sono state poste in essere, nell'arco temporale ricompreso tra marzo 2008 e settembre 2011, in occasione di ventiquattro procedure pubbliche di acquisto (ventidue delle quali svoltesi nel contesto del cosiddetto Sqf, Sistema di qualificazione fornitori) indette dalla società Trenitalia S.p.a. per il soddisfacimento delle proprie esigenze.

22. Dalle risultanze istruttorie è emerso come le Parti abbiano concordato le modalità di partecipazione alle predette procedure pubbliche, al fine di preordinarne gli esiti, mediante continui contatti (comunicazioni elettroniche, elaborazione comune di dati, comunicazioni telefoniche, incontri fisici) e scambi di informazioni sensibili.

In particolare, obiettivo delle Parti era la ripartizione delle commesse con la fissazione comune dei relativi prezzi di riferimento; a tal fine, le Parti si servivano di appositi *database* (quali i cosiddetti Tabellone e piccolo Tabellone) la cui funzione era di registrare le posizioni di debito o credito dei singoli soggetti. In tal modo, le imprese a credito (debito) per procedure passate maturavano diritti (rinunce) per procedure future, pure nella forma dell'impegno dell'aggiudicatario a cedere parte della commessa (attraverso ad esempio sub-appalti, sub-contratti, specifici ordinativi, forniture incrociate, ecc) anche a chi non risultava formalmente neanche tra i partecipanti alla procedura interessata.

Ciò, come si vedrà, si evince chiaramente dai due Tabelloni nei quali, oltre a essere riportati gli importi appannaggio dell'aggiudicatario/i, si rinvengono anche le eventuali somme spettanti ad altre imprese -a titolo delle predette forme di sub-forniture- secondo il descritto sistema ripartitorio.

⁹ Gli accessi agli atti sono in particolare avvenuti: per Meis in data 26 marzo 2014 (doc. I.32), in data 27 maggio 2014 (doc. II.83), in data 12 settembre 2014 (doc. II.132), in data 10 novembre 2014 (doc. III.210), in data 9 gennaio 2015 (doc. IV.253), in data 19 marzo 2015 (doc. VI.332), in data 20 marzo 2015 (doc. VI.348) e in data 20 aprile 2015 (doc. VIII.418); per Firema in data 6 giugno 2014 (doc. II.87), in data 5 novembre 2014 (doc. III.205), in data 21 gennaio 2015 (doc. IV.255), in data 1 aprile 2015 (doc. VI.370) e in data 21 aprile 2015 (doc. VIII.420); per Piaggio in data 16 luglio 2014 (doc. II.107) e in data 27 marzo 2015 (doc. VI.367); per Aeg in data 26 settembre 2014 (doc. II.157), in data 5 dicembre 2014 (doc. III.232) e in data 20 marzo 2015 (doc. VI.349); per Soelta in data 23 ottobre 2014 (doc. III.191); per Iee in data 20 marzo 2015 (doc. VI.350) e in data 8 aprile 2015 (doc. VI.372); per Trenitalia in data 18 aprile 2014 (doc. I.49), in data 27 ottobre 2014 (doc. III.195) e in data 20 aprile 2015 (doc. VIII.419).

¹⁰ Le audizioni infraprocedimentali sono in particolare avvenute: per Gmg in data 19 settembre 2014 (doc. II.152); per Piaggio in data 30 settembre 2014 (doc. II.159); per Meis in data 3 ottobre 2014 (doc. III.178); per Retam in data 10 ottobre 2014 (doc. III.182); per Motortecnica in data 17 ottobre 2014 (doc. III.184); per El-Pm e Pm in data 20 ottobre 2014 (doc. III.186); per Soelta in data 24 ottobre 2014 (doc. III.192); per Firema in data 6 novembre 2014 (doc. III.206); per Trenitalia in data 3 novembre 2014 (doc. III.203).

23. Le evidenze agli atti danno conto del fatto che nel periodo oggetto di istruttoria i prezzi venivano mantenuti dalle Parti artificialmente elevati.

Di ciò si ha evidenza, in primo luogo, in relazione ad una procedura Trenitalia oggetto di istruttoria (la Gpa n. 5792), con riferimento alla quale si osservano offerte particolarmente competitive rispetto a quelle delle Parti (inferiori del 40% in un lotto e del 75% circa nei restanti due¹¹) presentate da un soggetto -la società Sicme Motori- diverso dalle Parti stesse (doc. IV.275).

In secondo luogo, Trenitalia ha fornito i risultati di proprie stime da cui emerge, a partire dal 2012, un calo dei prezzi -peraltro spesso offerti da alcune delle stesse Parti- nell'ordine del 25% circa¹² (che diviene 50% circa tenendo conto dell'aumento, dal 2012, del prezzo della principale materia prima¹³) rispetto al costo degli acquisti effettuati nel periodo oggetto di istruttoria dalla medesima stazione appaltante in relazione ai medesimi beni e servizi elettromeccanici.

a) Il Tabellone

24. Emblematico al riguardo è un documento cartaceo (Tabellone) rinvenuto presso la sede della società Elca¹⁴ (doc. I.3/2) in quanto consente di ricostruire la logica ripartitoria seguita dalle Parti nella partecipazione alle procedure di gara interessate, nonché le modalità con le quali sono state definite le quote di volta in volta spettanti alle diverse società.

Esso è difatti un prospetto schematico di tipo dinamico, ossia che tiene via via conto delle posizioni in sospeso derivanti dal passato (ossia dalle precedenti procedure di acquisto di Trenitalia). La funzione del prospetto è quella di riepilogare le "assegnazioni" distribuite a ciascuna impresa per ogni appalto Trenitalia, così come il "credito/debito" complessivo maturato nei confronti delle altre imprese (ossia del tavolo).

25. Più precisamente, il "credito/debito" derivante dalla prima procedura di gara lì indicata (la "Gpn 5149 – Roma 12 marzo 2008") costituisce il punto di partenza per i suoi aggiornamenti progressivi -derivanti dalle differenze "assegnazioni" meno "quota", cfr. *infra*- in occasione delle successive procedure di gara, sino all'ultima di esse (la "Rich. Prev. 2110170908 Foligno 30 giugno 2010").

26. Nello specifico, per ciascuna procedura di acquisto vengono indicati, nelle diverse colonne del prospetto: i categorici di gara (ossia dei codici numerici); la descrizione del relativo prodotto; le quantità; il prezzo unitario (di aggiudicazione); il corrispondente valore complessivo (quantità*prezzo); seguono più colonne ognuna riferita ad una diversa impresa del cartello.

Le imprese indicate nel prospetto sono tutte le Parti¹⁵: "Aeg" [Aeg]; "DamianoM" [Dmotor]; "Elca" [Elca]; "FiremaT" [Firema]; "Meis" [Meis]; "Pm" [dizione riferita a El-Pm e/o a Pm]; "RetamS" [Retam]; "Gmg" [Gmg]; "Piaggio" [Piaggio]; "Motortecnica" [Motortecnica]; "Soelta" [Soelta].

¹¹ Il computo è effettuato rispetto alla media delle offerte economiche presentate dalle varie ATI costituite dalle Parti.

¹² Tale valore numerico è una media semplice della stima riferita alla fornitura di beni (bobine), pari al 24%, e della stima riferita alla prestazione di servizi (riparazione motori), pari al 27% (doc. VIII.404).

A sua volta, il predetto 24% è un aggiornamento (reso possibile dal completamento in tempi recenti di una quinta procedura di gara) del valore precedentemente fornito del 16% circa (calcolato considerando invece l'insieme delle sole prime quattro gare, doc. IV.275).

In generale, tali valori numerici rappresentano un affinamento dell'iniziale stima indicativa del 25-30% fornita dalla stessa Trenitalia in sede di audizione infraprocedimentale (doc. III.203).

¹³ Stima condotta considerando l'indicatore congiunturale del prezzo dei semilavorati in rame.

¹⁴ I relativi fogli sono stati rinvenuti, secondo la descrizione della Polizia Giudiziaria (di seguito anche Pg), in una cartellina intestata Elca con sopra manoscritto "Precedenti Trenitalia Bobine".

¹⁵ Qui come altrove ad eccezione ovviamente di Iee, all'epoca non esistente.

27. Le righe al di sotto dell'elenco dei categorici riportano alcuni calcoli aritmetici ed in particolare: la sommatoria dei valori complessivi dei vari categorici restituisce il “*totale importo di gara*”; quest'ultimo, diviso per il “*numero ditte*”, dà l'importo della “*quota*”, che viene infatti annotata in pari importo in relazione a ciascuna impresa (spettanza teorica). Tale quota teorica si confronta poi, nella riga immediatamente successiva, con le “*assegnazioni*” reali (spettanza effettiva; queste ultime sono a loro volta la sommatoria dei singoli specifici valori complessivi di categorici che vengono assegnati a ciascuna impresa).

La differenza tra il valore monetario associato alle “*assegnazioni*” e il valore monetario associato alla “*quota*” (ossia la differenza tra spettanza effettiva e spettanza teorica) restituisce il cosiddetto “*credito/debito*” nei confronti del tavolo, evidentemente risultando quest'ultimo di segno negativo in caso di credito maturato (spettanza effettiva < spettanza teorica) e, specularmente, di segno positivo in caso di debito maturato (spettanza effettiva > spettanza teorica).

28. L'immagine che segue riproduce, a titolo esemplificativo, uno dei fogli di cui consta il Tabellone, in particolare quello relativo alle due procedure (su di un totale di 12, tutte oggetto di istruttoria) “*Gpn 5566 Roma 28 giugno 2010*” e “*Rich. Prev. 2110170908 Foligno 30 giugno 2010*”.

b) Il piccolo Tabellone

29. Una ulteriore evidenza del meccanismo di ripartizione delle commesse posto in essere dalle Parti viene reso da un altro documento cartaceo acquisito presso la sede di Elca (piccolo Tabellone, doc. II.129), dal contenuto analogo nella sostanza a quello del Tabellone.

Si tratta difatti di uno schema che riporta i conteggi relativi ad altre 3 delle procedure oggetto di istruttoria, denominate “T850”, “MOTOALTERNATORI” e “6FRA”. L'intestazione delle colonne riporta a tutte le Parti del procedimento con l'unica eccezione di Motortecnica; si tratta infatti di “FI” ossia Firema, “RS” ossia Retam, “EL” ossia Elca, “DA” ossia Dmotor, “FU” ossia Aeg (dalle iniziali del cognome del suo rappresentante), “ME” ossia Meis, “SO” ossia Soelta, “PI” ossia Piaggio, “GM” ossia Gmg e “PO” ossia El-Pm e/o Pm (dalle iniziali del cognome del loro comune rappresentante).

30. Per ciascuna delle suddette procedure, il primo blocco di righe annota la quota teorica che spetterebbe a ciascuna impresa qualora il corrispondente appalto venga suddiviso in parti esattamente uguali.

Il secondo blocco di righe, emblematicamente denominato “**QUOTE**”, riporta dapprima la somma delle tre quote teoriche (ossia quanto ciascun membro del cartello dovrebbe teoricamente ricevere da una spartizione paritaria). Da tale somma vengono poi sottratti gli importi assegnati ai vincitori designati che sono:

* Dmotor per i “T850”, e coerentemente la relativa casella è evidenziata in giallo (mentre per El-Pm/Pm viene annotato che “rinuncia”);

* Meis, Piaggio, Aeg, Elca, Dmotor e Retam per i “motoalternatori”, e coerentemente le relative caselle sono evidenziate in giallo;

* Retam per i “6FRA”, e coerentemente la relativa casella è evidenziata in giallo (doc. II.129).

31. Quale esito di tutti i precedenti conteggi, il foglio cartaceo indica, per ciascuna impresa coinvolta, le posizioni maturate nei confronti del tavolo (evidentemente di segno negativo in caso di aggiudicazioni maggiori della spettanza e quindi di debito, e positivo nel caso opposto di spettanza maggiore delle aggiudicazioni e quindi di credito), significativamente denominate proprio “**debiti/crediti**” (doc. II.129).

32. L'immagine che segue riproduce il foglio di cui consta il piccolo Tabellone.

DESCRIZIONE	QUOTE									
	FI	RS	EL	DA	FU	ME	SO	PI	GM	PO
TOTALIZZATORI										
TOTALE	€ 1.600.000,00									€ 228.571
6 FRA										
TOTALE	€ 150.000,00									€ 26.000
T 850										
TOTALE	€ 224.400,00									€ 32.057
TOTALE	€ 1.974.400,00									
QUOTE	€ 0	€ 285.629	€ 285.629	€ 285.629	€ 285.629	€ 285.629	€ 0	€ 260.629	€ 0	€ 285.629
6 Fm		€ 150.000								
T 850				€ 224.400,00						€ 228.571
RISULTATO		€ 135.629	€ 285.629	€ 81.229	€ 285.629	€ 285.629	€ 0	€ 260.629	€ 0	€ 57.057
Moltiplicatori		€ 160.000	€ 520.000,00	€ 120.000,00	€ 286.066,67	€ 266.666,67		€ 266.666,67		
		24%	60%	15%	15%					
Debiti / crediti		-€ 24.371	-€ 234.371	-€ 56.771	€ 18.962	€ 18.962	€ 0	-€ 6.039	€ 0	€ 57.057

c) Il Sistema di qualificazione fornitori (Sqf) di Trenitalia

33. Come anticipato, nel periodo oggetto di istruttoria (il quadriennio 2008-2011) la stazione appaltante Trenitalia adottava, per le proprie procedure pubbliche di acquisto di beni e servizi elettromeccanici, un Sistema di qualificazione fornitori (Sqf), istituito nel 1996 e dismesso nel

novembre del 2011. Tale sistema ha costituito il contesto di riferimento per 22 delle 24 procedure di gara oggetto di istruttoria.

34. Trenitalia ha istituito l'Sqf ai sensi dell'articolo 232 del Dlgs n. 163/06 (Codice dei contratti pubblici) al fine di conseguire i vantaggi da questo ricavabili, in particolare in termini di riduzione dei tempi di approvvigionamento, di contenimento dei costi interni di processo e di riduzione dei contenziosi (doc. VIII.404).

35. L'Sqf era aperto a tutti i soggetti, eventualmente anche esteri, che ogni anno potevano avanzare richiesta di adesione.

Secondo quanto accertato con la stazione appaltante in corso di istruttoria (doc. III.203, doc. VIII.404), veniva pubblicato annualmente un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, in cui venivano esplicitati i principi posti a base del sistema stesso per ciascuna categoria merceologica. Ogni impresa interessata poteva a quel punto formulare istanza di ammissione all'Sqf, che veniva valutata da Trenitalia mediante la verifica della sussistenza in capo al richiedente di determinate capacità economico-finanziarie, tecnico-produttive e anche amministrative.

In caso di esito positivo della valutazione, l'impresa in questione riceveva un attestato di qualificazione e veniva così iscritta all'Sqf per una determinata categoria merceologica¹⁶; l'attestazione prevedeva un limite prestazionale¹⁷ (importo in euro che costituiva il massimo valore della prestazione che l'impresa poteva annualmente fornire¹⁸, con un margine in aumento del 20%¹⁹) e una scadenza (triennale ma rinnovabile).

Diversamente, qualora l'esito fosse stato negativo, l'impresa interessata poteva effettuare un accesso agli atti (solo sulla propria posizione e non anche su quella di altri soggetti) e proporre, in caso, ricorso amministrativo (al Tar ed eventualmente al Consiglio di Stato) avverso la decisione di esclusione di Trenitalia.

36. L'Sqf non prevedeva pertanto procedure particolarmente complesse ai fini dell'iscrizione, ed era strutturato in maniera tale che ciascuna società iscritta non doveva venire a conoscenza dei nomi degli altri fornitori parimenti iscritti.

Tuttavia, i fornitori qualificati potevano venire a conoscenza dell'iscrizione al sistema di operatori concorrenti in ragione dei numerosi contatti tra di essi di cui si ha evidenza agli atti ovvero, talora, per effetto di contatti col personale di Trenitalia coinvolto nell'indagine penale e -ove previste- in occasione delle sedute pubbliche di apertura delle buste contenenti le offerte di gara.

37. Per quanto riguarda l'utilizzo dell'Sqf che veniva effettuato da Trenitalia, in caso di procedure sopra la soglia comunitaria tutte le imprese iscritte all'Sqf venivano invitate a partecipare per espressa disposizione normativa (articolo 232 del Codice degli appalti pubblici).

¹⁶ Per quel che qui più rileva, si tratta ad esempio dei categorici denominati MR/010 (fornitura di bobine per indotti e per induttori di macchine elettriche rotanti per rotabili ferroviari), RPS/002 (riparazione di macchine elettriche rotanti a bassa tensione per rotabili ferroviari) e RPS/003 (riparazione di macchine elettriche rotanti ad alta tensione per rotabili ferroviari); nel dettaglio, il gruppo merci MR/010 faceva parte del sottosistema della Fornitura di ricambi critici e critici/complessi (in sigla FR), mentre i gruppi merci RPS/002 e RPS/003 facevano parte del sottosistema della Riparazione di parti sciolte di rotabili (in sigla RPS).

¹⁷ Tale limite prestazionale veniva calcolato da Trenitalia sulla base dei principali indici di produttività presentati dall'impresa al momento della iscrizione al sistema, nonché in considerazione delle commesse in essere con la stazione appaltante, e costituiva una rappresentazione della capacità produttiva dell'impresa in questione; secondo quanto chiarito da Trenitalia, *"le imprese iscritte al SQF, ovviamente, erano libere di chiedere un aggiornamento di questo limite prestazionale ogni qual volta fossero in grado di dimostrare una loro accresciuta capacità produttiva"* (doc. VIII.404).

¹⁸ Ad ogni modo, qualora il limite prestazionale fosse stato inferiore all'importo posto a base di gara, la stazione appaltante consentiva comunque la partecipazione tramite la costituzione di RTI ai sensi dell'articolo 37 del Codice dei contratti pubblici.

¹⁹ Cfr. doc. III.187.

In caso di procedure sotto la soglia comunitaria (in particolare acquisti in economia e cosiddette Rdp, ossia Richieste di preventivo), vi era invece discrezionalità da parte della stazione appaltante sebbene, in via generale, veniva seguita la prassi di invitare alla procedura tutti i fornitori presenti nell'Sqf, salvo che non si trattasse di necessità di acquisto particolarmente urgenti²⁰.

38. Quanto all'esito delle procedure indette con l'Sqf, vi era la possibilità del ricorso a contratti aperti (CA) o contratti chiusi (CC) di fornitura. Anche nel periodo oggetto di istruttoria la larga parte dei contratti era di tipo CA, con o senza la previsione di minimi contrattuali (i CC venivano invece scelti in caso di importi di piccola entità e di specifiche necessità).

Generalmente, nel caso di CA, qualora i consumi effettivi (e dunque gli ordini di acquisto di Trenitalia) durante la vigenza del contratto (massimo biennale nel periodo d'istruttoria) fossero risultati inferiori al previsto, lo stesso contratto -se ivi previsto- poteva essere prorogato di un ulteriore anno; qualora invece i consumi di Trenitalia fossero risultati maggiori delle previsioni, una nuova procedura di acquisto veniva bandita prima della scadenza del contratto originario²¹.

39. La prima procedura di acquisto aperta effettuata da Trenitalia al di fuori dell'Sqf (ma nella formale vigenza dello stesso) è del periodo maggio-luglio 2011 ed è relativa ad una gara europea per la riparazione di motori (Gpa-Gara a procedura aperta n. 5792, così come la quasi contemporanea Gpa n. 5796).

d) Le procedure oggetto di istruttoria

40. Tutto ciò premesso, in quel che segue vengono ricostruite, mediante una selezione delle ampie evidenze disponibili, le condotte delle Parti adottate in occasione delle 24 procedure pubbliche di acquisto di beni e servizi elettromeccanici indette da Trenitalia e oggetto di istruttoria. La gran parte (in numero di 15) delle procedure in questione, come già indicato, trovano riscontro nei sopradescritti Tabellone e piccolo Tabellone.

Un'approfondita analisi di tali due documenti è stata compiuta mediante una lettura congiunta degli stessi con le informazioni acquisite dalla stazione appaltante in relazione alle singole procedure coinvolte: l'analisi svolta evidenzia piena coerenza tra queste due fonti di informazioni, come di seguito illustrato. La circostanza che in alcuni casi le imprese per le quali nei Tabelloni vengono annotati importi monetari rappresentino un insieme più ampio (e mai più ristretto) rispetto agli assegnatari ufficiali è da ricondurre al sistema (non ufficiale) delle sub-forniture.

L'analisi evidenzia altresì la descritta logica dinamica del sistema di contabilità adottato dalle Parti, in accordo alla quale il credito/debito maturato in una procedura è la base di partenza per il calcolo del credito/debito che risulterà ad esito della procedura successiva.

41. L'esame condotto in relazione alle singole procedure Trenitalia viene esposto, per le prime 15 di esse, secondo l'ordine che si rinviene nei relativi documenti (Tabellone e piccolo Tabellone) e, per le rimanenti 9, secondo un ordine cronologico. Salvo ove diversamente specificato, il

²⁰ Secondo quanto specificato da Trenitalia, "potevano verificarsi tre distinte situazioni: a) si riteneva di dover ricorrere al SQF, con conseguente avvio di una procedura senza previa pubblicazione del bando, consentendo, dunque, la partecipazione alla gara ai soli fornitori di beni/prestatori di servizi iscritti qualora vi fossero, di norma, almeno tre fornitori; b) nel caso in cui nel SQF fossero presenti meno di tre fornitori e/o esistessero anche precedenti fornitori o fornitori con prodotto qualificato (ove richiesto) non ancora iscritti (e dei quali si ritenesse opportuna la partecipazione alla gara), si arricchiva l'elenco dei soggetti da invitare; c) anche nei casi in cui risultavano iscritte almeno tre imprese, si considerava inopportuno il ricorso al SQF se, ad esempio, i limiti delle prestazioni dei fornitori/prestatori qualificati non erano coerenti con l'importo a base di gara" (doc. VIII.404).

²¹ Secondo quanto riferito da Trenitalia, una tale preferenza per i CA è più funzionale alle necessità di acquisto della stazione appaltante, considerando in particolare che l'esigenza dei beni e servizi elettromeccanici in questione è legata alla variabilità dell'usura dei materiali ferroviari interessati, usura non prevedibile a priori ma connessa ai volumi di traffico ferroviario che si realizzano in concreto.

riferimento è in generale ai documenti istruttori doc. I.3, doc. I.4, doc. II.129, doc. III.197, doc. III.228 e relativi allegati²², e le enfasi nel testo (in grassetto) sono aggiunte.

42. (i) Gara a procedura negoziata - Gpn n. 5149 per la fornitura di bobine (Gm 010)

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 12 marzo 2008;

termine presentazione offerte: 3 aprile 2008;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: Meis, Aeg, Elca, El-Pm, Retam, Firema, Motortecnica e Gmg²³;

impresa aggiudicataria: contratto n. 1. ATI Meis (40%)-Aeg (20%)-Elca (20%)-El-Pm (20%);

contratto n. 2 Retam; contratto n. 3 Firema;

importo di aggiudicazione²⁴: 2,02 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

43. Nello specifico, il Tabellone riporta un primo blocco di righe denominate “GPN 5149 – Roma 12 marzo 2008” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Nel Tabellone risultano beneficiarie di importi derivanti dalla commessa, sulla scorta del descritto sistema delle sub-forniture e per un totale di 2,03 milioni di euro sostanzialmente equivalente all’importo di aggiudicazione, le seguenti imprese: Meis, Aeg, Elca ed El-Pm (in parti uguali), Retam, Dmotor, Firema (queste ultime due in parti uguali), Piaggio e Soelta.

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

44. (ii) Gara a procedura negoziata - Gpn n. 308/08 per la fornitura di bobine

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 29 febbraio 2008;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Retam;

importo di aggiudicazione: 1,09 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

45. In questo caso, il Tabellone riporta un secondo blocco di righe denominate “GPN 308/08 – Foligno 4 marzo 2008” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

²² In particolare, per i dettagli delle singole procedure di acquisto Trenitalia il riferimento è in generale al doc. III.197 e al doc. III.228 (con gli aggiornamenti e le rettifiche di cui ai doc. III.233 e doc. III.234), tutti documenti che contengono le informazioni fornite dalla stessa Trenitalia a seguito di apposite richieste di informazioni degli Uffici; per i testi delle comunicazioni telefoniche tra le Parti il riferimento è in generale al doc. I.3, al doc. I.4 Allegato 1 e al doc. II.129. In generale, nel presente testo il riferimento al doc. III.228 deve intendersi alle parti dello stesso come aggiornate, rettificcate e/o sostituite nei successivi doc. III.233 e doc. III.234.

Le intercettazioni telefoniche sono state effettuate, su autorizzazione della Procura della Repubblica, dalla Questura di Firenze; per esse vengono indicati tra parentesi tonde i nomi delle imprese i cui rappresentanti parlano al telefono (il primo nome è il primo interlocutore) e la data della comunicazione, con i cambi di interlocutore segnalati dal simbolo “--”.

²³ Le ultime due “dichiarano di non poter partecipare in quanto il loro limite prestazionale non è sufficiente”, doc. III.193 allegato 3 e doc. III.228.

²⁴ L’importo di aggiudicazione può risultare maggiore dell’importo base qualora l’aggiudicazione stessa avvenga al prezzo più basso offerto (e non al massimo ribasso a partire dall’importo base); il criterio di aggiudicazione prevalente nelle procedure Trenitalia di cui trattasi era proprio quello del prezzo più basso (e ad ogni modo, nel caso dell’offerta economicamente più vantaggiosa, gli elementi valutati si riducevano sostanzialmente al prezzo e al tempo di consegna, doc. III.203, VIII.404).

Sulla scorta del descritto sistema delle sub-forniture, nel Tabellone risultano beneficiarie di importi derivanti dalla commessa, in parti uguali e per un totale pari proprio all'importo di aggiudicazione di 1,09 milioni di euro, le seguenti imprese: Retam, Dmotor, Firema e Piaggio.

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

46. (iii) Procedura negoziata senza bando (art. 232 comma 13 del Dlgs 163/06) - Gara a procedura negoziata Gpn n. 459/8061 per la fornitura di bobine per indotti per rotabili ferroviari (Gm 010)

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 6 marzo 2008;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: ATI Meis (40%)-Aeg (20%)-Elca (20%)-El-Pm (20%);

importo di aggiudicazione: 0,41 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

47. In questo caso, il Tabellone riporta un nuovo blocco di righe denominate “GPN 459/8061 – Firenze 6 marzo 2008” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Nel Tabellone risultano beneficiarie di importi derivanti dalla commessa, in parti uguali e per un totale pari proprio all'importo di aggiudicazione di 0,41 milioni di euro, le seguenti imprese: Aeg, Elca, El-Pm, Meis²⁵.

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

48. (iv) Procedura negoziata senza bando (art. 232 comma 13 del Dlgs 163/06) - Gara a procedura negoziata Gpn n. 5284 per la fornitura di bobine per motori di trazione (Gm 010)

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 26 gennaio 2009;

termine presentazione offerte: 2 marzo 2009;

importo base: 1,10 milioni;

imprese partecipanti/invitate: Dmotor, ATI Retam-Gmg, Elca, Firema, Aeg, ATI Pm-Meis, El-Pm, Motortecnica (queste ultime due non hanno poi presentato offerta);

impresa aggiudicataria: Elca;

importo di aggiudicazione: 1,10 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

49. In questo caso, il Tabellone riporta un nuovo blocco di righe denominate “GPN 5284 – Roma 26 gennaio 2009” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Sulla scorta del descritto sistema delle sub-forniture, nel Tabellone risultano beneficiarie di importi derivanti dalla commessa, per un totale pari proprio all'importo di aggiudicazione di 1,10 milioni di euro, le seguenti imprese: Elca e Dmotor (in parti uguali) e Motortecnica.

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

50. (v) Procedura n. 959510020 per la fornitura di bobine e poli-principali

²⁵ In questo caso, il sistema delle sub-forniture ha determinato una cessione da parte di Meis (partecipante al 40% all'ATI) di parte della commessa alle rimanenti imprese dell'ATI stessa.

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: nd;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Retam;

importo di aggiudicazione: 0,74 milioni;

tipologia di contratto: CC.

51. In questo caso, il Tabellone riporta un blocco di righe denominate “GPN 959510020 – Verona 23 marzo 2009” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Sulla scorta del descritto sistema delle sub-forniture, nel Tabellone risultano beneficiarie di importi derivanti dalla commessa, in parti uguali e per un totale pari proprio all’importo di aggiudicazione di 0,74 milioni di euro, le seguenti imprese: Retam, Meis e El-Pm/Pm.

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

52. Il fatto che in questa occasione abbia operato il sistema delle sub-forniture è chiaramente dimostrato anche da una *e-mail*, nella quale si dà conto del fatto che i soggetti che si sono effettivamente ripartiti la commessa sono un insieme più ampio rispetto all’aggiudicatario/i (nel caso di specie, 3 imprese a fronte di 1).

In particolare, in tale *e-mail*, Elca scrive a El-Pm/Pm che: “*considera che tu hai preso insieme a Meis e Retam Sud, quelle cat 579/671 (Etr 500 ord.2002) ad € 390,00 con la Gara Verona di Marzo 2009*” (doc. I.3/12).

Nel Tabellone si legge infatti, in relazione proprio alla “GPN 959510020 – Verona 23 marzo 2009”, il categorico “579 671” indicante “bobine statore Etr 500” ad un prezzo unitario di “€ 390,00” assegnato in parti uguali, come d’altronde gli altri categorici a gara, alle tre predette imprese (Retam, Meis e El-Pm/Pm).

53. (vi) *Gara a procedura negoziata - Gpn n. 5315 per la fornitura di bobine per motori di trazione (Gm 010)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate²⁶:

data invito: 8 maggio 2009;

termine presentazione offerte: 1 giugno 2009;

importo base: 1,27 milioni;

imprese partecipanti/invitate: Dmotor, Firema, ATI Meis-Aeg-Retam-Gmg, ATI Pm-Elca, El-Pm, Motortecnica (queste ultime due non hanno poi presentato offerta);

impresa aggiudicataria: ATI Meis (40%)-Aeg (20%)-Retam (20%)-Gmg (20%);

importo di aggiudicazione: 1,61 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

54. In questo caso, il Tabellone riporta un blocco di righe denominate “GPN 5315 – Roma 8 maggio 2009” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Sulla scorta del descritto sistema delle sub-forniture, nel Tabellone -oltre alle quattro imprese ufficialmente aggiudicatarie- anche Firema risulta beneficiaria di importi derivanti dalla commessa, per un totale pari proprio all’importo di aggiudicazione di 1,61 milioni di euro.

²⁶ Cfr. anche doc. VIII.401.

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

55. (vii) Gpn Foligno per la fornitura di bobine

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: nd;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Motortecnica;

importo di aggiudicazione: 0,07 milioni;

tipologia di contratto: CC.

56. In questo caso, il Tabellone riporta un ulteriore blocco di righe denominate “GPN – Foligno” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Nel Tabellone risulta beneficiaria dell’importo di 0,09 derivante dalla commessa l’impresa Motortecnica.

Tale impresa, pertanto, nella contabilità del Tabellone, passa da un credito a un debito nei confronti del tavolo.

57. (viii) Gara a procedura negoziata - Gpn n. 5364 per la fornitura di bobine per motori di trazione (Gm 010)

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 27 novembre 2009;

termine presentazione offerte: 12 gennaio 2010;

importo base: 0,64 milioni;

imprese partecipanti/invitate: Aeg, Dmotor, Retam, Meis, Firema, Gmg (quest’ultima ha presentato offerta oltre i termini), Elca, El-Pm, Pm, Motortecnica (queste ultime quattro non hanno poi presentato offerta);

impresa aggiudicataria: Dmotor;

importo di aggiudicazione: 0,63 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

58. In questo caso, il Tabellone riporta un ulteriore blocco di righe denominate “GPN 5364 – Roma 27 novembre 2009” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Nel Tabellone è Dmotor a risultare beneficiaria dell’intero importo derivante dalla commessa, pari proprio agli 0,63 milioni di euro dell’importo di aggiudicazione.

Tale impresa, pertanto, nella contabilità del Tabellone, aumenta il proprio debito nei confronti del tavolo.

59. (ix) Procedura negoziata senza bando (art. 232 comma 13 del Dlgs 163/06) - Gpn n. 10/07/FO per la fornitura di bobine per motori elettrici

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 8 gennaio 2010;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Pm;

importo di aggiudicazione: 0,55 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

60. In questo caso, il Tabellone riporta un nuovo blocco di righe denominate “GPN 10/07/FO scad. 26/02/10 Foligno” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Nel Tabellone, Pm risulta beneficiaria dell’intero importo derivante dalla commessa, pari proprio agli 0,55 milioni di euro dell’importo di aggiudicazione.

Tale impresa, pertanto, nella contabilità del Tabellone, passa da un credito a un debito nei confronti del tavolo.

61. (x) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 2110166738 per la fornitura di bobine e connessioni equipotenziale*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 13 aprile 2010;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Firema;

importo di aggiudicazione: 0,12 milioni;

tipologia di contratto: CC.

62. Il Tabellone riporta un nuovo blocco di righe denominate “RDP 2110166738 del 13/04/2010” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

In questo caso, nel Tabellone, Firema risulta beneficiaria dell’intero importo derivante dalla commessa, pari proprio agli 0,12 milioni di euro dell’importo di aggiudicazione.

Tale impresa, pertanto, nella contabilità del Tabellone, diminuisce il proprio credito nei confronti del tavolo.

63. (xi) *Procedura negoziata n. 5566 (senza bando ex art. 232 Dlgs 163/06) per la fornitura di bobine per motori elettrici (Gm 010) – Gpn (Gara a procedura negoziata) n. 5566*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 7 giugno 2010;

termine presentazione offerte: 28 giugno 2010;

importi base: (#9 contratti) n. 1: 0,5 milioni; n. 2: 0,3 milioni; n. 3: 1,2 milioni; n. 4: 0,7 milioni; n. 5: 1,0 milioni; n. 6: 1,2 milioni; n. 7: 0,5 milioni; n. 8: 0,7 milioni; n. 9: 0,6 milioni (per un totale pari a 6,78 milioni);

imprese partecipanti/invitate: Motortecnica, Dmotor, Elca, Aeg, Gmg, Meis, Retam, Firema, Pm;

imprese aggiudicatarie: n. 1: Motortecnica; n. 2: Dmotor; n. 3: Elca; n. 4: Aeg; n. 5: Gmg; n. 6: Meis; n. 7: Retam; n. 8: Firema; n. 9: Pm;

importi di aggiudicazione: (#9 contratti) n. 1: 0,5 milioni; n. 2: 0,4 milioni; n. 3: 1,3 milioni; n. 4: 1,0 milioni; n. 5: 1,0 milioni; n. 6: 1,4 milioni; n. 7: 0,7 milioni; n. 8: 0,8 milioni; n. 9: 0,6 milioni (per un totale pari a 7,74 milioni);

tipologia di contratto: tutti CA²⁷;

minimo garantito: presente.

64. Il Tabellone riporta al riguardo il blocco di righe denominate “Gpn 5566 Roma 28 giugno 2010” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

In questo caso, nel Tabellone risultano beneficiarie degli importi derivanti dalla commessa, pari a 7,85 milioni di euro sostanzialmente equivalenti quindi all’importo di aggiudicazione, le seguenti società: Motortecnica, Dmotor, Elca, Aeg, Gmg, Meis, Retam, Firema e Pm.

²⁷ CA = Contratti Aperti; CC = Contratti Chiusi (cfr. parte B. per una loro descrizione).

Tali imprese, pertanto, nella contabilità del Tabellone, riducono/aumentano il proprio credito/debito nei confronti delle altre imprese del sodalizio.

65. Si osserva altresì che per la Gpn n. 5566, e con riferimento a due categorici di gara (su 25)²⁸, nel Tabellone è presente la dizione “*prezzo libero*”, ad indicare l’eccezionalità di una tale situazione rispetto alla concertazione delle offerte invece praticata in tutti gli altri casi.

66. Rispetto a tale gara, agli atti istruttori vi è una *e-mail*, datata 22 giugno 2010 e quindi precedente al termine di scadenza per la presentazione delle offerte (che, come detto, era fissato al 28 giugno), inviata da Firema a Elca (doc. I.3/2).

Nella *e-mail* in questione, Firema trasmette a Elca una tabella che riporta, per ciascuno dei 25 categorici di gara, il prezzo che la stessa Elca dovrà offrire al fine di consentire il verificarsi dell’esito di gara predeterminato (in grassetto sono segnati tre prezzi unitari: 1.446 euro, 2.430 euro e 2.430 euro rispettivamente per i categorici 2, 14 e 17).

67. La *e-mail* in esame risulta del tutto coerente con il Tabellone.

Dalla lettura di quest’ultimo, difatti, in relazione alla “*Gpn 5566 Roma 28 giugno 2010*” risultavano di pertinenza di Elca soltanto tre categorici di gara (i numeri 2, 14 e 17). Coerentemente, dunque, in riferimento proprio a questi tre categorici, i prezzi di Elca riportati nella *e-mail* sono esattamente identici ai corrispondenti prezzi unitari di aggiudicazione riportati nel Tabellone (1.446 euro, 2.430 euro, 2.430 euro rispettivamente per i tre categorici).

Di contro, per i rimanenti 20 categorici di gara²⁹, il prezzo che dovrà offrire Elca secondo quanto stabilito nella *e-mail* risulta sempre superiore al corrispondente prezzo unitario di aggiudicazione riportato nel Tabellone, dovendo infatti in questi casi risultare aggiudicatarie altre imprese e avendo quindi Elca effettuato offerte soltanto di copertura.

68. La presente procedura si contraddistingue anche per un peculiare errore di Firema la quale, incaricata di predisporre le offerte per tutte le altre Parti, indica prezzi uguali per quattro società diverse (Elca, Pm, Retam e Motortecnica). Le altre imprese sono preoccupate dell’errore commesso, e ritengono opportuno aggiustare la situazione agendo nella fase successiva degli sconti da accordare alla stazione appaltante.

Nel Tabellone si osserva infatti un identico prezzo unitario di offerta (pari a 2.430 euro) per cinque categorici di bobine di tipo T750, che vengono assegnati alle quattro imprese sopra indicate (Elca, Pm, Retam e Motortecnica).

69. Ciò si evince anche dal contenuto di varie comunicazioni telefoniche intervenute tra le Parti, alcune delle quali sono riportate in stralcio in quel che segue.

* (Elca con collaboratrice interna, 5 luglio 2010, dopo la riunione della Commissione di gara): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* (Elca e Firema, 6 luglio 2010): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7);

* (Elca e Meis, 6 luglio 2010): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7).

70. (xii) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 2110170908 (appalto n. 10/1014/FO) per la fornitura di bobine, elementi isolanti e poliprincipali (categorico n. 301655)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 25 maggio 2010;

termine presentazione offerte: 30 giugno 2010;

importo base: 0,07 milioni;

²⁸ Si tratta peraltro dei due categorici dal prezzo unitario più contenuto e dalle quantità tra le più contenute.

²⁹ I 25 totali meno i 3 di pertinenza di Elca e meno i 2 a “*prezzo libero*”.

imprese partecipanti/invitate: Aeg, Elca, Firema, Dmotor, El-Pm, Retam, Motortecnica, Meis, Gmg;

impresa aggiudicataria: Retam;

importo di aggiudicazione: 0,10 milioni;

tipologia di contratto: CC.

71. In questo caso, il Tabellone riporta un nuovo blocco di righe denominate “*Rich. Prev. 2110170908 Foligno 30 giugno 2010*” (doc. I.3 allegato 2), ossia appunto la procedura qui in esame.

Nel Tabellone, Retam risulta beneficiaria dell’intero importo derivante dalla commessa, pari a 0,11 milioni di euro, sostanzialmente equivalente all’importo di aggiudicazione.

Tale impresa, pertanto, nella contabilità del Tabellone, diminuisce il proprio credito nei confronti del tavolo.

72. Per la procedura in esame, nel Tabellone tutti i 3 categorici in cui si essa si articolava vengono assegnati a Retam con i seguenti prezzi unitari: 145 euro, 12 euro, 2.989 euro.

73. I comportamenti di gara relativi alla procedura Rdp n. 2110170908 qui in esame sono stati anch’essi predefiniti nella sopradescritta *e-mail*, datata 22 giugno 2010 e quindi precedente il termine di scadenza per la presentazione delle offerte (che, come detto, era fissato al 30 giugno), intercorsa tra Firema (mittente) ed Elca (destinatario; doc. I.3/2).

Nella *e-mail* in questione, in relazione alla “*Rich. Prev. 2110170908 Foligno 30 giugno 2010*”, la relativa tabella riporta, per ciascuno dei 3 categorici di gara, il prezzo che la stessa Elca dovrà offrire al fine di far avverare l’esito di gara predeterminato (173 euro, 13 euro, 3.535 euro).

74. Anche in questo caso, il documento risulta del tutto coerente con quanto riportato nel Tabellone.

Infatti, osservando quest’ultimo in relazione alla “*Rich. Prev. 2110170908 Foligno 30 giugno 2010*”, nessuno dei tre categorici a gara risultava di pertinenza di Elca (essendo come detto tutti appannaggio invece di Retam). Coerentemente, dunque, l’offerta di Elca è stata sempre a perdere in quanto meramente di copertura, e di conseguenza il prezzo da offrire riportato nella *e-mail* è sempre maggiore del corrispondente prezzo unitario di aggiudicazione riportato nel Tabellone.

75. La procedura in questione si caratterizza anch’essa per un errore materiale compiuto dalle Parti. In questo caso, Meis ha inavvertitamente indicato, nella documentazione ufficiale trasmessa alla stazione appaltante, un prezzo di molto inferiore a quello che avrebbe dovuto offrire al fine di consentire l’aggiudicazione della procedura al vincitore designato (Retam nel caso di specie, come poi è effettivamente avvenuto). Meis si è di conseguenza adoperato al fine di rimediare all’errore commesso e di ristabilire gli esiti di gara preordinati.

76. Ciò si evince dal contenuto di varie comunicazioni telefoniche intervenute tra le Parti, alcune delle quali sono riportate in stralcio in quel che segue.

* (Meis e Retam, 28 luglio 2010): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7);

* (Meis e Retam, 28 luglio 2010): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7);

* (Meis e Firema, 28 luglio 2010): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129).

77. Le tre procedure che seguono, raccolte nel piccolo Tabellone, si sono espletate a distanza temporale ravvicinata l’una dall’altra, e sono state considerate dalle Parti unitariamente ai fini del sistema di computo dei crediti/debiti.

78. (xiii) *Procedura negoziata senza bando (art. 232 comma 13 del Dlgs 163/06) - Gara a procedura negoziata per il servizio di revisione e riparazione di alternatori e motoalternatori (2 lotti)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate (cfr. anche doc. II.159 allegato 3):

data invito: 10 dicembre 2008;

termine presentazione offerte: 12 gennaio 2009;

importo base: 3,22 milioni;

imprese partecipanti/invitate: Pm, ATI Elca-Dmotor-Retam, ATI Meis-Aeg-Piaggio (Motortecnica invitata non presenta offerta);

impresa aggiudicataria: lotto 1: ATI Meis (40%)-Piaggio (30%)-Aeg (30%); lotto 2: ATI Elca (65%)-Dmotor (15%)-Retam (20%);

importo di aggiudicazione: 3,22 milioni (2 lotti da 1,61 milioni ciascuno);

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: assente.

79. In questo caso, i meccanismi spartitori del cartello vengono rappresentati nel piccolo Tabellone, che riporta un blocco di righe denominate appunto “*motoalternatori*” (doc. II.129), ossia la procedura qui in esame.

Nel piccolo Tabellone risultano beneficiarie dell’importo derivante dalla commessa (relativo ad uno dei due lotti, per un totale di 1,60 milioni) le società Meis³⁰, Piaggio, Aeg, Elca, Dmotor e Retam.

80. (xiv) *Procedura negoziata senza bando (art. 232 comma 13 del Dlgs 163/06) - Gara a procedura negoziata per il servizio di revisione e riparazione di motori di trazione di tipo 6FRA*
Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate (cfr. anche doc. II.159 allegato 3):

data invito: 1 marzo 2009;

termine presentazione offerte: 23 marzo 2009;

importo base: 0,16 milioni;

imprese partecipanti/invitate: Retam, Piaggio, Elca, Dmotor, Meis (invitata, presenta offerta oltre i termini previsti e viene quindi esclusa), Firema, Pm, Aeg (queste ultime tre invitate ma non presentano offerta);

impresa aggiudicataria: Retam;

importo di aggiudicazione: 0,14 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: assente.

81. Al riguardo, il piccolo Tabellone riporta un blocco di righe denominate appunto “*6FRA*” (doc. II.129), ossia la procedura qui in esame.

In questo caso, nel piccolo Tabellone è Retam a risultare beneficiaria dell’importo derivante dalla commessa, pari a 0,15 milioni di euro, sostanzialmente equivalente all’importo di aggiudicazione.

82. (xv) *Procedura per il rifacimento indotti dei motori di trazione T850*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate³¹:

data invito: 9 settembre 2008;

termine presentazione offerte: nd;

importo base: 0,23 milioni;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: ATI Dmotor (70%)-Elca (30%);

³⁰ In questo caso, il sistema delle sub-forniture ha determinato una cessione da parte di Meis (partecipante al 40% all’ATI) di parte della commessa alle rimanenti imprese dell’ATI stessa.

³¹ Cfr. doc. II.159 allegato 3, doc. VIII.406, doc. VIII.407.

importo di aggiudicazione: 0,22;

tipologia di contratto: nd;

minimo garantito: nd.

83. Si tratta dell'ultima procedura rappresentata nel piccolo Tabellone, che riporta un blocco di righe denominate appunto "T850" (doc. II.129), ossia la procedura qui in esame.

Nel piccolo Tabellone risulta beneficiaria dell'importo derivante dalla commessa, pari a 0,22 milioni di euro, la società Dmotor.

84. (xvi) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 2110182494 per la fornitura di 5 collettori completi dei motori di trazione del tipo 4EXG 4052 e 4EXH 4046 (categorico n. 301051)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 8 novembre 2010;

termine presentazione offerte: 29 novembre 2010;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: Aeg, Elca, Motortecnica, P.L.D. Collettori³², Pm, Retam;

impresa aggiudicataria: procedura non aggiudicata;

importo di aggiudicazione: nd;

tipologia di contratto: procedura non aggiudicata.

85. In relazione alla procedura di acquisto in questione, rileva anzitutto uno scambio di diverse *e-mail* tra le imprese interessate (ad accezione di P.L.D. Collettori; doc. II.129).

Inizialmente, in data 9 novembre 2010 (ossia il giorno dopo la data di invito in cui le imprese interessate sono state invitate a partecipare), El-Pm pone la seguente domanda "*info: a chi è stata mandata la richiesta di acquisto di 5 collettori 301/051 per i EXH4046 fatta da Verona?* [sede Trenitalia di Verona]". La persona interpellata risponde nello stesso giorno elencando le imprese partecipanti: "*Aeg, Elca, Motortecnica, Pld Collettori, Pm, Retam*".

Successivamente, in data 25 novembre 2010, ossia in un momento precedente il termine di presentazione delle offerte, fissato al 29 novembre, Pm (peraltro dall'indirizzo di El-Pm, essendo come detto le due società strettamente connesse nonché rappresentate da un medesimo soggetto) effettua diversi invii di posta elettronica alle imprese concorrenti, indicando esplicitamente le condizioni di offerta che ciascuna di esse dovrà proporre nella procedura in esame.

86. La prima di queste *e-mail* è indirizzata a Retam, e contiene le seguenti indicazioni, rispettivamente di prezzo e di tempo di consegna: "*25.000; Consegna 120gg. Dammi conferma*" (doc. II.129).

La seconda *e-mail* è trasmessa dal rappresentante comune di El-Pm e di Pm alla stessa El-Pm, e il testo riporta espressamente: "*fare offerta: prezzo €21.500 cd + iva; consegna: 120gg. Fai attenzione è Pm&C Scarl*" (doc. II.129); quest'ultima affermazione gioca a riprova del fatto che la persona fisica in questione poteva considerarsi rappresentante sia di El-Pm che del consorzio partecipato Pm.

Una terza corrispondenza elettronica interviene, sempre in data 25 novembre, tra El-Pm/Pm (mittente) e Aeg (destinatario) con la seguente indicazione di offerta: "*26.800; consegna 120gg. Dammi conferma*" (doc. II.129).

La quarta *mail* è trasmessa da El-Pm/Pm a Elca, e riporta testualmente: "*27.500; consegna 120gg. Dammi conferma*" (doc. II.129).

Infine, per l'ultima partecipante alla procedura Trenitalia (ad eccezione, come detto, di P.L.D. Collettori), il rappresentante di El-Pm e di Pm scrive a Meis che, in questa come in altre occasioni,

³² Impresa non parte del procedimento.

agisce come referente anche di Motortecnica; il testo della *mail* è infatti il seguente: “**Motortecnica: 30.000; consegna 150gg**” (doc. II.129).

87. In merito alla procedura di acquisto in questione, si segnalano altresì alcune comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 29 novembre 2010), che danno conto dei contatti intervenuti in merito alle offerte da praticare:

* (Elca e El-Pm/Pm, 9 novembre 2010): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7);

* (Meis³³ e Motortecnica, 23 novembre 2010): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129). Come visto, infatti, nella *e-mail* sopracitata viene confermata un’offerta per Motortecnica pari a 30mila euro.

88. (xvii) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 5731 per la fornitura di kit di bobine per locomotore E464 per ricostruzione avvolgimento statorico (categorico n. 951769)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 10 dicembre 2010;

termine presentazione offerte: 31 gennaio 2011;

importo base: 0,38 milioni;

imprese partecipanti/invitate: Elca, Dmotor, El-Pm, Bombardier³⁴ (quest’ultima non ha presentato offerta sebbene invitata);

impresa aggiudicataria: Elca;

importo di aggiudicazione: 0,34 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: presente.

89. Si segnalano in merito alla procedura di acquisto in questione i seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 31 gennaio 2011), che danno conto dell’intervenuto coordinamento tra i soggetti coinvolti:

* (Elca e Dmotor, 17 dicembre 2010): [il rappresentante di Elca, per il tramite di dipendenti Trenitalia, è riuscito a far invitare a questa procedura solo la propria ditta, quella del padre (Dmotor)³⁵ ed El-Pm; egli si preoccupa pertanto di avvisare una dipendente di Dmotor di non chiamare le altre aziende del sodalizio] [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* (Elca e El-Pm, 17 dicembre 2010): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* (interna Elca, 24 gennaio 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129).

90. (xviii) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 3297 per la riparazione di piccole macchine rotanti in corrente alternata*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 24 novembre 2010;

termine presentazione offerte: data compresa tra il 6 e il 20 dicembre 2010;

importo base: 0,38 milioni;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: ATI El-Pm (34%) – Elca (33%) – Dmotor (33%);

importo di aggiudicazione: 0,37 milioni;

tipologia di contratto: CA;

³³ Meis, anche secondo quanto rilevato dalla Pg, “*benché non invitato alla gara in questione, svolge un’opera di mediazione e supporto alle altre ditte*”.

³⁴ Impresa non parte del procedimento.

³⁵ I rappresentanti di Dmotor e di Elca sono infatti, rispettivamente, padre e figlio.

minimo garantito: nd.

91. Per la procedura in questione è risultata aggiudicataria l'ATI costituita da El-Pm, Elca e Dmotor. Il fatto che tale risultato sia stato frutto di un coordinamento emerge dal contenuto di comunicazioni (elettroniche e telefoniche) tra le Parti, da cui si evince altresì che la presenza e l'offerta di Meis dovevano essere soltanto a copertura, ossia non dovevano risultare vincenti.

92. Al riguardo, emblematici risultano i seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti:

* (Elca e Dmotor, 3 dicembre 2010): [omissis];

* (Elca e Meis, 9 dicembre 2010): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* (Meis ed Elca, 9 dicembre 2010): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129).

93. In coerenza, nello stesso giorno delle comunicazioni telefoniche soprariportate (il 9 dicembre), dopo circa un'ora e mezza, Elca invia una *e-mail* a Meis che riporta –trascritti a penna, proprio come si diceva nella comunicazione telefonica- i prezzi (a perdere) che la stessa Meis dovrà offrire per i diversi categorici di materiale (doc. II.129).

I prezzi riportati nel doc. II.129 risultano infatti sempre superiori, per tutti i categorici in gara, a quelli offerti dall'ATI aggiudicataria, come emerge dal raffronto con i dati forniti da Trenitalia su richiesta degli Uffici (doc. VIII.408).

94. (xix) *Procedura negoziata senza bando n. 0042367 per il servizio di rifacimento dell'avvolgimento dei 6 indotti dei motori T910 (categorico n. 982621) – Gpn (Gara a procedura negoziata) n. 0042367*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 22 novembre 2010;

termine presentazione offerte: 18 gennaio 2011;

importo base: 0,24 milioni;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Retam;

importo di aggiudicazione: 0,23 milioni;

tipologia di contratto: CA;

minimo garantito: nd;

ribasso di aggiudicazione: 3% (doc. VIII.408).

95. Nel caso della procedura Trenitalia in esame, emerge dagli atti come Retam abbia avanzato la propria candidatura al coordinatore del tavolo Meis inviando poi, al termine del giro di consultazioni gestito dalla stessa Meis, a tutti gli offerenti un prospetto contenente i valori percentuali di ribasso che ciascuno avrebbe dovuto offrire al fine di far avverare l'esito di gara prefissato.

96. Significative al riguardo risultano due *e-mail* (doc. II.129), entrambe inviate in data 11 gennaio 2011, e dunque in un momento temporale antecedente al termine di presentazione delle offerte (fissato, come detto, al 18 gennaio 2011).

La prima *mail* viene inviata da Retam a El-Pm e al consorzio partecipato Pm, mentre la seconda viene inviata dalla stessa Retam a Elca. Entrambe riportano il medesimo testo nel corpo della *mail* (“*trasmetto file. mi date conferma*”) e, soprattutto, lo stesso *file excel*.

97. Tale *file* contiene uno specchietto a forma di tabella intitolato “*GPN 0042367 del 22/11/10 – rifacimento avvolgimento indotti T910*”, ossia la procedura Trenitalia in questione. Lo specchietto riporta, in corrispondenza di ogni colonna con i nomi delle imprese, il rispettivo valore percentuale di ribasso che dovrà essere offerto in sede di gara, al fine di realizzarne l'esito preordinato.

Trattandosi in questo caso di valori percentuali di ribasso, il vincitore designato è quello che deve offrire lo sconto maggiore (e infatti in relazione a Retam -l'impresa a cui il tavolo aveva accordato

l'aggiudicazione- è segnato un "3%", peraltro evidenziato in grassetto e con la cella colorata), mentre gli altri partecipanti devono artatamente offrire ribassi minori, al fine appunto di non risultare vincitori (e infatti i valori percentuali riportati per tutte le altre imprese sono inferiori al 3% di Retam).

98. Il prospetto si presenta come segue:

	AEG	DamianoM	ELCA	FiremaT	MEIS	PM	RetamS	Piaggio	Motortecnica
GPN 0042367 del 22-11-10 - Rifacimento avvolgimento indotti T910	1,50%	1,00%	1,80%	2%	2,50%	2,20%	3%	2%	2,50%

99. Peraltro, per maggiore sicurezza, il valore assegnato a Meis (2,50%) è stato da questa ulteriormente ridotto ("anzi, io mi sono anche ridotto, ho fatto 1,95", cfr. *infra*).

I valori riportati nello specchio risultano del tutto coerenti con quello che è stato poi l'effettivo esito di gara (doc. VIII.408), in termini sia di società aggiudicataria (Retam) sia di percentuale di ribasso di aggiudicazione (3%).

100. A conferma di quel che precede, si segnalano al riguardo i seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 18 gennaio 2011):

* (Meis e Piaggio, 4 gennaio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/10, doc. II.129);^{36 37}

* (Meis e Retam, 10 gennaio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/10, doc. II.129);

* (Dmotor e Elca, 11 gennaio 2011) *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* (Piaggio e Meis, 12 gennaio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/10, doc. II.129);

* (Motortecnica e Meis, 14 gennaio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/10, doc. II.129).

101. (xx) *Fornitura di 130/250³⁸ matasse di avvolgimento statore per motore di trazione E464 (categoria n. 951316)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: nd;

termine presentazione offerte: data compresa tra il 12 gennaio e il 23 febbraio 2011;

importo base: nd;

imprese partecipanti/invitate: nd;

impresa aggiudicataria: Aeg;

importo di aggiudicazione: 0,02 milioni;

tipologia di contratto: CC;

prezzo unitario di aggiudicazione: 154 euro (doc. VIII.408).

102. In merito alla procedura di acquisto in questione i seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, ad una data successiva al 12 gennaio 2011), documentano degli accordi intercorsi tra le Parti

³⁶ Cfr. anche Retam e Meis, 3 gennaio 2011: *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129).
Cfr. ancora Meis e Retam, 4 gennaio 2011: *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129).

³⁷ Cfr. anche Retam e Meis, 5 gennaio 2011: *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129).

³⁸ Secondo quanto chiarito da Trenitalia (doc. III.203), la discrepanza numerica sul quantitativo di pezzi (130 o 250) può essere dovuta a previsioni contrattuali di possibile aumento degli ordini.

al fine di consentire ad Aeg di risultare aggiudicataria, coordinandosi altresì al fine di alzare il prezzo di fornitura rispetto all'analogha aggiudicazione precedente.

* (Elca e Aeg, 12 gennaio 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* (Elca e Aeg, 12 gennaio 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

103. L'esito preordinato viene dunque realizzato mediante un'opportuna programmazione delle rispettive offerte: Aeg 154 euro a matassa con consegna a 45 giorni; Elca 160 euro con consegna a più di 45 giorni.

In piena coerenza, dunque, l'aggiudicatario è risultato Aeg al prezzo unitario di 154 euro (doc. VIII.408).

104. (xxi) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 05112/2011 per la fornitura di bobine statore per i motori di trazione ETR460-470-480*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 9 febbraio 2011;

termine presentazione offerte: 31 marzo 2011;

importo base: 0,15;

imprese partecipanti/invitate: Aeg, Elca, Firema, Dmotor, El-Pm, Retam, Motortecnica, Meis, Gmg, Pm;

impresa aggiudicataria: Gmg;

importo di aggiudicazione: 0,14 milioni;

tipologia di contratto: CC;

prezzo unitario di aggiudicazione: 150 euro (doc. VIII.408).

105. In data 24 marzo 2011 -e dunque sette giorni prima del termine di presentazione delle offerte fissato, come visto, al 31 marzo 2011- il rappresentante di Meis invia una *e-mail* ai rappresentanti dei propri concorrenti (doc. I.3/11).

In particolare, destinatari della *mail* in questione risultano Firema, Elca, Aeg, Dmotor, El-Pm, Motortecnica, Retam e Gmg; nel corpo della *mail* è riportata la frase "*così è se vi pare*" (e successivamente, nel nuovo invio, "*mancava l'allegato*"), mentre in allegato vi è un foglio *excel* (denominato "*ETR.xls*") contenente uno specchietto riepilogativo inerente, appunto, la procedura in questione.

106. Nello specifico, in detto specchietto -intitolato "*bobine statoriche motore Etr 460-470-480*"- vengono indicati i prezzi che ciascuna consociata dovrà offrire in sede di gara:

"Gmg 150 Aeg 159 Damiano Motor's 158 Firema 170 Elca 160 Meis 168 Motortecnica 165 Pm 163 Retam Sud 161".

Il riquadro "*Gmg 150*" risulta evidenziato in grassetto e in colore essendo, appunto, il prezzo più basso, e quindi quello relativo all'impresa che il tavolo aveva designato quale aggiudicataria della gara in questione e che è risultata poi effettivamente vincitrice.

107. Ciò trova piena conferma nei seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 31 marzo 2011); esse evidenziano infatti l'opera svolta dai membri del tavolo -in questo caso sotto la supervisione di Meis- finalizzata a consentire a Gmg di vincere la gara, rispettando così le risultanze contabili del cartello in termini di crediti/debiti.

* (Meis e Elca, 23 marzo 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);³⁹

* (Meis ed Elca, 23 marzo 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);⁴⁰

³⁹ Cfr. anche Meis e Firema, 23 marzo 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

⁴⁰ Cfr. anche Meis e Gmg, 23 marzo 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129, doc. I.3/11).

- * (Meis e Retam, 24 marzo 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. II.129);
- * (Meis e Dmotor, 24 marzo 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. II.129);
- * (El-Pm/Pm e Elca, 25 marzo 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/11, doc. II.129);
- * (interna Elca, 25 marzo 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/11).

108. In piena coerenza con tutto quel che precede, dunque, l'aggiudicatario è risultato Gmg al prezzo unitario di 150 euro (doc. VIII.408).

109. (xxii) *Richiesta di preventivo (Rdp) n. 11/FO/0045 per la fornitura di matasse statoriche per i motori di trazione ETR500*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data invito: 29 aprile 2011;

termine presentazione offerte: 15 giugno 2011;

importo base: 0,11;

imprese partecipanti/invitate: Aeg, Elca, Firema, Dmotor, El-Pm, Retam, Motortecnica, Meis, Gmg, Pm;

impresa aggiudicataria: Aeg;

importo di aggiudicazione: 0,27 milioni;

tipologia di contratto: CC;

prezzo unitario di aggiudicazione: 190 euro (doc. VIII.408).

110. In occasione della procedura Trenitalia in questione, le Parti hanno ampiamente discusso in relazione a chi tra di esse sarebbe dovuta risultare vincitrice, con candidature iniziali da parte di Meis ed El-Pm/Pm e successiva designazione di Aeg, risultata poi in effetti aggiudicataria.

Si tratta in particolare di uno scambio di più *e-mail* intervenuto nei giorni 7 e 8 giugno 2011, e dunque prima del 15 giugno 2011, termine di presentazione delle offerte (doc. I.3/12).

111. Ricostruendo nel dettaglio, inizialmente (7 giugno) El-Pm/Pm scrive a Meis ed Elca che *“vi vorrei far presente che x la gara sarei interessato io, in quanto l'ultima gara vinta di bobine 82/400 è stata praticamente annullata, quindi se rifacciamo i calcoli sono largamente indietro. Spero che non ci sia problemi ad ammettere ciò”*.

Tuttavia, l'esito prospettato da El-Pm/Pm non trova il favore di Meis, il cui rappresentante infatti, sempre il 7 giugno, ribatte nella *mail* di risposta che *“mi spiace, ma almeno in questa fase rimani ancora indietro, in quanto se ben ricordi, avevo anzitempo chiestoti di farmi andare avanti. Considera inoltre che già ho parlato con tutti, che hanno aderito alla mia richiesta. Sono in attesa di conoscere il pensiero del [rappresentante di Aeg]”* (doc. I.3/12).

112. Il tenore della conversazione a quel punto sale di tono, in quanto El-Pm/Pm, incredula, segnala in un'altra *mail* che *“????????????? quando mai mi hai detto che volevi farlo te??? Sicuramente lo avrai detto ad altri e come sempre a me non dici niente,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,lo devo sempre sapere x ultimo e a cose fatte,,,,,,,,,*

sempre. Allora vorrei i conteggi aggiornati perché mi sembra di avervi detto che sono indietro parecchio senza l'ultima gara degli 82/400.....ma di tanto anche” (doc. I.3/12).

113. Il giorno seguente (l'8 giugno), la controreazione di Meis è ancora più veemente (maiuscolo non aggiunto): *“NON POSSO STARE A RICORDARE SE TI HO CHIAMATO, SE TI HO PARLATO, CERTAMENTE PERO' NON MI SON BEVUTO IL CERVELLO, IN QUANTO RICORDO PERFETTAMENTE DI AVERTENE PARLATO APPENA ARRIVO' LA GARA. E TU SEI STATO IL PRIMO AD ESSERE INFORMATO, POICHE' ERO CERTO CHE NON AVRESTI FATTO OSTRUZIONISMO [...] COMUNQUE, RAGIONANDO A BOCCE FERME, EFFETTIVAMENTE SAREBBE PREFERIBILE CHE LE PRENDESSI TU OD UN ALTRO PER IL SEGUENTE MOTIVO:*

- ALL' EPOCA QUESTE BOBINE LE FECCI IO AD € 80 CAD. (A SEGUITO DELLA ROTTURA CON Gmg) E CONSIDERATO CHE IL PREZZO POSTO A BASE DI GARA PREVEDE UN IMPORTO DI € 113.000, E' EVIDENTE CHE NON LE POSSO PRENDERE IO AD UN PREZZO TRIPLO, CHE DOVREBBE ESSERE LA QUOTAZIONE GIUSTA.

PERTANTO SE SEI VERAMENTE INTERESSATO FAMMELO SAPERE IN MODO CHE IO POSSA RICONTATTARE TUTTI [...] ATTENDO TUE NOTIZIE URGENTI POICHE' LA GARA STA PER SCADERE ED ANCHE LA PAZIENZA" (doc. I.3/12).

114. La comunicazione elettronica tra El-Pm/Pm, Meis ed Elca prosegue poi l'8 giugno nel seguente modo:

"considera che tu hai preso insieme a Meis e Retam Sud, quelle cat 579/671 (Etr 500 ord.2002) ad € 390,00 con la Gara Verona di Marzo 2009. Se consideri che queste sono simili, cambia solo leggermente il peso e la dimensione del rame, secondo me potresti salire ancora. [...] Non sono a conoscenza della presenza o meno di Motortecnica" (da Elca a El-Pm/Pm; doc. I.3/12);

"per la precisione, il prezzo fu di € 385. Se non ricordo male, prima che ci fosse la rottura con Gmg, il prezzo corrente a suo tempo era circa 280 € o giù di lì. Pertanto regolati di conseguenza e prepara lo specchietto da inviare a tutti. Infine, poiché la Motortecnica ad oggi non si è fatta viva, credo non sia stata invitata, così come sono certo non è stata invitata la Piaggio (gli ho telefonato). Comunque chiamo la Motortecnica e ti faccio sapere se è presente e quali sono le sue intenzioni" (da Meis a El-Pm/Pm; doc. I.3/12);

"La Motortecnica c'è. Domani sentirò cosa ne pensano e ti farò sapere. Altresì sono informati delle gare Trenitalia. Bene" (nuovamente da Meis a El-Pm/Pm; doc. I.3/12).

115. Le discussioni tra le Parti hanno infine portato alla designazione di Aeg quale impresa aggiudicataria della procedura di acquisto Trenitalia in esame.

Difatti, nel corso degli accertamenti ispettivi condotti presso la sede di Gmg, è stato rinvenuto un foglio contenente una corrispondenza *mail* datata 10 giugno 2011 (doc. I.3/6); al riguardo, si ricorda che la scadenza per la presentazione delle offerte era fissata al 15 giugno 2011. Come riporta la Polizia Giudiziaria (di seguito anche Pg), *"sul foglio è apposta a penna una firma appartenente a [il rappresentante di Gmg], come emerge chiaramente dal confronto della stessa con quelle apposte sui verbali di sequestro"*.

116. La *e-mail* in questione viene inviata da Meis alle seguenti imprese: Firema, Elca, Aeg, Dmotor, El-Pm (e quindi anche Pm), Retam, Gmg e Motortecnica.

Il testo della *mail* è piuttosto esplicito sui metodi spartitori delle Parti, le quali concordano in anticipo i prezzi che ciascuna dovrà offrire per consentire la realizzazione dell'esito di gara preordinato. A scanso di equivoci, tali prezzi vengono riassunti dal rappresentante di Meis in un apposito prospetto schematico.

Al riguardo, essendo Aeg l'aggiudicataria designata, è con riferimento ad essa che viene segnato il prezzo più basso (203 euro), mentre tutte le altre imprese dovranno effettuare delle offerte di copertura (ossia a prezzi più elevati, e quindi non vincenti ma tali da simulare una effettiva competizione di gara).

117. Il testo integrale della *mail* in questione è il seguente (maiuscolo non aggiunto):

"ABEMUS [sic!] PAPAN!!!! DOPO LUNGA TRATTATIVA, THE WINNER IS: [il rappresentante di Aeg] **1° ESTRATTO SULLA RUOTA DI MARCIANISE E DINTORNI** [in località Marcianise vi è infatti la sede di Aeg].

Con riferimento all'argomento in questione la fornitura è stata assegnata ad Aeg, questi i prezzi da esporre per entrambe le posizioni.

E' data facoltà a ciascuno di non rispondere o di offrire la prima posizione, naturalmente migliorando opportunamente il prezzo vincente.

AEG	FIREMA	ELCA	DAMIANO M.	PM	RETAM	GMG	MOTORT.	MEIS
203	221	215	218	231	229	227	225	228

”.

118. La vicenda descritta trova al solito conferma in vari esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 15 giugno 2011):

* (Elca e El-Pm/Pm, 26 maggio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.4 allegato 1);⁴¹

* (El-Pm/Pm e Meis, 8 giugno 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/12);

* (Aeg e Meis, 9 giugno 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.3/12);

* (Elca ed El-Pm/Pm, 10 giugno 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.4 allegato 1).

119. Dalle informazioni acquisite dagli Uffici presso Trenitalia (doc. VIII.408), in piena coerenza con tutto quel che precede l'aggiudicatario è risultato Aeg. L'aggiudicazione in parola è avvenuta al prezzo unitario di 190 euro, leggermente inferiore ai 203 euro di cui all'evidenza soprariportata; tale scostamento, secondo quanto ricostruito dalla stazione appaltante, è da imputare al fatto che l'offerta vincente di Aeg è stata poi soggetta ad ulteriore negoziazione con Trenitalia, tenuto conto in particolare della considerevole sproporzione tra l'importo di aggiudicazione e l'importo posto a base di gara (risultando il primo più del doppio del secondo).

120. (xxiii) *Gara a procedura aperta (Gpa) n. 5792 per la prestazione del servizio di riparazione di motori elettrici (lotto 1: riparazione di motori in corrente alternata; lotto 2: riparazione di motori in corrente continua e motoalternatori; lotto 3: riparazione di piccole macchine rotanti in corrente continua e corrente alternata)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data pubblicazione: 19 maggio 2011;

termine presentazione offerte: 6 luglio 2011;

importo base: 24,5 milioni (lotto 1: 7,0 milioni; lotto 2: 9,5 milioni; lotto 3: 8 milioni);

imprese offerenti: ATI Aeg–Meis (offerte sui lotti 1 e 2); ATI Dmotor–Retam–Piaggio (offerte sul lotto 2); Sicme Motori⁴² (offerte su tutti i tre lotti); ATI El–Pm–Elca (offerte su tutti i tre lotti);

impresa aggiudicataria: lotto 1: ATI Aeg (51%)–Meis (49%); lotto 2: ATI Dmotor (40%)–Retam (30%)–Piaggio (30%); lotto 3: Sicme Motori;

importo di aggiudicazione: 24,5 milioni (lotto 1: 7,0 milioni; lotto 2: 9,5 milioni; lotto 3: 8 milioni)⁴³;

tipologia di contratto: gara revocata ed annullata da Trenitalia il 23 dicembre 2011.

⁴¹ Cfr. anche Meis ed Elca, 6 giugno 2011: *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. I.4 allegato 1).

⁴² Impresa non parte del procedimento.

⁴³ Le cifre coincidono con quelle dell'importo base poiché si tratta di un Accordo quadro, per cui dette cifre indicano il valore massimo che Trenitalia potrà spendere sulla gara in questione (il valore minimo è invece zero, non essendo previsto alcun minimo garantito); la concorrenza tra le imprese partecipanti avviene allora sui prezzi offerti sui singoli categorici a gara. Al riguardo, Trenitalia ha chiarito che "tale tipologia di contratto (l'Accordo quadro) regola la conclusione di potenziali contratti futuri (cd applicativi, stabilendone le condizioni ed il prezzo), senza tuttavia prevedere per la stazione appaltante l'obbligo di ordinare un valore minimo, a differenza di quanto avviene di norma nel caso di contratti aperti (CA). Ne consegue che, qualora la procedura di gara fosse stata regolarmente portata a termine, gli importi di aggiudicazione sarebbero stati pari a quelli posti a base di gara, diversamente da tutte le altre procedure negoziali in cui l'importo contrattualizzato è pari a quello del miglior offerente" (doc. III.228).

121. La procedura di acquisto Trenitalia in esame non risulta ricompresa nell'ambito dell'indagine penale, e come detto è stata oggetto di estensione oggettiva del presente procedimento (doc. III.227).

Si tratta della prima procedura di acquisto effettuata da Trenitalia al di fuori del Sistema di qualificazione fornitori (Sqf) ma nella formale vigenza dello stesso, nel periodo maggio-luglio 2011, ed è relativa ad una gara europea per la riparazione di motori elettrici.

Tale procedura è stata revocata ed annullata nel dicembre 2011 a seguito, secondo quanto chiarito da Trenitalia (doc. III.203), dell'avvio dell'indagine penale da parte della Procura della Repubblica di Firenze, nella quale risultavano coinvolti sia tutti gli aggiudicatari (ad eccezione di Sicme Motori S.r.l.), sia il personale della competente struttura acquisti di Trenitalia.

122. Di questi argomenti i rappresentanti delle aziende concorrenti discutono, non solo nel corso di svariate comunicazioni telefoniche (una selezione delle quali è riportata in quel che segue), ma anche nel corso di due incontri di cui si ha testimonianza (cfr. i testi *infra*), svoltisi il primo il 22 giugno 2011 alle ore 10 a Napoli presso la sede di Dmotor e il secondo il 28 giugno 2011 sempre alle ore 10 a Napoli presso la sede di Dmotor.

La gara qui in esame viene diffusamente messa in relazione, dai rappresentanti delle Parti, con la quasi contestuale altra procedura europea (la Gpa n. 5796 su cui cfr. *infra* n. (xxiv)) relativa invece alla fornitura di bobine; la relazione che viene posta tra le due gare europee è in particolare relativa alle compensazioni tra debiti e crediti delle varie imprese (chi si assicura più degli altri nell'una verrà compensato nell'altra, e viceversa, salvo poi alla fine decidere di mandare deserta la gara delle bobine).

123. In merito alla procedura di acquisto in questione, si segnalano dunque i seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 6 luglio 2011):

* (interna Elca, 14 maggio 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.4 allegato 1);⁴⁴

* (Elca e Firema, 15 giugno 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. I.4 allegato 1);

* (Meis e El-Pm/Pm, 22 giugno 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);⁴⁵

* (Meis e Firema, 23 giugno 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);⁴⁶

* (Meis e Piaggio, 28 giugno 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);

* (Meis e Soelta, 28 giugno 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);

[i prezzi da offrire in gara vengono predisposti, per il lotto n. 1, da Aeg e, per il lotto n. 2, da Dmotor]

* (Meis e Dmotor, 1 luglio 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129);⁴⁷

* (Elca e Meis, 2 luglio 2011): [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

124. (xxiv) *Gara a procedura aperta (Gpa) n. 5796 per la fornitura di bobine statoriche e d'indotto per motori di trazione in corrente continua ed alternata (2 lotti)*

Le principali informazioni relative a tale procedura possono essere così schematizzate:

data pubblicazione: 26 maggio 2011;

termine presentazione offerte: 18 luglio 2011;

importo base: 11,4 milioni;

imprese offerenti: gara deserta;

⁴⁴ Cfr. anche Firema e Meis, 6 giugno 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

⁴⁵ Cfr. anche Meis ed Elca, 23 giugno 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

⁴⁶ Cfr. anche Meis e Firema, 24 giugno 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

⁴⁷ Cfr. anche El-Pm/Pm e Meis, 1 luglio 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129); Meis e Aeg, 1 luglio 2011: [omissis] (cfr. ad esempio doc. II.129).

impresa aggiudicataria: gara deserta;

importo di aggiudicazione: gara deserta

tipologia di contratto: gara deserta.

125. Si tratta della procedura di gara più recente (anche se di fatto quasi contestuale alla precedente Gpa n. 5792) e di importo sempre rilevante (oltre undici milioni); è la prima gara per la fornitura di beni svolta da Trenitalia al di fuori dell'Sqf, così come la precedente Gpa n. 5792 era stata la prima gara europea per la prestazione di servizi.

Del pari della citata Gpa n. 5792, anche la Gpa n. 5796 qui in esame era ritenuta fortemente penalizzante dalle Parti, sia per il passaggio dall'Sqf ad una procedura europea, sia per la previsione della stipula con l'aggiudicatario di un mero Accordo quadro (che non prevede la garanzia di un quantitativo minimo di materiale che Trenitalia avrebbe dovuto acquistare).

La risposta comune delle Parti è stata quella di non presentare offerta economica, dopo aver richiesto il Cd con i dati di gara, mandando quindi deserta la gara stessa.

126. Al riguardo, Trenitalia ha specificato (doc. III.203) che nessun quesito ufficiale e formale è stato sollevato da nessun soggetto (ad esempio in relazione alla novità della presenza di un Accordo quadro, alla conseguente possibile difficoltà di effettuare una valutazione dei rischi e dei prezzi da offrire, alla possibilità di fornire solo una parte dei codici merceologici posti a gara, ecc), quando nella prassi della stessa Trenitalia quesiti di questo genere vengono presi in considerazione e tenuti di conto soprattutto laddove provengano da più operatori di mercato.

127. Diversamente, Trenitalia ha sottolineato che le Parti hanno espresso le proprie perplessità solo una volta sollecitate -dalla stessa Trenitalia- ad illustrare le ragioni della mancata presentazione di un'offerta, nonostante fosse stato da esse stesse richiesto alla stazione appaltante il Cd-Rom contenente tutte le condizioni della gara (doc. III.193 Allegato 4).

Al riguardo, Trenitalia ha anche evidenziato (doc. III.203) l'anomalia consistente nel fatto che, in alcune delle risposte ad essa fornite, gli operatori in questione hanno dichiarato la disponibilità di quantitativi di materiale in giacenza in magazzino, e quindi teoricamente pronti per essere quotati nella gara.

128. Anche in questo caso, come per la precedente Gpa n. 5792 *sub* (xxiii), degli argomenti che precedono i rappresentanti delle aziende concorrenti discutono, non solo nel corso di svariate comunicazioni telefoniche (una selezione delle quali è riportata in quel che segue), ma anche nel corso di due incontri di cui si ha testimonianza, svoltisi il primo il 12 luglio 2011 alle ore 10:30 a Napoli presso la sede di Dmotor⁴⁸ e il secondo il 26 settembre 2011 (quest'ultimo per organizzare la risposta che ciascuna impresa avrebbe fornito a Trenitalia in merito alla mancata presentazione di un'offerta)⁴⁹.

Come già osservato, la gara qui in esame è messa in relazione, dalle Parti, con la quasi contestuale altra procedura europea (la Gpa n. 5792 di cui *sub* (xxiii)); la relazione che viene posta tra le due gare europee è in particolare relativa alle compensazioni tra debiti e crediti delle varie imprese (chi si assicura più degli altri nell'una verrà compensato nell'altra, e viceversa).

⁴⁸ Cfr. comunicazioni tra Meis e Aeg dell'11 luglio (comunicazione n. 9570, qui come nel resto della nota cfr. doc. II.129), Meis ed Elca dell'11 luglio (comunicazione n. 9581), Meis e Firema dell'11 luglio (comunicazione n. 9586), Meis e Retam dell'11 luglio (comunicazione n. 9587), Meis e Motor Tecnica dell'11 luglio (comunicazione n. 9594) in cui la stessa Motor Tecnica delega Meis a rappresentare i propri interessi nell'incontro, Meis e Gmg del 6 e dell'11 luglio (comunicazioni n. 9433 e n. 9596), Meis e Piaggio dell'11 e del 12 luglio (comunicazioni n. 9598 e n. 9616) in cui la stessa Piaggio delega Meis a rappresentare i propri interessi nell'incontro, Meis e Dmotor del 12 luglio (comunicazione n. 9626), Meis e El-Pm/Pm del 12 luglio (comunicazione n. 9636).

⁴⁹ Cfr. ad esempio comunicazione tra Meis ed Elca del 22 settembre (comunicazione n. 11595, cfr. doc. II.129), tra Meis e Motor Tecnica del 23 settembre (comunicazione n. 11637).

129. In merito alla procedura di acquisto in questione, si segnalano dunque i seguenti esempi di comunicazioni telefoniche tra le Parti, tutte⁵⁰ antecedenti al termine di presentazione delle offerte (fissato, come visto, al 18 luglio 2011):

- * (Meis e Motortecnica, 12 luglio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. II.129);
- * (interna Meis, 12 luglio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. II.129);
- * (Meis e Piaggio, 13 luglio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. II.129);
- * (Motortecnica e Meis, 14 luglio 2011): *[omissis]* (cfr. ad esempio doc. II.129).

130. In relazione alla gara in esame, il coordinamento tra le Parti non si esaurisce con la predetta decisione comune di mandare deserta la procedura, ma si estende anche alle motivazioni da addurre alla stazione appaltante in merito proprio alla mancata presentazione di un'offerta (dopo aver richiesto il Cd di gara).

Trenitalia, come visto, aveva infatti richiesto spiegazioni al riguardo nei seguenti termini: “*con riferimento alla Gpa n. 5796, relativa alla fornitura di bobine per motori elettrici, vi preghiamo di volerci illustrare le motivazioni per le quali codesta Società non ha presentato offerta nonostante sia stato richiesto il Cd-Rom della documentazione tecnica*” (doc. III.193 allegato 4).

131. In proposito, si osserva che in diverse comunicazioni telefoniche le Parti discutono tra loro della questione di come concordare una risposta plausibile da fornire alla stazione appaltante.

Ad esempio, in una comunicazione tra Meis e Motortecnica⁵¹, la prima indica alla seconda che si potrebbe rispondere di non aver presentato offerta poiché non si è riusciti a trovare altri soggetti con cui costituire un'ATI (ordine di motivazione effettivamente presente ad esempio nelle risposte di Soelta e Gmg, doc. III.193 allegato 4).

In un'altra comunicazione tra Meis e Firema⁵², la prima invita la seconda ad incontrarsi insieme agli altri per decidere una risposta comune da fornire a Trenitalia, dicendo che ad esempio Gmg e Soelta potranno rispondere che non hanno partecipato perché non avevano i necessari limiti prestazionali (ordine di motivazione effettivamente presente nelle risposte di Soelta, Gmg, Meis ed Elca, doc. III.193 allegato 4).

II.3 Le argomentazioni delle parti

132. In quel che segue, vengono esposti i più rilevanti contenuti delle memorie e delle argomentazioni avanzate dalle Parti nel corso del procedimento istruttorio; per la loro valutazione, si rimanda invece alle pertinenti sezioni della parte valutativa.

Aeg

133. Aeg ha comunicato la propria mancanza di interesse ad essere sentita in audizione infraprocedimentale e, così, ad argomentare in quella sede la propria posizione (doc. III.176).

134. Nella propria memoria difensiva (doc. I.55), Aeg ha invece sottolineato il ruolo primario del procedimento penale di origine, per il quale si è allo stato nella fase di chiusura indagini (di cui all'articolo 415bis c.p.) senza che sia intervenuto un rinvio a giudizio; in tale ottica, andrebbe secondo Aeg atteso l'esito del procedimento penale sia perché, in caso di assoluzione, una medesima conclusione dovrebbe riguardare anche il presente procedimento, e sia per stabilire l'entità dell'eventuale sanzione amministrativa.

Per il resto, invece, Aeg nega la propria partecipazione all'intesa anticoncorrenziale qui in esame senza, tuttavia, fornire argomentazioni al riguardo.

⁵⁰ Tranne l'ultima che è però riferita alla risposta da dare alla richiesta di spiegazioni di Trenitalia (sui motivi della mancata presentazione di un'offerta dopo aver richiesto il Cd di gara).

⁵¹ La n. 11637 del 23 settembre 2011, cfr. doc. II.129.

⁵² La n. 11589 del 22 settembre 2011, cfr. doc. II.129.

L'unica considerazione svolta nel merito concerne una supposta scarsa consistenza dell'intesa che ne minerebbe l'efficacia, *“atteso che la platea degli offerenti [alle gare Trenitalia] è potenzialmente d'ampiezza europea e comunque le imprese coinvolte non esauriscono nemmeno il novero di quelle provenienti dall'ambito italiano”*.

135. In sede di audizione finale innanzi al Collegio dell'Autorità (doc. VIII.428), Aeg ha sollevato un quesito chiedendo allo stesso Collegio di valutare preventivamente l'utilizzabilità, nel presente procedimento, delle comunicazioni telefoniche tra le Parti presenti agli atti del procedimento stesso.

136. Nella propria memoria finale (doc. VII.399), in merito alle intercettazioni telefoniche, Aeg ha argomentato nel senso che *“se anche se ne possa ammettere l'uso in procedimenti diversi da quelli penali nell'ambito dei quali sono state disposte, non possano nel contempo essere assoggettate ad un regime diverso da quello proprio del procedimento penale. E dunque le intercettazioni non possono essere poste a base di sanzioni amministrative, se non dopo che nella sede penale ne sia stata definitivamente stabilita l'utilizzabilità e siano stati compiuti quegli accertamenti peritali necessari a certificarne la corrispondenza all'ascolto e la riferibilità agli interlocutori. Diversamente ragionando, dovrebbe ritenersi che l'intercettazione dichiarata nulla o addirittura da distruggere, abbia una parallela vita propria nella sede amministrativa che mai avrebbe potuto disporla e che in questa sede possa utilizzarsi quanto nella sede penale non sia possibile invocare”*. Di conseguenza, Aeg ravvisa la necessità di sospendere il presente procedimento in attesa della validazione delle prove in sede penale.

Nell'occasione, Aeg ha poi lamentato la mancata dissecrezione delle registrazioni originali delle comunicazioni telefoniche tra le Parti (ossia i relativi *file* audio), che sarebbero state sottratte all'accesso.

In materia, Aeg ha altresì ritenuto di individuare un rapporto di subordinazione del presente procedimento nei confronti dell'indagine penale, il quale sarebbe stato condotto senza effettuare accertamenti istruttori autonomi, appiattendosi sulle conclusioni della Procura, con possibile violazione del principio del *ne bis in idem*.

137. Sempre nel doc. VII.399, Aeg ha inteso sottolineare il contesto in cui le Parti si trovavano ad operare, ossia la presenza dell'Sqf di Trenitalia (*“fatto apposta per dare poteri alla stazione appaltante a discapito delle imprese [...] era piuttosto Trenitalia, proprio avvantaggiandosi del sistema di qualificazione, a imporre i prezzi alle imprese”*) e il ruolo del personale di quest'ultima, che è parimenti al vaglio dell'Autorità giudiziaria, le cui asserite pressioni nei confronti delle imprese fornitrici emergerebbero anch'esse dalle intercettazioni telefoniche.

138. Quanto poi al Tabellone, Aeg ha sottolineato l'assenza di prove della sua circolazione tra le Parti (*“non vi è prova né che identico documento fosse in possesso di altre Parti né che, tantomeno, esso fosse utilizzato come strumento di programmazione o esecuzione dell'ipotetica intesa anticoncorrenziale”*). Ad ogni modo, secondo Aeg, i valori ivi riportati sarebbero *“una valutazione comparativa sull'andamento delle assegnazioni (rapporti di debito/credito), anche al fine di desumere da tali dati comparativi l'eventuale capacità produttiva del concorrente, anche in ottica di miglioramento della propria struttura produttiva”* (doc. VII.399).

Inoltre, secondo Aeg, la progressiva riduzione⁵³ a partire dal 2005 (e in maniera più che proporzionale rispetto al dato totale) del fatturato realizzato con Trenitalia sarebbe prova della mancata partecipazione al cartello: *“in tale contesto, al massimo la partecipazione può essere vista come un'azione difensiva”*.

⁵³ Riduzione che peraltro appare voluta dalla stessa società: gli *“altri operatori del settore ferroviario negli anni in esame, grazie alla diversificazione operata dalla gestione aziendale, erano divenuti clienti sempre più importanti”*.

Infine, Aeg ha sottolineato le misure poste in essere a seguito dell'avvio del procedimento penale (rimozione dalla posizione di amministratori delle persone fisiche coinvolte, adozione di un modello organizzativo ex Dlgs 231/01), nonché il rigetto da parte del Gip della richiesta di misura interdittiva del divieto di contrarre con la Pubblica amministrazione.

Dmotor

139. Anche Dmotor ha comunicato la propria mancanza di interesse a partecipare all'audizione infraprocedimentale e, così, ad argomentare in quella sede la propria posizione (doc. III.161).

140. In occasione dell'audizione finale innanzi al Collegio (doc. VIII.428), Dmotor ha illustrato alcuni aspetti, e in particolare i seguenti:

- già dal 2009 la situazione economico-finanziaria della società era estremamente compromessa; a ciò si è aggiunto il sopravvenire di una crisi economica globale che ancora oggi investe il mercato, che come conseguenza ha avuto l'assottigliamento della clientela con una riduzione del portafoglio ordini e la perdita delle posizioni nel settore elettromeccanico che la Dmotor aveva consolidato in circa un trentennio di attività;
- gravi sono state le ripercussioni sull'aspetto occupazionale; infatti, dopo un periodo di Cassa Integrazione Guadagni (ottobre 2010-luglio 2011), la società ha dovuto ricorrere alla procedura di mobilità con il licenziamento collettivo di tutto il personale dipendente;
- allo stato attuale, per mancanza di commesse, il valore della produzione è inesistente; Dmotor sta pertanto valutando la possibilità di entrare in fase di liquidazione della società;
- dopo l'emersione del procedimento penale, Dmotor ha provveduto ad adeguarsi a quanto previsto dal Dlgs n. 231/01 dotandosi di un Modello di organizzazione, gestione e controllo per la prevenzione dei reati;
- l'attuale Amministratore Unico della società è stato assunto dalla società come Responsabile di produzione dal febbraio 2009 al febbraio 2011; nell'ottobre 2011, è avvenuta la nomina ad Amministratore Unico e solo in quel momento quest'ultimo ha preso conoscenza dei fatti oggetto del procedimento giudiziario.

Elca

141. Anche Elca ha comunicato la propria mancanza di interesse a prender parte all'audizione infraprocedimentale con gli Uffici rinunciando, così, ad argomentare in quella sede la propria posizione (doc. II.147).

142. In occasione dell'audizione finale innanzi al Collegio (doc. VIII.428), Elca ha depositato una nota i cui principali aspetti sono riassunti in quel che segue:

- a seguito della vicenda giudiziaria, la società è stata destinataria della misura interdittiva del divieto di contrattare con la Pubblica amministrazione per sette mesi, misura revocata dal Tribunale del Riesame di Firenze dopo circa cinque mesi;
- l'impossibilità di partecipare alle gare, conseguente al divieto comminato alla società a contrattare con la Pubblica amministrazione, ha di fatto bloccato ogni tipo di attività lavorativa, inducendo i soci a mettere in vendita la società, ma non sono pervenute offerte di acquisto;
- nel contempo, si è fatto ricorso agli ammortizzatori sociali della Cassa integrazione guadagni straordinaria, richiesta per 12 mesi;
- dopo la revoca della interdizione, sin dall'ultimo trimestre del 2013, la società ha iniziato, sia pur marginalmente, l'attività lavorativa;
- la prima azione intrapresa, dopo la nomina dell'attuale Amministratore Unico, è stata l'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Dlgs n. 231/01;

- detto Amministratore Unico ha affermato la propria totale estraneità ai fatti oggetto di istruttoria, in ogni caso precedenti la nomina ad Amministratore; al riguardo, questi ha precisato che *“a quanto è dato sapere perché riportatomi dal personale della società, non esisteva alcun <<cartello>> tra le imprese anche perché i partecipanti alle gare di Trenitalia erano sempre gli stessi e le offerte economiche con le relative ditte aggiudicatrici erano pubbliche”*.

El-Pm e Pm

143. In sede di audizione (doc. III.186), il rappresentante di El-Pm e Pm, *“senza contestare il contenuto e il significato dell’ampia documentazione agli atti”*, ha presentato due memorie scritte. In particolare, l’audizione, prevista in momenti temporali distinti per le due società El-Pm e Pm, si è invece sostanziata in un unico incontro in ragione dei rapporti tra le due società, della comunanza tra di esse di legali esterni con poteri di rappresentanza e della manifestazione della posizione delle società audite mediante due memorie scritte, una per El-Pm l’altra per Pm, prodotte nella medesima audizione.

144. Le memorie di cui si è detto (allegato 3 del doc. III.186 per El-Pm e allegato 4 del doc. III.186 per Pm; il loro contenuto è analogo a quello delle memorie finali di cui, rispettivamente, ai doc. VII.390 e VII.389), che presentano molteplici aspetti comuni, sono invero incentrate su questioni connesse alla risoluzione contrattuale⁵⁴ operata da Trenitalia a seguito di misure penali. In tale sede, per quel che qui rileva, El-Pm ha specificato di aver allontanato la persona fisica (che rivestiva il ruolo di procuratore speciale) che nei contatti con le altre Parti agiva in sua rappresentanza e, del pari di Pm, di essere stata esclusa dal Gip del procedimento penale dal regime di interdizione dell’attività. Nell’occasione, entrambe le società hanno altresì richiesto la sospensione del presente procedimento in attesa della definizione del procedimento penale (nonché delle cause intentate in sede civile con Trenitalia), che ancora non è giunto a dimostrare alcuna colpevolezza.

Con specifico riferimento alle contestazioni in tema di violazioni concorrenziali, senza addurre altri elementi a sostegno, le società hanno affermato che *“codesta Agcm insiste sulla valutazione, assolutamente particolare e speciosa, degli aspetti che attengono alla possibile violazione del regime della concorrenza e del mercato. In particolare, appare palese la inesistenza di qualsivoglia elemento che possa collegare alle vicende di carattere contrattuale con Trenitalia eventuali profili di interesse per codesta Autorità nella condotta tenuta dalla azienda [...] non vi sono elementi tali da far ritenere che la presenza della azienda sul mercato degli appalti ed il conseguimento di questi fosse frutto di intese [di conseguenza] non sussistono i motivi per la irrogazione di sanzioni”*.

145. Nelle prime memorie difensive delle due società (doc. I.45 e doc. I.43 rispettivamente per El-Pm e Pm), queste avevano respinto le contestazioni oggetto di istruttoria in particolare in considerazione del fatto che *“nel periodo interessato dalla attività istruttoria in parola, nessun beneficio dal punto di vista economico è conseguito”*, con le commesse derivanti da Trenitalia in progressivo calo nel periodo 2005-2011 (e con i fatturati che mostrano *“un andamento assolutamente connesso ai cicli di mercato”*), pur essendo comunque la stessa Trenitalia *“cliente principale della società”*.

Inoltre, secondo le società, distorsioni della concorrenza potrebbero derivare solo da un’errata quantificazione iniziale dei prezzi da parte di Trenitalia (*“non è possibile, in un sistema di prezzi fissati all’origine [dalla stazione appaltante] nella loro consistenza oggettiva, evidenziare possibili*

⁵⁴ In proposito, sia El-Pm (doc. VII.390) che Pm (doc. VII.389) chiedono che l’Autorità accerti la violazione, da parte di Trenitalia, della previsione di cui all’articolo 38 del Dlgs n. 163/06 e dell’applicazione del Codice etico del gruppo Ferrovie dello Stato.

azioni distorsive della concorrenza che non nascano da un difetto di quantificazione all'origine"), e in aggiunta mancherebbe un dato controfattuale ("non sussistono allo stato termini oggettivi in base ai quali verificare, in assoluto, la esistenza di un eventuale scostamento tra i prezzi praticati e quelli che, viceversa, avrebbero dovuto essere praticati in un regime di presunta regolarità ed equilibrio di mercato").

146. Nella memoria di cui al doc. III.208, El-Pm ha fatto presente che, a fronte del contesto che si trovava a dover affrontare negli anni oggetto di istruttoria (forte dipendenza dalle commesse Trenitalia e aumento del numero di soggetti qualificati all'Sqf), la propria reazione è stata quella di ricercare nuovi clienti (sempre nel settore ferro-tranviario) piuttosto che quella di focalizzarsi solo sulle procedure di acquisto di Trenitalia.

In relazione ad alcune di queste ultime, El-Pm ha invece segnalato la necessità di costituire delle ATI per potervi partecipare, e *"questo giustifica i frequenti contatti con altre aziende concorrenti nel periodo considerato"*. Diversamente, non vi sarebbero stati comportamenti anticoncorrenziali negli anni oggetto di istruttoria in quanto El-Pm non ne avrebbe tratto alcun vantaggio economico, *"avendo anzi visto ridursi il proprio fatturato globale e quello con Trenitalia"*, considerando anche la modesta incidenza percentuale dei contratti conclusi con la stessa Trenitalia.

Soelta

147. In sede di audizione (doc. III.192), Soelta ha argomentato la propria asserita estraneità nelle vicende di cartello oggetto di istruttoria, in particolare in ragione del fatto che la società era incorsa nella sospensione dalle qualificazioni all'Sqf di Trenitalia a partire dal 19 marzo 2008, che è la data della lettera (cfr. doc. II.122) di comunicazione della relativa decisione da parte di Trenitalia stessa. La data di decorrenza della predetta sospensione di Soelta dall'Sqf è il 4 aprile 2008, come risulta dal verbale di Polizia giudiziaria prodotto dalla società (doc. III.192).

Al riguardo, Soelta ha altresì precisato che, successivamente alle predette date, la società non ha effettuato alcun tentativo di rientrare nell'Sqf, cercando di superare le non conformità rilevate da Trenitalia. La società ha così affermato la propria estraneità, proprio in quanto oramai esclusa dall'Sqf, a tutte le gare Trenitalia oggetto di istruttoria successive al periodo marzo/aprile 2008⁵⁵.

148. Con riferimento alle tre procedure di acquisto di Trenitalia afferenti proprio a quel periodo (cfr. *sub* (i), (ii) e (iii)), Soelta ha invece specificato che (doc. III.192):

- in relazione alla procedura *sub* (ii) del 4 marzo 2008, la società aveva inviato a Trenitalia la propria offerta tecnico-economica di gara, ma essa non è stata accettata dalla stessa Trenitalia (che ha restituito il relativo plico di offerta ancora sigillato e dunque non aperto);
- in relazione alle due procedure *sub* (i) del 12 marzo 2008 e *sub* (iii) del 6 marzo 2008, la società non aveva partecipato alle gare in questione.

149. Nella propria memoria difensiva (doc. II.122), Soelta ha prodotto copia della lettera (datata 19 marzo 2008) ricevuta da Trenitalia nella quale venivano comunicate alcune non conformità nei requisiti di capacità tecnica che hanno portato la stessa Trenitalia a rigettare la richiesta di rinnovo, avanzata da Soelta, delle qualifiche per i gruppi merci RPS/002 (servizi di riparazione a bassa tensione), RPS/003 (servizi di riparazione ad alta tensione) e MR/010 (fornitura di bobine). Di conseguenza, a partire da detta data Soelta risultava sospesa dalla qualificazione nel Sqf e dunque, fintanto che non fosse stata data evidenza del superamento delle non conformità rilevate, impossibilitata a partecipare alle procedure negoziali indette da Trenitalia con riferimento ai citati gruppi merci.

⁵⁵ Secondo quanto rappresentato da Soelta, il fatturato conseguito con Trenitalia negli anni 2008, 2009 e 2010 è dovuto a contratti di fornitura precedenti al 2008 stesso, le cui specifiche d'ordine sono tuttavia intervenute negli anni interessati (appunto il 2008, il 2009 e il 2010).

Secondo Soelta, quindi, le gare Trenitalia oggetto di istruttoria interessano *“anni nei quali la Soelta risultava squalificata con lo stesso Ente [Trenitalia] e pertanto non poteva effettuare neanche domanda di partecipazione alle gare”* (doc. II.122).

150. Soelta ha inteso poi rappresentare la propria *“estraneità”* con specifico riferimento alla procedura Trenitalia *sub* (xxiii), ossia la gara europea per il servizio di riparazione motori (doc. IV.251).

Tale propria posizione viene motivata con la circostanza che la società non ha partecipato alla procedura in questione: per farlo, occorre difatti restituire firmato il Cd-rom di gara da richiedere preliminarmente alla stazione appaltante, mentre Soelta, dopo aver comunque richiesto il cd, ha optato per la non partecipazione alla procedura e non ha dunque restituito il cd a Trenitalia.

Argomentazioni analoghe sono state proposte da Soelta nel doc. IV.264 con specifico riferimento alle altre procedure Trenitalia oggetto di estensione oggettiva (ossia quelle *sub* (xv), (xiii) e (xiv)). Nuovamente, infatti, l'estraneità viene motivata con la non partecipazione alle procedure in questione, in particolare in ragione della squalifica dall'Sqf (a partire, come detto, dal 4 aprile 2008).

151. La circostanza della cancellazione dall'Sqf e della conseguente mancanza di fatturato realizzato con Trenitalia è stata ribadita da Soelta anche nella propria memoria finale (doc. VII.373).

Nel medesimo documento, Soelta riferisce che il Tabellone *“contiene unicamente una serie di dati relativi a contratti stipulati tra le varie società fornitrici di Trenitalia, Soelta compresa [e] sembra essere stato predisposto più al fine di elaborare un calcolo probabilistico e prognostico in merito alle future partecipazioni delle varie società ai successivi appalti di cui, probabilmente, la Elca [società presso la cui sede il Tabellone è stato acquisito] si sarebbe servita per regolare la propria offerta nelle future gare”*.

Nel doc. VII.373, infine, Soelta cita a propria difesa il contenuto di due comunicazioni telefoniche intervenute tra le Parti: nella prima *“viene espressamente dichiarato: <<Soelta che non c'entra niente>>”*, mentre nella seconda *“l'interlocutore della Soelta dichiara la ferma decisione di non aderire ad alcun accordo”*.

Firema

152. Nel corso della propria di audizione (doc. III.206), Firema ha sottolineato la cesura esistente tra la precedente e l'attuale gestione societaria⁵⁶.

L'attuale gestione commissariale è subentrata a far data dal 2 agosto 2010, e ha comportato, tra l'altro, l'accentramento di tutti i poteri, ivi incluso quello di firma e di assunzione di impegni di spesa, nella figura del Commissario straordinario; quest'ultimo ha immediatamente invitato (in data 4 agosto 2010) la propria struttura societaria ad astenersi dall'effettuare qualunque pagamento e dall'assumere qualunque impegno in tal senso.

Secondo quanto riportato da Firema, successivamente all'insediamento della gestione commissariale non sarebbero state acquisite nuove commesse con Trenitalia⁵⁷; l'ultima commessa

⁵⁶ Al riguardo, Firema ha peraltro evidenziato l'ordinanza del dicembre 2011 del Gip del procedimento penale di non applicazione di misura interdittiva, atteso in particolare il cambio di gestione societaria connesso all'Amministrazione straordinaria (con anche l'adozione di un Modello di organizzazione e gestione ex Dlgs n. 231/01 e di un Codice etico).

⁵⁷ La questione è stata poi dettagliata nella successiva memoria di cui al doc. IV. 265, dove si è specificato che *“dall'agosto del 2010 e fino alla metà del 2012, Firema in Amministrazione straordinaria non ha in effetti acquisito nuove commesse da parte di Trenitalia, limitandosi a portare a termine quelle ereditate dalla precedente gestione”*.

sarebbe stata acquisita dalla precedente gestione della società e risalirebbe alla fase immediatamente precedente l'insediamento del Commissario (si tratta della Gpn n. 5566 *sub* (xi)).

153. Con riferimento ai due dipendenti che nelle intercettazioni telefoniche disposte dalla Procura della Repubblica di Firenze interagiscono con i vari interlocutori a nome di Firema, la società ha precisato che tali persone fisiche non rivestivano nel periodo oggetto di istruttoria un ruolo dirigenziale (trattandosi di un addetto dell'ufficio commerciale che si occupava di gare e di un addetto dello stabilimento produttivo che produce gli avvolgimenti dei motori elettrici destinati anche a Trenitalia)⁵⁸. Secondo Firema, tale circostanza evidenzerebbe un elemento di diversità tra la stessa Firema e le altre Parti in relazione alle quali, invece, le persone fisiche coinvolte erano figure apicali (doc. III.206).

154. Ad ogni modo, sempre secondo quanto rappresentato da Firema in sede di audizione, i due dipendenti in questione non avrebbero mai informato il Commissario straordinario dei contatti che intrattenevano con le altre imprese oggetto di istruttoria; anzi, in alcuni brani di comunicazioni telefoniche emergerebbe proprio la difficoltà che i due dipendenti avevano nell'interfacciarsi con la nuova gestione commissariale.

Si tratterebbe pertanto, secondo la posizione di Firema, di due soggetti che agivano fuori controllo e le cui condotte non sarebbero dunque imputabili alla società, la cui gestione commissariale è invece sempre stata improntata a principi di correttezza, comunque sotto la vigilanza del competente Ministero (il Ministero dello Sviluppo Economico).

155. Nelle proprie memorie difensive (doc. II.82, doc. VIII.417), Firema svolge una distinzione tra le procedure di acquisto di Trenitalia precedenti e successive alla propria procedura di Amministrazione straordinaria (datata, come visto, agosto 2010).

Nel secondo caso (procedure successive all'Amministrazione straordinaria), Firema sottolinea la propria mancata partecipazione, in quanto impossibilitata a partecipare, in particolare in ragione: dell'intervenuto stato di insolvenza (che comportava l'assenza di adeguata liquidità e non permetteva di ottenere le garanzie bancarie/assicurative necessarie alla partecipazione); della crisi occupazionale attraversata⁵⁹; del nuovo regime di gestione commissariale (che –ancora più che il soddisfacimento dei creditori- aveva principalmente le finalità pubblicistiche di salvaguardare il valore e le capacità produttive degli *asset*, anche se destinati a cessione, e i livelli occupazionali)⁶⁰. Nel caso specifico della procedura *sub* (xix), *“la società ha reperito nell'archivio aziendale una semplice copia dei documenti di gara”*.

Nel primo caso (procedure antecedenti all'Amministrazione straordinaria), il Commissario è intervenuto ad esiti già conclusi, anche in riferimento alla procedura *sub* (xi), appena precedente (*“interamente gestita dal precedente management”*, e della quale il Commissario ha avuto conoscenza soltanto a seguito della nomina, *“vale a dire quando tale procedura era già nella fase dell'aggiudicazione provvisoria [...] e non ha potuto fare altro che prendere atto dell'avvenuta aggiudicazione”*). Nel caso specifico della procedura *sub* (xii), Firema *“non ha trovato alcuna traccia della procedura nei propri archivi e non è quindi in grado di fornire alcuna informazione in proposito”*.

⁵⁸ Firema ha altresì precisato che, non appena avuto notizia dell'esistenza di un procedimento penale a loro carico, per i due dipendenti in questione è stata prontamente disposta –dopo un periodo di sospensione- l'assegnazione ad altri uffici e mansioni, non risultando possibile disporre provvedimenti più drastici.

⁵⁹ La crisi occupazionale attraversata dalla società è stata sottolineata da Firema anche nel doc. IV.265.

⁶⁰ E dunque *“il Commissario straordinario non ha mai autorizzato (né, data la situazione economico-finanziaria, mai avrebbe potuto autorizzare) alcuna iniziativa dei competenti organi aziendali finalizzata ad una eventuale partecipazione”*.

156. In sostanza, “nessun rapporto è mai stato intrattenuto dall’attuale management di Firema con le altre società oggetto di indagine, né tantomeno sono intervenuti contatti”, con una discontinuità rispetto alla precedente gestione della società che “esclude che condotte illecite del precedente gestore siano imputabili al Commissario”.

In ragione del principio generale di personalità e intrasmissibilità degli illeciti, quindi, la nuova gestione societaria “non può essere imputata di alcuna delle asserite violazioni commesse prima dell’ammissione della società alla procedura di Amministrazione straordinaria [ed] eventualmente realizzate da un soggetto diverso [ossia la precedente gestione societaria]” (doc. II.82).

157. Nelle successive memorie di cui ai doc. IV. 265 e doc. VIII.417, e con specifico riferimento alle procedure *sub* (xxi) e (xxii), Firema ha sottolineato che la sua presenza tra le imprese ivi invitate -come risulta a Trenitalia, essendo per la società la circostanza possibile ma non certa- non ha implicato la presentazione di un’offerta alla stazione appaltante. Firema ha al riguardo specificato di “non aver trovato nei propri archivi di gara alcuna traccia delle procedure di acquisto” in questione, quando la prassi aziendale della società è invece quella di catalogare gli inviti ritenuti di interesse in un apposito archivio informatico (ai fini di una successiva valutazione in merito alla presentazione o meno di un’offerta). Quanto alla procedura n. (xxiv), la società ha sottolineato di non aver partecipato in quanto impossibilitata a farlo per i motivi anzidetti, e tale motivazione è stata rappresentata anche alla stazione appaltante (cfr. doc.III.193 allegato 4).

Quanto ai rapporti con le altre Parti derivanti da commesse da queste ultime richieste alla società, Firema ha chiarito che il fatturato così conseguito risulta di modesta entità⁶¹, e che comunque le finalità di tali commesse -in particolare se e a quali gare Trenitalia fossero riconducibili- non erano note né, evidentemente, si trattava di informazioni necessarie all’esecuzione degli ordinativi ricevuti (come qualunque impresa, infatti, Firema esegue le attività che le vengono richieste al prezzo concordato senza preoccuparsi dei motivi per cui il committente domanda un certo bene o servizio).

158. Infine, sempre con riferimento al doc. IV. 265, argomentando in relazione alla seconda estensione oggettiva del presente procedimento (doc. IV.236), Firema ha dapprima posto una questione di supposta prescrizione delle relative condotte (essendo queste riferite ad una distanza temporale maggiore di cinque anni), questione ribadita anche nella memoria finale (doc. VIII.417). Inoltre, posto che nel periodo interessato (precedente all’agosto 2010, data di insediamento dell’attuale gestione commissariale) Firema “era interamente e direttamente controllata dalla società Gmr S.p.a., ora Gmr S.r.l.”, di proprietà di una medesima famiglia, andrebbe valutata -secondo Firema- l’opportunità di estendere soggettivamente il presente procedimento alla predetta Gmr S.r.l., richiesta anch’essa ribadita nella memoria finale.

159. Nello specifico quest’ultima società, riconducibile a membri di una stessa famiglia, ha acquisito dal 2005 il controllo totalitario ed esclusivo (100%) di Firema, esprimendone da allora gli organi di amministrazione e gestione; a tale fase di gestione è riconducibile il dissesto economico-finanziario di Firema che ha portato, nell’agosto 2010, all’attuale condizione di Amministrazione straordinaria (doc. VIII.417).

Firema sottolinea quindi la responsabilità di Gmr S.r.l. per le contestazioni rivolte in riferimento al periodo antecedente all’ammissione della società alla procedura di Amministrazione straordinaria.

160. Con riferimento invece all’attuale amministrazione societaria, nuovamente nella propria memoria conclusiva (doc. VIII.417), Firema lamenta che gli Uffici non avrebbero tenuto conto del

⁶¹ In particolare pari, negli anni 2010 e 2011, al [5-10%] circa rispetto al fatturato specifico relativo a bobine e motori elettrici.

contenuto di alcune comunicazioni telefoniche tra le Parti che dimostrerebbero l'estraneità all'intesa della gestione commissariale, con particolare riferimento alla seguente: *[omissis]* (Meis e Firema, 4 gennaio 2011, in relazione alla procedura n. (xix); cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. I.3/10, doc. II.129).

161. In aggiunta, Firema lamenta alcuni aspetti del rapporto tra il presente procedimento e quello penale da cui è stata tratta parte della documentazione agli atti (doc. VIII.417). Si tratta, in sintesi, dei seguenti:

- mancanza di un autonomo accertamento istruttorio per il primo;
- mancata considerazione del ruolo svolto dal personale Trenitalia imputato nel secondo;
- circostanza che il *set* informativo acquisito dalla Procura è relativo ad un procedimento che si trova ancora alla fase di conclusione delle indagini preliminari (ex articolo 415 cpp): di conseguenza, tale *set* non è ancora assunto al rango di prova;
- divieto di utilizzo delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quelli dove sono state disposte (ex articolo 270 cpp);
- circostanza che, su tali intercettazioni, non è stato garantito il contraddittorio con le Parti (mediante ascolto delle registrazioni ovvero mediante lettura di una trascrizione eseguita da un perito) ai fini della loro validazione.

Firema lamenta altresì che *“la responsabilità di un mercato sostanzialmente chiuso e scarsamente concorrenziale è da imputare al sistema di prequalifica che Trenitalia ha utilizzato sino alla fine del 2011, e che è stato abbandonato (guarda caso) proprio in concomitanza con l'avvio dell'indagine penale”* (doc. VIII.417).

162. Da ultimo, Firema fa presente l'imminente vendita dei propri cespiti aziendali, vendita che avverrà nei confronti di un soggetto esonerato, per legge, da responsabilità anche patrimoniali in relazione alle condotte ante-cessione.

Dopo la cessione, per Firema vi sarà invece la conseguente dichiarazione di cessazione dell'esercizio d'impresa, con il passaggio dall'Amministrazione straordinaria ad una procedura concorsuale liquidatoria. Conseguentemente, l'eventuale sanzione *antitrust* andrebbe a ricadere su quest'ultima, con il duplice negativo effetto, da un lato, dell'assenza di qualsiasi effetto punitivo/dissuasivo nei confronti di un'entità che cesserà di esistere e, dall'altro, della lesione di diritti di terzi, ossia dei creditori ammessi al passivo della procedura.

Per tali ragioni, Firema richiede che l'Autorità le riconosca l'incapacità contributiva in accordo al punto 31 delle nuove Linee guida, ovvero l'applicazione di una sanzione ridotta, anche di importo simbolico (doc. VIII.417).

Gmg

163. Nell'ambito dell'audizione con gli Uffici (doc. II.152), Gmg *“senza contestare il contenuto e il significato dell'ampia documentazione agli atti”*, ha sottolineato che *“i contatti e gli incontri tra la Gmg e le altre società del cartello”* avvenivano per il tramite di una persona fisica che agiva per proprio conto mantenendo di fatto all'oscuro la società (si tratta di un dipendente, con qualifica di operaio specializzato poi cautelativamente sospeso, appartenente alla famiglia di una delle tre persone fisiche proprietarie della società).

164. Gmg ha sottolineato altresì come l'attività svolta dalla società nei confronti di Trenitalia costituisca una parte minoritaria del proprio fatturato complessivo, e che anche per tale ragione la persona fisica di cui sopra poteva agire senza particolari controlli (doc. II.152)⁶².

⁶² Nella propria memoria (doc. I.48), tuttavia, Gmg aveva definito Trenitalia un proprio *“primario cliente”*, per il quale ha iniziato a lavorare dal 2006.

165. Nella propria memoria conclusiva (doc. VIII.402), Gmg, dopo aver evidenziato le basi d'asta particolarmente elevate delle procedure Trenitalia che penalizzavano le piccole e medie imprese nell'ambito dell'Sqf, ha fatto presente di essere risultata aggiudicataria soltanto di 2 procedure sulle 24 complessivamente oggetto di istruttoria.

In tale occasione, Gmg ha inteso ribadire che *“le condotte illecite poste in essere dalla Gmg sono riconducibili ad un singolo individuo, il sig [...], operaio specializzato e marito di una delle socie titolari dell'impresa, cautelativamente sospeso [il quale] essendo inoltre marito di una delle titolari godeva di piena fiducia [...] oltre ad aver ammesso le sue responsabilità in merito”*.

In conclusione, Gmg ha affermato la propria estraneità sia in quanto la società *“è stata coinvolta da un persona terza, il sig. [...]”*, sia in quanto *“vittima di un sistema ampio e articolato in cui l'unico modo per non subire conseguenze ingiuste era quello di sottostare alle regole delle altre aziende che operavano nel settore da decenni”* (doc. VIII.402).

Iee

166. Del pari della società che svolgeva in precedenza l'attività industriale interessata (Aeg), anche Iee ha comunicato la propria mancanza di interesse ad essere sentita in audizione (doc. III.177).

167. Nella propria memoria finale (doc. VIII.405), Iee ha evidenziato di essere stata costituita, ad esito di scissione paritetica parziale da Aeg, nel giugno del 2013, ossia in un'epoca successiva a quella oggetto di istruttoria (marzo 2008-settembre 2011); di conseguenza, un'eventuale sanzione *antitrust* sarebbe in violazione del principio della personalità della responsabilità, in particolare ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 689/81 (secondo cui *“l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi”*) e della decisione della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 2007 causa C-280/06 (che prevede l'eccezione al principio della responsabilità personale solo per evitare fenomeni di elusione della sanzione e qualora il soggetto che ha commesso l'infrazione si sia nel frattempo estinto, situazione che tuttavia non si verifica per il caso di Aeg).

Al riguardo, altresì, Iee ha segnalato la diversità di persone fisiche (della medesima famiglia) tra i soci e amministratori di Aeg dell'epoca dei fatti oggetto di istruttoria e gli attuali proprietari di Iee e della stessa Aeg.

Secondo Iee, inoltre, il proprio coinvolgimento nel presente procedimento oltre a quello di Aeg determinerebbe una disparità di trattamento rispetto al caso di Firema, in relazione alla quale l'Autorità ha invece ritenuto di non dover estendere il procedimento nei confronti della società madre Gmr S.r.l..

168. Sempre nel doc. VIII.405, Iee ha argomentato in favore dell'applicabilità al caso di specie della previsione di cui all'articolo 270 cpp (relativa all'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte).

Iee ha anche lamentato un'asserita secretazione delle registrazioni telefoniche effettuate dalla Polizia giudiziaria, che avrebbe *“leso il diritto di accedere al vero materiale probatorio”*; di conseguenza, secondo Iee, in caso non se ne espunga il contenuto, il presente procedimento andrebbe sospeso in attesa del vaglio delle intercettazioni telefoniche nel procedimento penale.

169. Iee ha poi chiesto, nel corso dell'audizione finale (doc. VIII.428), la dissecrezione delle registrazioni originali delle comunicazioni telefoniche tra le Parti (ossia i relativi *file* audio), che sarebbero state sottratte all'accesso.

Ad ogni modo, anche nel caso del doc. I.48 l'estraneità della società agli illeciti *antitrust* viene ricondotta all'agire isolato del proprio dipendente che operava quale referente di Gmg nei contatti con i concorrenti: *“la Gmg è sempre stata all'oscuro di quanto fatto dal proprio dipendente sig. [...], oggi sospeso dall'incarico. E' stato il sig. [...] a spingere i responsabili della società Gmg per farla associare alle aziende concorrenti e durante le gare mai i responsabili della Gmg hanno subodorato che si operasse in violazione della normativa corrente. Il sig. [...] ha giustificato tutti i suoi comportamenti, rilevando che la Gmg da sola non possedeva i requisiti per partecipare alle gare”*.

Meis

170. In sede di audizione (doc. III.178), Meis ha preliminarmente sottolineato alcuni aspetti del Sqf di Trenitalia, in relazione al quale la società ha ottenuto le qualifiche a far data dall'anno 2002. In particolare, secondo Meis, la previsione di un limite prestazionale annuo (che indicava l'ammontare massimo che ciascun fornitore poteva aggiudicarsi nell'anno di riferimento, indice basato su vari parametri tra cui il fatturato conseguito nell'ultimo triennio) era tale da incentivare raggruppamenti tra imprese che avevano un limite prestazionale ancora disponibile inferiore all'importo della commessa (i limiti delle varie imprese associate in ATI potevano difatti essere sommati).

171. Meis ha altresì sottolineato, sempre nell'ambito dell'audizione con gli Uffici, alcuni comportamenti da parte della stazione appaltante Trenitalia che avrebbero penalizzato la società. Oltre ad aver chiesto la risoluzione di due contratti con Meis datati 2009 e 2010 a seguito del procedimento penale e ad aver segnalato la società all'Avcp-Autorità Nazionale Anticorruzione, si tratta in particolare dei seguenti aspetti, legati alla prassi seguita da Trenitalia nella gestione dei rapporti coi fornitori nell'ambito dell'Sqf:

- Trenitalia non sempre rispettava i quantitativi minimi di acquisto contrattualmente previsti col fornitore;
- Trenitalia procedeva ai cosiddetti attingimenti parziali, ossia bandiva nuove procedure di acquisto in vigenza di contratto con il precedente fornitore aggiudicatario;
- Trenitalia prevedeva la consegna anticipata dei prodotti/servizi interessati;
- Trenitalia non svincolava tempestivamente le fidejussioni relative a contratti già esauriti da tempo.

172. Nella propria memoria difensiva (doc. III.187), e nello specifico delle singole procedure, Meis ha argomentato che: in relazione alla mancata partecipazione alla gara europea *sub* (xxiv), la procedura prevedeva requisiti di prestazione che Meis non era in grado di soddisfare e, peraltro, le forniture richieste da Trenitalia si sovrapponevano ad altre già assegnate a Meis, i cui ordini rimasero parzialmente inevasi; tra le gare oggetto di istruttoria, Meis si è aggiudicata soltanto uno dei lotti della procedura *sub* (xi).

173. Le argomentazioni difensive di Meis si incentrano poi su alcuni aspetti formali del presente procedimento (doc. III.187).

Innanzitutto, secondo Meis, verrebbe violato il principio del *ne bis in idem*⁶³ in quanto l'eventuale sanzione *antitrust* si sovrapporrebbe alle future sanzioni che potrebbero essere comminate in ambito penale.

Inoltre, Meis sostiene una pregiudizialità del procedimento penale rispetto a quello amministrativo, ciò che implicherebbe la necessità di sospendere il secondo in attesa della definizione del primo⁶⁴.

In subordine, Meis ritiene in ogni caso inutilizzabili le intercettazioni telefoniche disposte dalla Procura della Repubblica di Firenze ed eseguite dagli organi di Pg in quanto in violazione degli articoli 15 della Costituzione e 8 Cedu (secondo cui le limitazioni del diritto alla riservatezza delle comunicazioni rivestono carattere di eccezionalità e sono subordinate al rispetto delle garanzie previste per legge) e dell'articolo 270 c.p.p. (per il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte; a quest'ultima

⁶³ Viene al riguardo citata la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (4 marzo 2014 n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*; 27 dicembre 2011 n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*).

⁶⁴ Meis fa al riguardo riferimento alle disposizioni del c.p.p. per le quali i fatti emersi nel corso del procedimento penale fanno stato nell'ambito di un procedimento amministrativo soltanto se sono accertati in una sentenza di condanna o di assoluzione.

disposizione deve riconoscersi, secondo Meis, portata generale nell'ordinamento giuridico, ossia anche al di fuori dell'ambito penale). Vengono al riguardo citati due provvedimenti, uno del 2000 tratto dalla giurisprudenza contabile⁶⁵ e l'altro del 2006 tratto dalla casistica dei procedimenti disciplinari del Csm⁶⁶.

In ulteriore subordine, stando a Meis le intercettazioni effettuate dagli organi di Pg sarebbero prive di rilievo probatorio, poiché le relative trascrizioni sono meri atti di indagine e, in quanto tali, parziali e privi di attendibilità⁶⁷. Vi sarebbe inoltre, sempre secondo Meis, una violazione dell'articolo 6 Cedu atteso che alle imprese coinvolte non è stata data la possibilità di partecipare all'acquisizione delle intercettazioni e, quindi, di verificarne l'attendibilità e veridicità.

174. Per quel che riguarda gli aspetti di merito dell'intesa qui in esame, Meis sottolinea che il contenuto delle comunicazioni telefoniche tra le Parti dovrebbe essere suffragato da elementi aggiuntivi (ulteriori riscontri di contatti, scambi di informazioni e decisioni comuni, mancanza di spiegazioni alternative alla collusione). Al riguardo, e con specifico riferimento al cosiddetto Tabellone, secondo Meis *“ben potrebbe ritenersi che i valori ivi indicati siano delle mere annotazioni di assegnazioni già avvenute, ovvero che il cartellone fosse aggiornato dal possessore al quale è stato sequestrato solamente dopo la conclusione ed assegnazione delle singole gare: non vi sono prove della circolazione di tale documento, che è stato semplicemente rinvenuto presso la sede di una delle imprese”* (doc. III.187).

175. Le indagini penali vengono tuttavia richiamate da Meis in relazione alla stima della durata dell'intesa, il cui arco temporale di riferimento non può -a parere di Meis- farsi risalire sino al 2008 atteso che *“il materiale investigativo raccolto dalla Procura di Firenze opera una ricostruzione dei fatti solamente a partire dal 2010, anno in cui le indagini sono state avviate. Deve, quindi, evidenziarsi la assoluta mancanza di elementi che possano provare gli asseriti comportamenti collusivi in relazione al periodo antecedente al 2010”* (doc. III.187).

176. Infine, con riferimento al ruolo rivestito da Meis nell'intesa, sarebbe da escludersi una posizione di *leadership* della società *“per l'intero lasso temporale della durata dell'intesa che l'Autorità ha ipotizzato e, in ogni caso, anche a voler ritenere legittima l'utilizzazione delle intercettazioni dell'indagine penale, non potrà essere provata se non per una frazione temporale del tutto limitata”*.

Anche a tal proposito, le indagini penali vengono nuovamente richiamate da Meis che, a supporto, rappresenta che: *“le conversazioni confermano che, in relazione alla gara in questione [la sub (xix)], sia stato il [rappresentante di Retam] a inviare agli altri presunti partecipanti il prospetto relativo alle offerte. Le intercettazioni della Polizia hanno, poi, accertato che la mail è stata inviata anche ad indirizzi riconducibili alle aziende El-Pm ed Elca”*.

Più in generale, poi, Meis afferma che: *“si consideri, poi, che altri scambi di e-mail dimostrano che anche il coordinamento degli incontri e delle riunioni non era prerogativa di un unico soggetto”* (sempre doc. III.187).

177. Ad ogni modo, secondo Meis, anche laddove l'Autorità provasse il ruolo di *leadership* dalla stessa ricoperto per il periodo 2010-2011, non vi sarebbero le prove in relazione al precedente biennio 2008-2010.

A sostegno, Meis adduce i contenuti di alcune comunicazioni telefoniche tra le Parti: *“la conversazione telefonica tra [i rappresentanti di Meis e di Elca] dimostra che fino al 6 luglio 2010*

⁶⁵ Corte dei Conti, sezione giurisdizionale centrale, 1° agosto 2000.

⁶⁶ Sezione disciplinare, sentenza n. 146/2006.

⁶⁷ Viene al riguardo citato l'articolo 268, comma 7, c.p.p. che escluderebbe la possibilità di utilizzare le trascrizioni non provenienti da un perito appositamente incaricato.

i compiti di contabilità e segreteria venivano interamente svolti da altri [...] successivamente, nel corso della medesima telefonata, il [rappresentante di Meis] dichiara la sua scarsa attitudine alle attività di coordinamento e segreteria contabile”.

Il ruolo di *leadership*, stando a Meis, veniva invece svolto da Firema: *“la conversazione dimostra anche la assoluta estraneità del [rappresentante di Meis] rispetto al meccanismo di predeterminazione delle offerte, gestito dal [rappresentante di Firema] ed aspramente criticato dallo stesso [rappresentante di Meis] al telefono con [rappresentante di Elca]. Di seguito le parole di [rappresentante di Elca]: [omissis]. I due si lamentano degli errori compiuti da [rappresentante di Firema] nella predisposizione del **prospetto con i prezzi, inviato ad ogni impresa prima della presentazione dell'offerta**”* (enfasi aggiunta). In sostanza, secondo Meis era il rappresentante di Firema che *“si occupava di calcolare le offerte e di far circolare i relativi risultati”* (doc. III.187).

178. Infine, sempre nel doc. III.187, Meis sottolinea la sussistenza di alcune circostanze attenuanti nel caso in cui l’Autorità intendesse irrogare una sanzione pecuniaria; si tratta in particolare della pronta adozione, da parte di Meis, di un codice etico e del modello organizzativo ai sensi del Dlgs. n. 231/01, misure che hanno portato il Gip del procedimento penale a disporre, per la società, la non applicazione della misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la Pubblica amministrazione. Meis ha da ultimo rappresentato, sempre con riferimento al profilo sanzionatorio, la propria situazione di ridotta capacità contributiva.

179. Con l’ulteriore memoria difensiva di cui al doc. IV.254, Meis ha inteso fornire gli elementi a sostegno dell’asserita assenza di problematiche concorrenziali in relazione a due delle procedure di gara Trenitalia oggetto di estensione oggettiva (segnatamente quelle *sub* (xxiii) e (xiv)).

180. In relazione alla prima, Meis dapprima evidenzia nuovamente gli elementi di contesto legati ai limiti dell’Sqf (peraltro qui non pertinenti, essendo la gara *sub* (xxiii) la prima di tipo europeo e quindi esterna all’Sqf) e ai requisiti di gara che spingevano le Parti ad associarsi tra loro ai fini della partecipazione (e infatti Meis ha partecipato in ATI con Aeg).

Meis poi, pur in generale contestando la mancanza di autonomia del presente procedimento rispetto a quello penale, argomenta in favore dell’assenza di problematiche concorrenziali in ragione del mero fatto che gli organi penali non abbiano indagato anche sulla procedura n. (xxiii) in questione⁶⁸.

Inoltre, secondo Meis *“nessuna delle trascrizioni di intercettazioni telefoniche menziona la gara in questione”*, nonostante l’attività investigativa penale si sia protratta sino all’ottobre del 2011 (il periodo di gara essendo maggio-luglio 2011), né vi sarebbe alcuna prova *“di incontri o riunioni per concordare le modalità di presentazione delle offerte in relazione alla gara in questione”*.

Infine, stando a Meis la partecipazione alla gara, con l’aggiudicazione di un lotto, di un’impresa esterna al cartello (la già citata Sicme Motori S.r.l.) sarebbero prova della *“genuinità del confronto competitivo”*.

181. Quanto alla seconda procedura Trenitalia (quella *sub* (xiv)), Meis ha inteso avvalorare una propria estraneità alla stessa sulla base del fatto che la società *“non fu ammessa a partecipare alla procedura, avendo presentato la propria offerta oltre il termine stabilito nel bando”*.

182. Nella propria memoria conclusiva (doc. VII.392), Meis ha dapprima lamentato il fatto che l’Sqf sia stato trattato in maniera sommaria dagli Uffici, quando le anomalie da esso generate, unitamente agli abusi del potere di domanda di Trenitalia (mancato rispetto dei minimi garantiti,

⁶⁸ *“L’assenza di elementi provanti l’intesa in relazione alla gara Gpa n. 5792 emerge in tutta la sua consistenza se si ha riguardo al fatto che l’indagine penale condotta dalla Procura di Firenze, dalle cui risultanze prende le mosse il Procedimento, non si estende alla gara n. 5792 e nessun reato è stato ascritto ai soggetti indagati in relazione alla partecipazione a tale gara nell’avviso di conclusione delle indagini preliminari”*.

atingimenti parziali e ingiustificati) hanno inciso sulla scarsa sostenibilità delle Parti. Peraltro, secondo Meis, Trenitalia ha abbandonato l'Sqf a favore delle gare europee nel maggio-giugno 2011 non già per una decisione virtuosa, ma perché viene a conoscenza delle indagini penali che coinvolgono i suoi dipendenti, indagini di cui le Parti assumono invece contezza solo nel settembre 2011.

Sempre secondo Meis, costituisce inoltre una ricostruzione capziosa il raffronto tra prezzi di acquisto effettuato da Trenitalia, proprio per via del fattore-Sqf: il confronto sarebbe legittimo solo tra prezzi osservati nella vigenza di un medesimo sistema di approvvigionamento.

183. In relazione agli aspetti legati al rapporto col procedimento penale, secondo Meis quanto acquisito dal fascicolo penale avrebbe dovuto rappresentare al più un "*principio di prova*", diversamente, l'unico sostanziale adempimento istruttorio compiuto dagli Uffici è stato quello di coinvolgere la stazione appaltante, senza svolgere in particolare ispezioni presso le Parti (doc. VII.392).

Inoltre, secondo Meis la giurisprudenza riconoscerebbe portata generale all'articolo 270 cpp e il procedimento *antitrust* non sfuggirebbe al divieto ivi contenuto; vi sarebbe pertanto una violazione del diritto della riservatezza come tutelata dalla Costituzione italiana e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ancora, secondo Meis, le trascrizioni delle intercettazioni telefoniche tra le Parti operate dalla Pg sarebbero meri atti di parte, ossia della parte inquirente; al fine di poter indicare il contenuto dei dialoghi che sarebbero stati travisati dagli organi di Pg, Meis avrebbe dovuto essere messa in condizione di verificare la veridicità e l'attendibilità delle comunicazioni telefoniche (vi sarebbe così una violazione del diritto all'equo procedimento di cui all'articolo 6 Cedu).

Quanto all'asserita violazione del principio del *ne bis in idem*, Meis ha evidenziato come il procedimento penale abbia già comportato per la società ingenti esborsi economici; pertanto, sotto il profilo sostanziale, l'eventuale sanzione *antitrust* andrebbe a duplicare gli effetti già prodotti dal procedimento penale. Sotto il profilo della violazione formale del medesimo principio, Meis ha sottolineato il fatto che le Parti risultano tutte imputate ex Dlgs n. 231/01.

184. Quanto agli aspetti di merito del presente procedimento, secondo Meis gli Uffici non avrebbero assolto l'onere probatorio richiesto per la prova delle pratiche concordate, lamentando in particolare la qualificazione di intesa unica e complessa. In particolare, sussisterebbe ad avviso di Meis una chiara cesura tra le gare del Tabellone/piccolo Tabellone e il rimanente blocco di gare; per le prime gli Uffici non avrebbero neanche riportato elementi informativi essenziali, limitandosi ad affermare che i Tabelloni riflettono il funzionamento del cartello, ma non vi sarebbero prove di scambi di *e-mail* o di altro confronto diretto tra le Parti in relazione a tali gare.

La responsabilità delle Parti andrebbe così valutata procedura per procedura; in particolare, nel caso di Meis, la stessa non potrebbe essere imputata delle procedure Trenitalia da n. (i) a n. (x), da n. (xii) a n. (xv), n. (xvii) e n. (xx).

Non sussistendo un'intesa unica e complessa, stando a Meis per tutte le gare precedenti al marzo 2009 opererebbe inoltre la prescrizione (doc. VII.392).

185. Infine, in relazione al calcolo dell'eventuale sanzione, ad avviso di Meis non può essere utilizzato il valore dell'importo di aggiudicazione (che per le nuove Linee guida dell'Autorità va considerato "*in linea di principio*"), ma solo quello effettivamente fatturato dalle Parti, atteso lo scostamento assai significativo tra i due importi; né potrebbe applicarsi la percentuale minima del 15% prevista dalle predette Linee guida per le infrazioni gravi, percentuale peraltro oggetto di ampia critica in sede di consultazione pubblica preliminare.

Diversamente, sempre secondo Meis, il calcolo dell'eventuale sanzione dovrà valorizzare: la mancata attuazione dell'intesa (gli importi annotati nei Tabelloni non coincidono sempre con gli esiti ufficiali di gara); i risparmi conseguiti dalla stazione appaltante; la presenza nel periodo dell'Sqf.

Ad ogni modo, Meis ha al riguardo avanzato formale istanza di incapacità contributiva ai sensi del punto 31 delle citate Linee guida (doc. VII.392).

Motortecnica

186. Nell'ambito dell'audizione con gli Uffici (doc. III.184), Motortecnica ha evidenziato l'estraneità e comunque la propria posizione di "marginalità" nelle vicende di cartello oggetto di istruttoria. Secondo Motortecnica, infatti, anche dalle comunicazioni telefoniche "emerge la posizione di marginalità" dell'Amministratore delegato della società dell'epoca dei fatti rispetto alle altre imprese coinvolte; in particolare, anzi, queste ultime "si dolgono dell'ingresso di Motortecnica nelle rete di contatti tra imprenditori", essendo la società l'ultima arrivata nel sistema.

Rileva altresì, secondo Motortecnica, la scarsa rilevanza del fatturato da essa realizzato nell'ambito della vicenda di cartello oggetto di istruttoria (3 appalti concentrati nel biennio 2010-2011), anche in ragione del fatto che il settore ferro-tranviario rappresenta per la società un ambito marginale di attività (essendo questa concentrata prevalentemente nella fornitura di beni e servizi elettromeccanici per altri settori).

187. Le argomentazioni di Motortecnica sono presenti anche nella memoria difensiva (allegato 2 al citato doc. III.184). In tale sede Motortecnica ha affermato che "appare quanto mai opportuno attendere l'esito del procedimento penale", essendo questo tuttora in corso.

Ad ogni modo, quand'anche l'Autorità accertasse infrazioni concorrenziali, secondo Motortecnica non vi sarebbero nel caso di specie i presupposti per l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Ciò in quanto: (a) da una parte, le condotte eventualmente anticoncorrenziali sarebbero già state eliminate, in particolare per via della rimozione dall'incarico di amministratore unico della persona fisica (socio amministratore) che nei contatti tra le Parti agiva quale rappresentante di Motortecnica, nonché dell'adozione di nuovi modelli organizzativi (ex D.lgs. 231/01), dando così "un chiaro segno di discontinuità rispetto alla precedente gestione"⁶⁹; (b) dall'altra parte, l'eventuale violazione antitrust "non sarebbe certamente grave [in quanto] il vantaggio e l'utile derivante dalla partecipazione alle gare in oggetto è stato più che irrisorio, e Motortecnica è risultata aggiudicataria di sole tre gare".

188. In sede di audizione finale innanzi al Collegio (doc. VIII.428), Motortecnica, dopo essersi associata al sopradescritto quesito sollevato da Aeg e nel riportarsi alle memorie e ai documenti depositati in atti, ha sinteticamente illustrato i seguenti aspetti:

- l'indagine penale ha coinvolto Motortecnica solo marginalmente; lo stesso provvedimento del 16.12.2011 allegato alla memoria depositata in data 16.10.2014, che comunque non si divide, dà atto del "grado minore di partecipazione";
- le gare Trenitalia cui Motortecnica ha partecipato sono in numero limitato (n. 3 negli anni 2010 e 2011, a fronte di n. 24 gare oggetto del presente procedimento nel quadriennio 2008-2011);
- il fulcro dell'attività di Motortecnica è riconducibile ad un settore diverso di impiego (produzione di motori e bobine per la produzione di energia), e il fatturato conseguito con Trenitalia -come rilevato nella Cri al paragrafo 172- è inferiore all'1% del totale.

⁶⁹ Al riguardo, Motortecnica sottolinea la decisione del Gip del procedimento penale di respingere la richiesta dell'adozione di misure interdittive quali il divieto di contrarre con la Pubblica amministrazione.

189. In via subordinata rispetto all'estraneità alle ipotesi di cartello oggetto di istruttoria, Motortecnica ha evidenziato che le predette circostanze, in uno con l'intervenuta attivazione di Codici etici e del modello organizzativo, danno conto della sussistenza delle circostanze attenuanti di cui ai paragrafi II.3 e III n. 23 delle Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni recentemente approvate dall'Autorità (doc. VIII.428).

Piaggio

190. In sede di audizione (doc. II.159), Piaggio *“senza contestare il contenuto e il significato dell'ampia documentazione agli atti”* ha inteso sottolineare il *“ruolo marginale ricoperto dalla Piaggio stessa nell'ambito dei contatti con le altre società Parti del procedimento istruttorio”*⁷⁰.

A riprova di ciò, la società ha sottolineato il fatto che, a partire dal novembre 2007 (e quindi nel periodo coperto dall'istruttoria), Piaggio detenesse una sola qualificazione nell'ambito dell'Sqf di Trenitalia, quella per la categoria cosiddetta RPS/003 relativa alla prestazione di servizi di riparazione di macchine elettriche rotanti (alimentate con tensione superiore a 600v in corrente continua) per rotabili ferroviari. Di conseguenza, Piaggio non era attiva nella fornitura di beni, in particolare bobine elettriche, a Trenitalia, che costituiscono invece la parte principale delle procedure oggetto di istruttoria (l'unica operatività della società in relazione alle bobine, sempre all'interno della qualificazione RPS/003, era relativa al caso dell'avvolgimento di indotti).

191. Nella propria memoria conclusiva (doc. VIII.403), Piaggio ha inteso dapprima escludere che la mancata partecipazione alle procedure Trenitalia oggetto di istruttoria di una platea di imprese più ampia rispetto alle Parti sia da imputare alla condotta delle Parti stesse, essendo invece da imputare all'Sqf adottato dalla stazione appaltante.

Piaggio ha poi evidenziato come il calo dei prezzi registrato da Trenitalia a partire dal 2012 possa essere dovuto anche all'abbandono, da parte della stazione appaltante, dell'Sqf; in altri termini, *“non necessariamente i maggiori costi pre-2011 (o per lo meno non tutti) sono imputabili alla condotta delle imprese facenti parte del preteso cartello”*, essendo appunto da considerare anche il ruolo dell'Sqf. Di conseguenza, ad avviso di Piaggio *“non appare provata l'idoneità della pretesa intesa anticoncorrenziale di produrre effetti sul mercato interessato, cioè di cagionare un aumento dei prezzi delle forniture di beni e servizi offerti a Trenitalia nel periodo 2008-2011 o, comunque, l'entità dell'aumento effettivamente riconducibile alla condotta delle Parti”*.

192. Nel medesimo doc. VIII.403, Piaggio ha poi sottolineato la propria presenza solo in poche procedure rispetto al totale delle 24 oggetto di analisi, come si evince anche dalla CRI. Con specifico riferimento alla procedura n. (ii), per la quale nel Tabellone importi monetari sono ascritti anche a Piaggio, la società ha segnalato di non aver neanche partecipato a tale gara, essendo essa relativa alla fornitura di bobine per le quali Piaggio non era qualificata all'Sqf.

La produzione della società, a prescindere dall'iscrizione o meno all'Sqf di Trenitalia, continuava comunque ad annoverare anche le bobine, come emerge in relazione alla successiva procedura n. (xxiv), per la quale *“Piaggio avrebbe, in effetti, potuto anche partecipare [essendo esterna all'Sqf] [...] anche Piaggio, in relazione alla gara in oggetto, ha richiesto l'invio del Cd-Rom con le specifiche tecniche dell'appalto”*.

⁷⁰ Nella propria memoria difensiva (presente quale allegato 2 al citato doc. II.159), similmente, Piaggio ha inteso affermare che nelle vicende in esame la società *“ricopre, in realtà, un ruolo del tutto marginale”*, così come con specifico riferimento al cosiddetto Tabellone (*“scorrendo le tabelle ivi riportate appare evidente che Piaggio non viene interessata che marginalmente”*).

A riprova di quanto affermato anche in sede di audizione, alla memoria viene allegata una lettera di Trenitalia, datata 7 novembre 2007, nella quale questa comunica a Piaggio la scadenza (dal 4 novembre) delle qualificazioni relative ai gruppi merci MR/010, MR/014, RPS/002, RPS/004, RPS/005 e RPS/007; nella missiva in questione Trenitalia, non avendo ricevuto alcuna istanza di rinnovo, comunica quindi la cancellazione di Piaggio dall'Sqf (a meno della presentazione di una nuova istanza di qualificazione).

Retam

193. Nel corso dell'audizione con gli Uffici (doc. III.182), Retam, in procedura di liquidazione dal marzo 2014, ha fatto presente di aver concluso il processo di licenziamento dei dipendenti nel luglio 2014 e di aver conseguentemente cessato ogni tipo di attività.

Al riguardo, Retam ha sottolineato che il fatto di essere l'unica impresa tra quelle oggetto di istruttoria ad aver dovuto cessare l'attività, nonché il fatto di essere stato il soggetto che ha dato origine all'indagine penale mediante propria specifica denuncia, costituirebbero elementi a riprova della mancata partecipazione della società al cartello.

194. Ad ogni modo, secondo Retam andrebbe considerato anche il contesto in cui le imprese fornitrici di Trenitalia si trovavano a dover operare, in particolare l'Sqf; quest'ultimo, e in particolare i limiti prestazionali ivi attribuiti ad ogni soggetto qualificato, favoriva secondo Retam la costituzione di ATI.

Considerando allora che i soggetti in ATI scambiavano tra loro varie informazioni (relative a prezzi, costi, materie prime⁷¹, giacenze di magazzino, ecc) e che il sistema delle ATI favorito dall'Sqf è andato avanti per anni, il "livello di trasparenza tra i fornitori" di Trenitalia era, secondo la società, "particolarmente elevato". Anche gli incontri periodici con tutti i fornitori dell'Sqf, convocati dalla stazione appaltante Trenitalia, costituivano un ulteriore elemento che favoriva la trasparenza tra operatori (doc. III.182).

Lo stesso comportamento della stazione appaltante Trenitalia favoriva, secondo Retam, atteggiamenti difensivi comuni da parte dei fornitori⁷².

195. Nella propria memoria difensiva (doc. II.85), Retam ha nuovamente sottolineato il contesto in cui le Parti si trovavano ad operare, con la strutturazione dell'Sqf ("che presupponeva l'attribuzione di lavori esclusivamente a nove ditte qualificate") e la previsione in esso di limiti prestazionali che comportavano la costante necessità, per le imprese, di associarsi tra loro in ATI per poter partecipare alle procedure indette da Trenitalia⁷³. Ciò, a sua volta, determinava "uno scambio di informazioni su macchinari a disposizione, scorte, attrezzature, maestranze, prezzi ed efficienze [...] in conclusione ciascuna impresa sapeva tutto di tutti"⁷⁴.

Secondo Retam, tuttavia, l'ipotesi di cartello può escludersi poiché il rationale economico sottostante (profitti maggiori del livello che avrebbero avuto in concorrenza) non sussisteva, atteso il fatto che Trenitalia conosceva i costi produttivi avendo eseguito i medesimi lavori, nonché atteso il fatto che i prezzi a base di gara erano progressivamente calanti (e venivano "accettati da Retam

⁷¹ La principale materia prima per la produzione di bobine elettriche è il rame il cui prezzo, particolarmente oscillante, determina per la gran parte il costo di produzione della bobina.

⁷² In particolare, secondo quanto rappresentato dalla società (doc. III.182): Trenitalia non teneva un magazzino dei prodotti elettromeccanici che utilizzava, ma effettuava degli ordinativi *spot*, all'occorrenza, presso il fornitore aggiudicatario della procedura pubblica; Trenitalia spesso non esauriva la commessa vinta da un fornitore, nel senso che non necessariamente ordinava in concreto il quantitativo di bobine (o di altri beni/servizi) contrattualmente previsto (ciò determinata significative giacenze di magazzino (di materiale soggetto ad usura) in capo a quel fornitore); alla scadenza di un contratto, Trenitalia bandiva una nuova gara senza quindi rivolgersi al fornitore precedente che non aveva esaurito la commessa (e che quindi aveva quelle importanti giacenze di magazzino); il prezzo di gara con cui si dovevano confrontare i fornitori di Trenitalia risultava progressivamente calante di gara in gara (ogni gara prendeva a riferimento, come base, il prezzo di aggiudicazione di quella precedente), ed era dunque divenuto un prezzo a stento sufficiente a coprire i costi di produzione.

⁷³ "Tutte le ditte qualificate, nessuna esclusa, sono state costrette ad associarsi più volte, anche nell'arco di un anno, alternativamente con le altre ditte. In particolare, Retam è stata costretta più volte ad associarsi con tutte le altre ditte qualificate, nessuna esclusa".

⁷⁴ Il numero chiuso delle ditte qualificate e la memorizzazione e la contabilità dei valori prestazionali di ciascuna potevano così agevolare, secondo Retam, l'individuazione delle imprese che potevano e non potevano partecipare alle procedure Trenitalia. Dunque, alterazioni delle dinamiche concorrenziali sarebbero in caso frutto del sistema dell'Sqf architettato dalla stazione appaltante, "nel quale era la stessa Trenitalia ad alterare dette dinamiche costringendo ciascuna impresa ad associarsi nei limiti dei loro crediti per poter partecipare ad una gara".

solamente per sopravvivere, atteso che Trenitalia era l'unica ditta per la quale lavorava [...] economicamente dipendente da Trenitalia").

196. Infine, Retam ha specificato quanto segue in relazione alle singole procedure di acquisto di Trenitalia (doc. II.85):

- procedura *sub* (xxiv): la mancata partecipazione è dovuta alla circostanza di non aver trovato alcuna impresa disponibile a costituire un'ATI;
- procedura *sub* (xxi): "*Retam non ha mai ricevuto un foglio excel con prezzi da offrire in sede di gara*";
- procedura *sub* (xxii): "*Retam nega di aver mai ricevuto la mail ivi indicata [...] necessita di prova dell'avvenuta ricezione da parte del destinatario in mancanza della quale non esiste nessun elemento che possa dimostrare, neanche presuntivamente, la lettura del contenuto*";
- in generale, con riferimento al Tabellone e alle procedure ivi contenute, Retam ha argomentato che i relativi dati erano "*posizioni del passato conosciute da chiunque*" e che "*l'elaborazione di eventuali dati attestanti crediti/debiti potrebbe essere frutto delle fantasie di una o più imprese qualificate da Trenitalia*".

III. IL MERCATO INTERESSATO

197. Occorre al riguardo premettere che, in aderenza ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, negli accertamenti relativi alle intese come nel caso qui in esame la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca l'accordo o la pratica concordata tra imprese. Tale definizione è dunque funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale, ed è altresì funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività⁷⁵.

198. Da un punto di vista merceologico, il settore interessato dall'intesa qui in esame è quello della fornitura di beni e servizi elettromeccanici destinati in particolare al comparto ferroviario; le forniture più frequenti riguardano il caso della vendita di bobine per motori elettrici di trazione e della prestazione dei servizi di riparazione e manutenzione dei motori stessi.

La domanda di tali beni e servizi proviene in generale dagli operatori del settore ferroviario e ferro-tranviario; nel caso di specie, oggetto di istruttoria sono ventiquattro procedure pubbliche di acquisto indette dalla stazione appaltante Trenitalia per il soddisfacimento dei propri bisogni in tale ambito merceologico.

199. Trenitalia ha rappresentato in generale, almeno con riferimento al periodo 2008-2011 oggetto di istruttoria, un cliente di rilievo per le Parti. In particolare, in relazione all'incidenza di Trenitalia sul rispettivo fatturato totale, hanno fatto registrare percentuali medie pari o ampiamente superiori al 35% circa le seguenti società, in ordine decrescente: Dmotor, Retam, El-Pm, Elca, Pm e Meis. Nel dettaglio il peso che, in tale periodo, le commesse riferite a Trenitalia hanno avuto nei fatturati delle Parti⁷⁶ è riassunto nella Tabella 1 che segue, dalla cui lettura si evince come detto peso sia piuttosto variabile da società a società.

Tabella 1

⁷⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 1 marzo 2012 n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo* e, da ultimo, Consiglio di Stato, sentenza dell'8 agosto 2014 n. 4230, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici - Johnson&Johnson*.

⁷⁶ Si ricorda che nel quadriennio oggetto di istruttoria le Parti non era attiva, e non ha dunque conseguito alcun fatturato con Trenitalia.

<i>Società</i>	<i>% fatturato realizzata con Trenitalia (media quadriennio 2008-2011)</i>
Aeg	[15-20%]
Dmotor	[85-90%]
Elca	[50-55%]
El-Pm	[65-70%]
Soelta	[1-5%]
Firema	[5-10%]
Gmg	[15-20%]
Meis	[30-35%]
Motortecnica	[inferiore all'1%]
Piaggio	[25-30%]
Pm	[40-45%]
Retam	[70-75%]

200. Specularmente le Parti rappresentavano, quantomeno nel quadriennio in questione, i principali -se non tendenzialmente gli esclusivi⁷⁷- fornitori di Trenitalia in relazione ai predetti beni e servizi, anche per via dell'esistenza di un sistema di prequalifica da cui la stazione appaltante attingeva e a cui esse erano iscritte.

201. Nel periodo oggetto di istruttoria (il quadriennio 2008-2011), infatti, la stazione appaltante Trenitalia adottava, per le proprie procedure pubbliche di acquisto di beni e servizi elettromeccanici, un Sistema di qualificazione fornitori (Sqf), istituito nel 2001 e dismesso nel novembre del 2011.

202. In relazione alla dimensione geografica del mercato della fornitura di beni e servizi elettromeccanici ad uso ferroviario nell'ambito delle procedure di acquisto indette da Trenitalia, si osserva anzitutto che di fatto, e in relazione ai categorici qui maggiormente interessati, all'Sqf risultavano iscritte sostanzialmente imprese nazionali (cfr. anche doc. III.180 e doc. III.187⁷⁸), nonostante lo stesso fosse potenzialmente aperto alla qualificazione di società estere.

Inoltre, alle procedure di acquisto di Trenitalia oggetto di istruttoria, comprese anche le procedure di tipo europeo (Gpa n. 5792 e Gpa n. 5796), hanno partecipato soltanto società italiane (doc. III.193, doc. III.228).

Gli stessi dati di fatturato delle Parti mostrano, nel complesso, una decisa prevalenza di vendite realizzate in Italia.

203. Alla luce di quel che precede, il mercato rilevante qui in esame viene definito come quello, di estensione geografica nazionale, relativo alle procedure pubbliche indette dalla stazione appaltante Trenitalia per l'acquisto di beni e servizi elettromeccanici destinati al settore ferroviario.

Il valore di tale mercato, calcolato quale sommatoria degli importi delle ventiquattro procedure di gara oggetto di istruttoria, può essere stimato pari a circa 57 milioni di euro.

⁷⁷ Dalla lettura del *database* fornito da Trenitalia in relazione agli anni passati 2008-2011 (doc. III.228 allegato 3-bis), emerge infatti come, in relazione ai categorici qui maggiormente interessati, iscritte per un certo periodo all'Sqf ma non parti dell'intesa fossero le sole società Elettromeccanica D'Elia Giuseppe (comunque in scadenza di qualifica nel novembre 2008 o nel dicembre 2009 a seconda dei gruppi merci), Az 21 S.r.l. (comunque in scadenza di qualifica nell'ottobre 2008) e Abb Sace S.p.a. (in scadenza nel gennaio 2008).

⁷⁸ In particolare, secondo quanto a conoscenza di Meis, soltanto una società olandese partecipò all'Sqf per un breve periodo (doc. III.187).

IV. VALUTAZIONI

IV.1 Le questioni preliminari

204. In via preliminare, si rappresenta che l’Autorità, valutato il quesito sollevato da Aeg in corso di audizione finale innanzi al Collegio (doc. VIII.428)⁷⁹, ritiene che -per le ragioni nel seguito illustrate- le comunicazioni telefoniche tra le Parti, acquisite presso la Procura della Repubblica di Firenze e accluse agli atti, sono utilizzabili nel presente procedimento (svoltosi in piena autonomia rispetto al procedimento penale), dove peraltro si inseriscono nell’ambito di un più ampio quadro probatorio.

205. Nel caso di specie, in effetti, le trascrizioni delle comunicazioni telefoniche costituiscono solo una parte della documentazione agli atti del procedimento. Esse sono state messe a confronto con le altre evidenze documentali (scambi di *email*, i cosiddetti Tabellone e Piccolo Tabellone, ecc.), nonché con le informazioni acquisite da Trenitalia e dalle stesse Parti. Da tale confronto è emersa piena corrispondenza e coerenza tra le informazioni desumibili dalle comunicazioni telefoniche e quelle contenute nelle altre evidenze agli atti del procedimento.

In altri termini, si è provveduto a validare e, successivamente, a compiere un’autonoma valutazione delle informazioni acquisite dalle comunicazioni telefoniche, operando un collegamento delle stesse con gli altri elementi probatori acquisiti.

206. L’Autorità ritiene altresì che il diritto di difesa delle Parti nel presente procedimento sia stato pienamente rispettato, e in particolare che nel corso dello stesso il contraddittorio è stato correttamente svolto, in aderenza al principio della parità delle armi. Le Parti hanno avuto accesso a tutta la documentazione rilevante, e sono state messe in condizione di rappresentare in più occasioni le proprie argomentazioni.

Esaminate le risultanze istruttorie presentate dagli Uffici e le argomentazioni avanzate dalle Parti in sede di audizione finale, il Collegio ritiene che la richiesta di dissecrezione dei *file* audio agli atti del presente procedimento non merita accoglimento, atteso che -per le ragioni nel seguito illustrate- tali *file* non si prestano ad arricchire il contraddittorio.

Sull’utilizzabilità delle comunicazioni telefoniche

207. Vanno disattese le argomentazioni con le quali alcune Parti (in particolare Aeg, Iee, Meis e Firema), sostengono l’inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche acquisite a fascicolo in ragione delle seguenti considerazioni: (i) le disposizioni del Codice processuale penale, e in particolare l’articolo 270 cpp che introduce il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in “procedimenti diversi” da quelli nei quali sono state disposte; (ii) le trascrizioni delle intercettazioni telefoniche, che sarebbero meri atti di indagine degli organi di Polizia, in quanto tali parziali e privi di attendibilità; (iii) gli articoli 15 della Costituzione e 8 della CEDU, secondo cui le limitazioni del diritto fondamentale ed inviolabile alla riservatezza delle comunicazioni rivestono carattere di eccezionalità e sono rigorosamente subordinate al rispetto delle garanzie previste per legge.

(i) Sull’ambito di applicazione dell’articolo 270 c.p.p.

208. Con particolare riferimento al perimetro applicativo dell’articolo 270 c.p.p., deve precisarsi che, come ha da tempo chiarito la giurisprudenza, la nozione di “diverso procedimento” ivi richiamata deve intendersi limitata esclusivamente all’ambito penale, non potendosi in alcun modo

⁷⁹ In quella sede, il Collegio ha deliberato che l’audizione e il procedimento sarebbero proseguiti avendo a riferimento la totalità del materiale informativo presente nel fascicolo istruttorio, stabilendo che l’ammissibilità della documentazione probatoria, con specifico riferimento alle comunicazioni telefoniche, sarebbe stata valutata in occasione dell’adozione del provvedimento finale.

estendere l'efficacia di una norma processuale penale -posta a garanzia dei diritti della difesa esclusivamente in quella sede- a contesti processuali o procedurali diversi, governati da discipline differenti soprattutto in punto di formazione ed acquisizione del corredo probatorio⁸⁰.

209. Ne deriva che le comunicazioni telefoniche come trascritte dagli organi di Polizia Giudiziaria possono ben essere valutate in sede amministrativa come elementi informativi che contribuiscono alla formazione del complessivo quadro probatorio di riferimento, in conformità al principio di libera utilizzazione e valutazione degli elementi di prova acquisiti.

Ciò posto che, nell'ambito dei procedimenti amministrativi quali quello *antitrust*, non opera il principio di tipicità dei mezzi di prova e, quindi, la nozione di "prova legale", vigenti nel processo penale⁸¹. In altri termini, l'utilizzo di elementi di prova nel procedimento amministrativo prescinde dalle procedure previste per la formazione della prova legale nel procedimento penale⁸².

210. Più nel dettaglio, nell'ambito di un procedimento amministrativo le intercettazioni telefoniche effettuate nel corso di indagini penali rilevano non come prova legale diretta, bensì quali "principi di prova" liberamente valutabili nel quadro delle complessive risultanze istruttorie in cui, in presenza di indizi gravi e precisi, devono inserirsi in maniera concordante con il resto dell'evidenza.

211. Nel caso di specie, gli Uffici hanno svolto ogni accertamento necessario (audizioni con tutte le Parti del procedimento e con la stazione appaltante, numerose richieste di informazioni) oltre ad approfondite elaborazioni interne, al fine di corroborare e validare le informazioni desumibili dal materiale acquisito dal fascicolo penale.

212. A fronte di tale approccio, le Parti non hanno, invece, mai svolto valutazioni di merito sul contenuto delle comunicazioni telefoniche, al fine di disconoscere la veridicità degli elementi fattuali che se ne deducono, né hanno prodotto altre evidenze idonee a scalfirne il valore probatorio.

Anzi, in diverse occasioni sono le Parti stesse a ricorrere all'utilizzo di comunicazioni telefoniche al fine di suffragare la loro asserita estraneità al cartello in esame (ad esempio Soelta e Iee nel doc. VIII.428, Firema nel doc. VIII.417, Meis nel doc. III.187).

(ii) Sull'inattendibilità delle trascrizioni

213. Appare infondata anche l'ulteriore prospettazione difensiva relativa al fatto che le trascrizioni delle intercettazioni ad opera degli organi di Pg sarebbero prive di rilievo probatorio, in quanto non ancora confluite nella fase dibattimentale.

Sul punto, alcune Parti asseriscono infatti che nel procedimento penale alle trascrizioni delle intercettazioni telefoniche che confluiscono nelle note investigative non è riconosciuta attendibilità, in quanto l'articolo 268, comma 7 c.p.p. escluderebbe la possibilità di utilizzare le trascrizioni non provenienti da un perito appositamente incaricato; solo ad esito di tale analisi, le trascrizioni presenti nelle note investigative degli organi di Polizia vengono ammesse alla fase dibattimentale del processo penale.

⁸⁰ Cfr. Cass. civ. Sent. n. 4306/2010 e Cass. civ. S.U. n. 27292/2009.

⁸¹ Affrontano il tema in discorso, con peculiare riferimento all'utilizzazione delle intercettazioni nell'ambito del procedimento amministrativo, le sentenze Tar Lazio n. 2472/2008 e Tar Lazio n. 5645/2007.

⁸² Il concetto di prova legale, con tutte le connesse attenzioni riservate dal legislatore alla sua corretta formazione, attiene esclusivamente all'ambito penale, e questo proprio perché le sanzioni ivi previste in caso di giudizio di colpevolezza sono le più stringenti (potendo arrivare alla privazione della libertà personale in caso di detenzione carceraria) e quindi massime devono essere le cautele adottabili a favore dell'imputato.

214. Al riguardo, si premette che, per quanto riguarda l'acquisizione agli atti della documentazione penale, la relativa trasmissione è stata espressamente autorizzata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente (doc. I.8).

D'altra parte, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, l'unico limite ravvisabile per l'acquisizione di documenti penali nell'ambito di procedimenti *antitrust* è rappresentato dalla conformità della procedura (della loro trasmissione e del loro utilizzo) al sistema normativo nazionale⁸³.

215. Alla luce di quel che precede, risulta invero irrilevante che tali intercettazioni -legittimamente autorizzate dal Gip e acquisite stante nullaosta del Procuratore - non siano ancora confluite nella fase dibattimentale del processo penale; anche il principio di acquisizione dibattimentale della prova è difatti tipico del processo penale e, in assenza di espressa previsione di legge, in alcun modo può ritenersi estensibile al procedimento amministrativo in cui vige il principio della libertà delle fonti e dei mezzi probatori.

216. Come già osservato, nel caso di specie, le trascrizioni effettuate dagli organi di Polizia Giudiziaria hanno formato oggetto di una ponderata valutazione di merito, operando una lettura critica delle stesse, al fine di interpretarle e collegarle logicamente con gli altri elementi probatori acquisiti.

217. Anche i più recenti pronunciamenti giurisprudenziali in tema di illeciti amministrativo-contabile e disciplinare (materie richiamate a proprio sostegno dalle Parti) risultano pienamente in linea con quel che precede⁸⁴.

218. Significative appaiono sul punto le recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di accertamenti tributari, secondo cui l'Amministrazione finanziaria può utilizzare, ai fini dei propri accertamenti, elementi "comunque" acquisiti (con l'unico limite del rispetto di diritti fondamentali), precisando in particolare che l'obbligo del rispetto delle disposizioni del Codice di procedura penale, qualora nel corso di attività ispettive emergano indizi di reato, sussiste soltanto ai fini dell'applicazione della legge penale ("*...non qualsiasi irritalità nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi, ovviamente, i casi in cui*

⁸³ In particolare (enfasi aggiunte), "*la legittimità della trasmissione alla Commissione, da parte di un procuratore nazionale o delle autorità competenti in materia di concorrenza, di informazioni raccolte in conformità al diritto penale nazionale e del loro utilizzo ulteriore da parte della Commissione vanno valutate, in linea di principio, alla luce della normativa nazionale sullo svolgimento delle indagini ad opera delle dette autorità nonché, in caso di contenzioso giudiziario, della competenza dei giudici nazionali [...] Nella fattispecie la Dalmine [...] non fornisce nemmeno elementi atti a dimostrare che tale utilizzo fosse contrario alle vigenti disposizioni del diritto italiano*" (sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 luglio 2004, causa T-50/00 *Dalmine/Commissione*, punti 86 e 87).

Tale orientamento è stato confermato dalla successiva sentenza della Corte del 25 gennaio 2007 (causa C-407/04 P), ha specificato come "*il principio vigente nel diritto comunitario è quello della libera produzione delle prove e il solo criterio pertinente per valutare le prove prodotte è quello della loro credibilità. Pertanto, poiché la trasmissione dei verbali di cui trattasi non è stata dichiarata illegittima da un giudice italiano, non vi è motivo di considerare che tali documenti fossero elementi probatori inammissibili che dovevano essere stralciati dal fascicolo*" (punti 62 e 63).

⁸⁴ Giova in merito menzionare la sentenza n. 562/2013 della Corte dei Conti Lazio, sez. giurisdizionale, secondo cui le intercettazioni acquisite in sede penale (in un procedimento peraltro archiviato per prescrizione) "*non hanno valore di prova legale nel presente giudizio ma sono liberamente valutabili dal giudice, anche solo quale mero indizio di prova. Trattasi, cioè, di circostanze per le quali è irrilevante il fatto che essi siano o meno stati acquisiti nel corso del dibattimento, essendo il principio di acquisizione dibattimentale della prova tipico del processo penale e inapplicabile a quello di responsabilità contabile per assenza di espressa previsione di legge e dalle quali è consentito trarre la prova della veridicità di quanto in esse contenuto secondo il criterio della gravità e concordanza degli indizi processuali*". Parimenti, la sentenza della Cassazione civile SS.UU. n. 15314/2010 ribadisce la medesima linea interpretativa con riferimento ai procedimenti disciplinari del Csm.

Si aggiunga che, sempre secondo la Corte di Cassazione, "*l'ontologica insussistenza, in relazione alle trascrizioni, di un problema di utilizzazione, potendo semmai denunciarsi la mancata corrispondenza tra il contenuto delle registrazioni e quello risultante dalle trascrizioni effettuate*" (Cass., sentenza n. 3784/1994), cosa che -come detto- non è stata mai affermata né tantomeno dimostrata dalle Parti.

viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale (quali l'inviolabilità della libertà personale, del domicilio, ecc) – cfr. Cass. n. 24923/2011⁸⁵.

219. Da ultimo, giova richiamare un recente caso comunitario in cui la Commissione si è espressa per il legittimo utilizzo come prova (e non come mero indizio) di registrazioni telefoniche effettuate addirittura da un privato e finanche nell'ipotesi in cui tali registrazioni dovessero essere state effettuate in maniera illegittima; ciò nella misura in cui le modalità di acquisizione delle stesse seguite dalla Commissione sono state legittime⁸⁶.

(iii) Sulla presunta violazione della CEDU

220. Non appare neanche ravvisabile una violazione dell'articolo 8 Cedu sotto il profilo della presunta violazione della riservatezza, atteso che le intercettazioni telefoniche utilizzate nel presente procedimento sono state effettuate a seguito di autorizzazione del Gip e acquisite agli atti del procedimento *antitrust*, avvenuta peraltro dietro formale nulla osta del Procuratore.

Sulla richiesta di dissecrezione dei file audio

221. Per quanto riguarda la richiesta di dissecrezione dei *file* audio delle comunicazioni telefoniche, si fa presente che -contrariamente a quanto da sostenuto in particolare da Iee e Aeg- agli atti del fascicolo istruttorio non vi sono registrazioni originali, se non in misura del tutto trascurabile (si tratta in particolare di n. 7 *file* audio su di un totale di migliaia di intercettazioni). Tali 7 *file* audio sono contenuti in un CD in cui, di fatto, è stata copiata una *directory* di lavoro (relativa al caso penale di cui trattasi) appartenente agli organi di Polizia giudiziaria inquirenti, contenente perlopiù *file* elettronici (doc. I.5).

222. Tali 7 *file* audio non sono stati in alcun modo utilizzati per ricostruire i fatti oggetto di istruttoria. In questo senso, le evidenze cui hanno avuto accesso le Parti sono le medesime su cui gli Uffici hanno basato gli addebiti loro mossi, nel pieno rispetto del principio della parità delle armi. Si sottolinea, peraltro, che gli Uffici non hanno neanche mai ascoltato tali registrazioni. Alla luce di tali considerazioni, non sussistono i presupposti per accogliere le predette istanze di dissecrezione.

Sulle altre questioni relative al rapporto col procedimento penale

223. Sempre in merito al rapporto con il procedimento penale, alcune ulteriori questioni sono state sollevate da diverse Parti (cfr. ad esempio Aeg, Meis, Firema, Iee).

Si osserva preliminarmente che il principio della piena autonomia tra procedimenti penali e procedimenti *antitrust* è stato affermato anche dal giudice amministrativo⁸⁷.

224. Quanto alla presunta violazione del principio del *ne bis in idem* alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non sono condivisibili le censure mosse dalle Parti. Anzitutto, deve considerarsi come il principio in questione, nei termini in cui esso risulta declinato dalla Cedu, presuppone una sentenza passata in giudicato, mentre nel caso in specie non è intervenuto alcun giudicato definitivo, essendo il procedimento penale allo stato ancora in corso. In secondo luogo, nel caso di specie risultano diversi i soggetti cui è contestato l'illecito *antitrust*, da un lato, e le ipotesi di reato penale, dall'altro. Invero, la contestazione concorrenziale è stata mossa nei confronti delle imprese partecipanti al cartello, e non già delle persone fisiche che fanno capo a tali imprese.

⁸⁵ Cfr. anche Corte di Cassazione, ordinanze n. 8605 e n. 8606 del 28 aprile 2015.

⁸⁶ Cfr. caso Shrimps, dec. AT.39633/2013.

⁸⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1009/08, secondo cui l'autorità amministrativa non è vincolata dalle valutazioni espresse dal giudice penale sui medesimi fatti.

Inoltre, non risultano neppure coincidenti i fatti oggetto di accertamento, atteso che il presente procedimento si incentra su 24 procedure di acquisto di Trenitalia, diversamente dal procedimento penale che riguarda 10 di queste.

225. Parimenti priva di pregio è anche la sussistenza asserita da Meis- di identità soggettiva in relazione al principio in esame, in quanto le Parti risulterebbero tutte imputate anche ex Dlgs n. 231/01 (che prevede responsabilità penali in capo alle imprese per condotte dei propri dipendenti). Al riguardo, si osserva difatti che tra i reati presupposti di detto Dlgs non figura la turbativa d'asta, che è la fattispecie assimilabile alle condotte qui in esame.

226. Né risulta meritevole di accoglimento la richiesta di sospensione del procedimento dell'Autorità non essendo previsto nella vigente normativa un rapporto di sua pregiudizialità col procedimento penale. Le uniche ipotesi in cui il legislatore (comunitario) impone alle Autorità nazionali di sospendere o di non avviare un procedimento *antitrust* sono previste dal Regolamento (CE) n. 1/03, e attengono alla pregiudizialità di un procedimento avviato dalla Commissione (o anche da un'altra autorità nazionale della concorrenza).

227. Posta la più volte evidenziata autonomia tra procedimenti penali e *antitrust*, è appena il caso di ricordare che le estensioni soggettive⁸⁸ e, soprattutto, oggettive⁸⁹ del presente procedimento hanno portato ad un perimetro di analisi differente da quello penale: le 4 procedure Trenitalia di cui alle estensioni oggettive sono difatti tutte esterne all'analisi penale, e quest'ultima si focalizza inoltre su 10 gare a fronte delle 24 del presente procedimento.

228. Alla luce di quel che precede, debbono ritenersi rigettate le istanze, avanzate da alcune Parti (Aeg, El-Pm, Pm, Meis, Motortecnica), di sospensione del presente procedimento in attesa della definizione e dell'esito di quello penale.

IV.2 Le condotte collusive

229. Le descritte condotte delle Parti risultano integrare la fattispecie di un'intesa orizzontale segreta avente ad oggetto il coordinamento delle rispettive politiche commerciali, condotte suscettibili pertanto di determinare restrizioni particolarmente gravi della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue).

230. Tali condotte configurano un'intesa unica e complessa, continuata lungo l'arco temporale 2008-2011, che ha visto le Parti coinvolte in una strategia collusiva globale volta alla ripartizione del mercato e alla predeterminazione dei prezzi.

Nello specifico, l'inizio del predetto arco temporale è databile al marzo 2008 (periodo cui è riferibile la prima procedura Trenitalia oggetto di istruttoria, la n. (i), cfr. doc. I.3/2), mentre il termine è riconducibile almeno al settembre 2011 (periodo cui sono riferibili le risposte concordate delle Parti a Trenitalia in merito alla procedura n. (xxiv), cfr. doc. III.193 allegato 4). La cessazione delle condotte collusive di fatto coincide significativamente con il momento in cui le Parti sono venute a conoscenza delle indagini penali a loro carico⁹⁰.

231. La predetta strategia collusiva ha investito tutti gli aspetti connessi alle procedure pubbliche di acquisto indette da Trenitalia, in particolare mediante la decisione concordata su quali imprese avrebbero formalmente partecipato, su quali imprese avrebbero dovuto risultare aggiudicatarie, su

⁸⁸ In particolare, la prima e la seconda estensione soggettiva sono state effettuate a seguito degli approfondimenti svolti dagli Uffici rispettivamente con Soelta (cfr. doc. I.35) e Aeg (cfr. doc. II.106, doc. II.117, doc. II.123, II.124, II.146).

⁸⁹ In particolare, la prima e la seconda estensione oggettiva sono state effettuate a seguito degli approfondimenti svolti dagli Uffici rispettivamente con Trenitalia (cfr. doc. III.203, doc. III.197 allegato 3) e con la Guardia di Finanza (cfr. doc. II.104, doc. II.129).

⁹⁰ Cfr. ad esempio doc. VII.392.

quali sarebbero stati i prezzi da offrire e quindi i prezzi che sarebbero stati infine praticati alla stazione appaltante⁹¹.

In particolare, per garantire le spartizioni delle commesse, il cartello prevedeva l'azionamento della leva di prezzo⁹² onde consentire che la domanda della stazione appaltante si indirizzasse effettivamente verso il soggetto designato dal tavolo dei concorrenti (cfr. ad esempio doc. I.3/6 e I.3/11).

Onde eliminare la possibilità di un esito della procedura pubblica diverso da quanto concordato, il prezzo offerto dai soggetti non designati come aggiudicatari doveva infatti essere necessariamente maggiore (ovvero il ribasso offerto minore), in modo da coerentemente indirizzare verso l'impresa designata le decisioni di acquisto della stazione appaltante.

Peraltro, oltre ai prezzi, l'intesa abbracciava altri aspetti della politica commerciale delle consociate che appaiono parimenti indicativi della condivisione delle rispettive strategie (ad esempio in relazione ai tempi di consegna da indicare in sede di gara, cfr. doc. II.129 per la procedura n. (xvi)).

232. Proprio perché coinvolgente variabili in grado di determinare in concreto volume e valore delle vendite a Trenitalia, le decisioni assunte riguardavano le principali questioni strategiche per un'impresa attiva nel settore, e dunque necessariamente condivise dal *management*.

Ad ogni modo, per di più, in diversi casi i contatti avvenivano tra rappresentanti apicali delle società coinvolte (proprietari, soci, amministratori, ecc, cfr. ad esempio doc I.3, doc. II.129).

233. L'intesa in esame riveste anche una significativa consistenza avendo coinvolto i principali -se non, come visto, tendenzialmente gli esclusivi- fornitori di Trenitalia in relazione ai beni e servizi elettromeccanici interessati (doc. III.228 allegato 3-bis).

234. Le condotte concertative qui in esame presentano dunque un oggetto chiaramente anticoncorrenziale, in quanto ontologicamente volte ad alterare gli esiti di gare pubbliche, ossia le procedure di acquisto di beni e servizi indette da Trenitalia.

Tutte le Parti risultano aver a vario titolo preso parte al disegno collusivo complessivamente inteso in particolare, ad esempio: concordando il vincitore della procedura, le offerte da presentare e quindi i prezzi di aggiudicazione, l'eventuale non partecipazione; ovvero maturando posizioni debitorie/creditorie per future procedure; ovvero ottenendo dall'aggiudicatario l'impegno ad essere destinatario di parte della commessa; ovvero ancora scambiando informazioni sensibili.

235. Come emerge dalla parte in fatto, a detta concertazione è stata data attuazione dalle Parti, potendosi infatti riscontrare l'esatta concordanza degli esiti di gara con quanto *ex ante* concordato dai membri del cartello. L'attività istruttoria svolta ha infatti consentito di verificare che i progetti di spartizione sono stati realizzati, con riguardo sia ai soggetti designati dal cartello sia ai parametri di offerta (prezzi o percentuali di ribasso a seconda dei casi), come emerge dalla comparazione tra le evidenze relative ai disegni collusivi e quelle relative agli esiti di gara acquisite dalla stazione appaltante.

236. In generale, l'attuazione dell'intesa è dimostrata dal fatto che le Parti hanno annotato nei Tabelloni gli esiti delle concertazioni realizzate (e dunque attuate) rispetto alle singole procedure al fine di calcolare i crediti/debiti risultanti, che avrebbero poi funzionato da base di partenza per la concertazione relativa alla successiva procedura.

⁹¹ Che la collusione fosse la regola nei rapporti tra le Parti emerge, tra le tante evidenze, dal fatto che per la sola procedura n. (xi), e con riferimento a soli due categorici di gara su 25, nel Tabellone è presente la dizione "*prezzo libero*", ad indicare così l'assoluta eccezionalità di una situazione di libera determinazione del prezzo.

⁹² Offerte a prezzo più basso o anche, in caso, a ribasso più alto per chi doveva aggiudicarsi la procedura, offerte di copertura di segno opposto per gli altri.

Sempre in relazione all'attuazione dell'intesa, valga qui citare gli esempi della procedura *sub* (xii) dove, coerentemente con il disegno collusivo, tutti i tre categorici vengono assegnati a Retam; della procedura *sub* (xvii) dove il vincitore, come preordinato, risulta Elca; della procedura *sub* (xix) aggiudicata a Retam, come questa aveva espressamente richiesto agli altri membri del cartello, alla percentuale di ribasso preordinata del 3%; della procedura *sub* (xx), come da accordi risultata appannaggio di Aeg, al prezzo preordinato di 154 euro; delle procedure *sub* (xxi) e *sub* (xxii), dove i prezzi vincenti individuati *ex ante* rispettivamente per Gmg (pari a 150 euro) e Aeg (pari a 203 euro) hanno effettivamente portato le due imprese ad aggiudicarsi la commessa; o, ancora, della procedura *sub* (xxiv), andata deserta come da *desiderata* delle Parti.

237. L'intesa qui in esame è idonea a produrre effetti; diretta conseguenza della ripartizione a tutto tondo del mercato è la capacità delle Parti di incrementare artificiosamente i prezzi di aggiudicazione⁹³.

Al riguardo, da un punto di vista quantitativo, secondo stime della stazione appaltante, dopo la cessazione delle condotte collusive si è verificata una considerevole riduzione dei prezzi medi di acquisto dei medesimi beni e servizi (stimabile nell'ordine del 25% circa⁹⁴, che diviene 50% circa tenendo conto dell'aumento del prezzo della principale materia prima; cfr. doc. III.203, doc. IV.275 e doc. VIII.404).

Risultano pertanto capziosi i rilievi mossi da alcune parti (Meis e Piaggio) che imputano al contesto di gara (presenza/assenza dell'Sqf) la citata riduzione dei prezzi. Per quanto la comparazione attenga a due contesti diversi, giova infatti evidenziare che quelle di Trenitalia sono stime elaborate comparando i prezzi -offerti anche dalle stesse Parti- degli acquisti effettuati, nel periodo antecedente e successivo alla collusione, dalla medesima stazione appaltante e in relazione ai medesimi beni e servizi elettromeccanici.

A riprova del fatto che nel periodo interessato dalla collusione i prezzi offerti dalle Parti fossero mantenuti artificiosamente elevati, si osserva come alla prima procedura europea (quella *sub* (xxiii)) l'unico soggetto esterno al cartello che vi ha preso parte sia riuscito ad effettuare per tutti i tre lotti posti a gara l'offerta di gran lunga più competitiva (inferiore del 40% in un lotto e del 75% circa nei restanti due⁹⁵, doc. IV.275).

238. Il descritto sistema collusivo è stato perpetrato dalle Parti sia in vigenza del Sistema di qualificazione fornitori di Trenitalia (Sqf), l'elenco di imprese tenuto dalla stazione appaltante per la selezione dei propri possibili fornitori, sia a seguito del suo abbandono a favore dell'adozione di procedure aperte di gara (cfr. le procedure *sub* (xxiii) e (xxiv)). Come visto, numerose Parti riconducono all'esistenza dell'Sqf, in quanto sistema chiuso, e alla connessa necessità di costituire ATI, le condotte oggetto di istruttoria.

Al riguardo, è dirimente osservare come il ricorso a sistemi di qualifica fornitori sia una possibilità del tutto legittima riconosciuta alle stazioni appaltanti dalla normativa applicabile (il Codice dei contratti pubblici, Dlgs n. 163/06, articolo 232).

239. La presenza dell'Sqf determina un contesto di mercato che può favorire l'instaurarsi di meccanismi di conoscibilità reciproca tra operatori concorrenti; ciò non può tuttavia giustificare, come vorrebbero talune Parti⁹⁶, l'aver sostituito -a un effettivo confronto competitivo tra operatori

⁹³ Al riguardo, si segnalano *ex multis* le seguenti: Aeg e Meis, 9 giugno 2011, cfr. ad esempio doc. I.3/12; Elca e Meis, 2 luglio 2011, cfr. ad esempio doc. II.129; Elca e Aeg, 12 gennaio 2011, cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129.

⁹⁴ Come già evidenziato nella parte in fatto, il valore del 25% rappresenta un affinamento dell'iniziale stima indicativa del 25-30% fornita dalla stessa Trenitalia in sede di audizione infraprocedimentale (doc. III.203).

⁹⁵ Il computo è effettuato rispetto alla media delle offerte economiche presentate dalle varie ATI costituite dalle Parti.

⁹⁶ Così, ad esempio, El-Pm, Pm, Retam e Meis.

concorrenti in occasione delle procedure Trenitalia in questione- l'ampio, sistematico e durevole sistema ripartitorio che è stato accertato. In definitiva, il sistema dell'Sqf, in sé del tutto lecito, è stato illecitamente utilizzato dalle Parti al fine di porre in essere un'intesa restrittiva della concorrenza.

Che la presenza di un sistema di per-qualifica non possa di per sé ritenersi connessa a fenomeni collusivi è d'altra parte indicato dal fatto che, in altri contesti merceologici dove è parimenti presente un Sqf, tali fenomeni non siano stati osservati dalla medesima stazione appaltante⁹⁷.

Rileva altresì il fatto che l'intesa sia stata posta in essere dalle Parti anche quando la stazione appaltante non ha fatto ricorso all'Sqf (cfr. Gpa n. (xxiii) e (xxiv)).

240. Quanto alla supposta ineludibilità della costituzione di ATI determinata dalle caratteristiche dell'Sqf, si osserva in primo luogo, e in maniera dirimente, che la condivisione delle condotte strategiche delle Parti, in occasione della partecipazione alle gare e a valle delle stesse, è andata molto al di là di quanto fisiologicamente necessario in caso di ATI⁹⁸.

Si aggiunga che il sistema non rendeva comunque ineludibile il ricorso ad associazioni temporanee, che infatti sono state costituite dalle Parti anche quando era possibile la partecipazione individuale (ad esempio per le procedure n. (vi) e (xiii), cfr. doc. VIII.404).

241. Come visto, il sistema Sqf era poi potenzialmente aperto a tutti i soggetti che avanzavano richiesta di adesione; inoltre, alle procedure Trenitalia in esame potevano partecipare anche soggetti esterni all'Sqf, come concretamente si è verificato in occasione di alcune di esse (ad esempio Bombardier per la procedura n. (xvii), P.L.D. Collettori per la procedura n. (xvi)).

242. Al fine di porre in essere il proprio obiettivo collusivo, le Parti si sono avvalse di ogni possibile strumento, dagli incontri fisici tra i rispettivi rappresentanti alle comunicazioni (elettroniche, cartacee, telefoniche) tra di essi, dalla tenuta e aggiornamento di mezzi di contabilità di cartello, così potendo scambiarsi indicazioni sui prezzi da praticare e in generale ogni tipo di informazione sensibile.

Il meccanismo di funzionamento del cartello era congegnato in maniera tale da disciplinare ogni iniziativa imprenditoriale delle Parti, in particolare condividendo informazioni strategiche sensibili e annullando di fatto l'autonomia decisionale dei singoli operatori nella definizione delle rispettive politiche commerciali.

243. Nello specifico, la contabilità di cartello veniva assicurata mediante il sistema dei "*debiti e crediti*", computati rispetto ad un esito di gara ideale rappresentato da una spartizione paritetica della commessa. Di tale sistema tenevano le fila dei documenti schematici di riepilogo quali quelli denominati Tabellone e piccolo Tabellone (rispettivamente doc. I.3/2 e doc. II.129).

In particolare, come visto, si trattava di meccanismi contabili che ponevano a confronto la quota teorica di spettanza (ossia l'importo che ciascuna impresa avrebbe ottenuto dividendo *ex aequo* il totale dell'importo posto a gara) con la quota effettiva di "*assegnazione*" (ossia l'importo che ciascuna impresa ha ottenuto dalla spartizione concordata della commessa), la cui differenza restituiva il "*credito/debito*" maturato nei confronti del tavolo ad esito di ogni procedura.

244. Nei due Tabelloni, in relazione alle procedure passate, oltre a essere riportati gli importi appannaggio dell'aggiudicatario/i, si rinvencono anche le eventuali parti di commessa spettanti ad

⁹⁷ Si fa riferimento al Sqf relativo alla fornitura di materiale rotabile per l'Alta Velocità (cfr. doc. VIII.404).

⁹⁸ In altri termini, sono state le Parti con le loro condotte a determinare un "*livello di trasparenza tra fornitori Trenitalia particolarmente elevato* [con il risultato che] *ciascuna impresa sapeva tutto di tutti*" (così Retam in doc. II.85), non essendo questo una necessaria conseguenza di un sistema di qualificazione fornitori né della costituzione di eventuali raggruppamenti temporanei tra imprese.

altre imprese -per effetto ad esempio di sub-appalti, sub-contratti, specifici ordinativi, forniture incrociate- secondo il descritto sistema ripartitorio⁹⁹.

Della circostanza di imprese cui viene affidata una quota parte dei lavori, ma che non risultano formalmente tra i vincitori ed eventualmente neanche tra i partecipanti, vi è ampia evidenza anche nelle comunicazioni tra le Parti riportate in fatti¹⁰⁰.

In questi casi, pertanto, il numero delle imprese indicate nel Tabellone quali soggetti che si dividono la fornitura è evidentemente maggiore del numero delle imprese formalmente aggiudicatarie (e partecipanti).

245. Mediante lo strumento-Tabelloni, le imprese a credito (debito) ad esito delle procedure passate monitoravano la maturazione di diritti (rinunce) per le procedure future, nuovamente anche nella forma dell'impegno dell'aggiudicatario/i a cedere parte della commessa a chi non risultava formalmente neanche tra i partecipanti alla procedura interessata.

Tale congegno restituiva di fatto la contabilità del cartello, in maniera tale da potersi avere contezza e memoria di quanto concordato tra i concorrenti, disponendo in pratica di una guida cui attenersi per garantire il raggiungimento dell'obiettivo collusivo in relazione alle procedure future.

246. In generale giova qui osservare come, contrariamente a quanto sostenuto da alcune Parti (ad esempio Meis e Firema), sia indiscutibile la rilevanza probatoria di Tabellone e piccolo Tabellone, acquisiti presso la sede di una società ma chiaramente in possesso di tutte le altre, atteso il continuo riferimento a tali documenti e al connesso sistema di crediti/debiti che si ritrova nelle comunicazioni (elettroniche, telefoniche) tra le Parti presenti agli atti.

247. Al riguardo, se i contatti (comunicazioni elettroniche, telefoniche, incontri fisici, ecc) tra le Parti danno conto dell'ampia concertazione che precedeva la partecipazione alle gare, il loro confronto con altre evidenze documentali agli atti (Tabellone, piccolo Tabellone, esiti di gara, ecc) pone in rilievo la concreta attuazione del disegno collusivo. Come visto, infatti, l'impresa che aveva accumulato crediti in relazione a procedure passate maturava diritti in relazione a procedure successive, anche nella forma dell'impegno dell'aggiudicatario a cedere parte della commessa. Ciò ad ulteriore conferma della finalità unitaria delle condotte accertate e, in particolare, del fatto che in un tale contesto anche la mancata presenza ad una procedura veniva a costituire un tassello dell'intesa unica e complessa.

248. Alla luce di quel che precede, non può condividersi l'obiezione di talune Parti (ad esempio Meis) secondo cui vi sarebbe una netta cesura tra gruppi di procedure oggetto di istruttoria, anche a livello di disponibilità probatorie.

Le evidenze agli atti testimoniano, infatti, che ai fini di concertare i comportamenti di gara anche in relazione alle più recenti procedure Trenitalia (quelle contrassegnate con i numeri da (xvi) a (xxiv)) le Parti fanno ampio riferimento ai dati contenuti nei *database* (da esse chiamate "tabelloni") che riportano il conteggio dei debiti/crediti aggiornato ai momenti temporali di volta in volta interessati. In particolare, i documenti qui denominati Tabellone e piccolo Tabellone forniscono una fotografia di tale sistema in relazione ad un dato momento storico, segnatamente quello relativo alle procedure meno recenti (contrassegnate con i numeri da (i) a (xv)). In altri

⁹⁹ Particolarmente esemplificativa, al riguardo, è la procedura n. (xxi) dove emerge chiaramente come il Tabellone annotasse, non soltanto gli esiti ufficiali di gara, ma anche le ulteriori ripartizioni effettuate dalle Parti a valle di tali esiti (cfr. comunicazione interna Elca, 25 marzo 2011: [omissis], cfr. ad esempio doc. I.3/11).

¹⁰⁰ Al riguardo, si segnalano *ex multis* le seguenti: Motortecnica e Meis, 14 gennaio 2011, cfr. ad esempio doc. I.3/10, doc. II.129; Meis e Piaggio, 28 giugno 2011, cfr. ad esempio doc. II.129; El-Pm/Pm e Meis, 8 giugno 2011, cfr. ad esempio doc. I.3/12; Meis e El-Pm/Pm, 22 giugno 2011, cfr. ad esempio doc. II.129; Meis ed Elca, 23 giugno 2011, cfr. ad esempio doc. II.129; interna Elca, 25 marzo 2011, cfr. ad esempio doc. I.3/11; Meis e Firema, 24 giugno 2011, cfr. ad esempio doc. II.129.

termini, documenti analoghi ai due Tabelloni di cui si dispone copia sono stati redatti dalle Parti anche in momenti successivi, come si evince inequivocabilmente dalle evidenze agli atti¹⁰¹.

249. Quanto precede va a conferma della continuità nel tempo della condotte accertate, e del fatto che la concertazione non è mai circoscritta ad una sola gara (o gruppo di gare) ma sempre inserita nel più ampio unitario disegno collusivo che ha investito tutte le procedure oggetto di istruttoria. Di conseguenza, non possono essere accolte le istanze avanzate da alcune Parti (ad esempio Meis e Firema) in merito ad una supposta prescrizione delle condotte accertate con riguardo alle procedure precedenti al marzo 2009.

250. Né possono rilevare alcune circostanze evidenziate da diverse Parti quali, ad esempio: l'asserita scarsa rilevanza del fatturato e dell'utile (conseguiti da Motortecnica) nell'ambito delle gare oggetto di istruttoria; l'assenza (dichiarata da El-Pm e Pm) di benefici economici conseguenti all'intesa; le difficoltà economico-finanziarie (rappresentate da Elca e Dmotor). Si tratta infatti di circostanze che, anche alla luce della mole di evidenze agli atti, risultano inconferenti e, dunque, inidonee ad esonerare le suddette imprese dalla responsabilità di aver partecipato agli accordi di cartello in esame.

251. L'evidenza documentale agli atti ha invece permesso di individuare due imprese (Meis¹⁰² ed Elca¹⁰³) che più delle altre hanno operato ai fini del funzionamento dei meccanismi collusivi, ad esempio tenendo le fila delle comunicazioni tra di essi, predisponendo i prezzi che tutti avrebbero dovuto offrire, premurandosi di far circolare le informazioni, ecc.

252. Per quanto riguarda Meis, si riportano i seguenti casi:

* per la procedura n. (xii), la società si adopera per contattare le altre Parti nonché funzionari della stazione appaltante al fine di consentire l'aggiudicazione concordata, aggiudicazione che sarebbe altrimenti risultata compromessa a seguito dell'errore materiale commesso (cfr. ad esempio doc. I.3/7);

* per la procedura n. (xvi), Meis si adopera per coordinare le offerte economiche che avrebbero dovuto presentare i concorrenti, senza neanche essere stato invitato dalla stazione appaltante alla gara in questione ([*omissis*], Meis e Motortecnica, cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* per la procedura n. (xix), la società, una volta appreso il desiderio di Retam di vedersi aggiudicare la procedura, si è attivata per comunicare agli altri membri del cartello tale candidatura, ha raccolto le osservazioni di tutti e, risolte le varie obiezioni, ha comunicato l'esito favorevole delle consultazioni effettuate ([*omissis*], Meis e Retam, cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129; [*omissis*], Meis e Piaggio, cfr. ad esempio doc. I.3/10, doc. II.129);

* per la procedura n. (xxi), Meis si è occupata della predisposizione delle rispettive offerte economiche, funzionali alla realizzazione dell'esito preordinato, nonché della loro trasmissione via *mail* alle altre imprese ("*così è se vi pare*", doc. I.3/11);

* per la procedura n. (xxii), Meis si è occupata di predisporre le offerte economiche dei vari partecipanti, distribuendole poi agli stessi nella forma di uno specchietto riassuntivo contenuto in una *e-mail* ("*abemus [sic] Papam! Dopo lunga trattativa, the winner is..la fornitura è stata assegnata ad Aeg, questi i prezzi da esporre*", doc. I.3/6);

* per la procedura n. (xxiii), Meis ([*omissis*], Meis e Firema, cfr. ad esempio doc. II.129) ha assunto un ruolo organizzativo e di tenuta di continui e sistematici contatti tra concorrenti; Meis si è fatta inoltre portatrice degli interessi di Gmg, Motortecnica, Piaggio e Soelta;

¹⁰¹ Cfr. ad esempio per la procedura n. (xxi) del febbraio-marzo 2011: [*omissis*] (Meis e Firema, cfr. ad esempio doc. II.129).

¹⁰² In particolare con riferimento alle procedure n. (xii), (xvi), (xix), (xxi), (xxii), (xxiii) e (xxiv).

¹⁰³ In particolare con riferimento alle procedure n. (xvii), (xviii), (xx) e (xxiii).

* per la procedura n. (xxiv), Meis risulta aver assunto un ruolo di coordinamento e di tenuta di contatti tra concorrenti, facendosi anche portatrice degli interessi di Motortecnica, Piaggio e Soelta (cfr. ad esempio doc. II.129).

253. Per quanto riguarda Elca, si riportano i seguenti casi:

* per la procedura n. (xvii), la società si adopera in particolare per stabilire a priori il soggetto vincitore ([*omissis*], interna Elca, cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129);

* per la procedura n. (xviii), la società si è adoperata per appurare il novero dei concorrenti invitati da Trenitalia e, in base a ciò, ha elaborato i prezzi che devono essere offerti in gara dai vari *competitor* ([*omissis*], Elca e Meis, cfr. ad esempio doc. I.3/7, doc. II.129). Coerentemente, la stessa Elca ha trasmesso via *mail* (doc. II.129) i prezzi, di mera copertura, che Meis avrebbe dovuto offrire al fine di non risultare aggiudicataria;

* per la procedura n. (xx), Elca ha dapprima promosso l'accordo al fine di far comunque salire i prezzi di aggiudicazione della commessa, e ha poi stabilito il soggetto aggiudicatario (Aeg) e le relative condizioni di offerta sotto la duplice dimensione dei prezzi e dei tempi di consegna ([*omissis*], Elca e Aeg, cfr. ad esempio doc. II.129);

* per la procedura n. (xxiii), Elca ([*omissis*], Elca e Firema, cfr. ad esempio doc. I.4 allegato 1) ha assunto un ruolo organizzativo e di tenuta di continui e sistematici contatti tra concorrenti.

254. Rinviando alla parte in fatto per la descrizione delle singole procedure e delle evidenze di collusione riferite a ciascuna di esse, vale qui ribadire come la descritta dinamica del sistema di contabilità adottato dalle Parti -in accordo alla quale il credito/debito maturato al termine di una procedura è la base di partenza per il calcolo del credito/debito che risulterà ad esito della procedura successiva- è stata verificata, procedura per procedura, analizzando e raffrontando le informazioni derivanti dal copioso quadro probatorio, così verificandone la coerenza tra di esse e rispetto a quanto acquisito dalla stazione appaltante¹⁰⁴.

IV.3 Le repliche alle argomentazioni delle parti

255. Alla luce di quanto precede, le argomentazioni delle Parti non appaiono nel loro complesso idonee ad intaccare l'impianto complessivo del quadro collusivo, con particolare riguardo a quanto emerge dall'ampia mole documentale reperita, sia essa relativa a comunicazioni elettroniche tra le stesse Parti (ad esempio *e-mail*, *file excel*), sia essa relativa a documentazione cartacea acquisita in sede ispettiva dalla Pg (ad esempio i cosiddetti Tabellone e piccolo Tabellone), sia essa relativa alle informazioni acquisite in sede di istruttoria (ad esempio le risposte alle richieste di informazioni formulate dagli Uffici, le audizioni svolte), sia ancora relativa a comunicazioni telefoniche tra le Parti.

256. Le principali argomentazioni delle Parti sono già state discusse, in particolare quelle relative ai rapporti con il procedimento penale e quelle relative al contesto in cui le Parti si trovavano ad operare (l'Sqf di Trenitalia). Di seguito si affrontano diverse questioni sollevate da alcune singole Parti rispetto alla propria specifica posizione.

Soelta

257. Quanto argomentato da Soelta in merito alla propria uscita dall'Sqf di Trenitalia a partire dal periodo marzo/aprile 2008 non può considerarsi alla stregua di una mancata partecipazione al cartello.

Oltre alla circostanza che la società risulta presente negli strumenti di contabilità del cartello (Tabellone e piccolo Tabellone) e partecipi di fatto agli accordi di cui alle gare n. (xxiii) e

¹⁰⁴ Ad esempio, è stato verificata la concordanza tra quanto preordinato dalle Parti e quanto effettivamente realizzatosi con riferimento ai prezzi di aggiudicazione (cfr. doc. VIII.408).

(xxiv)¹⁰⁵, si osserva in generale che una asserita non partecipazione a delle procedure non può assumersi quale elemento comprovante l'estraneità all'intesa. Ciò in quanto, in primo luogo, anche la stessa circostanza di una non partecipazione può essere il frutto di decisioni concordate tra concorrenti. Inoltre, si è già osservato che, in questo come in altri casi, l'insieme più ampio rispetto agli aggiudicatari (e ai partecipanti) ufficiali è da ricondurre ad accordi di varia natura (ad esempio di sub-appalto, sub-fornitura, sub-contratto, ordinativi *ad hoc*, ecc) tra i membri del cartello, ossia imputabile alla circostanza di imprese cui viene affidata una quota parte dei lavori ma che non risultano formalmente tra i vincitori ed eventualmente neanche tra i partecipanti.

Firema

258. Nel prendere atto della discontinuità intervenuta nell'amministrazione societaria di Firema a seguito dell'insediamento del Commissario straordinario (evento datato agosto 2010), non può non rilevarsi come ciò non implichi assenza di partecipazione della società agli accordi di cartello.

La stessa comunicazione telefonica relativa alla procedura n. (xix) del novembre 2010 citata dalla società nella propria memoria finale (e soprariportata) segnala in realtà il fatto che, tramite proprio personale che interagiva costantemente con gli altri membri del cartello, Firema continuava a prendere parte alle dinamiche collusive.

259. Come già osservato in precedenza, inoltre, la mancata acquisizione di commesse con Trenitalia o la mancata partecipazione alle relative procedure non implica estraneità all'intesa, atteso che ad alcune imprese veniva ceduta dagli altri membri del cartello (ad esempio mediante sub-appalto, sub-fornitura, sub-contratto, ecc., ovvero semplici richieste di fornitura, ordinativi, ecc.), una quota parte dei lavori ma che non risultavano formalmente tra i vincitori né tra i partecipanti di procedure Trenitalia, ad esempio perché -proprio come nel caso di Firema-impossibilitate a figurare ufficialmente nell'ambito delle procedure stesse (per mancanza di garanzie finanziarie e/o di requisiti tecnico-produttivi, per uno stato di insolvenza, ecc).

Peraltro, gli altri membri del cartello erano consapevoli della peculiare situazione economico-finanziaria e amministrativa di Firema, e non potevano quindi essere certi della formale possibilità della sua partecipazione ufficiale alle varie procedure di gara, ma la includevano comunque nelle comunicazioni volte a predeterminarne gli esiti (per l'ipotesi in cui Firema avesse poi potuto formalmente prender parte alla singola procedura) e, in ogni caso, la includevano nei conteggi relativi al sistema dei debiti/crediti¹⁰⁶.

260. Con specifico riferimento ad esempio alle procedure *sub* (xix), (xxi), (xxii) e (xxiv) segnalate da Firema nelle proprie memorie, si osserva che il coinvolgimento della società emerge, indipendentemente dalla formale partecipazione alle stesse, dall'evidenza documentale agli atti, ampiamente descritta in precedenza.

In particolare, per la procedura *sub* (xix) Firema compare esplicitamente nello specchio in cui sono presenti le offerte preventivamente concordate tra le Parti ("*Firema 2%*", doc. II.129); per la procedura *sub* (xxi) la società figura tra i destinatari della *e-mail* in cui venivano indicati i prezzi che ciascun concorrente avrebbe dovuto offrire (per Firema era previsto il valore di 170, e quindi un'offerta a copertura essendo Gmg con 150 l'aggiudicatario designato dal cartello), e inoltre il rappresentante di Firema compare più volte quale interlocutore in comunicazioni telefoniche con i concorrenti, in cui discute delle "*risultanze dal Tabellone*"¹⁰⁷ per concordare gli esiti della gara; parimenti, in relazione alla procedura *sub* (xxii), il cartello aveva eletto vincitore Aeg col prezzo di

¹⁰⁵ Cfr. ad esempio doc. II.129.

¹⁰⁶ Cfr. ad esempio doc. II.129 (Meis e Piaggio, 28 giugno 2011), in relazione alla procedura n. (xxiii): [omissis].

¹⁰⁷ Cfr. Meis e Firema, 23 marzo 2011, ad esempio doc. II.129.

203, e dunque tutti gli altri membri avrebbero dovuto predisporre offerte artificialmente più elevate, indicate nuovamente in una *e-mail* inviata anche a Firema (in questo caso per essa era segnato il valore di 221); per la procedura *sub* (xxiv) la non partecipazione di Firema è in linea con l'obiettivo del cartello di mandare deserta la gara.

261. Quanto alle persone fisiche che agivano nel contesto dell'intesa quali rappresentanti di Firema, non può assumere rilievo la loro posizione formale nell'ambito della società (se dirigenti o meno) qualora, come nel caso di specie, vi sia evidenza di una loro concreta, rilevante e ripetuta interazione con i rappresentanti (anch'essi dirigenti o meno) delle altre società parti dell'intesa, e soprattutto di una corrispondenza con i fatti oggetto di istruttoria e con la partecipazione di Firema alla ripartizione delle commesse Trenitalia in esame.

262. In merito all'argomento per cui le condotte di Firema precedenti all'Amministrazione straordinaria sarebbero da imputare alla società madre Gmr S.r.l. in ragione del principio della responsabilità personale degli illeciti amministrativi, si rileva che non risultano agli atti elementi comprovanti un diretto coinvolgimento di Gmr S.r.l. -ora come allora detentrica dell'intero capitale sociale di Firema- nelle condotte collusive oggetto di istruttoria; la mera detenzione della proprietà e del controllo non determina, *ex se*, l'imputazione alla madre delle condotte assunte dalla figlia.

Si aggiunga che, in questa sede, non può rilevare il fatto che Firema, nei due periodi temporali (ante e post gestione commissariale), sia stata gestita e amministrata da soggetti (i proprietari ovvero il Commissario straordinario) e con finalità (rispettivamente privatistiche ovvero pubblicistiche) diversi, dato che si tratta sempre della medesima società (Firema) che, come emerge dall'evidenza agli atti, ha costantemente partecipato alle condotte collusive.

In ragione di quel precede, non può pertanto accogliersi la reiterata richiesta di estensione soggettiva del procedimento alla società madre Gmr S.r.l..

Gmg

263. Valutazioni analoghe alle precedenti possono ripetersi per il caso di Gmg la quale, ammettendo "*contatti e incontri*" tra le Parti, li ha ricondotti all'agire isolato di un proprio dipendente ("*è stato il sig. [...] a spingere i responsabili della Gmg per farla associare alle aziende concorrenti [responsabili che] mai hanno subodorato che si operasse in violazione della normativa*").

Peraltro, se la persona fisica in questione non fosse stata in grado di far adottare alla propria impresa comportamenti conseguenti a quanto concordato con le altre Parti, evidentemente i contatti tra i soggetti interessati non sarebbero stati né significativi né ripetuti nel tempo.

Meis

264. Per quanto riguarda gli aspetti di merito, Meis sostiene che la durata dell'intesa debba circoscriversi al biennio 2010-2011, escludendosi pertanto il precedente biennio 2008-2009, in ragione del fatto che lì si concentra l'indagine penale. Deve al riguardo ribadirsi che la presente istruttoria segue un binario diverso dal procedimento penale, da cui è completamente indipendente, e la ricostruzione di una durata dell'intesa estesa a tutto il quadriennio si basa sulle risultanze documentali disponibili e in precedenza ampiamente descritte.

265. In relazione alla posizione di impresa *leader* del cartello, Meis sostiene che in capo a se stessa "*non potrà essere provata se non per una frazione temporale del tutto limitata*" (ossia il periodo 2010-2011), evidenziando altresì che "*altri scambi di e-mail dimostrano che anche il coordinamento degli incontri e delle riunioni non era prerogativa di un unico soggetto*". Le evidenze agli atti fanno tuttavia ritenere, come visto, che Meis sia stata una delle due imprese a svolgere un ruolo di maggiore rilievo rispetto a quello delle altre.

266. Piuttosto, si osserva al riguardo che, nel confutare l'ipotesi di una propria posizione di *leadership*, Meis avvalorava di fatto il contenuto delle comunicazioni telefoniche tra le Parti, che vengono citate dalla stessa Meis nei termini che seguono: “*la conversazione telefonica tra [i rappresentanti di Meis e di Elca] dimostra che fino al 6 luglio 2010 i compiti di contabilità e segreteria venivano interamente svolti da altri [...] successivamente, nel corso della medesima telefonata, il [rappresentante di Meis] dichiara la sua scarsa attitudine alle attività di coordinamento e segreteria contabile*” (doc. III.187).

267. Né rileva, in relazione a quel che precede, la ricostruzione di Meis secondo cui i compiti di coordinamento erano invece prerogativa di Firema (che “*si occupava di calcolare le offerte e di far circolare i relativi risultati [...] meccanismo di predeterminazione delle offerte gestito dal rappresentante di Firema*”).

Piuttosto, nel riportare il contenuto di una propria comunicazione telefonica con Elca (dove quest'ultima afferma che il rappresentante di Firema [*omissis*]), Meis nella propria memoria conferma di fatto l'evidenza -già peraltro ampiamente acclarata- che tra le Parti girassero, *ex ante*, tabelle con i prezzi da offrire in gara (infatti “*i due [i rappresentanti di Meis ed Elca] si lamentano degli errori compiuti dal [rappresentante di Firema] nella predisposizione del prospetto con i prezzi, inviato ad ogni impresa prima della presentazione dell'offerta*”, enfasi aggiunte).

268. Con riferimento a quanto argomentato da Meis sulla specifica procedura *sub* (xxiii), si osserva che il fatto che la gara in questione sia stata fatta rientrare nel perimetro della presente istruttoria, diversamente da quanto avvenuto in ambito penale, è semmai indice della completa autonomia e indipendenza di giudizio del procedimento amministrativo rispetto a quello penale, come più volte osservato.

Come per ogni istruttoria, infatti, una volta acquisito il *set* informativo e il corredo probatorio disponibile, gli Uffici effettuano i propri approfondimenti istruttori per poi giungere a valutazioni autonome che, nel caso di specie e diversamente dagli organi penali, hanno portato a includere, per i profili di violazione della normativa sulla concorrenza, tra le altre anche la gara *sub* (xxiii).

Dunque, proprio l'inclusione della gara n. (xxiii) nell'alveo dell'istruttoria smentisce quanto asserito da Meis, circa una presunta mancanza di autonomia di giudizio e di specifiche valutazioni da parte degli Uffici che sarebbero appiattiti, senza apportare elementi di novità, sulle considerazioni degli organi penali.

269. Sempre in relazione alla specifica procedura *sub* (xxiii), è sufficiente qui rimandare a quanto ampiamente riportato in precedenza nella parte descrittiva di tale procedura per smentire appieno l'asserto di Meis che non vi sarebbe alcuna comunicazione telefonica tra le Parti attestante la collusione, o che non vi sarebbe stato a tal fine alcun incontro o riunione tra le Parti stesse (si ricorda in proposito l'evidenza di -perlomeno- due incontri tenutisi nel giugno 2011 a Napoli).

Quanto all'aggiudicazione di un lotto in capo a un'impresa (la Sicme Motori S.r.l.) esterna al cartello, la circostanza nulla prova in relazione alle condotte tenute nell'occasione dalle Parti, risultate aggiudicatarie degli altri due lotti, condotte ampiamente documentate in quel che precede.

270. Quanto infine alla specifica procedura *sub* (xiv), la richiesta di esimente di Meis non può essere accolta, non potendo evidentemente un mero errore procedurale della società (ossia un ritardo nella presentazione dell'offerta, arrivata oltre i termini stabiliti) implicare un'estraneità alle condotte anticoncorrenziali riscontrate.

Retam

271. Le circostanze evidenziate da Retam relative alla cessazione dell'attività di impresa e alla effettuazione della denuncia che ha dato origine all'indagine penale non possono assumersi a esimenti dalla responsabilità di partecipazione a intese restrittive della concorrenza, potendo

semmai la prima circostanza riflettersi sull'importo dell'eventuale sanzione amministrativa. La denuncia presentata agli organi di Pg non può invece evidentemente rilevare nell'ambito del presente, distinto, procedimento amministrativo.

272. Per quanto riguarda le ulteriori osservazioni svolte da Retam, non può condividersi l'inversione dell'onere di prova proposta dalla società, secondo cui andrebbe dimostrata -oltre all'invio- anche l'effettiva ricezione e lettura di *e-mail* e documenti elettronici. Il contesto e il tenore dei contatti tra le Parti sono infatti tali da escludere dubbi in proposito e comunque le citate comunicazioni si inseriscono in un contesto di prove documentali che ne rende inconfutabile la valenza probatoria.

273. Del pari, il quadro complessivo che emerge dalla mole documentale disponibile esclude l'ipotesi di Retam secondo cui i dati contenuti nel Tabellone rappresentavano mere annotazioni senza intenti ripartitori o delle semplici elaborazioni.

D'altra parte, ponendosi nell'ottica proposta da Retam, non si capirebbe il motivo per cui i soggetti che compilavano e aggiornavano il Tabellone si preoccupavano di tenere le fila di "*debiti e crediti*" tra le Parti, poste contabili che sussistono in relazione invece ad un *benchmark* che, nel caso in specie, era una spartizione paritetica degli importi di gara. Né, sempre ponendosi nell'ottica di Retam, si capirebbe il motivo per cui il tema dei "*debiti e crediti*" nei confronti del tavolo emerge ripetutamente in tutte le comunicazioni tra le Parti nell'ambito della documentazione disponibile.

V. CONCLUSIONI

274. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, l'istruttoria avviata ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti delle società A.E.G. (Applicazioni Elettriche Generali) S.r.l., Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l.¹⁰⁸, Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l.¹⁰⁹, M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione, ha accertato l'esistenza di una violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue).

275. Si tratta in particolare di un'intesa orizzontale, di natura segreta e restrittiva per oggetto, attuata in tutto il territorio nazionale tra le quasi esclusive, o quantomeno le principali, imprese fornitrici della stazione appaltante Trenitalia S.p.a. in relazione ai beni e servizi interessati dalle procedure di gara oggetto di istruttoria (essenzialmente bobine elettriche e riparazione di motori di trazione ferroviaria), nella forma di pratiche concordate protrattesi (almeno) per il quadriennio 2008-2011, di cui si ha evidenza documentale. L'inizio di tale quadriennio è databile al marzo 2008 (periodo cui è riferibile la prima procedura Trenitalia oggetto di istruttoria, la n. (i), cfr. doc. I.3/2), mentre il suo termine è riconducibile almeno al settembre 2011 (periodo cui sono riferibili le risposte concordate delle Parti a Trenitalia in merito alla procedura n. (xxiv), cfr. doc. III.193 allegato 4).

276. La fattispecie in esame si configura come un'intesa unica e complessa concretizzatasi in particolare in una sistematica ripartizione delle commesse Trenitalia, con la fissazione concordata e la condivisione dei relativi prezzi, artificialmente elevati.

¹⁰⁸ A seguito di fusione con la precedente società So.El.Ta. Elettromeccanica di Baroni Luciano &C. S.n.c. (cfr. provvedimento di estensione soggettiva adottato dall'Autorità nella sua adunanza del 16 aprile 2014, doc. II.58).

¹⁰⁹ A seguito di scissione societaria parziale, mediante assegnazione di parte del patrimonio, di Aeg (cfr. provvedimento di estensione soggettiva adottato dall'Autorità nella sua adunanza del 24 settembre 2014, doc. III.163).

L'intesa in parola è consistita in gravi restrizioni della concorrenza derivanti dall'alterazione dei fisiologici meccanismi di mercato e del corretto confronto competitivo, mediante importanti condizionamenti reciproci alle singole politiche commerciali e di posizionamento strategico dei membri del cartello.

277. La ripartizione del mercato avveniva in relazione alle diverse possibili commesse della stazione appaltante Trenitalia che bandiva le relative procedure pubbliche di acquisto. Per quel che riguarda la disponibilità di valori concordati e condivisi per i prezzi, gli accordi tra i membri del cartello erano funzionali a disciplinare non soltanto le offerte dell'aggiudicatario designato, ma anche quelle -artificialmente maggiori- degli altri partecipanti non designati, che risultavano così di fatto delle mere offerte di copertura.

L'intesa segreta in parola è stata realizzata nel periodo interessato avvalendosi di continui e sistematici contatti tra le Parti, intervenuti non soltanto nel corso delle riunioni e degli incontri fisici di cui si ha evidenza, ma anche per il tramite di mezzi di comunicazione a distanza (comunicazioni elettroniche, comunicazioni telefoniche), che consentivano peraltro di predisporre e aggiornare la relativa contabilità di cartello (Tabellone, piccolo Tabellone). Come ampiamente visto, il meccanismo collusivo era incentrato sul sistema dei debiti/crediti, il cui computo ricomprendeva anche le compensazioni realizzate tramite sub-forniture o altri simili strumenti.

278. L'intesa in esame si è strutturata nel contesto di un Sistema di qualificazione fornitori predisposto dalla stazione appaltante Trenitalia, ed ha comunque tenuto anche al di fuori dello stesso, con una sistematica attuazione ad opera delle Parti del complessivo disegno collusivo, come ampiamente accertato in corso di istruttoria.

Gli accordi di cartello risultano pertanto idonei a produrre effetti nella forma di un artificioso innalzamento dei prezzi delle prestazioni da rendere alla stazione appaltante, con di fatto uno scarso incentivo a ottimizzare l'efficienza delle stesse.

Esemplificativa, al riguardo, è la situazione registrata da Trenitalia al cessare delle condotte collusive, momento significativamente coincidente, di fatto, con quello in cui le Parti sono venute a conoscenza delle indagini penali a loro carico.

In particolare, infatti, la stazione appaltante ha stimato una considerevole riduzione dei prezzi di acquisto (nell'ordine approssimativo medio del 25%¹¹⁰, cfr. doc. III.203, doc. IV.275 e doc. VIII.404), riduzione peraltro già riscontrabile in occasione della prima procedura aperta (quella *sub* (xxiii)).

VI. PREGIUDIZIO AL COMMERCIO COMUNITARIO

279. I comportamenti sopra descritti sono idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario e, pertanto, integrano gli estremi di un'infrazione all'articolo 101 del Tfu. Secondo la Commissione europea¹¹¹, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, delle condotte sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

280. Al riguardo, vale considerare in primo luogo come l'intesa orizzontale segreta qui esaminata riguardasse comunque l'intero territorio nazionale e come detta intesa avesse un mercato di riferimento (le procedure Trenitalia) potenzialmente aperto alla concorrenza di imprese estere, anche in considerazione dell'entità economica degli importi posti a base d'asta nelle gare in

¹¹⁰ Valore che, come detto, raggiunge il 50% circa tenendo conto dell'aumento del prezzo della principale materia prima.

¹¹¹ Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004.

questione, potenzialmente idonea ad attirare operatori anche esteri (si tratta ad esempio di 24,5 milioni di euro per la procedura n. (xxiii); 11,4 milioni per la procedura n. (xxiv); 6,8 milioni per la procedura n. (xi); 3,2 milioni per la procedura n. (xiii)).

281. Di conseguenza, la fattispecie oggetto del presente procedimento, essendo idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, può essere valutata ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

VII. GRAVITÀ CONSISTENZA E DURATA

282. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, per quanto concerne la gravità dell'infrazione, questa deve essere valutata facendo riferimento, in particolare, alla natura della restrizione della concorrenza, al numero e alla dimensione delle imprese coinvolte e al suo impatto sul mercato.

283. Sulla base delle risultanze istruttorie, è stato accertato che le società A.E.G. (Applicazioni Elettriche Generali) S.r.l., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l., Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione hanno posto in essere, nell'ambito di svariate procedure pubbliche di acquisto di beni e servizi elettromeccanici per il settore ferroviario indette dalla stazione appaltante Trenitalia S.p.a., un'intesa segreta, di tipo orizzontale, restrittiva della concorrenza per oggetto, nella forma di pratiche concordate ripetute e protratte nel tempo.

284. Gli elementi ampiamente descritti e valutati nel testo costituiscono evidenze della sussistenza di un'intesa unica, complessa e continuata incentrata (quantomeno) sull'insieme di ventiquattro procedure pubbliche di acquisto, svoltesi nel periodo 2008-2011.

I documenti agli atti testimoniano infatti l'esistenza di contatti, incontri, comunicazioni, scambi di informazioni e di corrispondenza tra le Parti che, nell'insieme, dipingono un quadro di sistematica e continua cooperazione tra di esse finalizzata alla disciplina preventiva di ogni variabile competitiva legata alla partecipazione alle gare Trenitalia. Si è trattato, nella sostanza, della creazione prima e del mantenimento poi di una cooperazione stabile, vincolante e duratura in luogo di una reciproca concorrenza nel contesto di tali gare.

285. L'intesa in questione si è così sostanziata in una complessa e articolata strategia globale, continuata nel tempo, posta in essere dai membri del cartello e tesa a condizionare fortemente l'esito delle predette procedure pubbliche d'acquisto, agendo con l'obiettivo di predeterminarne le principali variabili relative a soggetti aggiudicatari, quantità e prezzo, nonché una serie di altri aspetti parimenti oggetto di condotte collusive (quali ad esempio i tempi di consegna).

286. L'intesa ha trovato attuazione. Il forte pregiudizio all'operare di corretti meccanismi concorrenziali si è infatti riverberato negli esiti di gara, minando i presupposti di una selezione efficiente, e al miglior prezzo, dei fornitori. Più in generale, avuto riguardo alla domanda finale qui interessata, le condotte restrittive in esame hanno alterato l'ambito degli appalti pubblici di un significativo sottoinsieme di beni e servizi elettromeccanici destinati al settore ferroviario.

Gli accordi di cartello sono pertanto risultati idonei a produrre effetti sui prezzi dei beni e servizi oggetto di collusione, essendosi registrato un significativo calo degli stessi al cessare delle condotte anticoncorrenziali.

287. Si tratta di un complesso di comportamenti considerato tra le violazioni più gravi della normativa posta a tutela della concorrenza ed è, pertanto, da considerarsi un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue).

288. Rappresentando le Parti, quantomeno nel periodo rilevante, i pressoché esclusivi fornitori di Trenitalia con riferimento ai beni e servizi interessati, l'intesa oggetto della presente istruttoria può considerarsi consistente.¹¹²

289. Per quanto riguarda la durata dell'intesa, la complessiva strategia collusiva attuata dalle Parti si è articolata, sulla base delle risultanze istruttorie agli atti, lungo un arco temporale il cui inizio è databile al marzo 2008 (periodo cui è riferibile la prima procedura Trenitalia oggetto di istruttoria, la n. (i), cfr. doc. I.3/2) e il cui termine è riconducibile almeno al settembre 2011 (periodo cui sono riferibili le risposte concordate delle Parti a Trenitalia in merito alla procedura n. (xxiv), cfr. doc. III.193 allegato 4), peraltro in concomitanza con l'emersione dei primi esiti dell'indagine penale.

290. Quanto alla posizione delle singole società coinvolte, tutte risultano aver contribuito alla realizzazione del disegno collusivo qui in esame, nella misura in cui il sistema dei "crediti/debiti", ovvero l'impegno dell'aggiudicatario a cedere parte della commessa, faceva sì che tutte le imprese beneficiassero degli esiti della concertazione. Al riguardo, quanto argomentato da alcune Parti quali in particolare El-Pm, Pm, Firema, Gmg, Meis, Motortecnica (rispetto al fatto di aver adottato particolari misure nei confronti delle persone fisiche che agivano quali rappresentanti societari negli accordi di cartello, di aver adottato nuovi modelli organizzativi societari, o anche il fatto di essere stati esclusi dal Gip del procedimento penale dal regime di interdizione dell'attività) costituiscono circostanze di contesto che non rilevano ai fini dell'accertamento e della graduazione della violazione della normativa sulla concorrenza.

291. Le evidenze agli atti attestano invece un ruolo di maggior rilievo svolto da due imprese (Meis ed Elca) e, di contro, un ruolo minore svolto un'altra impresa (Soelta). Come visto, infatti, è possibile individuare in Meis¹¹³ ed Elca¹¹⁴ le due imprese che più delle altre si sono adoperate al fine di garantire il funzionamento del cartello, ad esempio tenendo le fila delle comunicazioni tra le Parti, individuando il soggetto che di volta in volta si sarebbe aggiudicato la gara, fissando il relativo prezzo di aggiudicazione, predisponendo i prezzi di 'copertura' che le altre imprese avrebbero dovuto praticare, premurandosi di far circolare le informazioni, ecc.

Per quanto riguarda la posizione di Soelta, la società, pur avendo preso parte alla suddivisione delle commesse secondo le diverse modalità di ripartizione cui era informato il cartello, ha tuttavia assunto una posizione di minore centralità in termini di condotte positive poste in essere ai fini della tenuta del cartello medesimo¹¹⁵.

¹¹² Va al riguardo disattesa l'argomentazione di Aeg relativa a una supposta scarsa consistenza dell'intesa in esame, atteso il potenziale respiro europeo delle procedure Trenitalia e la presenza di altri operatori nazionali. Come visto, infatti, procedure di gara di tipo europeo sono state indette da Trenitalia solo al termine del quadriennio oggetto di istruttoria (procedure *sub* (xxiii) e (xxiv)), mentre per le restanti procedure il meccanismo adottato era incardinato sul sistema dell'Sqf nel quale erano presenti quasi esclusivamente le sole Parti, le quali rappresentavano al tempo i principali -se non tendenzialmente gli esclusivi- fornitori di Trenitalia in relazione ai beni e servizi interessati. Più precisamente, dalla lettura del *database* fornito da Trenitalia in relazione agli anni 2008-2011 (doc. III.228 allegato 3-bis), emerge come, in relazione ai categorici qui maggiormente interessati, iscritte per un certo periodo all'Sqf ma non parti dell'intesa fossero le sole società Elettromeccanica D'Elia Giuseppe (comunque in scadenza di qualifica nel novembre 2008 o nel dicembre 2009 a seconda dei gruppi merci), Az 21 S.r.l. (comunque in scadenza di qualifica nell'ottobre 2008) e Abb Sace S.p.a. (in scadenza nel gennaio 2008).

¹¹³ In particolare con riferimento alle procedure n. (xii), (xvi), (xix), (xxi), (xxii), (xxiii) e (xxiv).

¹¹⁴ In particolare con riferimento alle procedure n. (xvii), (xviii), (xx) e (xxiii).

¹¹⁵ Al riguardo, non possono invece essere accolte le argomentazioni di Motortecnica (in riferimento alla propria dichiarata posizione di marginalità nella "rete di contatti tra imprenditori" di cui al presente procedimento) e di Piaggio (in merito alla sua dichiarata posizione di marginalità "nell'ambito dei contatti con le altre società Parti"). La posizione delle

VIII. SANZIONI

VIII.1 Criteri di calcolo delle sanzioni

292. Per quanto riguarda la quantificazione delle sanzioni, sono stati utilizzati le modalità e i criteri di quantificazione indicati nell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché nelle Linee guida approvate dall'Autorità¹¹⁶, nel rispetto altresì di quanto previsto dalla legge n. 287/90 (articolo 15, comma 1) in merito al limite edittale del 10% del fatturato totale d'impresa.

293. Nel dettaglio, il dato iniziale utilizzato per il calcolo dell'importo di base dell'ammenda è relativo agli importi di aggiudicazione delle procedure interessate ovvero, in assenza di aggiudicazione, agli importi posti a base d'asta (punto 18 delle Linee guida)¹¹⁷.

Gli importi di aggiudicazione sono quelli rispetto ai quali è avvenuta la ripartizione, come emerge, tra l'altro, dai Tabelloni in cui le somme prese a riferimento per il computo dei debiti/crediti sono proprio gli importi di aggiudicazione. Non può pertanto accogliersi la richiesta avanzata in particolare da Meis di prendere quale riferimento gli importi effettivamente ordinati dalla stazione appaltante.

294. Per la procedura aperta n. (xxiv), mandata come visto deserta e quindi senza alcun importo di aggiudicazione disponibile, si è fatto riferimento all'importo a base d'asta.

Al riguardo, tale importo (pari a 11,4 milioni di euro) è stato attribuito a tutte le Parti attraverso una opportuna riparametrazione. In particolare, detto importo è stato distribuito secondo percentuali a totale 100%; per ciascuna impresa è stata considerata la percentuale (rispetto al totale di tutte le imprese) degli importi di aggiudicazione di propria pertinenza in tutte le altre procedure (ossia esclusa la procedura aperta di cui trattasi).

295. Con specifico riferimento a Soelta, la società non risulta aver ottenuto alcun importo di aggiudicazione in relazione alle procedure Trenitalia oggetto di istruttoria, ma è tuttavia parte del cartello in quanto risulta inserita nei conteggi dei debiti/crediti che, come ampiamente illustrato, prescindevano dall'aggiudicazione della gara (e finanche dalla partecipazione alla stessa).

Per tale società l'importo iniziale è stato allora calcolato -in accordo a quanto previsto dal punto 9 delle Linee guida- considerando una percentuale del suo fatturato totale 2014 (nello specifico pari al 3,3%), percentuale ricavata quale minimo valore tra tutte le analoghe percentuali (importi di aggiudicazione diviso fatturato) riferite alle altre Parti.

296. Con specifico riferimento alle condotte poste in essere da Aeg, la responsabilità e la relativa sanzione devono essere imputate a Iee¹¹⁸.

Al fine di garantire l'effetto deterrente delle norme in materia di concorrenza, la giurisprudenza ammette infatti di derogare al principio della responsabilità personale¹¹⁹.

società è stata difatti valutata avendo riguardo alla *ratio* del disegno collusivo in esame che, come più volte evidenziato, prescindeva dalla effettiva partecipazione alle singole procedure di gara.

¹¹⁶ *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, ottobre 2014.

¹¹⁷ Per una procedura -la n. (xvi)- non si dispone invece di alcun valore monetario.

¹¹⁸ Come già illustrato, nel giugno del 2013 Aeg ha operato una scissione societaria, in particolare scindendo l'attività immobiliare dalle attività tipiche industriali (quelle cioè oggetto di istruttoria): la prima è stata lasciata in capo alla stessa Aeg, mentre le attività industriali sono state trasmesse alla società di nuova costituzione Iee (destinataria, come si ricorderà, di un apposito provvedimento di estensione soggettiva del presente procedimento).

¹¹⁹ In particolare, nella sentenza Alborg del 7 gennaio 2004 (cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P), la Corte di Giustizia ha chiarito che è possibile riconoscere la responsabilità del successore economico quando l'impresa trasferita sia identica a quella precedentemente gestita da altra società del gruppo, indipendentemente dal fatto che tale società esista ancora come entità giuridica.

In particolare, per quel che qui rileva, in caso di trasferimento di *asset*, un soggetto che non è l'autore dell'infrazione bensì il suo successore economico (l'acquirente degli *asset*, Iee nel caso di specie) risponde dell'infrazione posta in essere dal precedente operatore (Aeg nel caso di specie), laddove il trasferimento d'impresa sia avvenuto tra soggetti che si trovino sotto il controllo del medesimo soggetto giuridico¹²⁰, indipendentemente dalla permanenza in vita del precedente operatore.

In altri termini, anche in siffatte circostanze trova applicazione il principio della continuità economica, che in tali specifiche ipotesi mira a prevenire che l'effetto utile delle norme in materia di concorrenza sia compromesso dal verificarsi di ristrutturazioni o cessioni che interessino le imprese coinvolte¹²¹.

297. L'importo iniziale per il calcolo delle sanzioni, risultante da quanto sopraesposto, è riassunto nella tabella che segue.

SOCIETÀ	IMPORTO INIZIALE (euro)
Iee	7.862.948,08
Dmotor	6.935.052,63
Elca	5.592.015,21
El-Pm	611.039,13
Soelta	63.491,82
Firema	1.840.333,15
Gmg	1.908.857,38
Meis	8.839.993,19
Motortecnica	799.465,40
Piaggio	4.343.353,56
Pm	1.513.858,33
Retam	8.787.533,90
TOTALE	49.097.941,78

298. Tale importo iniziale è stato moltiplicato per la percentuale che riflette la gravità dell'infrazione. Trattandosi di un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del Tfu, il punto 12 delle Linee guida prevede un *range* del 15-30% nei casi di intese orizzontali segrete di ripartizioni delle commesse e di fissazione dei prezzi; nel caso di specie, per detta percentuale è stato considerato il valore, uguali per tutte le Parti, del 15%.

299. Non è stato invece computato, anche considerando la precaria condizione economico-finanziaria del settore in generale e di diverse Parti in particolare, alcun importo supplementare di deterrenza (0%, cosiddetta *entry fee*).

¹²⁰ Al riguardo, si ricorda in primo luogo che il controllo di entrambe le società in questione (Aeg e Iee) è ad oggi riconducibile alle medesime due persone fisiche, ciascuna detentrici del 50% del capitale sociale in entrambi i casi. Per di più, anche nel passato, a far data dalla costituzione di Iee (giugno 2013), si rileva una identità nel tempo degli assetti proprietari e di controllo tra le predette società.

In secondo luogo, i dati di fatturato mostrano come la gran parte del fatturato sociale sia ora appannaggio di Iee e non già di Aeg.

¹²¹ Cfr. tra gli altri decisione della Commissione C (2009) 428 relativa al caso Comp/39406-*Marine Hoses*, confermata da Corte di Giustizia C-434/13P del 18 dicembre 2014.

300. L'importo base delle sanzioni che ne risulta è riassunto nella tabella che segue:

SOCIETÀ	IMPORTO BASE (euro)
lee	1.179.442,21
Dmotor	1.040.257,89
Elca	838.802,28
El-Pm	91.655,87
Soelta	9.523,77
Firema	276.049,97
Gmg	286.328,61
Meis	1.325.998,98
Motortecnica	119.919,81
Piaggio	651.503,03
Pm	227.078,75
Retam	1.318.130,09
TOTALE	7.364.691,27

301. Gli importi di base così ottenuti sono poi rimodulati, per alcune Parti, considerando:

* circostanze aggravanti per due società (Meis ed Elca), quantificate rispettivamente al 15% e al 10% dell'importo base, in ragione del ruolo da queste svolto nella promozione e gestione del cartello, con particolare riguardo alla frequenza con cui hanno organizzato le condotte degli altri membri del cartello in occasione delle singole procedure;

* circostanze attenuanti per una società (Soelta), quantificate al 15% dell'importo base, ravvisabili nel ruolo più marginale da questa svolto nella partecipazione all'infrazione.

VIII.2 Le istanze relative alle sanzioni

302. Due società (Firema e Meis) hanno avanzato formale istanza di incapacità contributiva ai sensi del punto 31 delle Linee guida.

303. In particolare, Firema ha rappresentato l'imminenza del termine per la vendita dell'intero complesso aziendale (fissato al [omissis]), per l'importo complessivo di [omissis]¹²².

A seguito della cessione dei cespiti aziendali, l'Amministrazione straordinaria esaurirà la propria ragion d'essere e sarà considerata, ad ogni effetto, come procedura concorsuale liquidatoria, finalizzata alla ripartizione dell'attivo tra i creditori ammessi al passivo della procedura. Al riguardo, alla data del 18 maggio 2015, sommando le istanze di insinuazione tempestive e tardive, lo stato passivo di Firema ammonta a [omissis].

304. Secondo Firema, da quanto sopra consegue che *“in caso di applicazione di una qualsiasi sanzione amministrativa pecuniaria, non soltanto la Società si troverebbe nella sostanziale impossibilità di onorare il debito ma, anche laddove tecnicamente ciò fosse possibile, la sanzione andrebbe a ridurre significativamente la massa attiva, ad esclusivo danno dei creditori. Si determinerebbe, in tal modo, un risultato aberrante, in quanto non soltanto inidoneo a produrre alcun effetto punitivo/dissuasivo sul soggetto destinatario della sanzione, ma addirittura lesivo dei*

¹²² [omissis].

diritti di soggetti terzi, del tutto estranei alle condotte oggetto del presente procedimento” (doc. VIII.417)¹²³.

Firema ha pertanto richiesto l'applicazione di quanto previsto ai punti 31 (incapacità contributiva) e/o 33 (sanzione simbolica) delle Linee guida.

305. Nel caso di specie non risulta applicabile il citato punto 31, atteso che l'imminente cessazione dell'attività di impresa di Firema è del tutto indipendente dal pagamento della sanzione *antitrust*: non sussiste pertanto alcun nesso di causalità tra l'uscita dal mercato e la sanzione medesima.

Né ricorrono i presupposti per l'irrogazione di una sanzione di importo simbolico secondo quanto previsto dal punto 33 delle Linee guida. Secondo la prassi dell'Autorità, avallata dalla giurisprudenza amministrativa, l'importo simbolico della sanzione *antitrust* non può infatti giustificarsi per le fattispecie ritenute gravi, come nel caso di cui trattasi.

306. Tuttavia, tenuto conto della non esaustività delle attenuanti previste dalle Linee guida, le descritte specificità della situazione di Firema giustificano l'applicazione alla società in questione di una riduzione dell'importo della relativa sanzione pari al 15%, anche in applicazione del riferimento alle “*condizioni economiche*” previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/81.

307. Anche Meis ha chiesto che l'Autorità tenga conto della propria situazione economica e finanziaria, che ne limiterebbe notevolmente la capacità contributiva.

Nella propria memoria finale (doc. VII.392), la società ha al riguardo evidenziato il *trend* negativo in relazione ai risultati di bilancio, avendo conseguito perdite di esercizio per i bilanci dal 2011 al 2013 (il bilancio 2014 presenta infatti degli utili).

Meis ha altresì posto in rilievo le conseguenze negative ad essa derivate dall'indagine penale, che le avrebbero già comportato esborsi economici pari a [omissis] nonché una riduzione di fatturato a causa del calo delle commesse.

In subordine, secondo Meis le recenti perdite di esercizio della società “*potrebbero, ad ogni modo, essere almeno valutate come elementi reddituali negativi, sufficienti ad integrare una autonoma circostanza attenuante*”.

308. Al riguardo, si osserva preliminarmente che, nell'ordinamento comunitario, i principali requisiti per il riconoscimento di un'eventuale riduzione della sanzione per incapacità contributiva sono:

* l'accertamento di un concreto rischio di bancarotta o totale perdita di valore degli attivi (patrimonio netto);

* la sussistenza di un nesso di causalità tra la sanzione ed il predetto rischio di bancarotta.

Sempre in aderenza ai principi comunitari, la concessione del beneficio in parola riveste carattere del tutto eccezionale.

309. In concreto, alla luce delle modalità di valutazione seguite dalla Commissione europea, la verifica del rischio di bancarotta e del nesso di causalità tra questa e la sanzione è stata oggetto di un'analisi quantitativa, basata in particolare su un esame dei dati di bilancio, effettuando -in aggiunta alla valutazione del peso della sanzione rispetto alla dimensione dell'azienda- il calcolo di una serie di indici di bilancio (di liquidità, di solvibilità e di redditività), nonché il calcolo dei cosiddetti *Z'* e *Z'' score* di Altman.

310. Nel caso di specie, utilizzando i dati contenuti nei prospetti contabili trasmessi da Meis, non sono emerse problematiche con riferimento alla liquidità; quanto alla solvibilità, la situazione

¹²³ L'acquirente di Firema -per espressa disposizione di legge- sarà esonerato da responsabilità anche patrimoniali in relazione alle condotte ante-cessione; infatti, “*salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento*” (articolo 63.5 del Dlsg n. 270/99 “*Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274*”).

finanziaria della società non subisce alcuna significativa modifica per effetto dell'applicazione della sanzione, ed appare in particolare dovuta a caratteristiche strutturali della società. Pure per quanto riguarda l'analisi dei suddetti *Z'* e *Z'' score*, non emergono dati problematici anche considerando l'importo della sanzione.

311. Per tali motivi, l'istanza di Meis relativa all'incapacità contributiva non può essere accolta.

I descritti risultati dell'analisi quantitativa condotta portano, del pari, a escludere la sussistenza dei presupposti per accogliere la richiesta, avanzata da Meis in subordine, di applicazione di circostanze attenuanti.

VIII.3 Importo delle sanzioni

312. In conseguenza di quel che precede, gli importi delle sanzioni risultano pari a quanto indicato nella tabella seguente.

SOCIETÀ	SANZIONE in applicazione delle Linee guida (euro)	MASSIMO EDITTALE (euro)
Iee	1.179.442,21	388.865,10
Dmotor	1.040.257,89	5.280,00
Elca	922.682,51	210.597,30
El-Pm	91.655,87	90.361,47
Soelta	8.095,21	189.997,06
Firema	234.642,48	[1-10 milioni]
Gmg	286.328,61	87.971,70
Meis	1.524.898,82	403.878,30
Motortecnica	119.919,81	909.034,80
Piaggio	651.503,03	402.090,00
Pm	227.078,75	12.622,81
Retam	1.318.130,09	22.983,00
TOTALE	7.646.042,78	8.230.814,53

313. Si è infine tenuto conto della soglia legale massima, pari al 10% del fatturato totale delle Parti relativo all'anno 2014 (articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90). Tale vincolo è risultato generalmente stringente, come si evince dalla tabella che precede.

L'Autorità ha così determinato l'applicazione alle Parti interessate di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo rispettivamente pari a quanto indicato nella tabella che segue.

SOCIETÀ	SANZIONE importo finale (euro)
lee	388.865,10
Dmotor	5.280,00
Elca	210.597,30
El-Pm	90.361,47
Soelta	8.095,21
Firema	234.642,48
Gmg	87.971,70
Meis	403.878,30
Motortecnica	119.919,81
Piaggio	402.090,00
Pm	12.622,81
Retam	22.983,00
TOTALE	1.987.307,16

RITENUTO, pertanto, che le società Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), e consistente in un'unica, complessa e articolata pratica concordata continuata nel tempo, sorretta da una pluralità di condotte funzionali ad alterare fortemente le dinamiche concorrenziali nell'ambito di ventiquattro procedure pubbliche di acquisto di beni e servizi elettromeccanici per il comparto ferroviario indette dalla società Trenitalia S.p.a.;

tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

a) che le società Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), consistente in un'unica e complessa pratica concordata continuata nel tempo volta a distorcere fortemente i meccanismi di confronto concorrenziale in occasione di ventiquattro procedure

pubbliche indette dalla stazione appaltante Trenitalia S.p.a. per l'approvvigionamento di beni e servizi elettromeccanici ad uso ferroviario;

b) che le società Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui al punto a);

c) che, in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a), alle società Damiano Motor's S.p.a., El.Ca. Elettromeccanica Campana S.p.a., Elettromeccanica Pm S.r.l., Elettromeccanica So.El.Ta. S.r.l., Firema Trasporti S.p.a. in amministrazione straordinaria, G.M.G. Elettromeccanica di Clavo Anna &C. S.n.c., I.E.E. – Industrie Elettromeccaniche Europee S.r.l., M.E.I.S. Elettromeccanica S.r.l., Motortecnica S.r.l., Piaggio & Figli Service S.r.l., P.M. &C. S.c.a.r.l. in liquidazione e Retam Sud Industria Elettromeccanica S.p.a. in liquidazione vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella.

SOCIETÀ	SANZIONE importo finale (euro)
Iee	388.865,10
Dmotor	5.280,00
Elca	210.597,30
El-Pm	90.361,47
Soelta	8.095,21
Firema	234.642,48
Gmg	87.971,70
Meis	403.878,30
Motortecnica	119.919,81
Piaggio	402.090,00
Pm	12.622,81
Retam	22.983,00
TOTALE	1.987.307,16

La sanzione amministrativa pecuniaria di cui al punto c) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo

nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione. In tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/1990, entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

1771 - SERVIZI DI POST-PRODUZIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI RAI*Provvedimento n. 25489*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera adottata in data 10 dicembre 2013, con la quale è stata avviata, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti delle società Aesse Video S.r.l., Barbieri Communication S.r.l., CapitalVideo Produzioni S.r.l., D4 S.r.l., Digital Si S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Euro Group Line Production S.r.l., Euroscena S.r.l., Grande Mela S.r.l., Industria e Immagine S.r.l., MAV Television S.r.l., New Telecinema S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., On Air Unipersonale S.r.l., Point Films S.r.l., Primopiano Tv S.r.l., Reportage Television Studio S.r.l., Siri Video S.r.l., Soul Movie S.r.l., Studio Immagine S.r.l., Telecinema Production S.r.l., Video Etc S.r.l. e World Video Production S.r.l., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/90;

VISTA la propria delibera adottata in data 12 marzo 2014, con la quale il procedimento avviato in data 10 dicembre 2013 è stato esteso soggettivamente nei confronti dell'associazione New Italian Broadcasting Association (NIBA), nonché delle società Etabeta S.p.A., Futura S.r.l., Menager2000 S.r.l. ed Unitefilm S.r.l. e oggettivamente alle ulteriori condotte di coordinamento poste in essere a partire dal 2011;

VISTA la propria delibera del 26 novembre 2014, con cui il termine di chiusura del procedimento è stato prorogato alla data del 31 marzo 2015;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 19 dicembre 2014;

VISTA la propria delibera dell'8 gennaio 2015, con cui il termine di chiusura del procedimento è stato prorogato alla data del 15 aprile 2015;

VISTE le memorie presentate da Video Etc. S.r.l., in data 16 gennaio 2015, da Industria e Immagine S.r.l., in data 4 febbraio 2015, da NIBA, D4 S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Euro Group Line Production S.r.l., Futura S.r.l., MAV Television S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., Siri Video S.r.l., Studio Immagine S.r.l. e Unitefilm S.r.l., in data 5 febbraio 2015, Primopiano TV S.r.l. e Barbieri Communication S.r.l. in data 6 febbraio 2015;

SENTITI in audizione finale, in data 10 febbraio 2015, i rappresentanti dell'associazione NIBA e delle società Barbieri Communication S.r.l., D4 S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Futura S.r.l., MAV Television S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., Siri Video S.r.l., Studio Immagine S.r.l. e Unitefilm S.r.l., che ne avevano fatto richiesta;

VISTA la propria delibera del 10 febbraio 2015, con la quale, in considerazione della nuova documentazione prodotta da MAV Television S.r.l. e delle istanze delle Parti, l'Autorità ha disposto un supplemento d'istruttoria, con ogni conseguente provvedimento;

VISTA l'Integrazione della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 19 marzo 2015;

VISTA la propria delibera del 18 marzo 2015, con cui il termine di chiusura del procedimento è stato prorogato alla data del 30 maggio 2015;

VISTE le memorie conclusive presentate da Video Etc. in data 14 aprile 2015, D4, Digital Si S.r.l., Euro Group Line Production S.r.l., Primopiano TV S.r.l., MAV Television S.r.l., Siri Video S.r.l. e Studio Immagine S.r.l., in data 16 aprile 2015;

SENTITI in audizione finale, in data 21 aprile 2015, i rappresentanti dell'associazione NIBA e delle società Barbieri Communication S.r.l., D4 S.r.l., Digital Si S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Euro Group Line Production S.r.l., Futura S.r.l., MAV Television S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., Siri Video S.r.l., Studio Immagine S.r.l. e Unitefilm S.r.l.;

VISTO il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni pervenuto in data 26 maggio 2015;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 23 ottobre 2013 è pervenuta una segnalazione da parte di RAI-Radiotelevisione Italia S.p.A., con la quale sono state denunciate presunte distorsioni concorrenziali verificatesi nell'ambito di 14 procedure selettive avviate dalla RAI - nel periodo compreso tra la prima settimana di agosto e la prima settimana di settembre 2013 - per l'affidamento di servizi di post-produzione relativi a diversi programmi RAI per la stagione televisiva 2013-14.

2. La segnalazione fa riferimento all'esistenza di un accordo volto a "*spartirsi gli appalti di montaggio e riprese*" tra le diverse società invitate dalla RAI alle procedure negoziate. In particolare, nella segnalazione si dà conto di una serie di missive anonime¹, di cui alcune spedite antecedentemente all'apertura delle buste relative alle gare in esse considerate, e pervenute agli Uffici RAI, relative ad accordi di ripartizione delle procedure di affidamento dei servizi di post-produzione indette da RAI, le quali, sarebbero state assegnate, in virtù della presentazione di offerte concordate, ad un prezzo più elevato di quello praticato nel passato ovvero a condizioni economiche meno convenienti rispetto a quelle che avrebbero potuto determinarsi in presenza di un confronto concorrenziale.

3. Inoltre, in data 14 novembre 2013 il segnalante, su richiesta dell'Autorità, ha fatto pervenire ulteriori informazioni in relazione alla totalità delle gare esperite per la stagione 2013-14, nonché alla totalità delle procedure esperite per i medesimi servizi a partire dal 1° luglio 2012 sino al 30 giugno 2013².

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

L'iter del procedimento

4. A seguito della predetta segnalazione, in data 10 dicembre 2013, l'Autorità ha proceduto ad avviare un'istruttoria nei confronti di 23 società attive nella prestazione di servizi di post-produzione televisiva per accertare una violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90. Le società destinatarie del provvedimento di avvio sono Aesse Video S.r.l., Barbieri Communication S.r.l., CapitalVideo Produzioni S.r.l., D4 S.r.l., Digital Si S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Euro Group Line Production S.r.l., Euroscena S.r.l., Grande Mela S.r.l., Industria e Immagine S.r.l., MAV Television S.r.l., Menager2000 S.r.l., New Telecinema S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., On Air

¹ Si tratta di cinque missive anonime pervenute in data 21 e 29 agosto 2013, 2, 3 e 5 settembre 2013. Le predette missive sono allegate alla segnalazione di RAI (cfr. DC1).

² Cfr. docc. DC3 e DC7-presituttoria.

Unipersonale S.r.l., Point Films S.r.l., Primopiano Tv S.r.l., Reportage Television Studio S.r.l., Siri Video S.r.l., Soul Movie S.r.l., Studio Immagine S.r.l., Telecinema Production S.r.l., Video Etc S.r.l. e World Video Production S.r.l.

5. Nella delibera di avvio è stata ipotizzata l'esistenza di un coordinamento realizzatosi tra tali imprese nell'ambito di 20 procedure selettive avviate da RAI nel periodo compreso tra metà di luglio 2013 e la prima settimana di ottobre 2013, per l'affidamento di servizi di post-produzione relativi a numerosi programmi televisivi RAI. In particolare, nel provvedimento di avvio è stato evidenziato un drastico abbattimento dello sconto praticato dagli aggiudicatari nell'ambito delle gare dell'estate 2013, risultato mediamente inferiore a un quinto rispetto a quello "storico", con una conseguente crescita media dei prezzi di circa il 50%. Tale circostanza si accompagnava alla frequente riassegnazione della gara all'affidatario del medesimo programma per la stagione precedente. Inoltre, tale risultato appariva conseguenza di una politica di offerta con sconti molto bassi da parte di tutte le imprese invitate a partecipare alle varie procedure, e non solo dei vincitori; le medesime imprese hanno tendenzialmente presentato le offerte di importo maggiore nelle gare non aggiudicate, in dissonanza con una politica di prezzo ben più aggressiva in occasione delle procedure in cui sono poi risultate vincitrici.

6. In data 19 dicembre 2013, sono stati condotti accertamenti ispettivi presso le sedi di 14 delle 27 società parti del procedimento. Si tratta in particolare delle seguenti società: Barbieri Communication S.r.l.; D4 S.r.l.; Diva Cinematografica S.r.l.; Euro Group Line Production S.r.l.; Euroscena S.r.l.; Industria e Immagine S.r.l.; MAV Television S.r.l.; New Telecinema S.r.l.; Point Films S.r.l.; Primopiano Tv S.r.l.; Reportage Television S.r.l.; Siri Video S.r.l.; Studio Immagine S.r.l. e Video Etc. S.r.l.

7. Alla luce delle evidenze acquisite, con delibera del 12 marzo 2014, il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti dell'associazione New Italian Broadcasting Association, cui hanno aderito alcune delle società parti del presente procedimento, nonché nei confronti delle società Unitelefilm S.r.l., Futura S.r.l., Etabeta S.p.A. e Menager2000 S.r.l., ed oggettivamente con riferimento ad ulteriori condotte di coordinamento poste in essere a partire dal 2011.

8. Nel corso del procedimento, oltre ad essere stato dato ripetutamente accesso agli atti, sono state sentite in audizione innanzi agli Uffici tutte le Parti del procedimento che hanno presentato istanza.

9. In particolare, si tratta delle società Aesse Video S.r.l., in data 12 giugno 2014, Barbieri Communication S.r.l., in data 27 maggio 2014, CapitalVideo Produzioni S.r.l., in data 7 luglio 2014, D4 S.r.l., in data 10 giugno 2014, Digital Si S.r.l., in data 16 settembre 2014, Euro Group Line Production S.r.l., in data 10 luglio 2014, Euroscena S.r.l., in data 17 luglio 2014, Futura S.r.l., in data 19 giugno 2014, Grande Mela S.r.l., in data 9 ottobre 2014, Industria e Immagine S.r.l., in data 9 luglio 2014, MAV Television S.r.l., in data 16 luglio 2014, Point Film TV S.r.l., in data 4 giugno 2014, Reportage Television Studio S.r.l., in data 17 giugno 2014, Siri Video S.r.l., in data 17 giugno 2014, Studio Immagine S.r.l., in data 24 giugno 2014, Telecinema Production S.r.l., in data 19 giugno 2014, Unitelefilm S.r.l. e l'associazione New Italian Broadcasting Association, in data 25 giugno 2014, Video Etc S.r.l., in data 11 giugno 2014, World Video Production S.r.l., in data 11 giugno 2014, Primopiano TV S.r.l., in data 2 luglio 2014, le società Diva Cinematografica S.r.l. e Obiettivo Immagine Cinematografica S.r.l., in data 22 maggio 2014, Soul Movie S.r.l., in data 15 ottobre 2014. Infine, in data 17 ottobre 2014, è stata sentita in audizione anche RAI-Radiotelevisione Italia S.p.A., in qualità di soggetto segnalante.

10. Richieste di informazioni sono state formulate in sede ispettiva alle imprese oggetto di accertamento e, successivamente, nei confronti delle Parti del procedimento che non erano state

interessate dagli accertamenti ispettivi del 19 dicembre 2013. In particolare, destinatari delle richieste di informazioni formulate dagli Uffici, in data 27 gennaio 2014, sono state le società Aesse Video S.r.l., CapitalVideo Produzioni S.r.l., Digital Si S.r.l., Grande Mela S.r.l., Obiettivo Immagine Cinematografica S.r.l., On Air Unipersonale S.r.l., Soul Movie S.r.l., Telecinema Production S.r.l. e World Video Production S.r.l..

11. Le richieste di informazioni hanno avuto ad oggetto la natura e le caratteristiche del mercato dei servizi di post-produzione con particolare riferimento alla definizione geografica e alle procedure per l'affidamento dei servizi post-produzione bandite da RAI nel periodo 15 luglio-3 ottobre 2013.

12. Analoghe richieste di informazioni sono state formulate, in data 14 aprile 2014, alle società Unitefilm S.r.l., Futura S.r.l., Etabeta S.p.A. e Menager2000 S.r.l., destinatarie del provvedimento di ampliamento istruttoria del 12 marzo 2014. Infine, contestualmente alla redazione del verbale di audizione, sono state formulate richieste di informazioni alle società Digital Si S.r.l. e Grande Mela S.r.l. aventi il medesimo oggetto e relative anche ai rapporti con l'associazione New Italian Broadcasting Association (NIBA).

13. La RAI-Radiotelevisione Italia S.p.A., oltre che in fase preistruttoria in data 30 ottobre 2013, è stata destinataria di una richiesta di informazioni nel corso del procedimento, in data 27 giugno 2014. Le predette richieste di informazioni erano volte ad acquisire elementi circa gli schemi negoziali utilizzati per l'acquisto dei servizi di post produzione, le modalità di svolgimento delle procedure per l'assegnazione degli appalti dei servizi di post-produzione a partire dal 2011, nonché i criteri per l'iscrizione nell'albo dei fornitori RAI e gli esiti delle singole procedure per l'affidamento dei servizi di post-produzione bandite da RAI nel corso dell'anno 2011, nonché nel primo semestre 2012.

14. In data 14 marzo 2014, Studio Immagine S.r.l. e D4 S.r.l hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, rigettati dall'Autorità con delibera del 13 maggio 2014.

15. Con delibera del 26 novembre 2014, considerata la numerosità e la complessità dei documenti raccolti nel corso dell'istruttoria che hanno reso necessaria una ponderata valutazione del complesso degli elementi in atti e il conseguente allungamento dei tempi dell'istruttoria e l'opportunità di assegnare alle parti un congruo termine al fine di garantire il più ampio esercizio dei loro diritti di difesa, il termine del procedimento è stato prorogato al 31 marzo 2015.

16. In data 19 dicembre 2015, è stata inviata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito anche CRI), con la quale si è attribuita all'associazione NIBA ed a 17 su 27 delle imprese parti del procedimento una violazione dell'articolo 2 della Legge n.287/1990 consistente in un'intesa unica e continuata, avente ad oggetto uno scambio di informazioni e il coordinamento delle politiche di offerta in sede di partecipazione alle gare RAI con l'obiettivo di innalzare il livello dei prezzi praticato a partire dal 15 settembre 2011.

17. Con delibera del 10 febbraio 2015, adottata in sede di audizione finale³, in considerazione della nuova documentazione prodotta da MAV Television S.r.l. e delle istanze delle Parti presenti all'audizione innanzi al Collegio, l'Autorità ha disposto un supplemento d'istruttoria.

18. In data 20 febbraio 2015, è stato svolto un accertamento ispettivo presso la società MAV Television S.r.l.⁴. Inoltre, dopo aver depositato in data 23 febbraio 2015 l'originale della documentazione prodotta in sede di memorie conclusive per l'audizione del 10 febbraio 2015⁵, in

³ Cfr. doc. istr. 588 e 610.

⁴ Cfr. doc. isp. 1B, 2B e 3B.

⁵ Cfr. doc. istr. 595.

data 26 febbraio 2015, la società MAV Television S.r.l. è stata sentita in audizione⁶. Successivamente sono state sentite in audizione le società New Telecinema S.r.l. e Digital Si S.r.l., in data 4 marzo 2015⁷, e le società On Air Unipersonale S.r.l. e Capital Video S.r.l., in data 9 marzo 2015⁸. In data 20 febbraio 2015 e 11 marzo 2015⁹, la società Video Etc S.r.l. ha depositato una nota difensiva.

19. In data 18 marzo 2015, alla luce degli elementi emersi nel corso del supplemento d'istruttoria, è stata inviata alle Parti del procedimento un'integrazione della comunicazione delle risultanze istruttorie.

20. Con delibera del 18 marzo 2015, il termine di chiusura del procedimento è stato prorogato alla data del 30 maggio 2015, in considerazione del supplemento d'istruttoria.

21. In data 21 aprile 2015, sono stati sentiti in audizione innanzi al Collegio i rappresentanti dell'associazione NIBA e delle società Barbieri Communication S.r.l., D4 S.r.l., Digital Si S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Euro Group Line S.r.l., Futura S.r.l., MAV Television S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., Siri Video S.r.l., Studio Immagine S.r.l., Unitefilm S.r.l. e Video Etc.

III. LE PARTI

a) I soggetti parti dell'intesa

22. New Italian Broadcasting Association (di seguito anche NIBA) è un'associazione costituita nel 2011 fra le imprese attive nella fornitura di produzione, servizi di post – produzione e cine-telesivi con sede a Roma, “*al fine di rappresentare gli interessi delle imprese associate presso le istituzioni e le organizzazioni politiche, sindacali e sociali, sia locali che nazionali. L'Associazione può svolgere qualsiasi attività ritenuta utile per il raggiungimento delle proprie finalità*”¹⁰. Organi dell'associazione sono l'Assemblea, il Presidente, la Giunta, il Collegio dei Probiviri e il Revisore Contabile¹¹. Sulla base di quanto rappresentato dalla Parte e della documentazione versata in atti¹², NIBA è stata posta in liquidazione con delibera dell'assemblea del 28 ottobre 2013.

23. Aesse Video S.r.l. (di seguito anche Aesse), società attiva, tra l'altro, nella fornitura di servizi di post produzione, è controllata da una persona fisica. Nel corso del 2012, Aesse ha realizzato un fatturato pari a circa 739 mila di euro.

24. Barbieri Communication S.r.l. (di seguito anche Barbieri) fornisce servizi di produzione e post-produzione ad aziende attive nella televisione, nel cinema e dell'editoria. Oltre alla RAI, Barbieri fornisce i propri servizi anche ad altri clienti pubblici e privati, quali il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Sky Italia S.r.l., Wind Telecomunicazioni S.p.A. ecc. La società, controllata da una persona fisica, ha realizzato nel 2013 un fatturato pari a circa 1 milione di euro.

⁶ Cfr. doc. istr. 597.

⁷ Cfr. docc. istr. 609 e 610.

⁸ Cfr. docc. istr. 613 e 614.

⁹ Cfr. doc. istr. 593 e 615.

¹⁰ Articolo 3 dello Statuto – doc. istruttoria 12, lettera v.

¹¹ Articolo 7 dello Statuto – doc. istruttoria 12, lettera v cit.

¹² Cfr. docc. istr. 95 e 531.

25. CapitalVideo Produzioni S.r.l. (di seguito anche Capital), società attiva nella fornitura di servizi di post produzione, è controllata da due persone fisiche, e ha realizzato un fatturato pari a 808.417 euro nel corso del 2013.

26. D4 S.r.l. (di seguito anche D4), società attiva nella fornitura di servizi di post produzione, è controllata da due persone fisiche, e ha realizzato un fatturato pari a 1 milione e 700 mila euro nel corso del 2013.

27. Digital Si S.r.l. (di seguito anche Digital), società attiva nella fornitura di servizi di post produzione, è controllata da una persona fisica, e ha realizzato un fatturato pari a circa 396.000 euro nel corso del 2013.

28. Diva Cinematografica S.r.l. (di seguito anche Diva) è una società, controllata da una persona fisica, attiva nell'erogazione di servizi audiovisivi e multimediali rivolti alla produzione e post produzione di documentari, programmi TV e spot promozionali destinati a televisioni pubbliche, aziende, enti e associazioni nazionali e internazionali. Diva ha realizzato un fatturato pari a 252.000 euro nel corso del 2013.

29. Etabeta S.p.A.(di seguito anche Etabeta) è una società, controllata dalla società Gruppo Comunicazione S.p.a., attiva nell'erogazione di servizi audiovisivi e multimediali rivolti alla produzione e post produzione. Etabeta ha realizzato un fatturato totale pari a circa 19 milioni di euro nel corso del 2013.

30. Euro Group Line Production S.r.l. (di seguito anche Euro Group), società con socio unico, è attiva nel settore della produzione e della post-produzione, fornendo i propri servizi a numerosi clienti del settore pubblico e privato (RAI, Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Comune di Roma, Metro C, Mediaset, Sky, La7 ecc.). Il fatturato realizzato nel 2013 è pari a 2 milioni e 346 mila di euro.

31. Euroscena S.r.l. (di seguito anche Euroscena), società con socio unico, è uno dei principali operatori nel settore della produzione televisiva attraverso due Centri di Produzione a Milano e Roma. Il fatturato realizzato nel 2013 è pari a circa 4 milioni e 470 mila euro.

32. Futura S.r.l. (di seguito Futura) è una società, controllata da una persona fisica, attiva nell'erogazione di servizi audiovisivi e multimediali rivolti alla produzione e post produzione. Futura ha realizzato un fatturato pari a circa 1 milione e 400 mila euro nel corso del 2013.

33. Grande Mela S.r.l. (di seguito anche Grande Mela), società a socio unico, è attiva nella fornitura di servizi di post produzione ed è controllata da una persona fisica. Grande Mela ha realizzato un fatturato pari a circa 1 milione e 700 mila euro nel corso del 2013 e risulta allo stato in liquidazione¹³.

¹³ Fonte Telemaco Infocamere.

34. Industria e Immagine S.r.l. (di seguito anche Industria e Immagine) è una società controllata da una persona fisica, attiva nella fornitura di servizi di post produzione, che ha realizzato un fatturato pari a circa 726 mila euro nel 2013.

35. MAV Television S.r.l. (di seguito anche MAV Television o anche solo “MAV”) è una società controllata da una persona fisica, attiva nella fornitura di servizi di post produzione, che ha realizzato un fatturato pari a circa 741.000 euro nel corso del 2013.

36. Menager2000 S.r.l. (di seguito Menager2000) è una società, controllata da una persona fisica, attiva nella fornitura di servizi di post produzione ed ha realizzato nel corso del 2012 un fatturato pari a circa 745.000 euro. In data 27 maggio 2014 Menager2000 è stata sottoposta a procedura fallimentare¹⁴.

37. New Telecinema S.r.l (di seguito anche NEW Telecinema) è una società controllata da persone fisiche, attiva nella fornitura di servizi di post produzione, che ha realizzato un fatturato pari a circa 637.000 euro nel 2013.

38. Obiettivo Immagine S.r.l. (di seguito anche Obiettivo Immagine), società con unico socio attiva nella fornitura di servizi di post produzione, è controllata da una persona fisica, e ha realizzato un fatturato pari a circa 1 milione e 417 mila euro nel corso del 2013.

39. On Air Unipersonale S.r.l. (di seguito anche On Air), società attiva nella produzione di video e di programmi televisivi, è controllata da una persona fisica, e ha realizzato nel 2013 un fatturato pari a circa 682.000 euro.

40. Point Films S.r.l. (di seguito anche Point Films) è una casa di produzione indipendente specializzata nell’ideazione, produzione e *service* tecnico per reti nazionali e canali satellitari controllata da una persona fisica. Point Films ha realizzato nel 2012 un fatturato pari a 1 milione e 800 mila euro¹⁵.

41. Primopiano Tv S.r.l. (di seguito anche Primopiano) è una società controllata da una persona fisica attiva nella produzione di video e di programmi televisivi ed ha realizzato un fatturato pari a circa 852.000 euro nel corso del 2013.

42. Reportage Television Studio S.r.l. (di seguito anche RTS) opera nel settore degli audiovisivi professionali, delle telecomunicazioni, dell’elettronica e dell’informatica applicata. RTS ha realizzato un fatturato pari a circa 1 milione di euro nel corso del 2013.

43. Siri Video S.r.l. (di seguito anche Siri Video) è una società con unico socio attiva nella produzione di video e di programmi televisivi ed ha realizzato un fatturato pari a circa 722.000 euro nel corso del 2013.

¹⁴ Fonte Telemaco Infocamere.

¹⁵ Fonte Telemaco Infocamere.

44. Soul Movie S.r.l. (di seguito anche Soul Movie) è una società attiva nella produzione cinematografica, di video e di programmi televisivi controllata da due persone fisiche, e ha realizzato un fatturato pari a 1,185 milioni di euro nel corso del 2012.

45. Studio Immagine S.r.l. (di seguito anche Studio Immagine) è una società attiva nella produzione cinematografica, di video e di programmi televisivi controllata da due persone fisiche, e ha realizzato un fatturato pari a circa 1 milione e 985 mila di euro nel corso del 2013.

46. Telecinema Production S.r.l. (di seguito Telecinema Production o anche solo “TC Production”) è una società attiva nella produzione cinematografica, di video e di programmi televisivi controllata da due persone fisiche, e ha realizzato un fatturato pari a circa 1 milione e 722 mila euro nel corso del 2013.

47. Unitelefilm S.r.l. (di seguito Unitelefilm) è una società, controllata da una persona fisica, attiva nella produzione di video e programmi televisivi. Unitelefilm ha realizzato un fatturato pari a 102 mila euro nel corso del 2013.

48. Video Etc S.r.l. (di seguito anche Video Etc.), attiva nella produzione cinematografica, di video e di programmi televisivi, controllata da una persona fisica, ha realizzato un fatturato pari a circa 384.000 euro al 31 ottobre 2014.

49. World Video Production S.r.l. (di seguito anche World Video) è una società attiva nella produzione di video e di programmi televisivi, controllata da una persona fisica, e ha realizzato nel 2013 un fatturato pari a 1 milione e 200 mila euro.

b) La società denunciante

50. RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A. (di seguito RAI) è la società alla quale è affidato in esclusiva il servizio pubblico di diffusione di programmi radiofonici e televisivi, con qualsiasi mezzo tecnico. La concessione del servizio pubblico radiotelevisivo è regolamentata dalla Legge n. 112/04, dal Decreto Legislativo n. 177/05 e dalla convenzione di durata ventennale fra la RAI e l'allora Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni, sottoscritta dalle parti il 15 marzo 1994 e approvata con D.P.R. del 28 marzo 1994. La quasi totalità del pacchetto azionario di RAI (99,56%) è detenuto, attraverso la società RAI Holding S.p.A., dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

A) Il contesto giuridico di riferimento

51. I servizi di post-produzione rientrano nell'ambito del settore radiotelevisivo, e pertanto, ai sensi dell'articolo 19, comma 1, lettera b) del Decreto Legislativo 163/06, c.d. *Codice degli Appalti*, sono esclusi dall'applicazione del Codice medesimo¹⁶.

52. A livello regolamentare interno, le procedure di affidamento della RAI sono disciplinate nelle “*Istruzioni interne per le procedure di affidamento dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture*” approvate dal CdA della RAI nel 2010, relative agli approvvigionamenti sia del settore ordinario - cui invece si applicano le disposizioni del Codice - sia del settore radiotelevisivo in cui

¹⁶ Ai sensi dell'articolo 19, comma 1, lettera b) del *Codice degli Appalti*, sono esclusi i contratti “*aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione*”.

rientrano le attività di post-produzione. In particolare, gli affidamenti dei servizi di post-produzione, fuori dai casi in cui è ammessa la procedura negoziata diretta verso un unico operatore (cd. negoziazione diretta)¹⁷, avvengono generalmente sulla base di una procedura selettiva ristretta. Seguendo tale procedura, l'invito viene rivolto ad almeno 5 fornitori, ove compatibili con l'oggetto del contratto, ai quali viene richiesto di formulare un'offerta secondo prescrizioni contenute in una lettera di invito (richiesta di offerta cd. "RDO"), corredata dai documenti complementari (capitolato tecnico, schema di contratto, condizioni generali). L'affidamento avviene secondo il criterio del prezzo più basso.

53. La maggioranza delle imprese coinvolte operano principalmente, se non esclusivamente, per la RAI. A tal riguardo, è stata evidenziata la necessità di una localizzazione delle sedi operative in prossimità degli studi televisivi RAI¹⁸.

54. Inoltre, sulla base delle disposizioni adottate in sede di autoregolazione da parte della RAI¹⁹, condizione necessaria per poter stipulare contratti di importo annuale superiore a euro 50.000 è l'iscrizione all'Albo Fornitori. La scelta dei fornitori iscritti all'Albo da invitare a ciascuna procedura avviene sulla base del principio di rotazione, in attuazione dell'articolo 27 del Codice degli Appalti, dedicato ai principi generali relativi ai contratti esclusi²⁰.

55. In particolare, secondo le esigenze di produzione indicate nella RDO e nel relativo capitolato tecnico predisposto dal Centro di Produzione TV, la lista degli inviti a partecipare alla singola negoziazione viene determinata dalla Direzione Acquisti che seleziona i fornitori previa verifica per ciascuno di essi dei seguenti elementi:

- disponibilità delle risorse tecniche, umane, logistiche oggetto di richiesta (ad esempio, numero di sale di montaggio, software, sala speaker ecc.);
- numero complessivo degli inviti che ciascun fornitore ha già ricevuto, nell'arco della stagione produttiva;
- relativo valore economico complessivo delle procedure a cui ciascun fornitore ha partecipato.

56. La medesima Direzione provvede a svolgere controlli sui ribassi e sulla posizione contributiva e previdenziale dei dipendenti delle imprese di post produzione prima di procedere ai pagamenti del servizio all'impresa aggiudicataria della gara²¹.

B) Il mercato rilevante

57. Nei casi riguardanti intese, la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca il coordinamento fra imprese concorrenti. Ai fini della valutazione di un'intesa, infatti,

¹⁷ La negoziazione diretta è ammessa per: appalti inferiori a 40.000 Euro; per gli appalti da affidare necessariamente ad un operatore determinato cd. infungibile, per ragioni di natura tecnica o artistica, ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi ovvero strettamente attinenti al contenuto dei programmi televisivi.

¹⁸ Al riguardo cfr. *inter alia* doc. istr. n. 29 – Risposta alla richiesta di informazioni a Studio Immagine, consegnata in occasione dell'accertamento ispettivo del 19 dicembre 2013, in cui si rappresenta che "generalmente nei capitolati tecnici di gara la RAI specifica che i locali messi a disposizione per l'espletamento del servizio richiesto dovranno essere velocemente e facilmente raggiungibili dalle sedi RAI situate in zona Prati. In tale quartiere, oltre alla direzione generale RAI, sono dislocate la grande maggioranza delle redazioni dei vari programmi che costituiscono il nucleo ideativo ed organizzativo del programma stesso (...)". Tale circostanza è confermata anche da RAI – cfr. doc. istr. 308 – Verbale audizione RAI del 17 ottobre 2014, pag. 3.

¹⁹ Regolamento per l'istituzione e la gestione dell'Albo Fornitori RAI.

²⁰ L'articolo 27 del Codice degli Appalti prevede che "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

²¹ Cfr. doc. istr. 308 – verbale audizione RAI.

l'individuazione del mercato rilevante è utile per circoscrivere con precisione e focalizzare l'analisi dei comportamenti delle imprese coinvolte e risulta funzionale all'individuazione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale, essendo in particolare *“funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività”*²².

58. Il procedimento riguarda la prestazione dei servizi di post-produzione dei programmi televisivi, nell'ambito dei quali rientra una categoria non omogenea di servizi tra cui: il montaggio di materiale audio-video, i servizi di riversamento materiale, di correzione colore, sottotitolazione, inserzione dei titoli di testa e di coda, il cambio formato, cambio standard e l'elaborazione grafica. Nel caso in esame il coordinamento collusivo tra le imprese si è realizzato relativamente alle gare per i servizi di post-produzione offerti all'Area Altre Strutture Editoriali del Centro di Produzione TV della RAI in Roma.

59. A tale definizione si è giunti sia a partire dalle caratteristiche della domanda, in quanto connessa al tipo di servizio richiesto il quale risponde ad alcune peculiarità, sia per le modalità con le quali tale domanda viene espressa.

60. Con riguardo al primo aspetto, si osserva che si tratta dei servizi di post-produzione rivolti alla Direzione Produzione TV, ed in particolare al Centro Produzione TV della Rai, i quali appaiono differenziarsi in relazione alla specificità del servizio rispetto a quelli richiesti dalle altre strutture dell'azienda, quali RAI Cinema, Televideo, Radiofonia. In tal senso, viene in rilievo per le sue specificità l'attività dell'Area Altre Strutture Editoriali del Centro Post-produzione, che ha la responsabilità di tutte le attività di montaggio, lavorazione e gestione teche per conto delle Reti generaliste e per i Canali specializzati.

61. In ordine al secondo aspetto, occorre rilevare che, sebbene il settore radiotelevisivo rientri tra i settori esclusi di cui all'articolo 19 del Codice degli Appalti, la RAI è in ogni caso tenuta al rispetto dei principi generali di cui all'articolo 27 del Codice, in ciò differenziandosi dalle altre emittenti televisive²³. Nello specifico, la domanda è espressa dalla Direzione Post-Produzione del Centro di Produzione Televisiva (CPTV) della RAI e veicolata ai fornitori, tra quelli inclusi nell'Albo Fornitori dell'azienda, dalla Direzione Acquisti attraverso procedure e condizioni espressamente individuate dall'ente stesso, in osservanza dei principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento (*“Istruzioni interne per le procedure di affidamento dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture”* approvate dal CdA RAI nel 2010).

62. Alla luce di tali profili, del tipo di servizio richiesto e delle peculiarità della domanda, il mercato rilevante del prodotto appare individuabile nei servizi di post-produzione relativi a programmi televisivi delle reti generaliste e dei canali tematici acquistati da RAI con procedure selettive.

63. Quanto alla definizione geografica del mercato si rileva che i criteri di preselezione adottati dalla struttura della RAI per l'inclusione delle imprese di post-produzione televisiva nell'Albo Fornitori hanno portato a delimitare la scelta tra operatori radicati nelle vicinanze dello stesso committente, localizzato a Roma.

64. Quanto alla struttura del mercato, esso si caratterizza per la presenza di operatori che rispondono ai requisiti in linea con gli standard RAI; l'entrata sul mercato quindi è regolata dalla valutazione della RAI della sussistenza dei requisiti.

²² Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2837, I722 Logistica Internazionale.

²³ SU Cass. n. 10443 del 23 aprile 2008.

C) Il contesto di crisi del mercato per le gare RAI per i servizi di post produzione

65. Alla luce delle evidenze acquisite, è emerso come il settore dei servizi di post-produzione sia attualmente caratterizzato da uno stato di crisi che si è accentuato negli ultimi anni. Sulla base di quanto rappresentato dalle società nel corso dell'istruttoria²⁴, esso sarebbe legato a varie circostanze tra cui la scelta di Rai di internalizzare il più possibile tali servizi e di abbassare gradualmente la soglia di prezzo massima di gara fissata dalla stessa in sede di appalto.

66. Inoltre, dalla lettura della documentazione ispettiva, risultano diverse iniziative, principalmente adottate in sede di associazione di categoria (NIBA), volte a sensibilizzare la RAI circa le difficoltà economiche del settore. Al riguardo, particolarmente significativa è la lettera inviata il 15 febbraio 2013 da alcuni legali per conto dell'associazione NIBA, cui aderiscono gran parte delle società di montaggio che operano a Roma per conto della RAI, al direttore generale della RAI [omissis]²⁵ e all'allora direttore della Direzione Acquisti dott. [omissis], nella quale vengono evidenziate "situazioni di grave criticità nell'assegnazione degli appalti da parte delle strutture deputate della RAI, sia per quanto riguarda il montaggio e sia per quanto concerne le troupes, che penalizzano molte società costringendole a ridurre significativamente le offerte fino al limite del costo del lavoro, azzerando ogni margine di utile"²⁶. Inoltre, viene riportato che "nell'ultimo anno (2012) il prezzo della commessa aggiudicata a seguito di gara è stato di circa il 50% inferiore al prezzo di base di partenza indicato dalla RAI, che poi si riduce progressivamente fino al 70-80% se si considerano i costi delle voci extra non riconosciuti dalla RAI", evidenziando che le uniche società che possono sostenere costi così bassi sarebbero quelle non rispettose delle normative fiscali e delle specifiche disposizioni del diritto del lavoro, determinando una riduzione dei margini delle società che hanno sempre lavorato con la RAI.

67. Altro documento rilevante in tal senso è un c.d. "atto di significazione", notificato in data 9 maggio 2013²⁷ ai vertici RAI e all'Ufficio Acquisti RAI, con il quale le imprese associate a NIBA hanno nuovamente evidenziato come le procedure di aggiudicazione di RAI aventi ad oggetto le riprese cinetelevisive ed il montaggio delle stesse prevedano come criterio di scelta quello dell'offerta economica al prezzo più basso, senza tener conto delle norme in materia di diritto del lavoro, ed in particolare i valori economici previsti dalla contrattazione collettiva ed il costo relativo alla sicurezza.

LE EVIDENZE IN ATTI*Gli elementi emersi nel corso dell'istruttoria*

68. L'analisi della documentazione acquisita in istruttoria è relativa a scambi di informazioni sulle offerte formulate in sede di partecipazione alle gare RAI cui si accompagna un'espressa indicazione circa le strategie da adottare in reazione al progressivo abbassamento del tetto massimo di gara fissato dalla RAI in sede di appalto. Il principale contesto di svolgimento di tali scambi di informazioni e di coordinamento delle politiche di prezzo è rappresentato dall'associazione NIBA. Con riferimento alle gare indette da RAI nel luglio-ottobre 2013 si

²⁴ Cfr. *ex multis* MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253; Diva e Obiettivo Immagine - verbale audizione congiunto del 5 giugno 2014 - doc. istr. 197 e memoria congiunta del 9 settembre 2014 - doc. istr. 247; Primopiano-Memoria di difesa - doc. istr. 572.

²⁵ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

²⁶ Doc. isp. 7.

²⁷ Doc. isp. 8.

registra l'intensificarsi di tali scambi e l'adozione di una strategia di diretta spartizione delle gare posta in essere da alcune imprese.

69. Di seguito, per facilitare la trattazione delle tematiche rilevanti, le principali evidenze acquisite verranno descritte raggruppandole con riferimento: *a)* al ruolo e alle funzioni svolte dall'associazione NIBA, individuando le diverse fasi della sua attività a partire dalla sua costituzione; e *b)* alle gare del periodo luglio-ottobre 2013 inizialmente oggetto di indagine nel provvedimento di avvio. Per agevolare la lettura e identificare la paternità dei documenti richiamati, di seguito si riporta una tabella elaborata sulla base degli elementi in atti e delle visure camerali disponibili dove per ogni società parte del procedimento è riportato il nominativo dei rappresentanti legali.

Tabella 1

Parte	Rappresentante
Aesse Video S.r.l.	[omissis] ²⁸
Barbieri Communication S.r.l.	[omissis]
CapitalVideo Produzioni S.r.l.	[omissis]
D4 S.r.l.	[omissis]
Digital Si S.r.l.	[omissis]
Diva Cinematografica S.r.l.	[omissis]
Etabeta S.p.A.	[omissis]
Euro Group Line Production S.r.l.	[omissis]
Euroscena S.r.l.	[omissis]
Futura S.r.l.	[omissis]
Grande Mela S.r.l.	[omissis]
Industria e Immagine S.r.l.	[omissis]
MAV Television S.r.l.	[omissis]
Menager 2000 S.r.l.	[omissis]
New Telecinema S.r.l.	[omissis]
Obiettivo Immagine S.r.l.	[omissis]
On Air Unipersonale S.r.l.	[omissis]
Point Films S.r.l.	[omissis]
Primopiano Tv S.r.l.	[omissis]
Reportage Television Studio S.r.l.	[omissis]
Siri Video S.r.l.	[omissis]
Soul Movie S.r.l.	[omissis]
Studio Immagine S.r.l.	[omissis]
Telecinema Production S.r.l.	[omissis]
Unitefilm S.r.l.	[omissis]
Video Etc S.r.l.	[omissis]

²⁸ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

Parte	Rappresentante
World Video Production S.r.l.	[omissis]

L'associazione NIBA-New Italian Broadcasting Association

70. Circostanza rilevante emersa dagli accertamenti ispettivi è la costituzione nel 2011 da parte delle imprese attive nel settore della post-produzione dell'associazione NIBA, volta a “rappresentare gli interessi delle imprese associate presso le istituzioni e le organizzazioni economiche, sindacali e sociali, sia locali che nazionali”²⁹.

71. Tale associazione, a cui aderiscono la maggioranza delle imprese parti del procedimento, risulta aver svolto un ruolo rilevante nell'ambito delle offerte presentate in occasione delle procedure indette dalla RAI.

72. Quanto all'aspetto temporale, già in una mail del marzo 2010³⁰, inviata da DIVA ad alcune delle imprese interessate, si discute circa la volontà di costituire un'associazione, dettata dalle esigenze di contrastare “l'esagerata corsa al ribasso nelle offerte per aggiudicarsi le gare relative alla prestazione dei servizi di post-produzione. (...) N.B. L'associazione ha senso costituirla solo se raccoglieremo almeno l'80% delle imprese interessate”. Nella comunicazione allegata alla mail, a firma di [omissis] della società Futura, vengono richiamati quelli che dovrebbero essere i compiti principali dell'associazione, fra cui: “indire riunioni periodiche dell'assemblea generale per ricevere indicazioni operative e rendere conto dei risultati ottenuti; individuare una strategia d'azione per ottenere la fissazione di un tetto dell'offerta più bassa attraverso incontri diretti con le dirigenze RAI [sottolineatura aggiunta]; quando possibile, coordinare eventuali accordi diretti tra associati per concordare anticipatamente le aggiudicazioni delle gare d'appalto [sottolineatura aggiunta] (...)”³¹.

73. Tale volontà si è poi concretizzata con la costituzione, in data 15 settembre 2011, dell'associazione NIBA. I soggetti promotori della sua costituzione risultano essere le società DIVA, Euro Group, MAV Television, Studio Immagine, Telecinema Production e Unitefilm³². Dalla lettura del verbale dell'assemblea del 29 settembre 2011, risultano partecipare alla prima riunione dell'associazione in qualità di associati NIBA anche altre imprese (D4, Digital Si, Etabeta, Futura, Obiettivo Immagine, RTS, Siri Video, Telecinema Production e Video Etc.³³). Dalla lettura del medesimo verbale, si evince, infine, che l'assemblea accetta la candidatura di altre 5 imprese (Capital Video Produzioni, Grande Mela, Industria e Immagine, Menager2000 e Point Films)³⁴.

74. Dall'analisi della documentazione ispettiva emerge come l'attività dell'associazione NIBA abbia vissuto fasi alterne, caratterizzate da momenti di maggiore coesione e compattezza dell'azione tra i vari associati e da momenti di tensione e divisione tra i gruppi interni che si sono

²⁹ Articolo 3 dello Statuto – doc. istruttorio 12, allegato V.

³⁰ Doc. isp. 5, mail del 10 marzo 2010 trasmessa da [omissis] di DIVA a varie imprese con allegati un elenco delle potenziali associate e una lettera a firma di [omissis] della società Futura, datata 5 marzo 2010.

³¹ Doc. isp. 5, cit., allegato alla mail del 10 marzo 2010, pag. 4.

³² Cfr. Atto costitutivo dell'associazione - doc. istruttorio 12, allegato Z.

³³ Cfr. verbale di assemblea con data 29 settembre 2011 - doc. istruttorio 12, allegato Z, cit.

³⁴ Cfr. verbale di assemblea con data 29 settembre 2011 - doc. istruttorio 12, allegato Z, cit.

venuti a creare nel tempo³⁵. Nell'ambito di tali fasi le condotte più strettamente associative si intrecciano ad attività più espressamente di coordinamento delle condotte.

75. La fase iniziale dell'attività del NIBA si estende approssimativamente da settembre 2011 all'estate 2012, e in essa il presidente è [omissis] (della società DIVA), che resta in carica dalla costituzione dell'associazione fino al 3 settembre 2012, data delle sue dimissioni.

76. Sin dagli inizi, l'attività del NIBA si contraddistingue per la realizzazione di iniziative di monitoraggio delle gare. In tale prospettiva, si richiama una *mail* inviata da MAV del 6 dicembre 2011 con cui si sollecita l'invio del prospetto delle gare a cui le imprese hanno "*partecipato e quelle vinte con gli importi sia a base d'asta che quelli di aggiudicazione onde evitare spiacevoli equivoci. Attendiamo una vostra risposta urgentemente*"³⁶.

77. Anche nel 2012, si riscontrano evidenze circa uno scambio di informazioni sensibili realizzatosi in sede associativa. In particolare, vi è una *mail* da NIBA agli associati del 12 luglio 2012 contenente 2 file Excel con il prospetto gare 2010-2011 e 2011-2012³⁷. Questi file consentono un monitoraggio delle aggiudicazioni, della base d'asta e del prezzo di aggiudicazione di ciascuna gara, con indicazione altresì delle diverse imprese invitate da RAI.

78. In questa fase, come emerge dalla documentazione ispettiva, le imprese, preoccupate dell'abbassamento dei prezzi orari richiesti dalla RAI, hanno commissionato alla società di consulenza Ernst&Young la realizzazione di uno studio intitolato "*Project NIBA*" ultimato il 19 luglio 2012, contenente un'"*Analisi delle assunzioni sottostanti la determinazione del costo complessivo aziendale per attività di post-produzione in configurazione Basic*"³⁸. Sulla base di tale studio è stato determinato il costo orario base del montaggio negli appalti di entità consistente nell'importo di Euro 39,00, cui è stato aggiunto un margine del 10%, per complessivi Euro 43,00/h.

³⁵ Un esempio di tale conflittualità si può trovare nel doc. isp. 41 contenente un comunicato di NIBA del 7 agosto 2012 in ordine alle affermazioni diffuse dal componente della Giunta [omissis] (MAV Television) in data 2 agosto 2012 al Collegio dei Proibiviri e agli Associati in cui si legge (pag. 2-3) che " (...) Inoltre, va ricordato l'impegno con il quale, sulla base delle valutazioni confermate anche dalla società Ernst & Young, abbiamo richiesto alla RAI la determinazione del costo orario base del montaggio negli appalti di entità consistente nell'importo di Euro 39,00, cui va aggiunto il margine del 10% e così per complessivi Euro 43,00/h [sottolineatura aggiunta]. Al di sotto di tale soglia, infatti, non riteniamo che le aziende nostre associate possano operare senza sofferenze nel rispetto della legalità. Tutto ciò ad esclusivo vantaggio degli associati. Malgrado lo sforzo profuso e l'avvio delle trattative, però, [omissis] (MAV Television) ha del tutto ingiustificatamente ed illegittimamente diffuso notizie non vere e documenti interni all'Associazione, indirizzandoli persino a soggetti estranei alla compagine associativa, con commenti gravemente denigratori dell'onorabilità e dell'operato del Presidente e dei componenti della Giunta. Ciò in palese violazione degli obblighi previsti dallo Statuto e dal Regolamento dell'Associazione, oltre che dei doveri gravanti sul [omissis] (MAV Television) in ragione dell'incarico ricoperto in seno all'Organo amministrativo. Siffatta condotta, anche ove strumentale alla espressione del proprio dissenso, è del tutto inaccettabile e gravemente lesiva dell'immagine dell'Associazione, a tacer del pregiudizio arrecato personalmente ai sottoscritti. Pertanto, nel diffidare [omissis] (MAV Television) dal reiterare simili gravissime condotte, con la presente ci riserviamo di assumere, in tutte le sedi ritenute competenti, ogni iniziativa a tutela dei diritti dell'Associazione e dei propri associati."

³⁶ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una *mail* inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società (Digital Si, Euroscena, Industria e Immagine, Menager2000, New Telecinema, Siri Video, Studio Immagine, TC Production, D4) avente il seguente oggetto "*sollecito invio prospetto gare*". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224). Inoltre, come evincibile da alcune *mail* intercorse con i componenti della giunta di NIBA, tale operatore nel gennaio del 2011, ha svolto un compito di raccordo e di organizzazione dei dati relativi alle partecipazioni alle gare RAI (doc. isp. 170).

³⁷ Cfr. doc. isp. 70, reperito presso DIVA, rappresentato da una comunicazione di NIBA con cui vengono trasmessi due allegati denominati rispettivamente "*PROSPETTO GARE 2010-11*" e "*RIEPILOGATIVO GARE 2011-12*"; cfr. anche doc. isp. 172, reperito presso Industria e Immagine, contenente un file riepilogativo delle gare 2010/2011; doc. isp. 224, reperito anch'esso presso Industria e Immagine, contenente una *mail* da quest'ultima società a MAV dell'11 marzo 2011 con prospetto gare; doc. isp. 225, reperito presso Industria e Immagine, rappresentato da una *mail* da Industria e Immagine a DIVA del 31 gennaio 2011 avente ad oggetto "*Situazione appalti*"; doc. isp. 334, reperito presso Studio Immagine, relativo ad un prospetto riepilogativo del 9 gennaio 2013.

³⁸ Documento acquisito presso diverse sedi ispettive (*inter alia*, doc. isp. 41 - DIVA; doc. isp. 143 - Euro Group; doc. isp. 205 - Industria e Immagine; Doc. Isp. 300 - RTS). Cfr. inoltre doc. istr. 12 - Allegati I - S e T.

Al di sotto di tale soglia l'associazione NIBA ritiene che le aziende associate non possano operare nel rispetto della legalità, come indicato nell'atto di significazione³⁹.

79. Conseguentemente, tale studio è stato trasmesso alla RAI, affinché ne tenesse conto nella determinazione del costo orario base del montaggio. Tuttavia, questa, come indicato in un documento reperito presso DIVA⁴⁰, ne ha evidenziato le criticità e le incorrettezze. Su tali censure della RAI, nella bozza di verbale NIBA del 26 luglio 2012⁴¹, si legge “[omissis] (MAV) propone la linea di non contestazione nei riguardi delle critiche della Rai e una ricerca di dialogo al fine di tornerà ad avere un prezzario [sottolineatura aggiunta]”.

80. Accanto alle descritte iniziative associative di sensibilizzazione della RAI, è tuttavia costante la predetta attività di monitoraggio delle partecipazioni delle imprese aderenti alle gare indette dalla RAI. Si richiamano una mail del 24 agosto 2012 “partecipazioni di agosto ‘12” in cui nel corso della stagione delle gare dell'estate 2012, la NIBA comunica il numero di chiamate che ciascuna impresa ha ricevuto dalla RAI⁴², oppure un'altra mail del 29 agosto 2012 che contiene il prospetto aggiornato delle società che sono state chiamate in gara da inizio agosto⁴³.

81. Più in generale, anche nell'ambito delle audizioni istruttorie, è stato confermato l'utilizzo di strumenti volti a creare una condivisione di informazioni commerciali nell'ambito di NIBA. Sul punto, rileva la richiesta di trasmissione delle offerte formulate dalle singole imprese nelle gare

³⁹ Doc. isp. 8.

⁴⁰ Cfr. bozza di verbale d'assemblea NIBA del 26 luglio 2012 (Doc. isp. 37, reperito presso DIVA), in cui si legge che “il Dott. Marini, tramite una telefonata in vivavoce, spiega al Consiglio l'esito dell'incontro del 24 luglio '12 con il Dott. Lo Russo Caputi (2). Racconta al Consiglio i punti critici riscontrati dalla Rai riguardo al Report di Ernst & Young sui prezzi: -Il canone dell'affitto in Prati che non è nei parametri; Il calcolo dell'ammortamento dell'IMX in 3 anni; Il conteggio giornaliero dei turni. Seguirà a questo un altro incontro nelle prossime settimane. (...)”

⁴¹ Doc. isp. 37 cit..

⁴² Cfr. doc. isp. 84, reperito presso DIVA, costituita da una mail del 24 agosto 2012 trasmessa da NIBA a Studio Immagine, in cui si legge quanto segue: “Salve, Le invio il conto delle società che sono state chiamate da inizio agosto ad oggi. Escludendo Geo&Geo e Easy driver, ancora non consegnate, sono state chiamate 11 gare. Ancora non sono venuta a conoscenza dell'esito della prova del cuoco (consegna il 10 ago).

Barbieri Communication 3 chiamate

Capital-Video 3

Diva Cinematografica 5

D4 3

Eta Beta 3

Euro Group 4

Futura 2

Grande Mela 1

Industria e Immagine 4 vinto amiche del sabato a 23

Manager 3 vinto uno mattina in fam. a 23,80

Mav Television 2 vinto vita in diretta a 24,90

Obbiettivo Immagine 5

Point Film 2 vinto Affari tuoi a 30

R.T.S. 4

Siri Video 4 vinto sorgente di vita a 25,30

Studio Immagine 3

T.C. Production 4 vinto Catastrofe a 27,40

Video Etc 3 vinto Favole yoyo a 23,40

Unitelefilm 0

New Telecinema 2 vinto Tale e quale a 26

Digital si 4 vinto porta a porta a 24,60

Primo Piano 3 vinto sereno var. a 33

On air 1”

⁴³ Doc. isp. 108, reperito presso DIVA.

indette da RAI, accompagnata anche da espressi solleciti all'invio dei dati laddove le imprese non avessero dato riscontro ad una prima richiesta⁴⁴.

82. Nell'estate 2012, ove si registrano delle critiche all'operato del Presidente [omissis], amministratore di DIVA, in merito alla realizzazione degli obiettivi di coordinamento sottesi all'adesione al NIBA, viene ribadita la necessità di adottare una linea comune, tesa ad un innalzamento dei prezzi, così come indicata dall'associazione, al fine di evitare un livello di prezzi eccessivamente vicino alla soglia dei costi, così come individuati nella consulenza commissionata da NIBA allo studio E&Y.

83. Al riguardo, in una mail del 20 agosto 2012 indirizzata agli associati NIBA, a firma del presidente dimissionario [omissis], si legge che “*Apprendiamo che le ultime offerte presentate alla Rai, per l'aggiudicazione degli appalti di montaggio, sono state di importi molto vicini al costo del lavoro. Ricordiamo che, nella perizia effettuata dalla Ernst & Young, a suo tempo inviatavi, il costo industriale per l'uso di un'ora di montaggio è stimato in Euro 43,00 circa, cifra al di sotto della quale qualsiasi azienda si troverebbe in sofferenza*”[sottolineatura aggiunta]. *E' comprensibile che le società, per eventi non da loro determinati sono costrette a praticare forti sconti per ottenere dei lavori, ma è consigliabile che le associate nelle loro offerte non si discordino* (leggi: discostino) *molto dalla valutazione indicata per non danneggiare loro e le altre imprese, costringendole a praticare ribassi che oggettivamente sono finalizzati solo ad una breve sopravvivenza. Come sapete l'Associazione può solo indicare di attenersi ai limiti periziati, in quanto ciascuna azienda è responsabile delle proprie scelte, ma certo è che con questi prezzi nessuno di noi resisterà a lungo*[sottolineatura aggiunta]”⁴⁵.

84. Emblematico è altresì il documento contenente il verbale di una riunione del Direttivo e del collegio dei Probiviri della NIBA del 3 settembre 2012, in cui [omissis] rassegna le proprie dimissioni dalla carica di Presidente, esprimendosi con tali parole “*Quando tutto è cominciato avevo l'ambizioso obiettivo di spingere il nostro settore a muoversi nella più totale trasparenza e legalità, affinché al lavoro di tutti venisse dato il giusto valore. Il solo modo di farlo era spingere la Rai, muovendoci tutti nella stessa direzione, a rialzare i prezzi in modo congruo*”[sottolineatura aggiunta], *affinché potessimo pagare al nostro personale il compenso e i contributi dovuti e avere tutti un giusto margine di guadagno*. (...) *I prezzi molto bassi, presentati nelle ultime gare di appalto da alcuni soci, sono stati ai miei occhi un segnale di come manchi proprio alla base la coesione di intenti, fondamentale per raggiungere quello che era il nostro scopo*[sottolineatura aggiunta]. *L'associazione, per come è oggi, basata ormai soprattutto su sterili accuse reciproche e assenza di dialogo, non rispecchia più in alcun modo lo spirito degli inizi, di conseguenza non rispecchia più la mia persona*”⁴⁶.

⁴⁴ Doc. istruttorio n. 250 - Verbale audizione Digital Si – pag. 3. In particolare, nel motivare le ragioni del recesso da NIBA, la Parte ha dichiarato quanto segue: “*un'ulteriore ragione per esercitare il recesso risiede nel fatto che NIBA era solita richiedere i dati sulle partecipazioni di Digital SI alle offerte RAI al fine di creare un archivio volto a monitorare la partecipazione degli operatori attivi nel settore*”[sottolineatura aggiunta]. *Digital SI si è sempre rifiutata di trasmettere tali dati in quanto si trattava di informazioni confidenziali, frutto di elaborazioni interne all'impresa e che peraltro riteneva fossero disponibili a tutte le imprese al momento dell'apertura delle offerte. Digital SI ha ricevuto anche solleciti per la trasmissione degli stessi posto che essa non rispondeva, considerando come mai ricevute tali richieste*[sottolineatura aggiunta]. *Pertanto, fra le ragioni che hanno motivato la decisione del recesso di Digital SI comunicata a NIBA vi era tale attività di monitoraggio che esorbitava dagli obiettivi che Digital SI si era proposta partecipando a NIBA e che è stata vissuta con fastidio*[sottolineatura aggiunta]. *La Digital SI esercitando il recesso ha voluto manifestare la sua estraneità a tale tipo di attività*”. Cfr. anche verbale audizione Euroscena – doc. istruttorio n. 233, pag. 3.

⁴⁵ Doc. isp. 43, reperito presso DIVA Cinematografica.

⁴⁶ Doc. istr. 12, allegato W, pag. 23.

85. Atri documenti significativi dell'intento di realizzare un innalzamento dei prezzi nell'ambito delle gare indette da RAI sono alcune mail⁴⁷ inviate da [omissis] della società Menager2000 agli associati NIBA e varie altre persone fisiche in cui si critica la posizione di alcuni membri del consiglio direttivo NIBA che tentano "di fare alzare i prezzi al nostro committente", per "presentare poi prezzi tanto bassi" e in cui pertanto si legge "Ritengo che sia necessario convocare un'assemblea generale, per capire una volta per tutte, quale deve essere lo scopo della nostra associazione, chi ne fa parte e chi no. Mi sembra di rammentare che lo scopo dell'associazione fosse quello di cercare di far rialzare i prezzi di aggiudicazione delle commesse Rai, o sbaglio? Relativamente alla lista, forse ci siamo fatti un autogol? Spero di no[sottolineatura aggiunta]"⁴⁸.

86. L'ultima affermazione si riferisce ad un documento del 2 agosto 2012, inviato alla RAI e reperito in forma manoscritta, intitolato "Assegnazione appalti montaggio-Criteri" ("la lista") e contenente una serie di richieste e criteri da applicare relativi alle imminenti procedure. Tra i criteri da seguire si fa riferimento a: "1) Rotazione tenendo conto delle gare che sono state già assegnate a ciascuna azienda; 2) trasparenza ed equità nell'assegnazione dei turni liberi a chiamata diretta; (...) 5) Non assegnazione di commesse ad aziende che non dispongono di tutti i mezzi richiesti; oppure indicare nella licitazione la percentuale del sub-appalto consentito; (...) 8) prezzo orario per montaggio basic di Euro* 43 più accessori ora non riconosciuti. "*è stato ridotto a 39,00 euro l'importo della prima proposta (Ernst e Young) riconsiderando la location e alzando a 5 anni l'ammortamento app.ture (leggi apparecchiature) + 10% margine non considerato in precedenza"⁴⁹. Tale appunto risulta essere successivamente trascritto in un verbale della Giunta NIBA del 10 agosto 2012 cui hanno partecipato i consiglieri [omissis] (Unitefilm), [omissis] (Euro Group) ed il Presidente [omissis] (Diva)⁵⁰.

87. Anche in questa fase continua l'attività svolta in sede NIBA di monitoraggio delle aggiudicazioni precedenti e del totale del fatturato conseguito da ciascuna impresa, come evidenziato da alcuni dei documenti ispettivi⁵¹.

⁴⁷ Doc. isp. 345, mail del 3 agosto 2012, acquisita presso Studio Immagine; Doc. isp. n. 347, anch'essa acquisita presso Studio Immagine, contenente anche una risposta di [omissis] (Unitefilm) del 10 agosto 2012.

⁴⁸ In risposta a tali affermazioni del rappresentante di Menager 2000 in una mail da NIBA firmata da [omissis] (DIVA), [omissis] (Euro Group), [omissis] (Studio Immagine) e [omissis] (Unitefilm) si legge che "Rispetto alla Tua e-mail del 7 agosto e all'"autogol" che, a Tuo dire, sarebbe stato commesso, siamo spiacenti di comunicarTi il nostro disappunto e la pretestuosità dell'argomento. In primo luogo, non è accettabile considerare un "autogol" una misura, quella della busta paga, in grado di premiare le aziende virtuose che operano nel rispetto della legalità e di prevenire offerte anomale o aggiudicazioni che costringano i nostri associati ad assumere comportamenti non trasparenti per abbattere i costi. Inoltre, la richiesta di fissazione del prezzo orario base a 43 euro, seppur non pienamente soddisfacente, non può essere considerata negativamente [sottolineatura aggiunta]. Riteniamo infatti che se non si determinano dei punti fissi, portare le gare anche a un valore di 100euro ora per poi aggiudicarsele a 20 euro non risolverebbe alcunché." Ancora nel doc. isp. n. 14 reperito presso Studio Immagine, contenente una mail del 21 agosto 2012 di risposta di [omissis] Unitefilm a [omissis] di Menager2000 si legge "per le ultime offerte fatte intorno ai 25Euro, ha di fatto risposto il presidente, inviando il 20.8.2012 una mail che invitava gli associati a non fare sconti eccessivi. Comunque se ritieni che quelle cifre siano sostenibili, ma credo che non lo pensi, dicci tu come si può fare attività senza andare in passivo (così si chiude!)" (Si tratta del Doc. isp. 118 acquisito presso DIVA).

⁴⁹ Doc. isp. 339, acquisito presso Studio Immagine; cfr. anche doc. isp. 234, acquisito presso MAV e doc. isp. 74, reperito presso DIVA.

⁵⁰ Doc. istr. 12, Allegato W, pag. 17.

⁵¹ Docc. isp. 334 e 370, reperiti presso la sede di Studio Immagine. In particolare, nel doc. n. 370, oltre alla tabella con dati appalti, è contenuto un appunto manoscritto relativo ad un'assemblea NIBA con un elenco partecipanti (Point Film, Industria e Immagine, Studio Immagine, DIVA, Unitefilm, MAV Television, Obiettivo Immagine, Euro Group ("GLP"), New Telecinema, Futura, D4, RTS, ETABETA, Siri Video, Video Etc, Digital Si), offerte finali ed elaborazioni dell'autore dell'appunto (Studio Immagine) sulle proprie offerte finali e su quelle di alcune delle imprese presenti.

88. In data 10 settembre 2012 nella riunione della Giunta NIBA si discutono varie tematiche tra cui le dimissioni dalla carica di consigliere del NIBA di [omissis] (MAV Television)⁵² e le dimissioni dalla carica di presidente di [omissis] (DIVA)⁵³. Ciò porta alla nomina di [omissis] (amministratore unico di Unitelefilm) come nuovo presidente della Giunta della NIBA, il quale sembra voler proporre una diversa linea d'intervento ispirata ad una maggiore decisione nell'intervenire nei confronti di imprese che operano prezzi eccessivamente ridotti. Infatti, in una lettera dell'associazione NIBA del 16 ottobre 2012⁵⁴ a firma del nuovo presidente [omissis] inviata a tutti gli associati, si legge “E' necessario intraprendere azioni anche legali nei riguardi delle società non associate che operano in palesi e comprovati dumping e/o concorrenza sleale creandoci danni e distorsioni del mercato. Inoltre, fare opera “primaria” di convincimento anche nei riguardi delle associate. (...) Come sollecitato da molti associati, la Giunta metterà a disposizione per la totalità degli stessi il risultato delle “gare” a cui le aziende hanno partecipato cosa oggi possibile considerando che la stessa Rai ne dà comunicazione scritta ma priva degli importi solo ai partecipanti e quindi questa informazione è da ritenersi pubblica. (...) [sottolineatura aggiunta]”⁵⁵.

89. Sempre in ambito associativo vi è una totale trasparenza e condivisione di informazioni strategiche, nonché indicazioni operative circa i comportamenti da assumere nei confronti della RAI: ad esempio, in una Comunicazione agli associati NIBA del 24 settembre 2012, si legge che “Nelle ultime richieste d'offerte la Rai invia l'allegato D (modulo per la compilazione dell'offerta economica) in cui a differenza del passato è richiesto il costo orario ordinario delle singole voci che la Società adotta come prezzo di listino. Ed è evidente che la richiesta è finalizzata alla conoscenza del quanto le aziende praticano sul mercato. Compilare l'allegato D non avendo determinato con esattezza l'importo totale costituito dal prezzo della W.S. Basic di € 46,48 (maggiore del costo industriale di €43,00 sotto il quale si va in sofferenza), più da quelli degli accessori, riconosciuti già circa 10 anni fa, che insieme possono essere scontati su vostra decisione autonoma, equivale a dare all'appaltante la possibilità di contestare le richieste economiche dell'Associazione in quanto molto più alte di quelle indicate dalla singola azienda. Per non entrare in contraddizione tra le proposte della Niba e l'indicato dalle Società, inviando il nostro listino prezzi dei mezzi tecnici extra W.S. (consegnato alla Rai dal [omissis] personalmente a [omissis] il 02/08/12) a cui le associate dovrebbero attenersi nel compilare le offerte e alcuni esempi di redazione riferiti ai recenti appalti con i criteri che consigliamo di adottare [sottolineatura aggiunta]”⁵⁶. In allegato a tale mail viene trasmesso il listino prezzi e un'ipotesi dei prezzi minimi da offrire con riguardo alle trasmissioni “Geo&Geo” e “Chi l'ha visto”.

⁵² Doc. isp. 197, reperito presso la sede di Industria e Immagine e rappresentato da una mail con allegata una lettera di dimissioni dal Consiglio Direttivo di [omissis] (MAV Television). Quest'ultimo, nel rassegnare le proprie dimissioni lamenta l'applicazione di prezzi eccessivamente bassi da parte di alcune imprese esprimendosi nei termini che seguono: “sta di fatto che siamo tornati a formulare offerte in gare d'appalto di euro 21,00/22,00 l'ora così come si vince dalle ultime gare svolte, e che tali prezzi sono stati applicati anche dagli stessi promotori degli atteggiamenti di rivalsa nei confronti di coloro che abbassavano troppo le offerte”.

⁵³ Doc. isp. 59, reperito presso DIVA, relativo alla convocazione dell'assemblea generale associati NIBA del 16 ottobre 2012 in cui viene presentata la nuova Giunta di NIBA; cfr. Doc. isp. 57, reperito presso la sede di DIVA che riguarda l'elezione del Presidente (27-09-12) (cfr. anche doc. isp. 72, reperito presso la sede di DIVA).

⁵⁴ Doc. isp. 142, reperito presso la sede di Euro Group. Il medesimo documento è stato rinvenuto presso la sede di DIVA in allegato ad una mail della Segreteria del NIBA del 17/10/2012 indirizzata a tutti gli associati NIBA (Doc. isp. 71).

⁵⁵ Doc. isp. 142 e Doc. isp. 71 citati nella nota precedente.

⁵⁶ Doc. isp. 46, reperito presso DIVA.

90. In tale fase, continuano altresì le iniziative della NIBA volte alla sensibilizzazione della RAI. Tra queste l'atto di significazione inviato ai vertici RAI nel maggio 2013, oltre alla lettera al Direttore Generale RAI del 18 febbraio 2013, sopra descritti, ove vengono affrontate numerose criticità nell'assegnazione degli appalti da parte delle strutture operative della RAI, che penalizzerebbero molte società costringendole a ridurre significativamente le offerte fino al limite del costo del lavoro, azzerando ogni margine di utile.

91. Fra il giugno e il luglio del 2013, continua la condivisione in ambito NIBA di informazioni sensibili con la trasmissione di file contenenti tabelle riepilogative delle Gare RAI 2013⁵⁷, che indicano le gare con il nominativo dell'impresa aggiudicataria, il loro valore e le percentuali di sconto praticate⁵⁸.

92. Inoltre, diverse evidenze testimoniano uno scambio in ambito associativo di listini con prezzi orari: ad esempio, con mail del 14 giugno 2013 viene inviato da NIBA un listino prezzi di noleggio orario, basato sui costi di acquisto dei mezzi tecnici incrementati dei costi industriali (*"Listino per tipologia di sale AVID"* e *"Listino accessori alle sale di montaggio standard"* datato giugno 2013)⁵⁹, elaborato da [omissis] della Euro Group; esso viene inviato a tutti gli associati e come si legge dalla lettera di accompagnamento tale listino *"con gli opportuni accorgimenti ricalca quello praticato nel 2002 dalle aziende del nostro settore. Il listino è ovviamente suscettibile di eventuali migliorie che ritenete consigliare. Alle singole società la scelta di adottarlo e proporlo ai rispettivi clienti. L'eventuale condivisione tra le operanti nel nostro settore può favorire un diverso approccio all'attuale logica di mercato. Ovviamente ciascuna azienda può proporsi ai rispettivi clienti con le varianti meglio aderenti alla sua realtà. Restiamo in attesa delle vostre considerazioni"*⁶⁰. In sede di elaborazione viene prospettata anche la possibilità di aumentare alcuni voci di costo e di condividere l'iniziativa con tutti gli associati⁶¹.

93. Tale scambio di listini è poi sfociato in una ulteriore comunicazione alla RAI del 4 luglio 2013⁶², con cui, analogamente a quanto accaduto per la perizia E&Y, è stato richiesto alla RAI di prendere in considerazione questa ulteriore elaborazione *"nel determinare una più equa valutazione di quanto attualmente la stessa RAI evidenzia nelle richieste di offerta per effettuare lavori che stima in partenza con un tetto massimo di Euro 35 H omnicomprendente tutti i mezzi tecnici e che a ribasso vengono appaltati a meno di Euro 20,00"*⁶³.

94. Nella documentazione ispettiva si riscontrano altresì diversi documenti relativi alla convocazione di altre riunioni nel corso dell'estate 2013: riunione NIBA convocata per 24 giugno 2013 presso la sede di Unitefilm (all'ordine del giorno presentazione del listino prezzi di

⁵⁷ Doc. isp. 336 denominato "Gare RAI 2013", reperito presso Studio Immagine.

⁵⁸ Doc. isp. 344, reperito presso Studio Immagine.

⁵⁹ Doc. isp. 20, reperito presso la sede di D4; cfr. anche doc. isp. 21, reperito presso la sede di D4 contenente listino prezzo servizi accessori; cfr. anche doc. isp. 168, reperito presso la sede di Industria e Immagine.

⁶⁰ Doc. isp. n. 340, reperito presso la sede di Studio e Immagine, rappresentato da una lettera NIBA agli associati del 14 giugno 2013 con allegati il listino prezzi orari per tipologie di sale AVID e listino prezzo servizi accessori.

⁶¹ Doc. isp. 38, reperito presso DIVA, costituito da una mail del 12 luglio 2013 con allegato il listino prezzi orari da [omissis] (Unitefilm) a [omissis] (Euro Group), in cui si legge *"questa è la bozza di lettera scritta sulla base delle tue preziose elaborazioni e consigli, da inviare ai responsabili del settore Appalti e forse anche per conoscenza al Direttore Generale [RAI]. Ho aumentato leggermente i prezzi delle sale di montaggio per non contraddirci per quanto finora a loro detto e in relazione agli altri settori Rai che ci pagano di più"*[sottolineatura aggiunta]. *Ho inviato il tutto anche agli associati in modo da renderli partecipi ed arrivare almeno ad una nostra condivisione*[sottolineatura aggiunta]. *Vedi te se ci sono da apportare modifiche per renderla condivisibile con tutte le aziende.*". La medesima mail è stata reperita presso la sede di D4 (Doc. isp. 26).

⁶² Comunicazione allegata al Doc. isp. 26 cit..

⁶³ Comunicazione allegata al Doc. isp. 26 cit., pag. 3.

noleggio dei mezzi tecnici ecc.)⁶⁴; convocazione da parte del NIBA delle associate per il 9 luglio 2013 presso la sede di Obiettivo Immagine⁶⁵; riunione della Giunta NIBA convocata per il 26 settembre 2013 presso Euro Group⁶⁶. Tali riunioni, non necessariamente su temi illeciti, indicano un intensificarsi degli incontri fra le imprese in vista delle gare dell'estate del 2013.

Le gare del luglio-ottobre 2013

95. Alcuni elementi indicano che l'attività concertativa conosce un'evoluzione laddove, oltre ad essere volta ad agevolare uno scambio di informazioni sulle gare indette dalla RAI, le imprese sembrano concentrarsi su di una strategia volta a coinvolgere un numero maggiore di imprese per realizzare un innalzamento del livello dei prezzi prospettando anche la possibilità di disertare le gare⁶⁷. In tale fase, si affianca la strategia di alcune imprese volta a realizzare una spartizione diretta delle gare indette dalla RAI.

96. In particolare, nella nuova fase dell'attività del NIBA, il 5 luglio 2013 viene divulgata una c.d. "lettera aperta" a firma di [omissis] (MAV) con cui viene criticata apertamente l'impostazione adottata sino a quel momento da NIBA di inviare lettere di sensibilizzazione alla RAI che avrebbero, a suo avviso, solo prodotto un "irrigidimento da parte dei responsabili RAI e il caos tra le aziende di post produzione. Questa non sarebbe la strada da percorrere"⁶⁸. In tale lettera, si fa riferimento ad una riunione del 2 luglio 2013, in cui sono state riunite tutte le società e si è ribadito di comune accordo che la linea da adottare è quella di essere tutti "uniti". Si legge che "per organizzare questa riunione abbiamo lavorato per circa un mese con dei punti fermi: tariffario, innalzamento del prezzo minimo[sottolineatura aggiunta] e altro (...) la RAI non può risolvere i problemi delle imprese, bensì siamo noi con le nostre lotte a dover cambiare il nostro destino"⁶⁹.

97. In tale fase, significativo è, inoltre, quanto si legge nel verbale di accertamento ispettivo redatto presso la sede della società MAV: "Nel corso del 2012 alcune aziende sono state escluse dall'albo dei fornitori per debiti contratti con uno stato di crisi del settore che ha raggiunto livelli insostenibili. Di conseguenza la totalità delle società operanti nel settore RAI e non, si sono attivate per tentare di arginare il calo complessivo dei prezzi relativi ai servizi di post produzione richiesti. In particolare, nella riunione tenutasi a Roma il 2 luglio 2013 è stato consigliato di rialzare il prezzo unitario dei servizi di post produzione offerti alla RAI per raggiungere livelli sostenibili, arrivando almeno ad un prezzo unitario oscillante da 29 a 31 euro/h[sottolineatura aggiunta]. Del resto, la relazione di E&Y commissionata dall'associazione NIBA ha indicato un prezzo minimo sostenibile per i servizi in parola pari a 42 euro/ora e non gli attuali 35E/H posti alla base delle procedure competitive svolte dalla RAI. In effetti nel periodo successivo i prezzi posti a base delle offerte formulate dai fornitori sono aumentati e si aggirano attualmente su livelli basati sull'orientamento emerso nella citata riunione. In seguito, la RAI ha inserito altre

⁶⁴ Doc. isp. 18, reperito presso la sede di D4.

⁶⁵ Doc. isp. 351, reperito presso Studio Immagine.

⁶⁶ Doc. Isp. 19, reperito presso la sede di D4.

⁶⁷ Doc. isp. 365, reperito presso Studio Immagine. In particolare, nel predetto documento, datato 25 febbraio 2013, contenente le "Ipotesi di iniziative da prendere nei confronti di RAI e società concorrenti nelle gare d'appalto", si legge con riguardo alle iniziative nei confronti di Rai, tra le altre, la proposta di "disertare le gare per incongruità della base d'offerta o presentare le offerte al prezzo base minimo di 40,00 Euro l'ora più quanto addebitabile per i mezzi tecnici aggiuntivi".

⁶⁸ Doc. isp. 10, reperito presso Barbieri. Il medesimo documento è stato acquisito anche presso altre sedi oggetto di accertamento ispettivo (cfr. *inter alia* D4 – Doc. isp. 25; Studio Immagine – Doc. Isp. 358).

⁶⁹ Il verbale dell'incontro del 2 luglio 2013 è stato acquisito nell'ambito dell'accertamento ispettivo condotto presso la sede della società Studio e Immagine (cfr. doc. isp. 371).

società nella platea dei soggetti chiamati a presentare le proprie offerte in relazione ai servizi di post-produzione”⁷⁰.

98. Anche la società Point Films nel verbale ispettivo, oltre all’incontro del 2 luglio 2013, cita un ulteriore incontro, di contenuto analogo, tenutosi in data 17 settembre 2013, volto a individuare una comune strategia di offerta. I predetti incontri sarebbero avvenuti presso la sala parrocchiale della Chiesa di Santa Lucia (zona Prati), tra le imprese di post-produzione iscritte e non all’associazione NIBA⁷¹. L’obiettivo di tali riunioni “era quello di definire una piattaforma comune di richieste da fare alla RAI”.

99. Circa la finalità di tali incontri, significativo è quanto riportato nel verbale dell’*“Incontro società di post-produzione del 2 luglio 2013”*⁷² in cui si legge che *“l’incontro di oggi nasce da una idea di [omissis] (MAV) e [omissis] (Eurogroup), con la collaborazione di [omissis] (Siri video)”*, *“(…) sarebbe inutile andare in RAI e chiedere direttamente l’innalzamento dei prezzi (…)* *La nostra lotta sarà quella di andare tutti uniti ad una trattativa; nel caso tutto ciò non portasse alcun esito, bisognerà cercare una forma comune di protesta per reclamare i nostri diritti e per rendere pubblica la situazione a cui ci hanno portato. (…)* *Tale trattativa non può essere riconducibile ad un “cartello” poiché la legge annovera nell’ambito del codice una qualsiasi entità che tende a modificare il mercato illegalmente; noi non operiamo contro la legge, stiamo solo tentando di instaurare delle trattative come se fossimo i tre sindacati confederati (…)*”. In allegato al verbale vi è una proposta di convenzione con listino prezzi orari e listino servizi accessori poi presentata alla RAI.

100. Nel corso del procedimento istruttorio, è stata confermata la circostanza dello svolgimento degli incontri del 2 luglio 2013 e del 17 settembre 2013 nonché la presenza ad uno o ad entrambi gli incontri della gran parte delle società coinvolte nel presente procedimento. In particolare, alla luce di quanto dichiarato nel corso delle audizioni istruttorie risultano presenti alla riunione del 2 luglio 2013 presso la parrocchia di Santa Lucia, oltre al NIBA, le seguenti società: Unitelefilm⁷³, Barbieri⁷⁴, D4⁷⁵, Diva e Obiettivo Immagine⁷⁶, Euro Group⁷⁷, MAV Television⁷⁸, Point Films⁷⁹, Primopiano⁸⁰, Siri Video⁸¹, Studio Immagine⁸² e Telecinema Production⁸³. Inoltre, le società D4, Euro Group, Point Films, Siri Video e Telecinema Production hanno rappresentato di

⁷⁰ Doc. isp. 228.

⁷¹ Doc. isp. 248. Sempre nel verbale si riporta che la società Point Films (pag. 6) *“Nel 2011 si è iscritta all’associazione NIBA uscendone dopo circa 6 mesi in ragione del fatto che all’interno dell’associazione le imprese non riuscivano a definire una piattaforma comune di richieste da fare alla RAI con riguardo alle modalità di aggiudicazione delle gare per i servizi di post- produzione [sottolineatura aggiunta]”*.

⁷² Doc. isp. 371 cit., reperito presso la sede di Studio Immagine.

⁷³ Doc. istr. 216.

⁷⁴ Doc. istr. 193.

⁷⁵ Doc. istr. 213.

⁷⁶ Doc. istr. 197.

⁷⁷ Doc. istr. 228.

⁷⁸ Doc. istr. 253.

⁷⁹ Doc. istr. 199. Cfr. anche allegato 1 al doc. isp. 248.

⁸⁰ Doc. istr. 232.

⁸¹ Doc. istr. 220.

⁸² Doc. istr. 226.

⁸³ Doc. istr. 227.

essere stati presenti anche alla riunione del 17 settembre 2014. Video Etc. ha rappresentato di essere stata presente soltanto alla riunione del 17 settembre 2013⁸⁴.

101. Dalle analisi svolte sui dati resi disponibili dalla RAI emergono diversi indici di anomalie in occasione del complesso delle 20 gare indette tra il luglio e l'ottobre 2013. In particolare, si tratta delle seguenti trasmissioni: "Serenio Variabile", "2NEXT", "Rai Italia Doc", "L'eredita", "Ballarò", "GEO&GEO", "Unici", "Crash", "Easy Driver", "Porta a Porta", "Rai World-Camera Con Vista", "Rai World-Community", "Vita In Diretta", "TAG", "Paese che vai", "Pane Quotidiano", "I fatti Vostrì", "Domenica In" e "Affari Tuoi".

102. In primo luogo, come evincibile dalla lettura della tabella 1, si evidenzia come le aggiudicazioni per i servizi di post-produzione avvenute dal 1° luglio 2012 all'8 luglio 2013 (69 procedure per complessivi [omissis] euro di servizi posti a gara) sono avvenute con sconti quasi sempre superiori al 20% rispetto alla base d'asta, e uno sconto medio pari al 39,6%. Invece, da metà luglio 2013 e sino al 3 ottobre 2013, è iniziata una serie di gare contraddistinte da sconti nettamente inferiori: per 20 procedure, il cui valore complessivo posto a gara è stato di [omissis] euro, lo sconto della miglior offerta è risultato in media del 6,8%. Dopo il 3 ottobre 2013, nelle successive 8 gare, lo sconto è risalito al 26,4%, ovvero un valore più vicino a quelli ottenuti prima delle gare in questione.

103. In secondo luogo, i differenti sconti registrati nei vari periodi si riflettono sul prezzo praticato, quantificato da RAI nel costo orario delle offerte vincenti: per le 69 gare sino al luglio 2013 esso è stato di 26,99 euro/ora, mentre per le 20 procedure successive di 38,19 euro/ora, con un incremento dunque di quasi il 50%.

104. In terzo luogo, l'incremento dei prezzi di aggiudicazione si è verificato per le procedure più importanti, assegnate immediatamente prima dell'inizio della nuova stagione televisiva. Per dare un'idea della rilevanza delle gare in questione, basti considerare che il valore medio posto a gara per le 20 commesse del periodo metà luglio-3 ottobre 2013 è stato circa tre volte superiore rispetto a tutte le altre gare assegnate nel 2013 (sino alla fine di ottobre).

Tabella 2. Raffronto tra prezzi orari e sconti delle assegnazioni effettuate nell'estate 2012 e nell'estate 2013

Programma	2012			2013		
	Prezzo orario	Sconto	Vincitore	Prezzo orario	Sconto	Vincitore
AFFARI TUOI	€29,85	33,58%	POINT FILMS	€39,79	5,37%	POINT FILMS*
VITA IN DIRETTA	€24,94	41,11%	MAV TELEVISION S.R.L.	€32,44	8,96%	STUDIO IMMAGINE S.R.L.
PORTA A PORTA	€24,39	42,78%	ON AIR	€33,10	9,20%	POINT FILMS
SERENO VARIABILE	€32,19	24,38%	PRIMOPIANO TV	€36,76	5,00%	PRIMOPIANO TV
L'EREDITA'	€28,30	52,92%	EURO GROUP LINE PRODUCTION S.R.L.	€33,53	5,96%	EURO GROUP LINE PRODUCTION S.R.L.
CRASH	€25,49	42,59%	BARBIERI	€35,46	5,59%	BARBIERI
BALLARO'	€23,42	46,38%	EURO GROUP LINE PRODUCTION	€34,70	3,90%	EURO GROUP LINE PRODUCTION

⁸⁴ Doc. istr. 208.

2012	2013
S.R.L.	S.R.L.

* Si tratta di una gara non aggiudicata, ma che è stata ugualmente considerata, in quanto le offerte erano state presentate, prendendo in considerazione la migliore offerta.

105. Inoltre, per quanto concerne le gare RAI dell'estate del 2013, si hanno ulteriori elementi circa incontri con finalità di spartizione delle gare fra un gruppo ben individuato di imprese: Euro Group, MAV Television, Siri Video e Studio Immagine. Sul punto occorre richiamare le dichiarazioni rese da Primopiano nel verbale ispettivo⁸⁵ secondo cui la stessa nel giugno 2013 sarebbe stata in un primo momento *“contattata telefonicamente da MAV [...] dicendo «non dobbiamo farci la guerra, i prezzi sono troppo bassi dobbiamo contrastare Eurogroup che si sta portando via tutto il lavoro con Studio Immagine»*. Successivamente Eurogroup, Studio Immagine e MAV hanno raggiunto un accordo e hanno cercato nuovi contatti con tutti gli operatori. La sostanza era una raccomandazione a decidere a turno chi dovesse aggiudicarsi la commessa e senza farsi guerra e con la raccomandazione a non effettuare più prezzi bassi [sottolineatura aggiunta]. *Si pensi a Razza Umana che abbiamo vinto a 22 euro/h e Virus dove siamo dovuti arrivare a 20 euro/h”*. Sempre nel verbale viene affermato che *“La novità di quest'anno è che Primopiano è stata avvicinata da [MAV Television] al fine di collaborare con gli altri operatori.... affinché «nessuno chiudesse»*. [MAV Television] ha affermato il principio che non si dovessero mai più fare prezzi troppo bassi e che tutti devono lavorare”.

106. Con riferimento alle singole procedure indette da RAI nell'estate 2013 Primopiano ha citato diversi episodi: *“In occasione di Sereno Variabile la Primopiano se l'è ri-aggiudicata perchè è la prima gara all'inizio di agosto ed era necessario che non rompesse i giochi successivi per affidamenti di maggiore rilevanza (stiamo parlando di circa 150 mila euro contro circa 400/500 delle gare successive più importanti). Si tratta di un contentino per far sì che Primo piano prendesse fiducia nei loro intenti benefici. Primopiano ha quindi partecipato senza abbassare troppo il prezzo. Poi Primopiano per quieto vivere ha lasciato le gare successive come 2Next, Geo e Geo, Ballarò e la Vita in diretta. Su Vita in diretta è successo che Mav avrebbe dovuto aggiudicarsela secondo il criterio dell'affidamento storico, ma si era venuto a sapere che altre gare sostanziose e meno impegnative tecnicamente erano in arrivo con convocazione a MAV. Per cui MAV rinuncia a Vita in diretta e la cede a Studio Immagine. MAV in cambio si prende Rai world Community più o meno per lo stesso importo.”*

107. Inoltre, Primopiano ha dichiarato di essere stata contattata direttamente *“per evitare che intralciasse questo gioco”* e a tal fine in particolare *“si sono mossi Eurogroup, Studio immagine, Mav e Siri video. Il 5 settembre alle 20,30 Primopiano ha ricevuto un primo contatto via SMS da [omissis] [Siri Video], poi il 6 settembre [...] Studio Immagine, Sirivideo, Mav, Eurogroup invita[no] via SMS la signora [omissis] [Primopiano] a presentarsi al bar vicino a [omissis] [Euro Group] alle 10,15 [...]”*⁸⁶, un ulteriore SMS viene inviato alle 9,23 *“Vieni? ti aspettiamo”*⁸⁷. *Primopiano ha partecipato all'incontro, durante il quale ha appreso degli affidamenti.”*

108. Ancora si legge che *“A fine settembre giravano le voci sulle lettere anonime”*⁸⁸ e quindi la Rai procede con affidamenti diretti”. La rappresentante legale di Primopiano ha dichiarato *“di aver ricevuto il 16 settembre degli SMS da[omissis] [Siri Video] in cui gli veniva raccomandato di fare*

⁸⁵ Doc. 254, verbale ispettivo del 19 dicembre 2013 redatto presso la sede di Primopiano.

⁸⁶ Doc. isp. 262.

⁸⁷ Doc. isp. 263.

⁸⁸ Si tratta delle lettere fatte pervenire alla Rai e allegate alla denuncia di quest'ultima all'Autorità.

prezzi non inferiori ai 33-34 euro/h subito dopo aver ricevuto una telefonata di [omissis] [Euro Group] alle ore 11,27. Esattamente l'SMS proveniente da [omissis] [Siri Video] tel. [omissis] recita «la Diva ha rifiutato Uno mattina a 31,50 per 2 settimane di lavoro. Se ti dovessero chiamare prendere a minimo 33,50. [Omissis] [Siri Video] »⁸⁹.

109. Il collegamento fra le lettere anonime circa il coordinamento sulle gare del luglio-ottobre 2013 e le evidenze acquisite in sede ispettiva circa lo scambio di informazioni posto in essere da alcuni operatori anche nell'ambito del NIBA relativo alla partecipazione alle gare, corredata da dati relativi ai prezzi praticati e agli sconti offerti è confermato anche dalle dichiarazioni spontanee rese in sede di accertamento ispettivo dai rappresentanti della società Primopiano (che tuttavia ha dichiarato di non aver mai aderito all'associazione NIBA): *“Il meccanismo spartitorio dura già dal 2010⁹⁰ e si fonda su incontri tra gli operatori attraverso i quali avvenivano le spartizioni delle gare per lo più sulla base della presenza storica. L'idea era di difendersi da una politica tariffaria della Rai che poteva portare le offerte a livelli insostenibili per le imprese. All'epoca il prezzo base orario era di 40 euro [...]”*.

110. Di particolare rilievo è anche l'audizione di Primopiano⁹¹, che aveva fornito già in sede ispettiva diversi elementi utili alla ricostruzione della fattispecie. Tale società ha confermato che alcuni dei promotori di NIBA hanno perseguito in maniera esplicita l'obiettivo di ripartizione sistematica delle gare RAI attraverso tale schermo associativo. In particolare, per alcuni dei soci l'associazione avrebbe dovuto farsi promotore presso la RAI di un meccanismo di rotazione fra le società assegnatarie delle singole gare⁹², contemplando fra le varie opzioni per reagire all'abbassamento dei prezzi anche l'ipotesi di mandare deserte le gare⁹³.

111. Infine, giova rilevare che, quantomeno in alcuni casi, il soggetto indicato come vincitore nelle lettere anonime prodotte in allegato alla segnalazione di RAI⁹⁴ è risultato il soggetto che ha effettivamente presentato l'offerta più conveniente in sede di apertura delle offerte. In particolare, per quanto riguarda il programma *“Serenio Variabile”*, nella lettera anonima era stato indicato come vincitore Primopiano la cui offerta è stata ritenuta la più conveniente; in ordine ai programmi *“L'eredità”* e *“Ballarò”*, risulta aver presentato le offerte più convenienti la società Euro Group che in una delle lettere anonime era indicata come quella che avrebbe fatto le offerte migliori;

⁸⁹ Doc. isp. n. 264.

⁹⁰ Tale informazione è stata poi rettificata dalla società Primopiano facendo riferimento all'anno 2011 (Doc. istr. 239).

⁹¹ Doc. istruttorio n. 232 – verbale audizione Primopiano, pagg. 1 e 2 *“già in quel primo incontro [2011] finalizzato alla costituzione dell'associazione [NIBA], si sono manifestate delle incomprensioni e delle divergenze di opinioni che hanno indotto la sig.ra [omissis] ad allontanarsi dalla riunione e a non avere più contatti con le altre imprese. Infatti, era già emersa una volontà di condividere informazioni strategiche e di instaurare dei meccanismi potenzialmente collusivi (o poco consueti) in vista della partecipazione alle procedure di gare bandite da RAI [sottolineatura aggiunta]”*

⁹² Cfr. anche doc. istruttorio n. 213 – verbale audizione D4 pag. 2 *“l'associazione si era fatta carico di portare avanti dei tavoli di discussione con RAI, anche attraverso la nomina di un coordinatore, il dott. Marini (un ex dirigente RAI) nell'ottica di ottenere l'applicazione di un meccanismo di rotazione, tra le diverse società ed una adeguata rotazione tra le stesse in relazione alle diverse capacità [sottolineatura aggiunta], la remunerazione dei turni variabili, oltre che un maggior rigore nello svolgimento dei controlli sulle offerte anomale e sul possesso dei requisiti per l'iscrizione all'albo fornitori”*.

⁹³ Cfr. anche doc. istruttorio n. 207 - verbale audizione RTS – pag. 3 ove si rileva che *“tali riunioni NIBA fossero volte ad individuare una strategia di reazione all'abbassamento dei prezzi orari da parte di RAI e tra le opzioni si era anche ipotizzato un “boicottaggio” delle gare da parte delle imprese di post produzione. In particolare, il sig. Rizzo ricorda come in una occasione è stato deciso di non partecipare ad alcune gare data la base d'asta che non consentiva neppure di recuperare i costi e che le gare sono andate deserte [sottolineatura aggiunta].”*

⁹⁴ Cfr. allegati al DC. 1 – preistruttoria cit.

rispetto al programma “*Easy Driver*”, in una delle missive anonime era stata indicata come vincitrice Siri Video che è risultata la prima in graduatoria in sede di verbale di aggiudicazione⁹⁵.

112. L’indicazione dei soggetti aggiudicatari delle gare così come riportata nelle lettere anonime è confermata nella documentazione versata in atti dalla RAI nel corso dell’istruttoria. In particolare, dalla lettura della documentazione resa da RAI, emerge che il programma “*2next*” è stato aggiudicato a Euro Group⁹⁶; analogamente al programma “*Ballarò*”⁹⁷. Il programma la “*Vita in diretta*” è stato aggiudicato a Studio Immagine⁹⁸. In ordine a quest’ultima trasmissione, giova osservare che sembra trovare riscontro il disegno di spartizione delle gare fra MAV Television e Studio Immagine prospettato nelle dichiarazioni di Primopiano con particolare riferimento ai contatti intercorsi vis SMS anche con Euro Group. Infatti, per la trasmissione “*Rai Community*”, soggetto aggiudicatario è risultato MAV Television⁹⁹. Va rilevato che il soggetto che avrebbe avvicinato Primopiano è Euro Group che non era stato chiamato a partecipare alla gara.

IL SUPPLEMENTO D’ISTRUTTORIA

1) Il documento prodotto da MAV Television in sede di presentazione della memoria conclusiva

113. In data 5 febbraio 2015, in sede di presentazione della memoria conclusiva, successivamente all’invio del documento relativo alla Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito anche CRI), trasmesso alle Parti del procedimento in data 19 dicembre 2014, MAV Television ha evidenziato che nello stesso vengono ritenute non imputabili per le condotte relative alle gare del luglio-ottobre 2013 quattro società che in realtà avrebbero preso parte alla riunione di settore del 2 luglio 2013. In particolare, MAV Television ha depositato copia di un documento¹⁰⁰ dal quale risulta che alla predetta riunione avrebbero partecipato anche le società On Air, Capital Video, Digital Si e New Telecinema. Il documento in esame, denominato “*Riunione generale del settore post produzione del giorno 2 luglio 2013- Presenza Documentazione*”, contiene l’elenco presenze dei partecipanti alla predetta riunione con la firma di ciascun rappresentante.

114. Come riportato nella CRI trasmessa in data 19 dicembre 2014¹⁰¹, le predette società risultano aver partecipato alle gare del luglio-ottobre 2013. In particolare, Capital Video a 7 gare (per i programmi “*Sereno Variabile*”, “*2next*”, “*Ballarò*”, “*Geo & Geo*”, “*Chi l’ha Visto*”, “*La Vita in diretta*” e “*I Fatti Vostri*”), Digital Si a 3 gare (“*Crash*”, “*Porta a Porta*” e “*Camera con vista*”), New Telecinema a 4 gare (per i programmi “*L’eredità*”, “*Crash*”, “*Porta a Porta*” e “*Camera con vista*”) e On Air risulta aver partecipato ad una gara (per il programma “*Domenica In*”).

115. Inoltre, dal medesimo documento, si evince che hanno partecipato alla riunione del 2 luglio 2013 anche le società Video Etc., Etabeta, Futura e Menager2000 che non sono invece indicate come presenti a tale riunione nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie del 19 dicembre¹⁰².

116. Con delibera del 10 febbraio 2015, adottata in sede di audizione finale¹⁰³, in considerazione della nuova documentazione prodotta da MAV Television e delle istanze delle Parti presenti all’audizione innanzi al Collegio, l’Autorità ha disposto un supplemento d’istruttoria.

⁹⁵ Cfr. Allegato 14 al doc. 3 - preistruttoria, nota del 14 novembre 2014, prodotta da RAI in risposta alla richiesta di informazioni degli Uffici del 30 ottobre 2013 (doc. 2 – preistruttoria).

⁹⁶ Doc. istr. 139, Allegato 7.

⁹⁷ Doc. istr. 139, Allegato 5.

⁹⁸ Doc. istr. 139, Allegato 19.

⁹⁹ Doc. istr. 139, Allegato 18.

¹⁰⁰ Cfr. MAV Television - Memoria di difesa - doc. 555 cit., all. 1.

¹⁰¹ Cfr. pagg. 56-60.

¹⁰² Cfr. in particolare pag. 55 della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, tabella 2.

2) *Gli ulteriori elementi raccolti dagli Uffici*

117. Nell'ambito del supplemento d'istruttoria, in data 20 febbraio 2015, è stato svolto un accertamento ispettivo presso la società MAV Television¹⁰⁴. Inoltre, dopo aver depositato in data 23 febbraio 2015 l'originale del documento depositato in data 5 febbraio 2015¹⁰⁵, in data 26 febbraio 2015, la società MAV Television è stata sentita in audizione¹⁰⁶.

118. Dai predetti accertamenti è emerso che il documento si trovava presso la sede legale della società ed è stato rinvenuto alcuni giorni prima del deposito della memoria conclusiva del 5 febbraio 2015 nel riordinare la documentazione interna. MAV Television ha precisato altresì che la riunione del 2 luglio 2013 cui il documento si riferisce ha avuto inizio intorno alle ore 15.30 circa e si è conclusa nella serata stessa, dopo le ore 20.00 circa.

Il rappresentante di MAV Television non ha proceduto direttamente alla raccolta delle firme in quanto il documento in esame era disponibile all'ingresso della sala, collocato su di un tavolo. Ogni soggetto che faceva ingresso nella sala si avvicinava al tavolo e apponeva la firma prima di partecipare alla riunione. L'apposizione della firma era ritenuta necessaria in quanto testimoniava la condivisione dei partecipanti dello stato di malessere del settore. Una volta conclusa la riunione, MAV Television ha proceduto ad acquisire il documento in originale.

119. MAV Television ha confermato che erano presenti, per conto delle società indicate nel documento, tra gli altri, [omissis] della società Video Etc. e il [omissis] della società Menager2000. In considerazione del notevole lasso temporale trascorso dalla riunione del 2 luglio 2013, MAV Television ha dichiarato di non essere in grado di indicare tutti i soggetti presenti. I documenti relativi a tale riunione¹⁰⁷ sono stati portati a conoscenza degli uffici della RAI in quanto rappresentavano il supporto per la trattativa da condurre.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

120. Nel corso del procedimento, oltre ad eccezioni di carattere procedurale (lettera a)), le Parti hanno sviluppato argomentazioni difensive tese a contestare l'esistenza dell'intesa e l'imputabilità della stessa. Le principali considerazioni difensive possono essere articolate in relazione ai seguenti temi: b) la crisi del settore della post produzione; c) la costituzione di NIBA quale associazione di categoria, priva di una finalità concertativa, ma con l'obiettivo di reagire alla strategia di riduzione dei prezzi indicati come base d'asta posta in essere da RAI; d) i contrasti all'interno dell'associazione che avrebbero impedito la realizzazione dell'ipotizzato disegno concertativo; e) l'insussistenza della condivisione di informazioni sensibili nell'ambito del NIBA; f) i comportamenti di dissociazione posti in essere da alcune parti del procedimento; g) la partecipazione alle gare oggetto del procedimento; h) l'inattendibilità delle indicazioni riportate nelle lettere anonime e delle dichiarazioni di Primopiano; i) la non omogeneità dei servizi offerti e l'assenza di consistenza dell'intesa; j) il ruolo di RAI nella gestione delle gare; k) il carattere non illecito delle riunioni del 2 luglio e del 17 settembre 2013 e la contestazione circa la presenza alle predette riunioni; l) la mancata prova sulla collusione nelle singole gare e l'insussistenza di

¹⁰³ Cfr. doc. istr. 588.

¹⁰⁴ Cfr. doc. isp. 1B, 2B e 3B.

¹⁰⁵ Cfr. doc. istr. 595.

¹⁰⁶ Cfr. doc. istr. 597.

¹⁰⁷ Cfr. in particolare si tratta del citato documento relativo alle presenze alla riunione e del Verbale dell' "Incontro società di post-produzione del 2 luglio 2013" (doc. isp. 371).

un'intesa unica e complessa; *m*) con specifico riferimento agli elementi emersi nel corso del supplemento d'istruttoria, alcune Parti ne hanno contestato l'attendibilità.

121. Di seguito si procede ad un'illustrazione delle predette argomentazioni osservando l'ordine sopra illustrato. Un'apposita sezione (lettera *n*) sarà dedicata alla trattazione di argomenti sviluppati dalle singole Parti del procedimento con riferimento all'imputazione dell'infrazione e, in particolare, ai rapporti con NIBA e alla partecipazione alle riunioni dell'estate 2013.

a) Eccezioni procedurali

122. Siri Video, richiamando la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 4 marzo 2014¹⁰⁸, nella sua memoria integrativa¹⁰⁹ ha prospettato l'insussistenza nella struttura organizzativa dell'Autorità di una chiara separazione fra l'organo istruttorio e l'organo decidente in sede di applicazione delle sanzioni.

123. Inoltre, Studio Immagine e D4¹¹⁰ hanno eccepito di non aver avuto accesso alla versione non confidenziale di un documento istruttorio successivamente alla notifica della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie. In particolare, si tratta del verbale dell'audizione di Digital Si.

b) La crisi del settore

124. Nell'ambito del procedimento, in via preliminare, le parti hanno evidenziato lo stato di crisi in cui versa il settore della post produzione, tale da determinare la collaborazione delle imprese quale unica possibile reazione, con particolare riferimento alle forniture per conto di RAI¹¹¹. Rispetto a tale stazione appaltante, molti operatori hanno fatto presente che RAI rappresenta, se non l'unico, il principale cliente. Pertanto, la scelta di RAI di internalizzare tali servizi e di non invitare alcune imprese alle gare avrebbe causato l'uscita dal mercato di diversi operatori. Altre imprese, per poter operare, avrebbero offerto servizi sostenendo costi superiori al fatturato effettivamente realizzato, con il rischio di violare la normativa previdenziale¹¹².

125. Al riguardo, è stata rilevata da alcune società la sussistenza di perdite di bilancio. La società Menager2000 è soggetta ad una procedura fallimentare¹¹³; Industria e Immagine ha proceduto a chiudere la propria attività destinata al servizio di post produzione dal giugno 2014¹¹⁴; Unitefilm ha rappresentato che allo stato è in fase di liquidazione in quanto da settembre 2013 non è stata rinnovata l'iscrizione nell'Albo fornitori RAI¹¹⁵; MAV Television ha registrato perdite nel 2014¹¹⁶.

126. In considerazione di tale crisi e dell'atteggiamento di RAI che ingiustificatamente avrebbe ridotto il prezzo della base d'asta, ricorrerebbero i presupposti dello stato di necessità e della

¹⁰⁸ Cfr. *Grande Stevens e altri c/Italia*.

¹⁰⁹ Cfr. doc. istr. 707.

¹¹⁰ Cfr. Studio Immagine-Memoria di difesa -doc. istr. 551 e D4-Memoria di difesa -doc. istr. 553.

¹¹¹ Cfr. *ex multis* MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253; Diva e Obiettivo Immagine - verbale audizione congiunto del 5 giugno 2014 - doc. istr. 197 e memoria congiunta del 9 settembre 2014 - doc. istr. 247; Primopiano-Memoria di difesa - doc. istr. 572.

¹¹² Industria e Immagine – memoria di difesa – doc. istr. 545; D4 e Studio Immagine – Note integrative alle memorie finali di difesa – doc. istr. 712.

¹¹³ MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 doc. istr. 253 e Memoria di difesa - doc. istr. 555.

¹¹⁴ Cfr. Industria e Immagine – verbale audizione del 23 luglio 2014 - doc. istr. 236.

¹¹⁵ Cfr. Unitefilm-verbale audizione congiunto con quello del NIBA del 27 giugno 2014 - doc. istr. 216-con memoria allegata.

¹¹⁶ Memoria di difesa di MAV Television Doc. istr.555

legittima difesa quale esimenti da una qualsiasi condotta illecita punita dall'ordinamento con una sanzione anche di carattere amministrativo¹¹⁷.

c) NIBA come mera associazione di categoria costituita per reagire alla strategia di RAI volta ad abbassare il prezzo base

127. Nel corso del procedimento istruttorio è stato in diverse occasioni ribadito che l'obiettivo della costituzione di NIBA era quello di costituire un'associazione di categoria, avente lo scopo di reagire alla strategia di riduzione delle basi di offerta adottata da RAI in sede di formulazione dei bandi di gara¹¹⁸.

128. In particolare, nel 2000 la Rai aveva individuato dei costi standard sulla cui base determinava di volta in volta le basi d'asta delle procedure di gara per l'assegnazione dei servizi di post produzione. Tuttavia, negli ultimi anni, principalmente a partire dal 2010-2011, la RAI ha iniziato a distaccarsi sempre più da tali valori dando minore attenzione ai costi effettivi sostenuti dalle imprese tenendo conto anche delle specifiche apparecchiature richieste e richiedendo di frequente senza alcun criterio preventivamente definito nei bandi servizi aggiuntivi non remunerati. Inoltre, è stata più volte esercitata la facoltà, prevista nei bandi, di sospendere o annullare il servizio senza alcuna remunerazione e/o di prorogarlo senza preavviso, nonché l'imposizione di turni variabili non remunerati.

129. Questo radicale cambiamento nella politica degli acquisti dei servizi da parte di RAI e delle modalità di gestione dei bandi di gara, associato ad una scarsa considerazione dei costi minimi da sostenere per operare nel rispetto della normativa imperativa di legge (diritto del lavoro, oneri contributivi, sicurezza) ha portato a costituire un'associazione di categoria, NIBA, con il compito di rappresentare tali criticità, fornendo alla RAI i dati sui costi, ed evidenziando la necessità di più accurati controlli sui requisiti minimi richiesti dai capitolati. Sul punto, le Parti hanno evidenziato un graduale abbassamento della base d'asta da parte di RAI da circa 46,00 Euro/per ora (praticati nel 2012), poi circa 42 euro/per ora (nel febbraio 2013) fino a 35 euro/per ora (nell'aprile 2013), accompagnato dalla richiesta di RAI di disporre di mezzi tecnologici più sofisticati legati alla tecnologia dell'alta definizione (HD).

130. Nell'ottica di reagire alla strategia di riduzione delle basi d'asta andrebbero interpretate alcune comunicazioni reperite nel corso degli accertamenti ispettivi e, in particolare, la "lettera aperta" di MAV¹¹⁹, ove ci si limitava a svolgere alcune considerazioni critiche sulla strategia seguita da alcuni membri di NIBA auspicando un fronte "sindacale" compatto nei confronti di RAI¹²⁰, l'atto di significazione¹²¹ e l'elaborazione di uno studio da parte di Ernst&Young¹²². Anche le indicazioni circa la necessità di alzare i prezzi andrebbero interpretate come una richiesta "sindacale" tesa a reagire alla strategia di riduzione della base d'asta posta in essere da RAI anche

¹¹⁷ Cfr. Studio Immagine-Memoria di difesa -doc. istr. 551 e D4-Memoria di difesa -doc. istr. 553.

¹¹⁸ Cfr. *ex multis* D4 - verbale audizione del 24 giugno 2014 - doc. istr. 213; Euro Group – verbale audizione del 14 luglio 2014 - doc. istr. 228; Futura – verbale audizione del 16 luglio 2014 - Doc. istr. 229 e - Memoria di difesa - Doc. istr. 554; Industria e Immagine – verbale audizione del 23 luglio 2014 - doc. istr. 236; MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253 e -Memoria di difesa - doc. istr. 555; Siri Video – verbale audizione del 2 luglio 2014 – doc. istr. 220; Studio Immagine – verbale audizione del 9 luglio 2014 - doc. istr. 226; Siri Video – integrazione alla memoria conclusiva – doc. istr. 707; D4 e Studio Immagine – Note integrative alle memorie finali di difesa – doc. istr. 712.

¹¹⁹ Doc. isp.10, rinvenuto anche presso la sede di MAV (doc.isp.231).

¹²⁰ MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253 e -Memoria di difesa - doc. istr. 555; Siri Video -Memoria di difesa - doc. istr. 558.

¹²¹ Doc. isp. 437.

¹²² Documento acquisito presso diverse sedi ispettive (*inter alia*, doc. isp. 41 - DIVA; doc. isp. 143 – Euro Group; doc. isp. 205 – Industria e Immagine; Doc. Isp. 300 - RTS). Cfr. inoltre doc. istr. 12 - Allegati I - S e T.

a fronte di offerte sottocosto praticate da alcune imprese in spregio alla normativa previdenziale¹²³. Rispetto al complesso delle predette attività lecite perseguite dal NIBA, la trasmissione di poche mail e alcune isolate riunioni dell'associazione individuate come illecite nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie non possono costituire indizio sufficiente per l'accertamento di un'intesa¹²⁴.

131. In ordine agli obiettivi sottesi alla costituzione di NIBA, Industria e Immagine ha fatto presente che i dirigenti RAI, nell'ambito di alcuni incontri con le imprese di post-produzione - aventi ad oggetto le diverse problematiche del settore quali l'assegnazione dei turni spot, le richieste, contenute nei capitolati di gara di macchinari sempre più aggiornati, oltre al costante abbassamento della base d'asta - avevano manifestato la volontà di interfacciarsi con un unico interlocutore dal lato delle imprese. A tal fine, era stata costituita la NIBA, a cui Industria e Immagine ha preso parte dal momento della sua costituzione nel 2011. In particolare, Industria e Immagine era interessata a comprendere il funzionamento e l'applicazione del criterio di rotazione da parte della RAI nella gestione degli inviti alle procedure di gara, soprattutto in considerazione della circostanza che Industria e Immagine a partire dal 2011 non veniva più regolarmente invitata come accadeva in passato.

132. Per quanto concerne lo scambio di dati sulle gare nell'ambito del NIBA, Industria e Immagine ha rappresentato che si trattava di una normale attività di monitoraggio del mercato volta a conoscere i nominativi delle imprese invitate e il numero di inviti ricevuti da RAI per la partecipazione alle gare, senza alcuna attività ulteriore di elaborazione. Si trattava di una raccolta di dati storici che in ogni caso venivano resi pubblici da RAI in sede di apertura delle offerte di gara. Più in generale, Industria e Immagine non avrebbe mai svolto un ruolo attivo in ambito associativo ed infatti alle riunioni NIBA partecipava occasionalmente solo la segretaria, e in numerose occasioni senza alcuna delega¹²⁵.

d) I contrasti fra le società aderenti al NIBA

133. Le Parti del procedimento hanno rilevato che la vita associativa del NIBA, lungi dal dispiegarsi in un contesto armonioso, sarebbe stata caratterizzata dalla sussistenza di numerosi scontri fra gli associati che avrebbe impedito tra l'altro la concreta attuazione del disegno concertativo prospettato dall'Autorità nell'avvio del procedimento del 10 dicembre 2013 e nella successiva estensione oggettiva e soggettiva del 12 marzo 2014.

134. Obiettivo dell'associazione era quello di creare maggiori controlli sul rispetto della legalità delle offerte a fronte della presentazione di proposte per la fornitura del servizio sotto costo. Tuttavia, molti associati si sono opposti a questa impostazione e, anche per tale ragione, l'associazione non è riuscita a raggiungere detti risultati¹²⁶. Tali circostanze avrebbero portato nel tempo alcuni soggetti a recedere dall'associazione e alcuni rappresentanti a lasciare le cariche associative ricoperte in seno alla stessa¹²⁷.

¹²³ Cfr. Siri Video - -Memoria di difesa - doc. istr. 558; Studio Immagine -Memoria di difesa - doc. istr. 551 e D4 - Memoria di difesa - doc. istr.553.

¹²⁴ Cfr. Siri Video - Memoria di difesa - doc. istr. 558.

¹²⁵ Cfr. verbale audizione Industria e Immagine del 7 agosto 2014 (doc. istr. 236).

¹²⁶ CapitalVideo Produzioni - Memoria difensiva del 25 febbraio 2014 - doc. istr. 90 e verbale audizione del 1 luglio 2014 - doc. istr. 222; Diva - verbale audizione del 5 giugno 2014, congiunto con quello di Obiettivo Immagine doc. istr. 197; D4-Verbale audizione del 24 giugno 2014 - doc. istr. 213; Euro Group – verbale audizione del 14 luglio 2014 - doc. istr. 228 e memoria finale doc. istr.549; Diva e Obiettivo Immagine – memoria finale - doc. istr. 548.

¹²⁷ MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253; Diva - verbale audizione del 5 giugno 2014, congiunto con quello di Obiettivo Immagine doc. istr. 197.

e) L'insussistenza della condivisione di informazioni commerciali sensibili nell'ambito del NIBA e la mancata attuazione dell'intesa

135. In merito alla natura dello scambio delle informazioni nell'ambito dell'associazione NIBA, le Parti hanno contestato che i dati richiesti hanno carattere strategico e natura sensibile¹²⁸. In particolare, in ordine alle *mail* con cui venivano chiesti i dati relativi alle partecipazioni alle gare RAI, le comunicazioni erano volte ad ottenere dati storici, relativi a gare da tempo esaurite e quindi non avevano l'obiettivo di determinare *ex ante* le strategie di partecipazione alle gare. Lo scopo di tale attività di raccolta era quello di disporre di informazioni che fossero di supporto alla trattativa da condurre nei confronti di RAI nell'ottica di bilanciare l'asimmetria informativa esistente a favore della stazione appaltante¹²⁹. I dati sulle partecipazioni alle gare erano già disponibili alle imprese nel momento in cui venivano aperte le offerte da RAI posto che gli operatori potevano essere presenti all'apertura delle buste.

136. Le società D4 e Studio Immagine¹³⁰ hanno rappresentato che, sulla base della giurisprudenza comunitaria e nazionale, mancherebbero i presupposti di fatto e di diritto secondo cui lo scambio di informazioni avrebbe rivestito un carattere di illecito *antitrust* e in ogni caso sarebbe privo di un effettivo pregiudizio. Infatti, lungi dal presentare una situazione di oligopolio, il mercato in esame sarebbe caratterizzato da una forte frammentazione che impedirebbe il prodursi di un parallelismo di prezzi e in generale un utilizzo proficuo della raccolta dei dati effettuata da NIBA tale da poter prevedere la strategia dei concorrenti. La raccolta dei dati sarebbe stata peraltro priva di sistematicità in quanto effettuata esclusivamente nei momenti di confronto con RAI e al fine di supportare la trattativa, visto che soltanto RAI detiene tali informazioni in qualità di stazione appaltante. La raccolta avrebbe avuto un andamento casuale in considerazione della variabilità di diversi elementi, tra cui, in particolare, il costo medio orario sostenuto dalle singole imprese. Le predette società hanno altresì evidenziato che i documenti relativi a tali scambi di informazioni, richiamati nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie del 19 dicembre 2014, sarebbero in realtà elaborazioni interne delle singole società e comunque di un numero talmente ridotto da non poter comprovare il carattere di sistematicità dello scambio di informazioni richiesto per considerare illecita tale condotta.

137. Inoltre, è stato osservato che l'archivio dei dati relativi alle gare, citato in alcuni documenti ispettivi¹³¹, non sarebbe stato mai costituito in quanto alcuni operatori non hanno fornito i dati richiesti¹³². Infine, i prezzi e i servizi sono talmente eterogenei in ciascuna gara da impedire di avere dati realmente utilizzabili ed è pertanto possibile registrare notevoli oscillazioni nei prezzi. Sul punto è stata evidenziata la non comparabilità dei prezzi tra gli anni 2012 e 2013, anche per il medesimo programma, posto che la RAI ha avanzato per la stagione 2013 richieste relative all'ammodernamento dei macchinari e al passaggio alla tecnologia HD.

¹²⁸ Cfr. *ex multis* Industria e Immagine – verbale audizione del 23 luglio 2014 - docc. istr. 236 e Memoria di difesa - 545; MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253 e memoria di difesa-doc. istr. 555; Studio Immagine – verbale audizione del 9 luglio 2014 - doc. istr. 226; Unitelefilm-verbale audizione congiunto con quello del NIBA del 27 giugno 2014 - doc. istr. 216-con memoria allegata; Futura -Memoria di difesa - doc. istr. 554.

¹²⁹ Cfr. *inter alia* Studio Immagine-Memoria di difesa - doc. istr. 551 e D4- Memoria di difesa - doc. istr. 553.

¹³⁰ Cfr. Studio Immagine - Memoria di difesa - doc. istr. 551 e D4 - Memoria di difesa - doc. istr. 553. Nel medesimo senso cfr. anche MAV Television - -Memoria di difesa - doc. istr. 555.

¹³¹ Cfr. docc. isp. 70; 172; 225; 334 e 341.

¹³² MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253.

138. Alcune Parti¹³³ hanno infine rilevato che le indicazioni sulle strategie da adottare in tema di sconti e di prezzi nelle singole gare rappresentavano meri consigli senza che fossero accompagnate da una successiva attività volta a verificarne l'effettivo rispetto o da forme di repressione nei confronti degli operatori che se ne discostavano. Tali indicazioni erano prive di un intento collusivo come testimoniato dalla circostanza che ogni impresa se ne è discostata in concreto determinando soltanto reazioni di disapprovazione da parte degli altri operatori aderenti al NIBA.

f) I comportamenti di dissociazione posti in essere da alcune parti del procedimento

139. Alcune imprese inizialmente aderenti al NIBA hanno rappresentato di essersi dissociate successivamente dall'associazione. Tali condotte sarebbero indice inequivocabile della volontà delle imprese di mantenersi estranee all'intesa sottesa alla costituzione del NIBA.

140. In particolare, Digital Si ha comunicato via *mail* la propria volontà di recedere dall'associazione nel luglio 2012, confermando tale intenzione successivamente via raccomandata. Circa le ragioni del recesso, Digital Si ha rappresentato che esse sono riconducibili alla mancata fornitura dei servizi che si riteneva di poter fruire attraverso la partecipazione a NIBA. Inoltre, un'ulteriore ragione per esercitare il recesso risiede nel fatto che NIBA era solita richiedere i dati sulle partecipazioni di Digital Si alle offerte RAI al fine di creare un archivio volto a monitorare la partecipazione degli operatori attivi nel settore. Digital Si si è sempre rifiutata di trasmettere tali dati in quanto si trattava di informazioni confidenziali, frutto di elaborazioni interne all'impresa e che peraltro riteneva fossero disponibili a tutte le imprese al momento dell'apertura delle offerte¹³⁴. In allegato alla nota trasmessa in data 15 ottobre 2014¹³⁵, Digital Si ha trasmesso copia di una comunicazione di risposta trasmessa via *mail* in data 9 luglio 2012 alla richiesta del NIBA di trasmettere i dati relativi alla costituzione di un archivio informatico. Nella comunicazione, Digital Si dichiara "*dopo un'attenta valutazione degli ultimi incontri*" di "*non essere più allineati all'associazione*".

141. Anche altre imprese si sarebbero allontanate dal NIBA ancor prima delle gare indette nel periodo luglio-ottobre 2013 seppure con motivazioni diverse da quelle rappresentate da Digital Si. In particolare, si tratta di MAV Television e Video Etc. che hanno trasmesso la comunicazione di recesso in data 26 ottobre 2012¹³⁶. CapitalVideo ha esercitato il recesso in data 5 aprile 2013¹³⁷. Nel 2011, Point Films si è iscritta all'associazione di categoria NIBA uscendone dopo circa 6 mesi in ragione del fatto che al suo interno le imprese non riuscivano a definire una piattaforma comune di richieste da fare alla RAI con riguardo alle modalità di aggiudicazione delle gare per i servizi di post produzione¹³⁸.

g) La partecipazione alle gare oggetto del procedimento

142. Nel corso del procedimento è stata da più parti evidenziata la circostanza che determinate imprese non sarebbero state aggiudicatari di nessuna delle gare del periodo luglio-ottobre 2013 né

¹³³ Cfr. *inter alia* MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253 cit.

¹³⁴ Digital Si –verbale audizione del 18 settembre 2013 - doc. istr. 250 - e risposta alla richiesta di informazioni contenuta nel predetto verbale - doc. istr. 302.

¹³⁵ Cfr. allegato a doc. istr. 302.

¹³⁶ MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253; Video Etc. – verbale audizione dell'11 giugno 2014 - doc. istr. 208 e memoria difensiva presentata in data 12 giugno 2014 - doc. istr. 204.

¹³⁷ CapitalVideo – Memoria difensiva del 25 febbraio 2014 - doc. istr. 90- e verbale audizione del 1 luglio 2014 - doc. istr. 222.

¹³⁸ Doc. Isp. 248, Allegato 2 al verbale ispettivo.

sarebbero menzionate nelle comunicazioni anonime allegate alla segnalazione della RAI¹³⁹. Tali circostanze andrebbero considerate come indice presuntivo della loro mancata partecipazione all'intesa. Per altre imprese, anche laddove si sia realizzata un'aggiudicazione, essa sarebbe riconducibile al normale dispiegarsi del meccanismo competitivo sotteso allo svolgimento di una gara. In tale prospettiva, anche l'aggiudicazione di una gara relativa ad una trasmissione già assegnata nell'anno precedente, lungi dal costituire l'effetto di un'intesa, sarebbe riconducibile a diversi fattori, quali in particolare l'expertise maturata nella realizzazione di una determinata produzione, la disponibilità di determinate strutture (ad esempio, un elevato numero di sale) oltre che il rapporto fiduciario tra la RAI e le imprese di post produzione, con particolare riferimento all'affinità con la regia del programma oggetto di gara¹⁴⁰.

143. Per le medesime ragioni, la circostanza che un'impresa, pur invitata ad una gara, non abbia deciso di partecipare alla stessa, non può essere ritenuta di per sé indice dell'attuazione di un disegno concertativo, ma si tratterebbe di una condotta riconducibile a razionali ed autonome strategie commerciali.

h) L'inattendibilità delle indicazioni riportate nelle lettere anonime e delle dichiarazioni di Primopiano

144. Alcune parti del procedimento hanno evidenziato di non essere menzionate nelle lettere anonime allegate alla segnalazione della RAI¹⁴¹. Barbieri, in particolare, ha evidenziato che la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie del 19 dicembre 2014 contenebbe un'inesattezza sul punto posto che nelle missive non si fa alcuna menzione della società né della gara ad essa aggiudicata¹⁴². Tale circostanza sarebbe da interpretare come un indice della mancata partecipazione all'intesa. Viceversa, altre parti del procedimento¹⁴³, la cui denominazione è indicata nelle lettere anonime da cui ha avuto origine il presente procedimento, hanno evidenziato una disparità di trattamento laddove sarebbe stata stralciata la posizione di alcune società menzionate e che hanno partecipato alle gare indette nel luglio-ottobre 2013. Primopiano ha inoltre sottolineato che la lettera anonima in cui essa è menzionata riporta una data di trasmissione successiva a quella dell'espletamento della gara "Serenio Variabile" di cui essa è risultata aggiudicataria¹⁴⁴. Infine, alcune parti hanno evidenziato di non essere state mai aggiudicatarie delle gare indicate nelle lettere anonime¹⁴⁵.

145. Con riferimento alle dichiarazioni rese da Primopiano in sede ispettiva, le Parti interessate¹⁴⁶ hanno contestato la veridicità della descrizione dei fatti in quanto provenienti da un concorrente

¹³⁹ Cfr. in particolare Studio Immagine – verbale audizione del 9 luglio 2014 - doc. istr. 226.

¹⁴⁰ Barbieri - verbale audizione del 27 maggio 2014 – doc. istr. 193; CapitalVideo Produzioni S.r.l.- Memoria difensiva del 25 febbraio 2014 - doc. istr. 90 - e verbale audizione del 1 luglio 2014 - doc. istr. 222; D4-Verbale audizione del 24 giugno 2014 - doc. istr. 213; Euro Group – verbale audizione del 14 luglio 2014 - doc. istr. 228; MAV Television – verbale audizione del 23 settembre 2014 - doc. istr. 253; Point Films-verbale audizione del 6 giugno 2014 - doc. istr. 199; Primopiano – verbale audizione del 17 luglio 2014 - doc. istr. 232; RTS – verbale audizione del 18 giugno 2014 - doc. istr. 207 e memoria di difesa del 17 giugno 2014 - doc. istr. 205-206 - e ulteriore memoria di difesa del 26 agosto 2014 - doc. istr. 245; Telecinema Production-verbale audizione del 14 luglio 2014 - doc. istr. 227; Video Etc. – verbale audizione dell'11 giugno 2014 - doc. istr. 208 – e memoria difensiva presentata in data 12 giugno 2014 - doc. istr. 204.

¹⁴¹ Cfr. *inter alia* Doc. istr. 213 - D4-Verbale audizione del 24 giugno 2014.

¹⁴² Cfr. Barbieri doc. istr. 571.

¹⁴³ Cfr. *inter alia* Video Etc. - Memoria di difesa - doc. istr. 456.

¹⁴⁴ Cfr. Primopiano - Memoria di difesa - doc. istr. 572.

¹⁴⁵ Cfr. *inter alia* Euro Group - Memoria di difesa - doc. istr. 549.

¹⁴⁶ Cfr. *inter alia* Euro Group - Memoria di difesa - doc. istr. 549; Studio Immagine - Memoria di difesa - doc. istr. 551 e MAV Television - Memoria di difesa - doc. istr. 555.

che non era stato ammesso a partecipare al NIBA, intento ad eliminare possibili *competitor*, non supportate da documentazione attendibile. Inoltre, è stata rilevata la contraddittorietà delle dichiarazioni rese, oggetto di ripetute precisazioni operate nel corso del procedimento. In ogni caso, viene contestata la possibilità di un'intesa spartitoria laddove i nomi delle imprese, il valore delle gare, il numero delle gare bandite e i partecipanti, rappresentano elementi imprevedibili, in quanto stabiliti da RAI sulla base di procedure interne sconosciute agli operatori. Al riguardo, oltre a non rilevare come criterio di imputazione la partecipazione alla singola gara, è stato evidenziato come le società additate dell'accordo spartitorio sono quelle che hanno invece registrato il maggior numero di gare perse.

i) La non omogeneità dei servizi offerti e l'assenza di consistenza dell'intesa

146. Nel corso del procedimento, è stata sottolineata l'eterogeneità dei servizi posti a gara in quanto i programmi posti a gara variano di anno in anno attribuendo alla singola gara un suo carattere di specificità¹⁴⁷. Anche rispetto ad un medesimo programma, nelle gare svolte nei diversi anni, non è rinvenibile un'omogeneità in considerazione del fatto che i singoli programmi si evolvono negli anni con la richiesta di mezzi tecnici e di ulteriori variabili che richiedono continui investimenti da parte delle società di post produzione. Tali elementi impediscono di operare un raffronto fra i prezzi e gli sconti praticati dalle imprese nel passaggio da un anno all'altro. Analoghe considerazioni valgono con riferimento agli sconti laddove la loro dinamica è strettamente legata al prezzo base per ora indicato da RAI in quanto sconti maggiori possono essere applicati soltanto laddove il margine di redditività sia maggiore. Pertanto, la riduzione degli sconti sarebbe diretta conseguenza della riduzione della base d'asta decisa da RAI.

147. Inoltre, è stata rilevata l'assenza di consistenza dell'intesa in quanto le gare interessate dal procedimento avrebbero un valore complessivo estremamente esiguo rispetto al totale dei servizi utilizzati da RAI¹⁴⁸. In tale prospettiva, viene rimarcato come il mercato sia caratterizzato da un'estrema frammentazione dell'offerta e da un grado di concentrazione basso tale da rendere impossibile trarre indicazioni sul prezzo da praticare nelle singole gare e monitorare la condotta di altri concorrenti. Infine, in considerazione del fatto che è la RAI a decidere le società da invitare alle gare sulla base di un criterio di rotazione interno, sarebbe impossibile per le imprese predeterminare il soggetto aggiudicatario della gara. In tal senso, anche la riassegnazione non sarebbe di per sé indice dell'esistenza di un'intesa laddove non sussiste un divieto né la RAI ha mai precluso tale possibilità nel formulare gli inviti.

148. Infine, è stato rilevato che oltre a non essersi determinato alcun aumento delle basi d'asta da parte di RAI, i prezzi avrebbero continuato a seguire un andamento oscillatorio anche nell'ambito delle gare del luglio-ottobre 2013. Tali elementi proverebbero l'autonomia dei comportamenti delle imprese e l'assenza di un parallelismo. Pertanto l'intesa sarebbe priva di effetti in tutto il suo dispiegarsi, circostanza che andrebbe tenuta in considerazione anche nel caso di applicazione della sanzione.

j) Il ruolo di RAI nella gestione delle gare

149. Le Parti del procedimento¹⁴⁹ hanno sottolineato che i servizi in esame sono forniti sotto forma di appalto a regia, dove la società aggiudicataria dell'appalto agisce come mera esecutrice delle direttive impartite dalla stazione appaltante. Tali elementi impedirebbero alle società

¹⁴⁷ Cfr. *inter alia* Euro Group - Memoria di difesa - doc. istr. 549.

¹⁴⁸ Cfr. *inter alia* Euro Group - Memoria di difesa - doc. istr. 549; Diva e Obiettivo Immagine-Memoria di difesa -doc. istr. 548.

¹⁴⁹ Cfr. *inter alia* Euro Group - Memoria di difesa - doc. 549.

appaltatrici di poter incidere sul livello di prezzo in considerazione della posizione di monopsonio rivestita dalla RAI. Più in generale, il prezzo e tutte le specifiche del servizio da fornire anche con riferimento alla localizzazione geografica sono decise unilateralmente dalla RAI¹⁵⁰. In considerazione del potere di mercato esercitato da RAI e della decisione di ridurre il prezzo base della gara, a parere delle Parti vi sarebbero i presupposti di fatto e di diritto per un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 3 della Legge n. 287/1990 o di un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'articolo 9 della Legge 18 giugno 1998, n. 192¹⁵¹. A tale riguardo sono pervenuti nel corso del procedimento due segnalazioni, presentate rispettivamente dalla società Futura¹⁵², parte del procedimento, e dall'associazione di consumatori CODACONS¹⁵³, volte a ricostruire le condotte sopra descritte nei termini di un abuso di dipendenza economica da parte di RAI a danno delle imprese fornitrici di servizi di post-produzione.

150. Le Parti hanno sollevato censure in merito all'operato della RAI anche con riferimento alla presunta violazione della normativa in tema di appalti pubblici¹⁵⁴. In particolare, NIBA si è rivolta all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici (AVCP), con lettera del 25 febbraio 2013¹⁵⁵, a dimostrazione della assoluta ufficialità del suo operato, esclusivamente diretto al rispetto della legalità delle regole contrattuali, segnalando altresì il comportamento anticoncorrenziale della RAI, otto mesi prima della denuncia di quest'ultima all'Autorità, evidenziando alcune anomalie nell'assegnazione delle gare.

k) L'assenza di prova circa il carattere illecito delle riunioni del 2 luglio e del 17 settembre 2013 e la contestazione circa la presenza alle predette riunioni

151. Le Parti del Procedimento hanno contestato la sussistenza di un collegamento fra le riunioni dell'estate del 2013 e le anomalie indicate nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie rispetto alle gare del luglio-ottobre 2013. In particolare, tali riunioni, prive di un carattere segreto, hanno coinvolto l'intero settore rappresentando una sorta di "happening" per ricompattare in un'ottica sindacale gli operatori attivi nel settore¹⁵⁶. Inoltre, oltre a mancare prove circa il contenuto concertativo delle riunioni¹⁵⁷, il loro andamento sarebbe stato caotico, inconciliabile con l'obiettivo di realizzare la sistematica concertazione prospettata nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie¹⁵⁸.

152. Come meglio illustrato anche nel paragrafo dedicato ai rapporti con l'associazione NIBA e alla presenza alle riunioni del 2 luglio e 17 settembre 2013, è stato sottolineato¹⁵⁹ che i partecipanti non sarebbero stati preventivamente informati del contenuto delle riunioni e, pertanto,

¹⁵⁰ Cfr. *ex multis* Studio Immagine - Memoria di difesa - doc. istr. 551, D4- Memoria di difesa - doc. istr. 553 e MAV Television - Memoria di difesa - doc. istr. 555.

¹⁵¹ Cfr. Studio Immagine - Memoria di difesa - doc. istr. 551 e D4- Memoria di difesa - doc. istr. 553

¹⁵² Cfr. doc. istruttorio 198.

¹⁵³ Cfr. doc. istruttorio 242.

¹⁵⁴ Cfr. *inter alia* NIBA - Memoria di difesa - doc. istr. 546 e Unitefilm - Memoria di difesa - doc. istr. 547.

¹⁵⁵ Doc. isp. 116 e .

¹⁵⁶ Cfr. *inter alia* - Siri Video - Memoria di difesa doc. istr. 558 e integrazione alla memoria conclusiva - doc. istr. 707; Digital Si - Memoria di difesa - doc. istr. 708; MAV Television Memoria di difesa - doc. istr. 555 e integrazione alla memoria conclusiva - doc. istr. 704; Digital Si - Memoria di difesa - doc. istr. 708.

¹⁵⁷ Cfr. Digital Si - Memoria di difesa - doc. istr. 708; D4 e Studio Immagine - Note integrative alle memorie finali di difesa - doc. istr. 712.

¹⁵⁸ Cfr. Studio Immagine - Memoria di difesa - doc. istr. 551; MAV Television - Memoria di difesa - doc. istr. 555 e Siri Video - Memoria di difesa - doc. istr. 558.

¹⁵⁹ Cfr. *inter alia* Digital Si - Memoria di difesa - doc. istr. 708.

essi erano all'oscuro del presunto carattere collusivo prospettato nella CRI del 19 dicembre 2014. Inoltre, l'intervento sarebbe avvenuto con la presenza di soggetti non legittimati e, in ogni caso, sarebbe stato passivo e per un arco temporale ristretto durante il quale non sarebbero stati affrontati temi di carattere illecito.

l) La mancata prova sulla collusione nelle singole gare e l'insussistenza di un'intesa unica e complessa

153. Alcune Parti del Procedimento¹⁶⁰ hanno rilevato altresì che in sede di Comunicazione delle Risultanze Istruttorie non sarebbe stata fornita alcuna prova sulla realizzazione di una collusione nell'ambito delle singole gare RAI, contrariamente a quanto stabilito dalla stessa Autorità in alcuni suoi interventi in tema di restrizioni della concorrenza nello svolgimento di gare (*bid rigging*). Inoltre, nel corso del procedimento, la RAI avrebbe fornito dati incompleti sulle gare in quanto non sarebbero state fornite le basi d'asta delle gare necessarie per calcolare il differenziale di prezzo. Nella medesima prospettiva, Siri Video ha rilevato contraddittoria la qualificazione dell'intesa come unica e complessa, oltre che di lunga durata, laddove sarebbero individuabili due intese distinte anche in considerazione della cessazione di fatto dell'attività del NIBA nel periodo delle gare del luglio-ottobre 2013.

m) Le argomentazioni sviluppate dalle Parti interessate dal supplemento d'istruttoria

154. In data 20 febbraio 2015 e 11 marzo 2015¹⁶¹, la società Video Etc ha depositato due note difensive in cui ha ribadito di non essere stata presente alla riunione del 2 luglio 2013, ma unicamente e parzialmente alla riunione del 17 settembre 2013. Al riguardo, la Parte ha rappresentato che né l'amministratore della società né alcun dipendente né altro delegato è stato presente alla predetta riunione, apponendo addirittura il timbro della società. Dalla documentazione depositata in atti in allegato alla memoria del 20 febbraio 2015¹⁶², si evincerebbe che il rappresentante legale e tutti i dipendenti erano impegnati in alcune riprese televisive appaltate dalla RAI dalla mattina sino alle ore 19.30 del giorno 2 luglio 2013. Tale circostanza escluderebbe in fatto la presenza di rappresentanti di Video Etc. alla predetta riunione. Infine, la Parte ha negato che la firma sia riconducibile a quella dell'amministratore della società, contestando l'autenticità del documento. Sul punto, secondo la Parte la circostanza che nel documento solo per Video Etc. e non per altre società sia recato il timbro - che è usualmente utilizzato dalla società soltanto per fini di fatturazione e di certificazione - dovrebbe essere valutato come un elemento idoneo ad escluderne l'autenticità. Inoltre, tale timbro non può essere stato apposto successivamente posto che il documento è restato nella disponibilità di MAV Television. Circa le dichiarazioni di MAV sulla presenza dell'amministratore unico di Video Etc., la Parte non ha escluso che esse sono riconducibili ad un errore. In particolare, come evidenziato dalla stessa MAV Television, anche in considerazione del lasso temporale trascorso dalla riunione del 2 luglio 2013, è probabile che sia stata confusa la presenza del [omissis] a tale riunione con quella alla riunione del 17 settembre 2013, circostanza che non è stata negata da Video Etc. nel corso dell'istruttoria.

¹⁶⁰ Cfr. Studio Immagine-Memoria di difesa - doc. istr. 551 e D4- Memoria di difesa - doc. istr. 553.

¹⁶¹ Cfr. doc. istr. 593 e 615.

¹⁶² Cfr. allegati al doc. istr. 593. Oltre a documentazione contabile relativa ad alcune riprese effettuate da Video Etc. per conto di RAI nella giornata del 2 luglio 2013, è stata prodotta una dichiarazione di una giornalista RAI, con data 18 febbraio 2015, che assevera che il rappresentante legale di Video Etc. avrebbe lavorato nella giornata del 2 luglio 2013, dalle 11.30 alle 18.30, ad alcune riprese effettuate per il programma Agorà (cfr. allegato 4 doc. istr. 593).

155. In sede di presentazione della memoria conclusiva, oltre a ribadire la propria estraneità alla riunione del 2 luglio 2013, la Parte ha rilevato che nell'Integrazione della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie è stata accolta la versione di MAV Television, nonostante essa sia basata sulla presentazione di un documento tardivo e senza esercitare ulteriori approfondimenti. Inoltre, quanto prospettato nel supplemento d'istruttoria circa l'irrelevanza della dichiarazione asseverativa fornita da Video Etc. appare illogico in quanto anche il documento prodotto da MAV Television, relativo al foglio presenze della riunione del 2 luglio 2013, è anch'esso fornito da un soggetto privato. E' stato anzi sottolineato che la dichiarazione è stata effettuata da una giornalista, per conto della stazione committente, quale la RAI. La documentazione in parola è stata presentata da Video Etc. successivamente al coinvolgimento della Società stessa da parte di MAV Television perché Video Etc. non avrebbe avuto alcun motivo di produrla in precedenza, essendo stata esclusa in sede di Comunicazione delle Risultanze Istruttorie del 19 dicembre 2014 la sua partecipazione alla riunione del 2 luglio 2013.

156. In data 4 marzo 2015, è stata sentita in audizione la società New Telecinema¹⁶³ che ha rappresentato che la firma riportata sul documento in esame è di [omissis], un dipendente della società con la qualifica di capo tecnico che di fatto ha gestito la società per molti anni. [omissis] allo stato non ricopre più alcun incarico all'interno della società.

157. Nella medesima data è stata sentita in audizione anche la società Digital Si¹⁶⁴. In tale occasione, la Parte ha dichiarato che la firma riportata sul documento prodotto da MAV Television è riconducibile al Signor [omissis], dipendente della società. La partecipazione del [omissis] sarebbe riconducibile ad un'autonoma iniziativa di quest'ultimo, senza che fosse stata conferita a tale dipendente alcuna delega per assistere alla riunione.

Più in generale, la Parte ha rappresentato che il documento prodotto da MAV Television non è idoneo a modificare la ricostruzione della posizione di Digital Si rispetto all'intesa in quanto un foglio presenze non appare un elemento sufficiente a comprovare un coinvolgimento nella strategia collusiva laddove la stessa ha documentato la sua estraneità e il disinteresse a qualsiasi attività associativa. Sul punto la Parte ha rappresentato che, attraverso il recesso dal NIBA, ha inteso manifestare la sua estraneità all'attività di monitoraggio condotta da tale associazione¹⁶⁵.

158. In sede di memoria finale¹⁶⁶, la Parte ha contestato i criteri di imputazione utilizzati nella CRI e nella successiva integrazione della stessa con riferimento alla fase dell'intesa relativa alle gare del luglio-ottobre 2013, consistenti nella partecipazione alla riunione del 2 luglio 2013 e alla partecipazione ad una delle predette gare. In particolare, oltre a sottolineare che Digital Si non risulta aggiudicataria di alcuna delle venti gare interessate dal procedimento, mancherebbe l'adozione di un comportamento di mercato conseguente e coerente alla partecipazione a tale riunione e la prova di un nesso di causalità fra le scelte operative della società e la presunta attività di coordinamento. Sul punto è stato rilevato che, oltre ad essere state adottate in concreto autonome scelte commerciali, la partecipazione alla gara è di per sé fisiologica per un'impresa di post produzione che rivolge la propria attività alla RAI. Inoltre, risulta incoerente partecipare a gare con lo specifico obiettivo di non aggiudicarsene alcuna.

¹⁶³ Cfr. doc. istr. 609.

¹⁶⁴ Cfr. doc. istr. 610.

¹⁶⁵ Cfr. doc. istr. 250.

¹⁶⁶ Cfr. Digital SI, memoria finale doc. istr. 708.

159. Infine, in data 9 marzo 2015, sono state sentite in audizione le società On Air¹⁶⁷ e Capital Video¹⁶⁸.

On Air ha rappresentato che non era presente alla riunione e che la firma non è riconducibile ad alcun rappresentante legale della società. Inoltre, è stato dichiarato che non è stata fornita alcuna delega a dipendenti della On Air per recarsi alla riunione del 2 luglio 2013. Infine, è stato rappresentato che non è escluso che qualche soggetto si sia recato alla riunione di sua iniziativa in considerazione dell'informalità dei rapporti che caratterizza il settore della post produzione.

Capital Video ha confermato di essere stato presente alla riunione, ma di non aver dato peso a tale circostanza in quanto Capital Video si era dimessa da tempo dal NIBA. Inoltre, le discussioni erano sempre dello stesso tenore, avevano ad oggetto la trattativa con RAI e, pertanto, apparivano inutili. Capital Video ha rappresentato di aver partecipato soltanto per alcuni minuti.

n) I rapporti delle singole parti del procedimento con NIBA e la partecipazione alle riunioni dell'estate 2013

160. Di seguito sono sintetizzate le difese sviluppate da alcune Parti del procedimento volte a rappresentare una generale autonomia di condotta rispetto all'intesa, con specifico riferimento al rapporto con NIBA, alla partecipazione alle riunioni dell'estate del 2013 e alle gare indette tra il luglio e l'ottobre 2013. Le argomentazioni di Capital Video, Digital Si, New Telecinema e On Air sono state illustrate nella precedente sezione.

AESSE Video

161. La Parte ha sottolineato la totale estraneità a qualsiasi coordinamento anticoncorrenziale, soprattutto in considerazione della circostanza che la società ha presentato la propria domanda di iscrizione all'Albo Fornitori RAI solo nel febbraio 2013 ed ha iniziato ad operare per la Rai solo nell'estate 2013. Inoltre, la società non ha mai aderito ad alcuna associazione di categoria, e tanto meno al NIBA, né avrebbe partecipato ad alcuna riunione¹⁶⁹. RAI non rappresenta un cliente importante per Aesse Video laddove essa sarebbe un fornitore storico di altre emittenti.

Barbieri

162. Oltre alla circostanza di non essere menzionata nelle lettere anonime allegate alla segnalazione RAI, la Parte ha rappresentato che l'intesa non può essere ad essa imputata sulla base dei criteri indicati nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, rappresentati dalla partecipazione ad una delle riunioni dell'estate del 2013 e della partecipazione ad almeno una delle gare del periodo luglio-ottobre 2013. Sul punto, è stata evidenziata l'insussistenza di indizi precisi, gravi e concordanti circa l'effettiva partecipazione al disegno collusivo così come indicati dalla giurisprudenza comunitaria. Con riferimento alla riunione del 2 luglio 2013, è stato sottolineato che Barbieri non faceva parte dell'associazione, ha partecipato alla riunione senza conoscere l'oggetto della stessa e a seguito di un invito informale di un concorrente. Inoltre, il rappresentante legale ha partecipato soltanto per alcuni minuti iniziali senza che durante tale arco temporale fossero trattati temi di natura anticoncorrenziale. Con riferimento alle gare del luglio-ottobre 2013 e all'aggiudicazione del programma "Crash", la partecipazione di Barbieri è del tutto slegata dalla partecipazione alla predetta riunione in quanto tenuta tre mesi prima dell'indizione della gara in esame quando ancora non era conoscibile il suo contenuto della stessa e se la RAI avrebbe invitato

¹⁶⁷ Cfr. doc. istr. 613.

¹⁶⁸ Cfr. doc. istr. 614.

¹⁶⁹ Aesse Video verbale audizione del 27 giugno 2014 – doc. istr. 217. Tale circostanza è confermata anche dal doc. istr. 95.

anche Barbieri. Viceversa, la partecipazione a tali gare è riconducibile ad una strategia autonoma, tale da escludere la sussistenza di un parallelismo con le condotte degli altri concorrenti, ma attuata sulla base di un'attenta osservazione dei prezzi praticati dalle società in occasione delle gare dell'agosto del 2013 cui essa era stata invitata e su considerazioni legate ai costi di produzione.

163. *[Omissis]*.

D4

164. D4 avrebbe avuto un ruolo marginale nell'intesa in quanto *new entrant* aggiudicatario soltanto di 4 commesse nel periodo 2011-2013. Per quanto concerne la partecipazione alle riunioni NIBA, pur facendo parte del Direttivo NIBA, non ha partecipato alle riunioni che la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie indica come connotate da un carattere illecito. Rispetto alla riunione del 2 luglio 2013, D4 vi ha partecipato in quanto animata dall'obiettivo di essere informata sulla trattativa con la RAI, argomento cruciale per la sua stessa esistenza.

165. In ordine alla durata dell'infrazione, contrariamente a quanto prospettato nella CRI del 19 dicembre 2014 e nella successiva Integrazione del 18 marzo 2015, essa nel suo complesso non potrebbe eccedere il periodo 2 luglio - 17 settembre 2013 posto che non vi sarebbe prova del collegamento causale fra gli scambi di informazione all'interno del NIBA e l'innalzamento del livello dei prezzi delle 20 gare del luglio-ottobre 2013. Quest'ultimo andrebbe ricollegato alle due riunioni del 2 luglio e 17 settembre 2013.

Diva

166. La Parte ha rappresentato di aver svolto un ruolo marginale rispetto alla concertazione realizzata nell'ambito del NIBA. Alcuni documenti, come ad esempio una *mail* del 14 aprile 2012, attesterebbero come il rappresentante legale della società abbia inteso prendere le distanze dal disegno collusivo operato da alcune società. Rileverebbe anche la circostanza che le richieste di trasmissione dei prospetti delle gare non erano indirizzate a DIVA in quanto non considerate come dialogante con l'associazione. Nel periodo in cui si manifesta un concreto coordinamento delle politiche di offerta al fine di innalzare i prezzi, ossia nel luglio-ottobre 2013, il rappresentante di DIVA era consigliere di minoranza all'interno del NIBA e la società è risultata aggiudicataria di una sola gara. Nel periodo precedente, dove era rivestita la carica di presidente, la Parte ha negato che si sarebbero registrate concrete iniziative concertative.

Euro Group

167. Rispetto alla partecipazione alla NIBA, Euro Group ha rivendicato la legalità dell'operato del rappresentante legale della stessa volto a contrastare l'attività di altri operatori presenti sul mercato che tendevano a praticare offerte al di sotto dei costi. Inoltre, le mail inviate dalla Euro Group non rappresentavano che la trasmissione di comunicazioni relative a quattro gare così come comunicate da RAI successivamente al loro esito. Si trattava di informazioni che erano in possesso della Euro Group e di tutte le società parti del procedimento in quanto tutte invitate alle relative gare e presenti all'apertura delle offerte. D'altra parte, non era preclusa la partecipazione all'apertura delle offerte alle società che richiedessero di partecipare alle sedute di apertura.

168. Per quanto concerne la partecipazione alle riunioni del 2 luglio 2013 e del 17 settembre 2013, esse erano caratterizzate da una profonda conflittualità come testimoniato dalla circostanza che dopo appena nove giorni è stata deliberata la messa in liquidazione della NIBA. In ogni caso, Euro

Group avrebbe abbandonato tali riunioni subito dopo il loro inizio senza fornire alcun contributo al dibattito¹⁷⁰.

Futura

169. La parte ha evidenziato la totale estraneità della società a qualsiasi coordinamento anticoncorrenziale in quanto sospesa dall'Albo fornitori alla fine del 2012 come documentato da un atto di citazione notificato alla RAI per risarcimento dei danni. Pertanto, Futura non ha partecipato alle gare RAI oggetto dell'avvio del procedimento e avrebbe continuato a lavorare per RAI fino al giugno 2013 per portare a termine lavori precedentemente aggiudicati.

170. Per quanto concerne l'associazione NIBA, Futura ha rappresentato di averne fatto parte in quanto il suo presidente (*omissis*) è stato componente del Collegio dei Probiviri.

171. La Parte ha disconosciuto la paternità di alcuni documenti ispettivi e, in particolare, del documento ispettivo reperito presso la sede della società Barbieri¹⁷¹. Quanto alla partecipazione all'associazione NIBA, Futura è entrata nell'associazione al momento della sua costituzione e ha esercitato il diritto di recesso nel dicembre 2012. Ciò in considerazione dei dissapori e delle difficoltà che si erano riscontrate nell'attività dell'associazione.

Grande Mela

172. Grande Mela¹⁷² ha rappresentato che l'attività di post-produzione realizzata a favore di RAI è residuale, relativa a forniture assunte saltuariamente. Si tratterebbe di servizi che sono in fase recessiva per la scelta di RAI di internalizzarli. Inoltre, la Parte, pur essendo stata invitata a 7 delle gare dell'estate 2013 oggetto di indagine, non se ne è aggiudicata alcuna.

173. Grande Mela non ha mai concretamente partecipato all'attività dell'associazione NIBA. Le tematiche trattate, relative ai servizi post-produzione RAI, non interessavano l'attività principale svolta da Grande Mela. Grande Mela era invitata alle assemblee NIBA in qualità di membro esterno, ma non ha mai partecipato ad alcuna riunione, salvo una risalente nel tempo e, pur avendo ricevuto diverse *mail* dai rappresentanti NIBA e da associati, non ha mai risposto né partecipato in alcun modo alle discussioni.

Industria & Immagine

174. La Parte ha rappresentato che in data 9 giugno 2014 è stata deliberata la chiusura del settore della post-produzione, che non svolge più alcuna attività dal 1 agosto 2014. Industria e Immagine è principalmente attiva nel settore della produzione televisiva la cui superiore redditività, a partire dal 2011, ha di fatto sovvenzionato il settore della post-produzione. Tale difficoltà è riconducibile alla circostanza di aver ricevuto pochi inviti da RAI a partecipare alle gare¹⁷³. Al riguardo, la Parte ha depositato una mail del 5 dicembre 2012 in cui manifestava alla Dirigenza RAI la sofferenza economica in cui versava l'attività di post-produzione.

175. Industria e Immagine ha rappresentato che la società nella stagione 2013-2014 si è aggiudicata solo una procedura di gara, relativa alla trasmissione "Paese che vai" (che successivamente RAI ha revocato). Quanto ai prezzi di aggiudicazione, la società ha sempre praticato offerte di circa 30 Euro orari – che considera un prezzo congruo rispetto ai costi – e se in casi limitati sono state presentate offerte inferiori a 30 Euro/h, ciò è ascrivibile all'insufficiente grado di saturazione della capacità produttiva. Tale circostanza è dimostrata da una tabella

¹⁷⁰ Cfr. doc. istr. 549.

¹⁷¹ Doc. isp. n. 5.

¹⁷² Grande Mela - Verbale audizione del 14 ottobre 2014 - doc. istr. 299.

¹⁷³ All. 1 al doc. istr. 545. Vedi anche docc. istr. 236 e 243.

ricostruttiva delle partecipazioni alle gare di Industria e Immagine relativa al periodo 2011-2013¹⁷⁴.

176. Più in generale, Industria e Immagine ha rivendicato un'autonomia decisionale nelle offerte economiche presentate in sede di gara. Oltre che dal calo dei numeri di inviti da parte di RAI, tale condotta sarebbe desumibile dalla circostanza che, durante il 2011, Industria e Immagine ha offerto prezzi orari più elevati rispetto agli anni successivi certa della probabilità elevata di RAI di applicare il criterio della rotazione che avrebbe favorito anche Industria e Immagine a prescindere dai prezzi offerti. Successivamente, a partire dal 2012, il drastico calo degli inviti ha indotto Industria e Immagine ad abbassare i prezzi per aggiudicarsi almeno una gara. Una volta assicuratisi almeno un'aggiudicazione, Industria e Immagine ha ripreso ad offrire somme congrue nelle successive partecipazioni a gare.

MAV Television

177. MAV Television ha rilevato che, durante il periodo di partecipazione all'associazione NIBA, il suo rappresentante legale avrebbe avuto una posizione di contrasto con l'attività svolta dalla stessa, sino a decidere di uscire il 26 ottobre 2012. Anche la partecipazione alla riunione del 3 settembre 2012 andrebbe interpretata nella prospettiva di una posizione di dissenso rispetto alla linea adottata dall'associazione posto che MAV Television stava comunicando la propria intenzione di uscire. La Parte ha, inoltre, contestato il coinvolgimento nella seconda fase dell'intesa posto che non faceva più parte del NIBA un anno e mezzo prima prima che si svolgessero le riunioni dell'estate del 2013. Prova del mancato coinvolgimento sarebbe l'andamento decrescente del fatturato e la presenza di perdite di bilancio e la circostanza che le offerte sarebbero state in linea con quelle formulate sino al luglio 2013 nonostante l'aumento dei costi per l'utilizzo di macchinari richiesti dalla RAI.

Obiettivo Immagine

178. La Parte ha evidenziato che l'unico richiamo alla sua posizione sarebbe riconducibile alla partecipazione alla sola riunione del 2 luglio 2013. Si tratterebbe tuttavia di una partecipazione parziale in quanto il rappresentante legale della società si sarebbe allontanato poco dopo il suo inizio. Pertanto, una provvisoria presenza, peraltro dovuta ad un invito rivolto a tutte le società del settore, non rappresenterebbe un elemento sufficiente a giustificare la compartecipazione all'intesa tale da giustificare l'irrogazione di una sanzione anche a fronte della circostanza che Obiettivo Immagine non risulta aggiudicataria di alcuna gara.

Primopiano

179. Oltre a non aver mai partecipato al NIBA e ad alcuna attività di carattere associativo, Primopiano ha rappresentato l'insussistenza di sufficienti elementi di coinvolgimento con particolare riferimento alle condotte relative alle gare del luglio-ottobre 2013. Con riferimento alla riunione del 2 luglio 2013, la Parte ha sottolineato che essa non può configurarsi come una riunione di cartello in considerazione del fatto che essa si è svolta, anche in ragione dell'elevato numero di intervenuti, in un clima di estrema confusione, indeterminatezza e tensione derivante dalla particolare crisi del settore e, almeno fino a quando è stata presente, non si sarebbe discusso di accordi su prezzi o di spartizione di gare. Primopiano si sarebbe allontanata rapidamente appena compreso il carattere del tutto astratto dei dibattiti e delle discussioni in corso.

180. Nella gara relativa alla trasmissione "Sereni Variabile", Primopiano ha assunto un comportamento del tutto autonomo, slegato dalla partecipazione alla predetta riunione. In

¹⁷⁴ Cfr. doc. 243.

particolare, l'offerta presentata è stata in linea con quella formulata nell'anno precedente. Tale circostanza sarebbe prova dell'estraneità al meccanismo collusivo in quanto, se fosse stata certa dell'aggiudicazione, avrebbe formulato un'offerta più alta. L'incremento percentuale applicato (pari a 5,62%) sarebbe riconducibile alla richiesta di RAI di adottare la nuova tecnologia HD. In ogni caso, tale incremento sarebbe del tutto in linea con gli aumenti praticati di anno in anno e con l'autonoma strategia commerciale adottata dalla Parte in sede di fornitura dei servizi di post-produzione. Ove fosse stata coinvolta in una strategia collusiva, sarebbe stata formulata un'offerta di importo ben più elevato.

181. Primopiano non avrebbe mai beneficiato dell'accordo collusivo ed anzi ne sarebbe vittima in quanto oggetto di pressioni da parte degli altri operatori di settore. [Omissis]. Inoltre, essa ha evidenziato una disparità di trattamento sottesa nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie nella misura in cui sarebbe stata stralciata la posizione di RTS, un importante concorrente che pur risulterebbe aggiudicatario della gara relativa al programma "Chi l'ha visto".

182. La Parte ha rimarcato l'atteggiamento collaborativo assunto durante il procedimento. Infatti, in sede di ispezione ha informato l'Autorità di dettagli e situazioni di cui aveva avuto contezza nei periodi precedenti, fornendo, sia in quella sede che nel corso del procedimento, ogni elemento a sua conoscenza, nei limiti delle informazioni note ad un'impresa che ha agito autonomamente e che sarebbe stata posta ai margini del settore, come testimoniato dalla situazione di perdita registrata nel 2014. Nella denegata ipotesi dell'applicazione di una sanzione, tale circostanza dovrebbe essere tenuta in considerazione al fine del riconoscimento di una sanzione ridotta se non di importo simbolico.

183. Con riferimento alla determinazione della sanzione, ove ritenuta imputabile, la Parte ha sottolineato che il termine di partecipazione come riportato nella CRI del 19 dicembre 2014 e nella successiva integrazione del 19 marzo 2015 andrebbe ridotto a due mesi in considerazione del fatto che l'ultima offerta relativa alle 20 gare interessate dall'avvio del procedimento presentata da Primopiano riguarderebbe il programma "La vita in diretta" ed è stata presentata il 6 settembre 2013.

Soul Movie

184. Soul Movie¹⁷⁵ ha rappresentato che il fatturato derivante da servizi offerti a RAI incide per una percentuale assai ridotta sul totale dei ricavi dell'attività di post-produzione.

185. Soul Movie non ha mai fatto parte dell'associazione NIBA né ha aderito ad altre associazioni, rifiutando gli inviti ad aderire ed operando sempre in assoluta autonomia. Tali elementi dimostrerebbero l'assoluta estraneità alla fattispecie oggetto di contestazione nell'ambito del procedimento. Anche l'esame della documentazione raccolta nelle ispezioni del 19 dicembre 2013 e gli ulteriori elementi in atti¹⁷⁶, nella misura in cui in essi non è rinvenibile alcun riferimento a Soul, rappresentano un indice dell'estraneità all'intesa contestata.

Studio Immagine

186. Oltre a quanto rappresentato nelle precedenti sezioni relative alle argomentazioni di carattere generale, la Parte ha tenuto a sottolineare che la documentazione reperita presso la sua sede durante l'attività ispettiva è frutto di elaborazioni interne, svolte nell'ottica di fornire un contributo alla relazione della società Ernest & Young.

¹⁷⁵ Soul Movie - verbale audizione del 14 ottobre 2014 - doc. istr. 303. Risposta alla richiesta di informazioni del 25 febbraio 2014 - doc. istr. 88.

¹⁷⁶ In particolare, il doc. istr. 95.

Unitelefilm

187. Nell'arco temporale luglio-ottobre 2013, Unitelefilm non ha preso parte alle gare interessate dall'istruttoria avendo subito due sospensioni da parte di RAI. In ogni caso, come emerge dalla documentazione ispettiva¹⁷⁷, il rappresentante legale di Unitelefilm avrebbe praticato prezzi al ribasso, causando le reazioni degli altri concorrenti.

188. In merito alla durata, la Parte ha sviluppato argomentazioni analoghe a quelle di D4.

Video Etc.

189. Con riferimento alle condotte poste in essere nell'ambito del NIBA, Video Etc. ha evidenziato la sua totale estraneità, in quanto è uscita dall'associazione ben prima che fossero indette le gare RAI del luglio-ottobre 2013. In particolare, Video Etc. ha aderito all'associazione NIBA dalla sua costituzione, nel settembre 2011, fino al 26 ottobre 2012, quando, a seguito dei continui conflitti esistenti e della scarsa trasparenza da parte degli organi direttivi nei confronti degli associati, ha esercitato il diritto di recesso, come documentato da una comunicazione depositata in atti¹⁷⁸.

190. Per quanto concerne le condotte relative alle gare del luglio-ottobre 2013, oltre a quanto illustrato nella sezione dedicata alle argomentazioni relative agli elementi raccolti nel corso del supplemento d'istruttoria, Video Etc. ha osservato che la partecipazione ad una delle riunioni del 2 luglio e del 17 settembre 2013, unita all'aggiudicazione della gara per il programma "Domenica In", non può essere considerata un sufficiente elemento di imputazione dell'intesa in considerazione del carattere episodico della partecipazione alla riunione e dell'assenza di un collegamento fra la partecipazione alla riunione e l'aggiudicazione di una gara. In ordine al contenuto della predetta riunione, la Parte ha sottolineato di non essere stata messa a conoscenza del suo ordine del giorno in quanto estranea al NIBA e che il suo rappresentante legale si era allontanato durante il suo svolgimento, senza che sino a quel momento fosse stato discusso alcun argomento di carattere anticoncorrenziale.

Inoltre, rispetto alla circostanza di aver partecipato alle gare del luglio-ottobre 2013, la Parte ha rilevato che è assente un necessario termine di riferimento per contestare a Video Etc. un innalzamento del livello dei prezzi praticato a RAI. Sul punto, viene richiamata la circostanza che, fatta eccezione per il programma "Serenio Variabile", nell'anno precedente (2012), Video Etc. non ha partecipato alle gare per i programmi interessati dall'istruttoria. Più in generale, viene evidenziato che le gare indette da RAI sono sempre caratterizzate da una ridotta variabilità dei prezzi offerti in ogni singola gara e dal loro addensamento intorno alla media, oltre che da una trasparenza delle condizioni economiche che caratterizzerebbe il mercato.

World Video

191. World Video è entrata nel settore della post-produzione RAI solo nell'agosto 2013, quando è stata invitata da RAI a partecipare alle gare relative alle trasmissioni "Paese che vai" e "Domenica In". In precedenza, nello specifico nei mesi di febbraio e marzo 2013, era stata chiamata solo per prestazioni occasionali e turni spot. World Video eroga i propri servizi anche per altre emittenti televisive. Tale società non fa parte del NIBA e non ha mai partecipato alle due riunioni che si sono svolte nella parrocchia di Santa Lucia il 2 luglio e il 17 settembre 2013 o ad altre riunioni tra le imprese di post produzione ¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. doc. isp. 171.

¹⁷⁸ Cfr. All. 3 – doc. istr. 204.

¹⁷⁹ Cfr. doc. istr. 95. Vedi verbale audizione del 19 giugno 2014 - doc. istr. 209.

VI. IL PARERE FORMULATO DALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

192. In data 22 aprile 2015, è stato inviato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni lo schema di provvedimento di chiusura del presente procedimento ai fini dell'emanazione del relativo parere. Nell'ambito della comunicazione pervenuta in data 26 maggio 2015, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha espresso parere favorevole allo schema di provvedimento.

VII. VALUTAZIONI

193. Il complesso delle evidenze ispettive e degli ulteriori elementi raccolti nel corso dell'istruttoria dimostra l'esistenza di comportamenti tesi ad alterare il normale dispiegarsi dei meccanismi competitivi con riferimento al contenuto delle offerte formulate nell'ambito delle gare indette dalla RAI per la fornitura dei servizi di post-produzione in violazione dell'articolo 2 della Legge n. 287/1990. In particolare, dagli elementi acquisiti, emerge l'esistenza di un'intesa unica e continuata, avente ad oggetto uno scambio di informazioni e il coordinamento delle politiche di offerta in sede di partecipazione alle gare RAI con l'obiettivo di innalzare il livello dei prezzi praticato. Per le offerte economiche relative alle gare del luglio-ottobre 2013, tale obiettivo è stato perseguito da parte di alcune imprese attraverso una strategia volta a ripartire le gare indette dalla RAI. L'intesa è stata realizzata con il concorso dell'associazione NIBA, mediante riunioni associative e la condivisione di informazioni commerciali sensibili fra i suoi associati nonché indicazioni relative ai prezzi minimi.

194. Le condotte in esame si sono dapprima realizzate nell'ambito dell'associazione NIBA, costituita nel settembre 2011, attraverso la condivisione di informazioni commerciali sensibili e l'adozione da parte dell'associazione di strategie di coordinamento delle offerte per reagire alle politiche di riduzione della base d'asta da parte di RAI. Tale coordinamento si è sviluppato nel tempo raggiungendo il suo culmine nell'alterazione del meccanismo competitivo in sede di partecipazione a 20 gare indette da RAI fra il luglio e l'ottobre 2013 ove si è rilevato un anomalo abbattimento del livello degli sconti e un innalzamento del livello del prezzo.

195. Sulla base degli elementi raccolti risulta che tutte le imprese parti del procedimento (ad eccezione come si vedrà di Aesse Video, Euroscena, Grande Mela, RTS, Soul Movie e World Video di cui si dirà in seguito), con il concorso dell'associazione NIBA, hanno posto in essere tale infrazione.

196. Le singole condotte delle imprese vanno inquadrare e valutate tenendo conto del quadro complessivo e non in modo atomistico. Come confermato anche dalla giurisprudenza nazionale, infatti, in materia di intese restrittive i singoli comportamenti delle imprese (i quali, presi isolatamente, potrebbe apparire privi di specifica rilevanza), qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, come nel caso di specie, debbono essere considerati quali *"tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza"*¹⁸⁰.

197. Secondo l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, una serie di comportamenti di più imprese aventi lo stesso oggetto anticoncorrenziale può essere considerata espressione di un'infrazione unica¹⁸¹.

¹⁸⁰ Decisione Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 421- *Rifornimenti aereoportuali*. Vedi anche Consiglio di Stato, 23 giugno 2014, n. 3167, *I722 - Logistica internazionale*.

¹⁸¹ Sentenza Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, Causa C-49/92 P- *Anic*; in senso conf. vedi anche Sentenza Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, causa C-204/00 P, *Aalborg*, punto n. 258, secondo cui: *"Una violazione dell'art. 85, n. 1, del*

198. La Corte di Giustizia ha aggiunto che i criteri del coordinamento e della collaborazione debbono essere intesi alla luce della concezione inerente alle norme del TFUE in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune¹⁸². Secondo questa stessa giurisprudenza, la suddetta esigenza di autonomia vieta “*rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano lo scopo o l’effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura della merce e delle prestazioni fornite, dell’importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato*”¹⁸³.

199. L’esigenza di autonomia implica anche che, ove risulti provato che un’impresa abbia partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un’ottica diversa dalla loro. Diversamente, il fatto di approvare tacitamente un’iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, rappresenta una modalità di partecipazione all’infrazione, idonea quindi a far sorgere la responsabilità dell’impresa nell’ambito di un unico accordo, anche qualora l’impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale¹⁸⁴.

Trattato può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o perfino da un comportamento continuato. Tale interpretazione non può essere contestata sulla base del fatto che uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire di per sé e presi isolatamente una violazione della detta disposizione (...). Ove le diverse azioni facciano parte di un «piano d’insieme», a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza all’interno del mercato comune, la Commissione può imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all’infrazione considerata nel suo insieme”.

Vedi anche Sentenza Corte di Giustizia, 6 dicembre 2012, causa C 441/11 P - *Coppens*, punto 42 “*Un’impresa che abbia partecipato a una tale infrazione unica e complessa con comportamenti suoi propri, rientranti nella nozione di accordo o di pratica concordata a scopo anticoncorrenziale ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1, CE e miranti a contribuire alla realizzazione dell’infrazione nel suo complesso, può essere quindi responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell’ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa. Questa ipotesi ricorre quando è dimostrato che detta impresa intendeva contribuire con il proprio comportamento agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti e che era al corrente dei comportamenti illeciti previsti o attuati da altre imprese nel perseguire i medesimi obiettivi, oppure che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne il rischio”.*

¹⁸² Sentenze Corte di Giustizia, sent. 16 dicembre 1975 *Suiker Unie*; Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*.

¹⁸³ Sentenza Corte di Giustizia, *Anic*, cit., punto 117; nello stesso senso le citate sent. 16 dicembre 1975 *Suiker Unie*; Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*.

¹⁸⁴ Per tutte cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 28 giugno 2005 sulla Causa C-189/02P - *Dansk Rørindustri*. La sentenza recita: “¹⁴² Infatti, secondo una giurisprudenza costante, è sufficiente che la Commissione dimostri che l’impresa interessata ha partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, affinché sia sufficientemente provata la partecipazione della detta impresa all’intesa. Ove sia stata dimostrata la partecipazione a riunioni del genere, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un’ottica diversa dalla loro (...).

¹⁴³ Al riguardo, il fatto di approvare tacitamente un’iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, ha l’effetto di incoraggiare la continuazione dell’infrazione e pregiudica la sua scoperta. Tale complicità rappresenta una modalità passiva di partecipazione all’infrazione, idonea quindi a far sorgere la responsabilità dell’impresa nell’ambito di un unico accordo (...).

¹⁴⁴ Inoltre, la circostanza che un’impresa non dia alcun seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale non è atta a escludere la responsabilità della medesima per la sua partecipazione a un’intesa, a meno che essa non abbia preso pubblicamente le distanze dal suo contenuto (...).

¹⁴⁵ Ai fini dell’applicazione dell’art. 85, n. 1, del Trattato, è sufficiente che un accordo abbia per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza, a prescindere dai suoi effetti concreti. Di conseguenza, nel caso di accordi che si manifestino in occasione di riunioni di imprese concorrenti, si verifica un’infrazione alla detta disposizione qualora

200. Come si avrà modo di illustrare nei successivi paragrafi, nel complesso il sistema che emerge dall'insieme della documentazione acquisita è quello di un coordinamento fondato non su scelte autonome attuate in un contesto realmente competitivo, ma su interessi e condotte coordinate, volte a concertare la partecipazione alle gare e la formulazione del contenuto economico delle offerte e dei relativi sconti.

VIII. LA QUALIFICAZIONE E LA RESTRITTIVITÀ DELL'INTESA

A. Le condotte poste in essere nell'ambito del NIBA

A.1. La costituzione del NIBA con l'obiettivo di innalzare i prezzi offerti alla RAI

201. Dall'analisi della documentazione acquisita nel corso del procedimento è emerso che la costituzione della associazione di categoria NIBA nel 2011 ha avuto la finalità dichiarata di consentire di reagire alla politica di riduzione del prezzo di base d'asta per i servizi di post produzione attuata dalla RAI sino a coordinare le politiche commerciali degli operatori.

202. Riguardo alle stesse finalità perseguite dagli operatori aderenti al NIBA sotto lo schermo associativo, alcuni documenti rivelano chiaramente l'obiettivo di concertazione delle politiche commerciali. Ne costituiscono esempio alcune mail¹⁸⁵ inviate da [omissis] della società Menager2000 agli associati NIBA ove si ribadisce che "lo scopo dell'associazione fosse [era] quello di cercare di far rialzare i prezzi di aggiudicazione delle commesse Rai, o sbaglio?" [sottolineatura aggiunta]¹⁸⁶.

203. Parimenti l'obiettivo di concertare le politiche di prezzo in sede di partecipazione alle gare RAI attraverso l'adozione di un atteggiamento condiviso emerge dalla lettura del verbale di una riunione del Direttivo e del collegio dei Probiviri della NIBA del 3 settembre 2012, ove [omissis] (Diva), rassegnando le proprie dimissioni dalla carica di Presidente, si esprime con tali parole "... Il solo modo di farlo era spingere la Rai, muovendoci tutti nella stessa direzione, a rialzare i prezzi in modo congruo[sottolineatura aggiunta], affinché potessimo pagare al nostro personale il compenso e i contributi dovuti e avere tutti un giusto margine di guadagno". (...) I prezzi molto

tali riunioni abbiano un oggetto siffatto e mirino in tal modo ad organizzare artificialmente il funzionamento del mercato. In un caso del genere, la responsabilità di una determinata impresa per l'infrazione in questione risulta validamente accertata allorché tale impresa ha partecipato a queste riunioni conoscendone l'oggetto, anche se non ha poi attuato l'una o l'altra delle misure concordate in occasione delle riunioni stesse. La maggiore o minore assiduità dell'impresa alle riunioni nonché l'attuazione più o meno completa delle misure concordate hanno conseguenze non già sul sussistere della responsabilità dell'impresa stessa, bensì sull'ampiezza di tale responsabilità e dunque sull'entità della sanzione (...)". Il principio era già presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ed è stato successivamente confermato con la sentenza sul caso Technische Unie BV, del 21 settembre 2006. Analogamente si è espresso il Tribunale di Primo Grado con la sentenza sul caso GlaxoSmithKline, del 27 settembre 2006. Sentenza Corte di Giustizia, 28 giugno 2005- Tubi preisolati; vedi inoltre, sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione, Racc. pag. I-123, punto 81 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁸⁵ Doc. isp. 345, mail del 3 agosto 2012, acquisita presso Studio Immagine; Doc. isp. n. 347, anch'essa acquisita presso Studio Immagine, contenente anche una risposta di [omissis] (Unitefilm) del 10 agosto 2012.

¹⁸⁶ Doc. isp. 118 acquisito presso DIVA, cit. in cui in risposta a tali affermazioni del rappresentante di Menager 2000 in una mail da NIBA firmata da [omissis] (DIVA), [omissis] (Euro Group), [omissis] (Studio Immagine) e [omissis] (Unitefilm) si legge che "Rispetto alla Tua e-mail del 7 agosto e all'"autogol" che, a Tuo dire, sarebbe stato commesso, siamo spiacenti di comunicarTi il nostro disappunto e la pretestuosità dell'argomento. In primo luogo, non è accettabile considerare un "autogol" una misura, quella della busta paga, in grado di premiare le aziende virtuose che operano nel rispetto della legalità e di prevenire offerte anomale o aggiudicazioni che costringano i nostri associati ad assumere comportamenti non trasparenti per abbattere i costi. Inoltre, la richiesta di fissazione del prezzo orario base a 43 euro, seppur non pienamente soddisfacente, non può essere considerato negativamente [sottolineatura aggiunta]. Riteniamo infatti che se non si determinano dei punti fissi, portare le gare anche a un valore di 100euro ora per poi aggiudicarle a 20 euro non risolverebbe alcunché." Ancora nel doc. isp. n. 14 reperito presso Studio Immagine, contenente una mail del 21 agosto 2012 di risposta di Unitefilm [omissis] a [omissis] di Menager2000 si legge "per le ultime offerte fatte intorno ai 25Euro, ha di fatto risposto il presidente, inviando il 20.8.2012 una mail che invitava gli associati a non fare sconti eccessivi. Comunque se ritieni che quelle cifre siano sostenibili, ma credo che non lo pensi, dicci tu come si può fare attività senza andare in passivo (così si chiude!)".

bassi, presentati nelle ultime gare di appalto da alcuni soci, sono stati ai miei occhi un segnale di come manchi proprio alla base la coesione di intenti, fondamentale per raggiungere quello che era il nostro scopo[sottolineatura aggiunta].”¹⁸⁷.

204. Nella medesima prospettiva, ossia di adozione di una politica di concertazione delle offerte economiche tesa ad innalzare i prezzi, vanno interpretati alcuni cambiamenti di cariche sociali nell’ambito NIBA connessi ad una richiesta di giungere ad una maggior adesione agli obiettivi definiti in sede associativa. Infatti, in data 10 settembre 2012 nella riunione della Giunta NIBA si discutono varie tematiche connesse alla necessità di provvedere ad un aumento dei prezzi di aggiudicazione¹⁸⁸ e ciò porta alla nomina di [omissis] (amministratore unico di Unitefilm) come nuovo presidente della Giunta della NIBA, il quale propone una linea d’intervento ispirata dall’intento di coordinare le politiche commerciali delle imprese del settore. Infatti, in una lettera dell’associazione NIBA del 16 ottobre 2012¹⁸⁹ a firma del nuovo presidente inviata a tutti gli associati, per superare le tensioni registrate nell’ambito associativo, vi è un invito ad agire nei confronti, oltre che di RAI, anche delle imprese che formulano offerte con prezzi eccessivamente bassi¹⁹⁰.

A.2. Lo scambio di informazioni nell’ambito del NIBA

205. Le evidenze in atti hanno fatto altresì emergere che la NIBA ha instaurato un sistema di scambio di informazioni, funzionale al coordinamento nella formulazione delle offerte economiche

¹⁸⁷ Doc. istr. 12, allegato W, pag. 23. Dalla lettura del verbale risultano aver partecipato alla riunione del Direttivo, oltre ad [omissis] (DIVA), [omissis] (Euro Group), [omissis] (Studio Immagine), [omissis] (Unitefilm), in qualità di consiglieri, [omissis] (Futura), [omissis] (Siri Video) e [omissis] (ETABETA), come componenti del collegio dei probiviri.

¹⁸⁸ Doc. isp. 197, reperito presso la sede di Industria e Immagine. Nello svolgere alcune considerazioni in merito alle ragioni che lo hanno portato alle dimissioni, [omissis] (MAV) nel documento in esame lamenta l’applicazione di prezzi eccessivamente bassi da parte di alcune imprese esprimendosi nei termini che seguono: “*sta di fatto che siamo tornati a formulare offerte in gare d’appalto di euro 21,00/22,00 l’ora così come si vince dalle ultime gare svolte, e che tali prezzi sono stati applicati anche dagli stessi promotori degli atteggiamenti di rivalsa nei confronti di coloro che abbassavano troppo le offerte*”.

¹⁸⁹ Doc. isp. 142, reperito presso la sede di Euro Group. Il medesimo documento è stato rinvenuto presso la sede di DIVA in allegato ad una mail della Segreteria del NIBA del 17/10/2012 indirizzata a tutti gli associati NIBA (Doc. isp. 71).

¹⁹⁰ In particolare si legge “*Dopo più di un anno di vita associativa improntata con lo spirito del “volemose bene”, e di esperienze non sempre positive frutto di quel modo di operare, la Giunta ritiene che sia maturo il tempo di praticare quanto necessario per un’attività più professionale. Un po’ di “sana burocrazia” non può che giovare a rendere più fattivi gli impegni presi e da prendere. (...) - E’ necessario intraprendere azioni anche legali nei riguardi delle società non associate che operano in palesi e comprovati dumping e/o concorrenza sleale creandoci danni e distorsioni del mercato. Inoltre, fare opera “primaria” di convincimento anche nei riguardi delle associate. (...) Come sollecitato da molti associati, la Giunta metterà a disposizione per la totalità degli stessi il risultato delle “gare” a cui le aziende hanno partecipato cosa oggi possibile considerando che la stessa Rai ne dà comunicazione scritta ma priva degli importi solo ai partecipanti e quindi questa informazione è da ritenersi pubblica. (...)]sottolineatura aggiunta”*

Nel medesimo documento si legge altresì “(...) Per diverso modo di lavorare che in passato non siamo riusciti a praticare per le note diversità di opinioni in seno alla Giunta, si ritiene che:- L’associazione debba instaurare un confronto con la Rai non di sola conflittualità ma anche di collaborazione al fine di praticare rapporti di reciproca soddisfazione.

- Tutte le associate debbono attenersi al rispetto rigoroso dello Statuto e del Regolamento da loro condiviso al momento della singola adesione alla Niba.

- Gli eventuali consigli, obiezioni, disaccordi in relazione alle attività della Giunta, dei singoli associati siano espressi per iscritto e non “nei corridoi”(…)

- Sia opportuno coinvolgere nelle nostre iniziative nei riguardi dei committenti quante più possibili altre realtà associative che operano nel nostro settore commerciale, le organizzazioni sindacali, ecc, in una logica di “movimento rivendicativo collettivo”.

- E’ doveroso informare con una periodica newsletter le associate delle attività intraprese dalla Giunta e trasferire per conoscenza tutti i verbali delle riunioni di Giunta e delle Assemblee degli associati. Ciò per evitare distorte interpretazioni, insinuazioni derivanti dal sentito dire. (...) - Per le assemblee è imprescindibile che queste siano tenute nel rispetto dell’ordine del giorno; che vengano ufficialmente registrate in modo di evidenziare la nostra trasparenza e anche per futura memoria del singolo contribuendo ad evitare le distorte interpretazioni.

- Nel caso che associati, su loro iniziativa, ritengono di porre questioni all’ordine del giorno delle riunioni della Giunta e delle Assemblee queste vengono poste per iscritto ed eventualmente accolte dopo le valutazioni sulla loro fondatezza.

- Nel caso ci siano forti avversità sul modo in cui la Giunta intende operare è sempre possibile per gli associati mettere in essere quanto previsto dallo Statuto e dal Regolamento per sfiduciarla. Per la Giunta Il Presidente [omissis]”.

nelle gare indette da RAI. Ciò è attestato dal sistematico scambio di *email* e comunicazioni che si è realizzato principalmente nell'ambito dell'associazione di categoria. Tale scambio di informazioni si è realizzato in maniera continua e sistematica dalla costituzione del NIBA nel settembre 2011 sino quantomeno all'ottobre del 2013 in corrispondenza di ciascuna gara indetta dalla Rai per i servizi di post-produzione.

206. Per quanto concerne l'attività di scambio di informazioni, la documentazione in atti evidenzia, altresì, lo stretto monitoraggio delle aggiudicazioni, delle convocazioni e dei prezzi praticati per ciascuna gara *ex post*, con riferimento alle gare indette da RAI sin dal 2011. Significativa è una *mail* da NIBA agli associati del 12 luglio 2012 contenente 2 file Excel con il prospetto gare 2010-2011 e 2011-2012. Questi file rappresentano un monitoraggio delle aggiudicazioni, della base d'asta e del prezzo di aggiudicazione di ciascuna gara sino a quel momento espletate, con indicazione altresì delle diverse imprese invitate da RAI¹⁹¹. Giova sul punto sottolineare che tali dati non sono disponibili a tutte le imprese del settore in quanto le modalità di invito alle gare della RAI, ristrette a cinque concorrenti, consentono soltanto alle imprese invitate di conoscerne gli esiti.

207. Si richiamano altresì una *mail* del 24 agosto 2012 "*partecipazioni di agosto '12*" in cui nel corso della stagione delle gare dell'estate 2012, la NIBA comunica il numero di chiamate che ciascuna impresa ha ricevuto dalla RAI¹⁹² nonché un'altra *mail* del 29 agosto 2012 che contiene il prospetto aggiornato delle società che sono state chiamate in gara da inizio agosto¹⁹³. L'obiettivo

¹⁹¹ Cfr. doc. isp. 70, reperito presso DIVA, rappresentato da una comunicazione di NIBA con cui vengono trasmessi due allegati denominati rispettivamente "*PROSPETTO GARE 2010-11*" e "*RIEPILOGATIVO GARE 2011-12*"; cfr. anche doc. isp. 172, reperito Industria e Immagine, contenente un file riepilogativo delle gare 2010/2011; doc. isp. 224, reperito anch'esso presso Industria e Immagine, contenente una *mail* da quest'ultima società a MAV dell'11 marzo 2011 con prospetto gare; doc. isp. 225, reperito presso Industria e Immagine, rappresentato da una *mail* da Industria e Immagine a DIVA del 31 gennaio 2011 avente ad oggetto "*Situazione appalti*"; doc. isp. 334, reperito presso Studio Immagine, relativo ad un prospetto riepilogativo del 9 gennaio 2013; doc. isp. 341, reperito presso Studio Immagine, consistente in una *mail*, inviata da Studio Immagine a Siri Video, avente ad oggetto "gare RAI 2013-2014".

¹⁹² Cfr. doc. isp. 84, reperito presso DIVA, costituita da una *mail* del 24 agosto 2012 trasmessa da NIBA a Studio Immagine, in cui si legge quanto segue: "*Salve, Le invio il conto delle società che sono state chiamate da inizio agosto ad oggi. Escludendo Geo&Geo e Easy driver, ancora non consegnate, sono state chiamate 11 gare. Ancora non sono venuta a conoscenza dell'esito della prova del cuoco (consegna il 10 ago).*

Barbieri Communication 3 chiamate

<i>Capital-Video</i>	3	
<i>Diva Cinematografica</i>	5	
<i>D4</i>	3	
<i>Eta Beta</i>	3	
<i>Eurogroup</i>	4	
<i>Futura</i>	2	
<i>Grande Mela</i>	1	
<i>Industria e Immagine</i>	4	vinto amiche del sabato a 23
<i>Menager</i>	3	vinto uno mattina in fam. a 23,80
<i>Mav Television</i>	2	vinto vita in diretta a 24,90
<i>Obbiettivo Immagine</i>	5	
<i>Point Film</i>	2	vinto Affari tuoi a 30
<i>R.T.S.</i>	4	
<i>Siri Video</i>	4	vinto sorgente di vita a 25,30
<i>Studio Immagine</i>	3	
<i>T.C. Production</i>	4	vinto Catastrofe a 27,40
<i>Video Etc</i>	3	vinto Favole yoyo a 23,40
<i>Unitelefilm</i>	0	
<i>New Telecinema</i>	2	vinto Tale e quale a 26
<i>Digital si</i>	4	vinto porta a porta a 24,60
<i>Primo Piano</i>	3	vinto sereno var. a 33
<i>On air</i>	1"	

¹⁹³ Doc. isp. 108, reperito presso DIVA.

sotteso a tali scambi di informazione è quello di indicare un prezzo di riferimento alle imprese che partecipano alle gare indette da RAI¹⁹⁴.

208. Riguardo al carattere di tale attività di monitoraggio, si registra un'intensa e costante attività di scambio dei dati relativi alle partecipazioni, alle aggiudicazioni, ai prezzi e agli sconti praticati. L'attività in esame ha avuto un carattere incalzante come attestato dalla trasmissione di solleciti alle imprese che non avevano dato riscontro alla prima richiesta di dati¹⁹⁵. In tal senso è da interpretare una *mail* da MAV Television a vari destinatari del 6 dicembre 2011 con cui si sollecita l'invio del prospetto delle gare a cui le imprese hanno *"partecipato e quelle vinte con gli importi sia a base d'asta che quelli di aggiudicazione onde evitare spiacevoli equivoci. Attendiamo una vostra risposta urgentemente"*¹⁹⁶.

209. Diverse evidenze indicano che lo scambio di informazioni si è protratto sino all'estate del 2013, arrivando alla predisposizione di un listino prezzi condiviso per i servizi da offrire a RAI. Anche nel periodo estivo 2013, continua la condivisione di informazioni commerciali non altrimenti disponibili agli operatori come evincibile dai file contenenti tabelle riepilogative delle Gare RAI 2013¹⁹⁷, dalle elaborazioni interne con valutazione gare, alcune anche contenenti le percentuali di sconto praticate acquisite in sede ispettiva¹⁹⁸.

A.3. Le indicazioni del NIBA di innalzare i prezzi

210. Gli elementi in atti indicano, inoltre, che accanto alla condivisione di informazioni, l'attività associativa, realizzata attraverso riunioni dell'organo assembleare e degli organi esecutivi, si è spinta a formulare specifiche indicazioni circa le strategie di prezzo da adottare in sede di formulazione delle offerte, consistenti in un innalzamento del livello dei prezzi.

211. Innanzitutto, la documentazione in atti evidenzia iniziative tese a fornire inviti alle imprese aderenti al NIBA circa la necessità di innalzare i prezzi offerti alla RAI¹⁹⁹, come, ad esempio, una comunicazione inviata agli associati NIBA in data 20 agosto 2012, in cui si invitano le imprese a non discostarsi dai costi industriali indicati nella perizia di Ernst & Young (*"Apprendiamo che le ultime offerte presentate alla Rai, per l'aggiudicazione degli appalti di montaggio, sono state di importi molto vicini al costo del lavoro. Ricordiamo che, nella perizia effettuata dalla Ernst & Young, a suo tempo inviatavi, il costo industriale per l'uso di un'ora di montaggio è stimato in Euro 43,00 circa, cifra al di sotto della quale qualsiasi azienda si troverebbe in sofferenza. E' comprensibile che le società, per eventi non da loro determinati sono costrette a praticare forti sconti per ottenere dei lavori, ma è consigliabile che le associate nelle loro offerte non si discordino (leggi discostino) molto dalla valutazione indicata per non danneggiare loro e le altre*

¹⁹⁴ Docc. isp. 334 e 370, reperiti presso la sede di Studio Immagine. In particolare, nel doc. n. 370, oltre alla tabella con dati appalti, è contenuto un appunto manoscritto relativo ad un'assemblea NIBA con un elenco partecipanti (Point Film, Industria e Immagine, Studio Immagine, DIVA, Unitelefilm, MAV Television, Obiettivo Immagine, Euro Group ("GLP"), New Telecinema, Futura, D4, RTS, ETABETA, Siri Video, Video Etc, Digital Si), offerte finali ed elaborazioni dell'autore dell'appunto (Studio Immagine) sulle proprie offerte finali e su quelle di alcune delle imprese presenti.

¹⁹⁵ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società (Digital Si, Euroscena, Industria e Immagine, Menager2000, New Telecinema, Sirivideo, Studio Immagine, TC Production, D4) avente il seguente oggetto *"sollecito invio prospetto gare"*. Cfr. anche doc. istruttorio n. 250 - Verbale audizione Digital Si – pag. 3 cit. Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr.doc. isp. 213).

¹⁹⁶ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società (si riconoscono gli indirizzi *mail* di Digital Si, Euroscena, Industria e Immagine, Menager2000, New Telecinema, Sirivideo, Studio Immagine, TC Production, D4) avente il seguente oggetto *"sollecito invio prospetto gare"*.

¹⁹⁷ Doc. isp. 336 denominato "Gare RAI 2013", reperito presso Studio Immagine.

¹⁹⁸ Doc. isp. 344, reperito presso Studio Immagine.

¹⁹⁹ Cfr. doc. isp. 43, reperito presso DIVA Cinematografica, i rappresentato da una mail del 20 agosto 2012 agli Associati.

imprese, costringendole a praticare ribassi che oggettivamente sono finalizzati solo ad una breve sopravvivenza. [sottolineatura aggiunta] *Come sapete l'Associazione può solo indicare di attenersi ai limiti periziati, in quanto ciascuna azienda è responsabile delle proprie scelte, ma certo è che con questi prezzi nessuno di noi resisterà a lungo*”), oltre che indicazioni operative circa i comportamenti da assumere²⁰⁰, arrivando a contemplare anche l'ipotesi del boicottaggio delle gare²⁰¹.

212. Significativo al riguardo è un documento inviato alla RAI e reperito in forma manoscritta con data 2 agosto 2012, intitolato “Assegnazione appalti montaggio-Criteri” (“la lista”) e contenente una serie di richieste e criteri da applicare relativi alle imminenti procedure. Tra i criteri da seguire si fa riferimento a: “1) Rotazione tenendo conto delle gare che sono state già assegnate a ciascuna azienda; 2) trasparenza ed equità nell'assegnazione dei turni liberi a chiamata diretta; (...) 5) Non assegnazione di commesse ad aziende che non dispongono di tutti i mezzi richiesti; oppure indicare nella licitazione la percentuale del sub-appalto consentito; (...) 8) prezzo orario per montaggio basic di Euro* 43 più accessori ora non riconosciuti. “*è stato ridotto a 39,00 euro l'importo della prima proposta (Ernst e Young) riconsiderando la location e alzando a 5 anni l'ammortamento app.ture (leggi apparecchiature) + 10% margine non considerato in precedenza”²⁰². L'appunto in esame risulta essere successivamente trascritto in un verbale della Giunta NIBA del 10 agosto 2012 cui hanno partecipato i consiglieri [omissis] (Unitefilm), [omissis] (Euro Group) ed il Presidente [omissis] (Diva)²⁰³.

213. Pertanto, nel loro complesso, gli elementi sopra descritti inducono a ritenere che l'associazione NIBA ha rappresentato lo strumento per diverse iniziative volte a condividere informazioni commerciali sensibili quali le partecipazioni di singoli aderenti alle gare indette dalla RAI, oltre ai prezzi e agli sconti offerti, e più in generale a coordinare il comportamento degli operatori per le offerte da presentare alla RAI.

B. Il coordinamento nell'ambito delle 20 procedure RAI del periodo luglio-ottobre 2013: la spartizione delle gare da parte di alcune imprese

214. Nell'estate del 2013 la finalità di realizzare l'innalzamento dei prezzi offerti dalle imprese in sede di gara viene perseguita non solo attraverso lo scambio di informazioni, funzionale a realizzare una reciproca trasparenza e un coordinamento sulle condotte commerciali fra le imprese, ma si inserisce in un contesto caratterizzato da più incisiva fase di cooperazione tra gli operatori.

²⁰⁰ Nella comunicazione trasmessa da NIBA agli associati del 24 settembre 2012, si legge che “Nelle ultime richieste d'offerte la Rai invia l'allegato D (modulo per la compilazione dell'offerta economica) in cui a differenza del passato è richiesto il costo orario ordinario delle singole voci che la Società adotta come prezzo di listino. Ed è evidente che la richiesta è finalizzata alla conoscenza del quanto le aziende praticano sul mercato. Compilare l'allegato D non avendo determinato con esattezza l'importo totale costituito dal prezzo della W.S. Basic di € 46,48 (maggiore del costo industriale di €43,00 sotto il quale si va in sofferenza), più da quelli degli accessori, riconosciuti già circa 10 anni fa, che insieme possono essere scontati su vostra decisione autonoma, equivale a dare all'appaltante la possibilità di contestare le richieste economiche dell'Associazione in quanto molto più alte di quelle indicate dalla singola azienda. Per non entrare in contraddizione tra le proposte della Niba e l'indicato dalle Società, inviamo il nostro listino prezzi dei mezzi tecnici extra W.S. (consegnato alla Rai dal [omissis] personalmente a [omissis] il 02/08/12) a cui le associate dovrebbero attenersi nel compilare le offerte e alcuni esempi di redazione riferiti ai recenti appalti con i criteri che consigliamo di adottare[sottolineatura aggiunta]” Doc. isp. 46, reperito presso DIVA. In allegato a tale mail viene trasmesso il listino prezzi e un'ipotesi dei prezzi minimi da offrire con riguardo alle trasmissioni “Geo&Geo” e “Chi l'ha visto”.

²⁰¹ Cfr. Doc. isp. 365, reperito presso Studio Immagine; vedi anche doc. istruttorio n. 207 - verbale audizione RTS – pag. 3 cit..

²⁰² Doc. isp. 339, acquisito presso Studio Immagine; cfr. anche doc. isp. 234, acquisito presso MAV e doc. isp. 74, reperito presso DIVA.

²⁰³ Doc. istr. 12, Allegato W, pag. 17.

215. La nuova fase dell'attività coinvolge nelle iniziative di coordinamento il più ampio numero di operatori, con uno scopo prettamente concertativo delle condotte delle imprese di post-produzione anche non aderenti all'associazione NIBA. L'attività di tali soggetti porta, infatti, a due riunioni, tenutesi nelle date del 2 luglio e del 17 settembre 2013, avvenute presso la sala parrocchiale della Chiesa di Santa Lucia (zona Prati in Roma) tra le imprese di post-produzione iscritte e non all'associazione NIBA²⁰⁴. L'obiettivo sotteso a tali riunioni è quello di coinvolgere l'intero settore verso una politica di innalzamento del livello dei prezzi da praticare nelle offerte economiche formulate nelle gare RAI.

216. Per quanto concerne l'adozione di una comune strategia volta a rialzare i prezzi praticati a RAI allargata a tutti gli operatori del settore, si richiama quanto dichiarato dalla società MAV Television in sede di verbale ispettivo. Con riferimento alla riunione del 2 luglio 2013, è stato discusso e consigliato “di rialzare il prezzo unitario dei servizi di post produzione offerti alla RAI per raggiungere livelli sostenibili, arrivando almeno ad un prezzo unitario oscillante da 29 a 31 euro/h[sottolineatura aggiunta]”²⁰⁵.

217. Circa la finalità di tali incontri, tesa a elaborare una comune strategia di innalzamento dei prezzi, si richiama quanto riportato nel verbale dell' *“Incontro società di post-produzione del 2 luglio 2013”*²⁰⁶ in cui si legge che *“l'incontro di oggi nasce da una idea di [omissis] (MAV) e [omissis] (Eurogroup), con la collaborazione di [omissis] (SIRI video)”*, *“(…) sarebbe inutile andare in RAI e chiedere direttamente l'innalzamento dei prezzi (…)* La nostra lotta sarà quella di andare tutti uniti ad una trattativa; nel caso tutto ciò non portasse alcun esito, bisognerà cercare una forma comune di protesta per reclamare i nostri diritti e per rendere pubblica la situazione a cui ci hanno portato. (…)”.

218. Va osservato che, al verbale sopra menzionato, risulta allegata una proposta di convenzione con un listino prezzi orari e un listino servizi accessori poi presentata alla RAI.

219. Alla riunione del 2 luglio 2013 fa riferimento anche la c.d. “lettera aperta” a firma di [omissis] (MAV)²⁰⁷ove si legge che *“per organizzare questa riunione abbiamo lavorato per circa un mese con dei punti fermi: tariffario, innalzamento del prezzo minimo e altro (…)* la RAI non può risolvere i problemi delle imprese, bensì siamo noi con le nostre lotte a dover cambiare il nostro destino [sottolineatura aggiunta]”²⁰⁸.

220. Vi sono altresì elementi circa lo svolgimento di un'ulteriore riunione, anch'essa allargata alle imprese non aderenti al NIBA e dal contenuto collusivo che si è tenuta in data 17 settembre

²⁰⁴ L'inizio di questa nuova fase è testimoniato dalla cd. “lettera aperta” del 5 luglio 2013 a firma di [omissis] (MAV) con cui viene criticata apertamente l'impostazione adottata fino a quel momento da NIBA di inviare lettere di sensibilizzazione alla RAI che avrebbero, a suo avviso, solo prodotto un *“irrigidimento da parte dei responsabili RAI e il caos tra le aziende di post produzione. Questa non sarebbe la strada da percorrere”*. In tale lettera, si fa riferimento alla riunione del 2 luglio 2013, in cui sono state riunite tutte le società e si è ribadito di comune accordo che la linea da adottare è quella di essere tutti “uniti”. Si legge che *“per organizzare questa riunione abbiamo lavorato per circa un mese con dei punti fermi: tariffario, innalzamento del prezzo minimo e altro (…)* la RAI non può risolvere i problemi delle imprese, bensì siamo noi con le nostre lotte a dover cambiare il nostro destino”. Doc. isp. 10, reperito presso Barbieri. Il medesimo documento è stato acquisito anche presso altre sedi oggetto di accertamento ispettivo (cfr. *inter alia* D4 – Doc. isp. 25; Studio Immagine – Doc. Isp. 358).

²⁰⁵ Doc. Isp. 228. Anche la società Point Films nel verbale ispettivo cita due incontri del 2 luglio e 17 settembre 2013, avvenuti presso la sala parrocchiale della Chiesa di Santa Lucia (zona Prati) tra le imprese di post-produzione iscritte e non all'associazione NIBA.

²⁰⁶ Doc. isp. 371 cit.

²⁰⁷ Doc. isp. 10, reperito presso Barbieri. Il medesimo documento è stato acquisito anche presso altre sedi oggetto di accertamento ispettivo (cfr. *inter alia* D4 – Doc. isp. 25; Studio Immagine – Doc. Isp. 358).

²⁰⁸ Il verbale dell'incontro del 2 luglio 2013 è stato acquisito nell'ambito dell'accertamento ispettivo condotto presso la sede della società Studio e Immagine (cfr. doc. isp. 371).

2013²⁰⁹. Tale riunione è coeva allo svolgimento delle gare indette da RAI nel periodo luglio-ottobre 2013. La partecipazione di alcune imprese a tale riunione è stata confermata nel corso del procedimento istruttorio²¹⁰.

221. La strategia condivisa di innalzamento dei prezzi di offerta sembra aver raggiunto il suo scopo nel periodo luglio-ottobre 2013, ove RAI ha indetto le gare relative ad alcuni programmi della stagione televisiva 2013-14 di particolare rilevanza nel proprio palinsesto. Rispetto al predetto arco temporale, a partire dalle gare di luglio 2013, è stata individuata una serie di anomalie che costituiscono altrettanti indizi dell'esistenza del meccanismo di concertazione delle offerte, risultato particolarmente efficace.

222. Tali anomalie si rivelano dalla circostanza che le aggiudicazioni per i servizi di post-produzione realizzate dal 1° luglio 2012 all'8 luglio 2013 sono avvenute con sconti quasi sempre superiori al 20% rispetto alla base d'asta, e uno sconto medio pari al 39,6%. Invece, da metà luglio 2013 e sino al 3 ottobre 2013, è iniziata una serie di gare contraddistinte da sconti meno che proporzionali: per 20 procedure, lo sconto della miglior offerta è risultato in media del 6,8%. Dopo il 3 ottobre 2013, per le successive 8 gare, lo sconto è risalito al 26,4%, ovvero un valore più vicino a quelli ottenuti prima delle gare in questione.

223. Inoltre, i differenti sconti registrati nei vari periodi si riflettono sul prezzo praticato, quantificato da RAI nel costo orario delle offerte vincenti: per le 69 gare sino al luglio 2013 esso è stato di 26,99 euro/ora, mentre per le 20 procedure successive di 38,19 euro/ora, con un incremento dunque di quasi il 50%. Il che significa che la riduzione degli sconti proposti dai concorrenti è stata più che proporzionale rispetto all'abbassamento delle basi d'asta proposte dalle RDO della Rai, traducendosi in un peggioramento delle condizioni di aggiudicazione per l'azienda.

224. Infine, l'incremento dei prezzi di aggiudicazione si è verificato per le procedure più importanti, assegnate immediatamente prima dell'inizio della nuova stagione televisiva.

225. Si rileva che per 6 degli 8 programmi posti a gara sia nell'estate 2012 che in quella 2013, la riassegnazione della gara si accompagna in 5 dei 6 casi ad un aumento del prezzo orario.

226. Giova altresì rilevare che, quantomeno in alcuni casi, il soggetto indicato come vincitore nelle lettere anonime prodotte in allegato alla segnalazione di RAI²¹¹ è risultato il soggetto che ha effettivamente presentato l'offerta più conveniente in sede di apertura delle offerte. In particolare, per quanto riguarda il programma "*Sereno Variabile*", nella lettera anonima era stato indicato come vincitore Primopiano la cui offerta è stata ritenuta la più conveniente; in ordine ai programmi "*L'eredità*" e "*Ballarò*", risulta aver presentato le offerte più convenienti la società Euro Group che in una delle lettere anonime era indicata come quella che avrebbe fatto le offerte migliori; rispetto al programma "*Easy Driver*", in una delle missive anonime era stata indicata come vincitrice Siri Video che è risultata la prima in graduatoria in sede di verbale di aggiudicazione²¹².

²⁰⁹ Doc. isp. 248, Allegato 1 al verbale ispettivo redatto presso la sede di Point Films. Nel predetto verbale si evidenzia che lo scopo della riunione era "*definire una piattaforma comune di richieste da fare alla RAI*". L'incontro è stato confermato anche in sede di audizioni istruttorie ove è stato rilevato che il suo contenuto era omogeneo a quello della riunione del 2 luglio 2013 (cfr. ad esempio, verbale audizione D4 - Doc. istr. 213; verbale audizione Euro Group Doc. istr. 228; Doc. istr. 220).

²¹⁰ Doc. istr. 213 - verbale audizione D4; Doc. 227 - verbale audizione Telecinema Production e Doc. 228 - verbale audizione Euro Group.

²¹¹ Cfr. allegati al doc. 1 - preistruttoria.

²¹² Cfr. Allegato 14 al doc. 3 - preistruttoria, nota del 14 novembre 2014, prodotta da RAI in risposta alla richiesta di informazioni degli Uffici del 30 ottobre 2013 (doc. 2 - preistruttoria).

227. Inoltre, risulta utile richiamare le dichiarazioni rese da Primopiano nel verbale ispettivo secondo cui la stessa nel giugno 2013 sarebbe stata in un primo momento “contattata telefonicamente da [omissis] [MAV Television] [...] dicendo «non dobbiamo farci la guerra, i prezzi sono troppo bassi dobbiamo contrastare Eurogroup che si sta portando via tutto il lavoro con Studio Immagine». Successivamente Eurogroup, Studio Immagine e MAV hanno raggiunto un accordo e hanno cercato nuovi contatti con tutti gli operatori. La sostanza era una raccomandazione a decidere a turno chi dovesse aggiudicarsi la commessa e senza farsi guerra e con la raccomandazione a non effettuare più prezzi bassi [sottolineatura aggiunta]. *Si pensi a Razza Umana che abbiamo vinto a 22 euro/h e Virus dove siamo dovuti arrivare a 20 euro/h*”. Sempre nel verbale viene affermato che “La novità di quest’anno è che Primopiano è stata avvicinata da [omissis] [MAV Television] al fine di collaborare con gli altri operatori.... affinché «nessuno chiudesse».[omissis] [MAV] ha affermato il principio che non si dovessero mai più fare prezzi troppo bassi e che tutti devono lavorare”²¹³.

Conclusioni

228. Il complesso degli elementi in atti prova l’esistenza di un’intesa unica e complessa in violazione dell’articolo 2 della Legge n. 287/1990 volta al coordinamento delle politiche di offerta dei servizi di post-produzione forniti a RAI in particolare con riferimento alle condizioni economiche.

229. L’intesa si è articolata sostanzialmente in due fasi. Inizialmente, si è sostanziata in un’attività di cooperazione attuata attraverso lo schermo associativo del NIBA, costituita nel settembre del 2011, manifestando sin dal principio l’intento di contrastare la politica di ribasso delle basi d’asta attuata dalla RAI. Nell’ambito del NIBA, è stato promosso un coordinamento tra gli operatori al fine di mantenere prezzi di aggiudicazione relativamente elevati, attraverso indicazioni circa le strategie di prezzo da adottare e un monitoraggio sistematico delle partecipazioni alle gare e delle offerte economiche formulate da ciascuna impresa. In particolare, attraverso l’associazione sono state fornite agli associati indicazioni strategiche relative ai livelli di prezzo da praticare, anche attraverso la predisposizione di listini, e sulle modalità di formulazione delle offerte.

230. Gli elementi in atti indicano che l’intesa si è protratta nel tempo ed ha visto un’evoluzione nel periodo luglio-ottobre 2013 laddove l’obiettivo di innalzare il livello dei prezzi, a soglie ben superiori a quelli praticati in precedenza, è stato perseguito con una concertazione delle offerte economiche praticate dai soggetti aggiudicatari delle gare condotte in quel periodo. Tali condotte si sono realizzate attraverso riunioni di operatori attivi nel settore, promosse in particolare da MAV Television, Euro Group e Siri Video, volte a fornire indicazioni tese all’innalzamento dei prezzi, anche attraverso un coordinamento nella partecipazione alle gare RAI.

C. Repliche alle argomentazioni delle parti

231. Per quanto concerne l’eccezione di carattere procedurale relativa al mancato accesso a un documento istruttorio sollevata dalle società Studio Immagine e D4, si osserva che essa è in fatto

²¹³ Con riferimento alle singole procedure indette da RAI nell’estate 2013 Primopiano ha citato diversi episodi: “In occasione di *Sereno Variabile la Primopiano se l’è ri-aggiudicata perchè è la prima gara all’inizio di agosto ed era necessario che non rompesse i giochi successivi per affidamenti di maggiore rilevanza (stiamo parlando di circa 150 mila euro contro circa 400/500 delle gare successive più importanti). Si tratta di un contentino per far sì che Primopiano prendesse fiducia nei loro intenti benefici. Primopiano ha quindi partecipato senza abbassare troppo il prezzo. Poi Primopiano per quieto vivere ha lasciato le gare successive come 2Next, Geo e Geo, Ballarò e la Vita in diretta. Su Vita in diretta è successo che MAV avrebbe dovuto aggiudicarsela secondo il criterio dell’affidamento storico, ma si era venuto a sapere che altre gare sostanziose e meno impegnative tecnicamente erano in arrivo con convocazione a MAV. Per cui MAV rinuncia a Vita in diretta e la cede a Studio Immagine. MAV in cambio si prende Rai world Community più o meno per lo stesso importo. Si rilevi che per Vita in diretta la gara è stata prima annullata e poi rifatta e aggiudicata a Studio Immagine”.*

destituita di fondamento in quanto la versione accessibile del verbale della società Digital Si era stata già consegnata alle Parti del procedimento prima della trasmissione della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie. In particolare, si tratta del documento istruttorio n.304 acquisito dalle Parti con verbale d'accesso agli atti del 5 novembre 2014²¹⁴.

232. Quanto alla censura sollevata da Siri Video, relativa alla asserita mancanza di separazione tra organo istruttorio e organo decidente, si osserva che il procedimento seguito dall'AGCM e il suo modello organizzativo risulta coerente con i parametri individuati dalla giurisprudenza della CEDU²¹⁵. In ogni caso, un eventuale violazione dell'art. 6 della CEDU potrebbe sussistere solo nel caso in cui non fosse assicurato un pieno ed effettivo controllo da parte di un organo giurisdizionale, che invece è stato già riscontrato dalla stessa CEDU proprio con riferimento al sindacato del giudice amministrativo italiano sugli atti dell'Autorità²¹⁶.

233. Nel merito, si procederà a trattare le argomentazioni difensive svolte dalle Parti nel corso del procedimento sopra illustrate nel dettaglio. In particolare, saranno esaminate le difese relative a: *i*) crisi del settore; *ii*) carattere e finalità del NIBA e la sua messa in liquidazione; *iii*) contrasti fra le società aderenti al NIBA; *iv*) l'assenza della prova sulla collusione nelle singole gare e di un'intesa unica e complessa; *v*) natura delle informazioni condivise nell'ambito del NIBA e il carattere non segreto dell'intesa; *vi*) i comportamenti di RAI; *vii*) l'inattendibilità delle indicazioni riportate nelle lettere anonime e delle dichiarazioni di Primopiano; *viii*) Il carattere non illecito della riunione del 2 luglio 2013 e le contestazioni circa l'effettiva presenza alla stessa.

234. Si procederà in un'apposita sezione ad una più articolata disamina delle difese sviluppate da ciascuna impresa parte del procedimento con riferimento ai comportamenti dissociativi posti in essere e all'effettiva imputabilità dell'intesa in considerazione della mancata partecipazione all'attività del NIBA e/o alla mancata aggiudicazione delle gare del luglio-ottobre 2013.

i) La crisi del settore

235. In via preliminare, in ordine a quanto prospettato dalle Parti circa la situazione di crisi in cui versa il settore della post produzione RAI che avrebbe giustificato la realizzazione dello schema concertativo oggetto di contestazione, è sufficiente rilevare che un'intesa non può essere considerata una risposta giustificabile nella misura in cui viene eliminata in radice la possibilità per ciascuna impresa di reagire autonomamente e secondo la strategia che ritiene più opportuna. In particolare, l'esistenza di una situazione di crisi non può rappresentare una condizione legittimante l'intesa restrittiva *“atteso che la presenza della crisi non può certo comportare l'applicazione automatica dell'esenzione, in mancanza delle condizioni previste cumulativamente dall'art. 81.3 del Trattato”* ²¹⁷.

ii) Carattere e finalità del NIBA

236. In merito alla costituzione del NIBA con lo scopo di esercitare un'attività di rappresentanza collettiva come reazione alla strategia di riduzione del prezzo indicato come base d'asta da parte di RAI, si rileva che oggetto di contestazione non è di per sé la costituzione dell'associazione NIBA bensì il suo distorto utilizzo tale da alterare in concreto il normale dispiegarsi dei meccanismi competitivi nel comparto.

²¹⁴ Cfr. docc. istr. 320-321.

²¹⁵ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia.

²¹⁶ Cfr. Sentenza della CEDU sez. II., 27 settembre 2011, Ric. N.43509/08, Menarini Diagnostics S.r.l./o Italia.

²¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, 9 febbraio 2011 n. 896 e 16 settembre 2011, n. 5171 e n. 5172, - *Listino Prezzi della Pasta*.

237. L'illustrazione degli elementi in atti indica che le imprese responsabili dell'intesa hanno posto in essere condotte che sono andate al di là di una normale attività di rappresentanza degli interessi della categoria, ponendo in atto uno scambio di informazioni commerciali sensibili e l'invio di comunicazioni volte a coordinare le politiche di prezzo e di partecipazione alle gare indette da RAI. Tali condotte sono state contraddistinte, innanzitutto, dall'obiettivo di reagire con un innalzamento dei prezzi alla decisione di RAI di ridurre le basi d'asta, intervenendo anche sul comportamento di operatori che avevano deciso di accettare tale abbassamento pur di competere nel mercato. Ferma restando l'insindacabilità sotto il profilo della disciplina in tema di concorrenza della scelta di singole imprese di ridurre i margini di profitto per partecipare a talune gare, appare rilevante richiamare la circostanza che l'attività di NIBA sia stata anche di contrasto al comportamento di talune imprese che, nelle gare indette da RAI, arrivavano a praticare prezzi più bassi e vicini ai 20 euro. Pertanto, oltre che esercitare una pressione nei confronti di RAI, l'attività di NIBA sembra avere avuto tra i suoi obiettivi quello di coordinare le condotte degli operatori attivi sul mercato²¹⁸.

238. Inoltre, va osservato che l'intesa in esame si è realizzata non solo attraverso il coordinamento delle imprese partecipanti al NIBA, ma anche attraverso le condotte di altre imprese non partecipanti all'associazione di categoria. In particolare, l'intesa si è concretizzata anche attraverso due riunioni (del 2 luglio e del 17 settembre 2013) nelle quali erano coinvolte diverse imprese del settore, a prescindere dall'adesione o meno all'associazione e con la partecipazione alle gare del luglio-ottobre 2013, ove vi sono evidenze di condotte tese a concertare le offerte indipendentemente dall'adesione o meno all'associazione.

iii) I contrasti fra le società aderenti al NIBA

239. Non sono condivisibili le argomentazioni sviluppate dalle Parti circa l'esistenza di contrasti in seno al NIBA che avrebbero impedito di incidere concretamente sulla condotta delle imprese di post produzione, lasciando di fatto la possibilità di adottare comportamenti autonomi.

240. Nell'evoluzione dell'attività del NIBA e più in generale lungo il dispiegarsi nel tempo dell'intesa, resta costante l'attività di monitoraggio delle partecipazioni alle gare indette dalla RAI così come l'obiettivo sotteso alle comunicazioni di coordinare le politiche commerciali delle imprese nella fornitura dei servizi di post produzione RAI. D'altra parte, giova rilevare che i contrasti fra gli aderenti e i soggetti che ricoprivano cariche sociali, lungi dall'essere riconducibili ad una mancata condivisione del disegno concertativo, appaiono maggiormente espressione di riprovazione verso quei soggetti che in sede di offerta non erano allineati alle politiche associative.

241. In ogni caso, si ricorda che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, "*ai fini dell'applicazione dell'art. 85 (...) [ora articolo 101 del TFUE] è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza*"; in altri termini, secondo il citato filone giurisprudenziale, è sufficiente che un accordo abbia un oggetto anticompetitivo per esporre di per sé i soggetti che vi partecipano, al divieto di cui all'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, a prescindere dal fatto che sia dimostrato che tale condotta abbia poi materialmente prodotto effetti sul mercato²¹⁹.

²¹⁸ In tal senso si richiamano gli elementi forniti da Point Films nel verbale di audizione del 6 giugno 2014 (doc. istr. 199) ove si fa riferimento ad una "*vera e propria guerra di prezzi al ribasso nelle procedure di gara RAI, e che per far fronte a tale criticità stava nascendo un'associazione (NIBA) con la finalità di affrontare in maniera unita e condivisa i diversi problemi del settore*".

²¹⁹ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia dell'8 luglio 1999, C-49/92.

Ciò trova conferma nella giurisprudenza interna, ove il TAR Lazio ha affermato che “*per la sussistenza dell’illecito, quindi, è sufficiente la presenza dell’oggetto anticoncorrenziale*”²²⁰. Tale orientamento è condiviso anche dal Consiglio di Stato, nel quale si ribadisce che “*affinché un’intesa avente un oggetto anticoncorrenziale sia giudicata illecita non è necessario che produca anche l’effetto concreto di impedire, restringere o falsare la concorrenza*”²²¹.

iv) L’assenza della prova sulla collusione nelle singole gare e di un’intesa unica e complessa

242. In merito alla presunta assenza di prova di un’intesa unica e complessa, giova rilevare che gli elementi in atti indicano la sussistenza di uno scambio di informazioni su dati economici periodico e regolare che ha accompagnato l’attività del NIBA sin dalla sua costituzione. Tale contesto collusivo si è dipanato senza soluzioni di continuità sino alle riunioni di settore del 2 luglio e del 17 settembre 2013, aventi lo scopo precipuo di innalzare le condizioni economiche praticate alla RAI. Gli elementi in atti indicano l’esistenza di un complessivo contesto collusivo funzionale alla partecipazione alle gare RAI ove le riunioni del 2 luglio 2013 e del 17 settembre 2013 unite alle anomalie registrate nelle gare luglio-ottobre 2013 ne rappresentano indizi gravi, precisi e concordanti. Trattandosi di un complessivo accordo sulle condizioni economiche da praticare alla RAI, contrariamente a quanto prospettato dalle Parti nel procedimento, non rileva la mancata aggiudicazione di una singola gara o la prospettata adozione di condotte autonome laddove gli elementi probatori nel loro complesso provano la sussistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza già per il suo oggetto.

v) La natura delle informazioni condivise nell’ambito del NIBA e l’assenza di segretezza del cartello.

243. In merito all’asserita assenza di uno scambio di informazioni commerciali sensibili in considerazione della pubblicità che RAI offre alle procedure di gara e al carattere pubblico ed *ex post* delle informazioni raccolte, si rammenta che, alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza interna e comunitaria, la sussistenza di un articolato e capillare scambio di informazioni finalizzato al coordinamento delle politiche tariffarie è in contrasto con il principio che obbliga le imprese a determinare in modo autonomo la propria politica commerciale, “*risultando pertanto vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori volto ad influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o a mettere al corrente tale concorrente in ordine al comportamento che l’impresa stessa abbia deciso di porre in atto*”²²². Nel caso di specie rileva la circostanza che lo scambio di informazioni, lungi dal riguardare dati aggregati o storici, risulta di particolare puntualità, laddove le informazioni attengono a prezzi e condizioni economiche praticate dai concorrenti per singole gare²²³.

244. Ciò posto, lo scambio di informazioni realizzato nell’ambito del NIBA e fra le imprese parti dell’intesa è in contrasto con tale principio laddove ha ad oggetto la partecipazione a gare, la formulazione di offerte economiche e di sconti che rappresentano dati altrimenti non disponibili alle imprese. Sul punto si richiama la circostanza che, in sede di richiesta dei servizi di post

²²⁰ Cfr., sentenza del TAR Lazio, n. 36126/2010, relativa al caso I/700 – PREZZO DEL GPL PER IL RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA.

²²¹ Cfr. decisione del Consiglio di Stato, VI^a sezione, n. 896/2011, *cit.*

²²² Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2837, – Italmondo; Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2838, – Rhenus Logistica; Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252, – ITK Zardini; Consiglio di Stato, 23 giugno 2014, n. 3167, – ITX Cargo S.r.l.; Consiglio di Stato, 23 giugno 2014, n. 3168, – AV S.p.A.; Consiglio di Stato, 23 giugno 2014, n. 3170, – Villanova S.p.A. In tal senso – *ex plurimis* – CGCE sentenza 16 dicembre 1975 in causa C- 40/73 - Suiker Unie.

²²³ Cfr. doc. 213. Si tratta di un allegato ad una mail di risposta a NIBA da parte di Industria e Immagine, una delle parti dell’intesa.

produzione per un determinato programma, la RAI procede a chiamare almeno cinque imprese chiedendo la formulazione delle offerte. Le modalità con cui RAI si rivolge al mercato impediscono alle imprese che non sono state chiamate a partecipare alla gara di venire a conoscenza di coloro che partecipano e delle loro offerte sia *ex ante* che successivamente al suo espletamento.

245. In merito alla mancata realizzazione di un archivio dei dati sulle gare RAI in seno al NIBA, gli elementi in atti indicano la presenza di un complessivo contesto collusivo volto ad agevolare la circolazione di informazioni altrimenti indisponibili senza che rilevi la realizzazione in concreto di un'attività di elaborazione, quale la realizzazione di un archivio volto a raccogliere i dati forniti da ciascuna impresa.

246. In merito alla presunta assenza di segretezza delle riunioni del 2 luglio e del 17 settembre 2013, oltre che del cartello nel suo complesso, si osserva che l'articolo 2 della Legge n. 287/1990 non richiede tale qualificazione fra gli elementi costitutivi di un'intesa restrittiva della concorrenza.

vi) La valutazione dei comportamenti di RAI.

247. Circa la valutazione della condotta di RAI, giova rilevare che tale argomentazione non è rilevante ai fini delle valutazioni oggetto del presente procedimento attinenti alla sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza fra le imprese di post produzione nell'ambito delle gare indette dalla stessa RAI. Più in generale, l'obiettivo sotteso dalle politiche perseguite da RAI appare quello di conseguire una riduzione dei costi attraverso l'internalizzazione dei servizi ovvero rivolgendosi ad operatori in grado di formulare offerte alle migliori condizioni di mercato. A nulla rileva, peraltro, la valutazione circa i risultati conseguiti attraverso tali scelte, in termini di effettivo risparmio di spesa e di qualità dei servizi.

vii) L'inattendibilità delle indicazioni riportate nelle lettere anonime e delle dichiarazioni di Primopiano

248. In ordine alla rilevanza da attribuire al contenuto delle lettere anonime, si osserva che, in considerazione della sussistenza di un potere di intervento d'ufficio, gli elementi prospettati in una segnalazione o altrimenti indicati nella documentazione ad essa allegata rappresentano meri spunti su cui l'Autorità valuta la sussistenza di ulteriori elementi di fatto e di diritto per l'avvio di un procedimento istruttorio ai sensi della Legge n. 287/1990. Nel caso di specie, le indicazioni riportate nelle lettere anonime sono state oggetto di un più ampio approfondimento preistruttorio che ha poi portato all'avvio del presente procedimento. Il complesso degli elementi raccolti ha poi consentito di verificare la sussistenza di un'intesa di portata ben più ampia sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo di quello evincibile dalle lettere anonime allegate alla segnalazione della RAI, volta a concertare le condizioni economiche da praticare alla stazione appaltante in sede di richiesta di fornitura di servizi di post produzione a prescindere dallo svolgimento e dall'eventuale obiettivo di spartizione delle gare.

249. Analoghe considerazioni valgono con riferimento alla valenza probatoria attribuita alle dichiarazioni di Primopiano laddove esse rappresentano la conferma dell'esistenza di contatti collusivi fra alcuni fornitori di RAI relativi alle condizioni economiche da praticare. Tale elemento è già evincibile dal complesso della documentazione raccolta autonomamente dall'Autorità nel corso dell'istruttoria e, in particolare, in sede di accertamenti ispettivi.

viii) Il carattere non illecito della riunione del 2 luglio 2013 e le contestazioni circa l'effettiva presenza alla stessa.

250. In ordine al presunto carattere non illecito delle riunioni di settore dell'estate del 2013 e, in particolare, della riunione del 2 luglio 2013, prospettato dalle parti del procedimento, giova sottolineare che i contenuti delle riunioni sono evincibili dai tre documenti istruttori citati nella sezione dedicata alle valutazioni. Si tratta, in particolare, del verbale dell' *"Incontro società di post-produzione del 2 luglio 2013"*²²⁴, della c.d. "lettera aperta" a firma di [omissis] (MAV)²²⁵ nonché delle dichiarazioni rese da quest'ultimo ove, con riferimento all'oggetto di tali riunioni, è stato dichiarato che si è discusso e consigliato *"di rialzare il prezzo unitario dei servizi di post produzione offerti alla RAI per raggiungere livelli sostenibili, arrivando almeno ad un prezzo unitario oscillante da 29 a 31 euro/h[sottolineatura aggiunta]"*²²⁶. Nel loro insieme essi rappresentano un indizio grave preciso e concordante del contenuto collusivo di tali riunioni, a nulla rilevando l'andamento caotico o la circostanza che siano stati trattati anche altri argomenti.

251. Con riferimento a quanto rappresentato dalle società New Telecinema e Digital Si nel corso del supplemento d'istruttoria, circa la circostanza che alla riunione del 2 luglio 2013 sarebbero stati presenti dipendenti privi di un qualsiasi potere di rappresentanza, giova osservare che, secondo un principio consolidato della giurisprudenza amministrativa²²⁷, sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza, in quanto deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società. Nel caso di specie, oltre alla presenza alla predetta riunione di un dipendente della società, rileva la partecipazione alle gare con la formulazione di offerte, caratterizzate da un peggioramento delle condizioni economiche in termini di sconto offerto e di incremento del prezzo.

252. Rispetto alle difese di Video Etc e On Air volte a negare la presenza alla riunione nonché più in generale la genuinità del documento prodotto da MAV Television relativo alla presenza alla riunione del 2 luglio 2013, si osserva che tale documento riporta, accanto al nominativo di ciascuna impresa, le firme di soggetti che si presumono abilitati a rappresentare la società.

253. Ciò posto, il documento in esame rappresenta un elemento probatorio idoneo a comprovare la presenza dei predetti operatori alla riunione del 2 luglio 2013. D'altra parte, gli elementi forniti in senso contrario dai predetti operatori non sembrano dotati di una valenza probatoria tale da inficiare l'indicazione riportata sul documento. Sul punto giova sottolineare che l'attività condotta dagli Uffici nel corso del supplemento d'istruttoria si è sviluppata attraverso un accertamento ispettivo e lo svolgimento di audizioni con le Parti interessate. I predetti strumenti istruttori sono stati utilizzati per verificare la genuinità di un documento prodotto successivamente alla trasmissione della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

D. La partecipazione di ciascuna parte all'intesa

254. Le risultanze istruttorie provano che le imprese parti della procedura hanno posto in essere un meccanismo di collaborazione, basato su scambi di informazioni e sul coordinamento delle

²²⁴ Doc. isp. 371 cit..

²²⁵ Doc. isp. 10, reperito presso Barbieri. Il medesimo documento è stato acquisito anche presso altre sedi oggetto di accertamento ispettivo (cfr. *inter alia* D4 – Doc. isp. 25; Studio Immagine – Doc. Isp. 358).

²²⁶ Doc. Isp. 228. Anche la società Point Films nel verbale ispettivo cita due incontri del 2 luglio e 17 settembre 2013, avvenuti presso la sala parrocchiale della Chiesa di Santa Lucia (zona Prati) tra le imprese di post-produzione iscritte e non all'associazione NIBA.

²²⁷ Consiglio di Stato, 9 febbraio 2011 n. 896 e 16 settembre 2011, n. 5171 e n. 5172, *I694 - Listino Prezzi della Pasta*.

rispettive politiche commerciali, con l'evidente fine di determinare una linea d'azione comune nella formulazione delle offerte economiche nell'ambito delle gare indette da RAI.

Nell'ambito delle proprie difese, le Parti hanno rappresentato di aver svolto un diverso ruolo e apportato un differente contributo all'intesa oggetto di contestazione, se non di essere del tutto estranee alla stessa.

255. Rispetto all'associazione di categoria NIBA, si rileva che essa ha assunto un ruolo significativo nella descritta concertazione mediante i propri organi. Dalle evidenze documentali, emerge che essa ha rappresentato lo strumento per veicolare informazioni sensibili fra le associate in merito alle gare indette da NIBA. Inoltre, nell'ambito delle riunioni degli organi associativi venivano elaborate le strategie da adottare nella formulazione delle offerte economiche nelle gare indette da RAI poi comunicate alle imprese aderenti. Tali elementi inducono a ritenere imputabile l'intesa anche all'associazione NIBA.

256. Per quanto concerne le altre parti del procedimento, per le diverse fasi in cui si è sviluppata l'intesa oggetto di contestazione, dopo aver illustrato i criteri di imputazione adottati, verranno individuati i soggetti imputabili, ferma restando la necessità di valutare la posizione di ogni singola impresa, anche con riferimento all'arco temporale di partecipazione all'intesa. Va tenuto presente che, come sopra illustrato, la partecipazione alla singola riunione o più in generale a specifiche condotte di concertazione si è inserita nell'ambito di un contesto collusivo più ampio, caratterizzato da condotte volte a realizzare un monitoraggio delle offerte economiche e a fornire indicazioni circa le strategie di prezzo da adottare, con particolare efficacia nel periodo luglio-ottobre 2013, ove si arriva a coordinare la partecipazione alle gare indette dalla RAI.

A. L'imputazione delle condotte poste in essere nell'ambito del NIBA

257. In merito alle condotte di concertazione poste in essere nell'ambito del NIBA, il predetto coordinamento risulta imputabile a ciascuna società sulla base dei seguenti criteri, fra loro alternativi e non cumulativi, che sostanziano un effettivo contributo all'intesa:

- i)* la partecipazione all'elaborazione delle comunicazioni NIBA nonché l'organizzazione e la trasmissione dei dati relativi alla partecipazione alle gare RAI cui è seguito lo scambio di *mail* richiamate nell'illustrazione delle risultanze istruttorie volte alla realizzazione del coordinamento delle strategie commerciali delle imprese;
- ii)* la circostanza che rappresentanti delle imprese abbiano rivestito cariche sociali in seno al NIBA (a titolo esemplificativo, presidente o componente del comitato esecutivo, collegio dei probiviri), partecipando in tale veste anche all'elaborazione delle predette comunicazioni;
- iii)* la partecipazione ad almeno una riunione in sede NIBA che, per l'oggetto della discussione svolta tra le imprese partecipanti, appare incompatibile con un'autonoma determinazione della rispettiva politica di partecipazione alle gare RAI.

Con riferimento a tale ultimo criterio, viene in particolare in rilievo la riunione del Direttivo e del Collegio dei Probiviri del 3 settembre 2012²²⁸, ove viene fornita una specifica indicazione “*a rialzare i prezzi in modo congruo*”.

258. Come criterio di imputazione, rileva anche la partecipazione passiva a tali riunioni. Giova sul punto richiamare gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa²²⁹, secondo cui “*affinché*

²²⁸ Cfr. doc. istr. 12, allegato W, pag. 23, citata nel punto 85 del presente provvedimento.

²²⁹ “*Tale complicità rappresenta una modalità passiva di partecipazione all'infrazione, idonea quindi a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo*”. In tal caso “*è l'impresa interessata a dover dedurre elementi atti a dimostrare che la sua presenza in incontri di tal specie era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale*”. TAR Lazio, 11 aprile 2012, nn. 3269, 3270, 3271, 3273, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, I701 - *Vendita al dettaglio*

sia provata la partecipazione di un'impresa all'intesa, è sufficiente la mera partecipazione della stessa "a riunioni durante le quali siano stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta". Tale condizione è soddisfatta nel caso di specie con riguardo alle imprese che si ritengono imputabili dell'infrazione, poiché ciascuna di esse, avvertita circa l'oggetto della riunioni e il contenuto delle informazioni scambiate in seno al NIBA, era comunque in grado di prevedere i rischi sottesi ai contatti in corso circa le rispettive politiche di prezzo.

259. Nella tabella che segue, per ogni impresa parte del procedimento, viene contrassegnato la sussistenza o meno di uno dei predetti criteri di imputazione.

Tabella 3

Società	Cariche sociali	Elaborazione <i>mail</i> , organizzazione e trasmissione dei dati	Riunione Direttivo NIBA 03/09/12
Aesse Video			
Barbieri			
CapitalVideo			
D4	x	x	
Digital Si			
Diva	x	x	x
Etabeta	x		x
Euro Group	x	x	x
Euroscena			
Futura	x	x	x
Grande Mela			
Industria e Immagine		x	
MAV Television	x	x	x
Menager 2000		x	
New Telecinema			
Obiettivo Immagine			
On Air Unipersonale			
Point Films			
Primopiano			
RTS			
Siri Video	x	x	x
Soul Movie S.r.l.			
Studio Immagine	x	x	x
Telecinema Production			
Unitelefilm	x	x	x
Video Etc			
World Video Production			

260. Come evincibile dalla lettura della tabella, risultano imputabili le seguenti imprese:

1. D4
2. DIVA
3. Etabeta
4. Euro Group
5. Futura
6. Industria e Immagine
7. MAV Television
8. Menager 2000
9. Siri Video

10. Studio Immagine

11. Unitelefilm

B. L'imputazione delle condotte di coordinamento nell'ambito delle 20 procedure RAI del periodo luglio-ottobre 2013

261. Per quanto concerne la partecipazione alle gare del luglio-ottobre 2013 indette da RAI, il coordinamento risulta imputabile sulla base della partecipazione alle riunioni del 2 luglio²³⁰ e del 17 settembre 2013²³¹ unita alla partecipazione alle gare del luglio-ottobre del 2013, caratterizzate da un peggioramento delle condizioni economiche offerte dai partecipanti.

262. In ordine alla partecipazione alle riunioni del 2 luglio e del 17 settembre 2013, sulla base di quanto dichiarato nel corso delle audizioni istruttorie, risultano presenti alla riunione del 2 luglio 2013 presso la parrocchia di Santa Lucia, oltre al NIBA, le seguenti società: Unitelefilm²³², Barbieri²³³, D4²³⁴, Diva e Obiettivo Immagine²³⁵, Euro Group²³⁶, MAV Television²³⁷, Point Films²³⁸, Primopiano²³⁹, Siri Video²⁴⁰, Studio Immagine²⁴¹ e Telecinema Production²⁴². Inoltre, alla luce di quanto emerso nel corso del supplemento d'istruttoria, risultano presenti alla riunione del 2 luglio 2013 altresì le società Capital Video, Digital Si, Etabeta, Futura, Menager2000, New Telecinema, On Air e Video Etc. Infine, le società D4, Euro Group, Siri Video e Telecinema Production hanno rappresentato di essere state presenti anche alla riunione del 17 settembre 2013.

263. Pertanto, risultano aver partecipato ad almeno una delle riunioni dell'estate 2013, le seguenti società:

1. Barbieri
2. Capital Video
3. D4
4. Digital Si
5. Diva
6. Etabeta
7. Euro Group
8. Futura
9. MAV Television

²³⁰ Doc. isp. 371. Tale incontro viene citato anche nel verbale ispettivo di MAV Television (Doc. isp. 228) ed è confermato anche in altri documenti ispettivi (Doc. 248), oltre che dalle Parti sentite nel corso delle audizioni istruttorie (cfr. ad esempio Primopiano verbale audizione - Doc. istr. 232).

²³¹ Doc. isp. 248, Allegato 1 al verbale ispettivo redatto presso la sede di Point Films. Nel predetto verbale si evidenzia che lo scopo della riunione era "*definire una piattaforma comune di richieste da fare alla RAI*". L'incontro è stato confermato anche in sede di audizioni istruttorie ove è stato rilevato che il suo contenuto era omogeneo a quello della riunione del 2 luglio 2013 (cfr. ad esempio, verbale audizione D4 - Doc. istr. 213; verbale audizione Euro Group Doc. istr. 228; Doc. istr. 220).

²³² Doc. istr. 216.

²³³ Doc. istr. 193.

²³⁴ Doc. istr. 213.

²³⁵ Doc. istr. 197.

²³⁶ Doc. istr. 228.

²³⁷ Doc. istr. 253.

²³⁸ Doc. istr. 199. Cfr. anche allegato 1 al doc. isp. 248.

²³⁹ Doc. istr. 232.

²⁴⁰ Doc. istr. 220.

²⁴¹ Doc. istr. 226.

²⁴² Doc. istr. 227.

10. Menager 2000
11. New Telecinema
12. Obiettivo Immagine
13. On Air
14. Point Films
15. Primopiano
16. Siri Video
17. Studio Immagine
18. Telecinema Production
19. Unitelefilm
20. Video Etc.

264. In merito alle gare del luglio-ottobre 2013, si riporta di seguito una tabella che indica, per ogni trasmissione, le società che hanno formulato un'offerta, elaborata sulla base della documentazione fornita da RAI²⁴³, ove la prima è la società aggiudicataria.

Tabella 4

	Gara	Data di espletamento della gara	Partecipanti e aggiudicatari
1	Sereno Variabile	13/08/2013	Primopiano Video Etc. Studio Immagine Capital Video Euro Group RTS
2	2next	28/08/2013	Euro Group Primopiano MAV Television CapitalVideo RTS Telecinema Production Studio Immagine
3	Rai Italia Doc Doc	28/08/2013	Euroscena Barbieri Obiettivo Immagine D4 Telecinema Production Grande Mela Industria Immagine
4	L'eredità	28/08/2013	Euro Group Industria Immagine Grande Mela D4 Siri Video New Telecinema Euroscena Studio Immagine
5	Ballarò	29/08/2013	Euro Group Studio Immagine RTS Capital Video MAV Television

²⁴³ Cfr. DC 3, Allegati da 6 a 20, e DC 7 – Allegati 1-5.

	Gara	Data di espletamento della gara	Partecipanti e aggiudicatari
			Telecinema Production Primopiano Siri Video
6	Geo & Geo	29/08/2013	Telecinema Production Euro Group MAV Television RTS Studio Immagine Primopiano Siri Video CapitalVideo
7	Unici 2013	29/08/2013	Diva Obiettivo Immagine Barbieri Video Etc. Industria e Immagine Telecinema Production D4 Euroscena
8	Crash	02/09/2013	Barbieri Video Etc. New Telecinema Primopiano Obiettivo Immagine Telecinema Production Siri Video Digital Si Studio Immagine
9	Easy Driver	03/09/2013	Siri Video MAV Television Studio Immagine Euro Group Diva RTS
10	Chi l'ha visto	03/09/2013	RTS Studio Immagine Siri Video Primopiano MAV Television Euro Group CapitalVideo
11	Porta a porta	04/09/2013	Point Films Telecinema Production Euro Group New Telecinema Video Etc. Digital Si Obiettivo Immagine
12	Camera con vista	05/09/2013	New Telecinema Digital Si Industria e Immagine Euroscena D4

	Gara	Data di espletamento della gara	Partecipanti e aggiudicatari
13	Community	05/09/2013	MAV Television Barbieri Obiettivo Immagine Studio Immagine Grande Mela
14	La vita in diretta	06/09/2013	Studio Immagine Primopiano Capital Video Studio Immagine RTS MAV Television Telecinema Production
15	Affari Tuoi	13/08/2013	Point Films Diva MAV Television Euro Group Obiettivo Immagine
16	TAG	15/07/2013	Euro Group Video Etc. Primopiano MAV Television
17	Paese che vai	13/09/2013	Industria e Immagine D4 MAV Television World Video Production Video Etc Grande Mela
18	Pane Quotidiano	16/09/2013	Siri Video Euro Group Industria e Immagine RTS Telecinema Production Grande Mela Video Etc.
19	I Fatti Vostri	16/09/2013	D4 Obiettivo Immagine CapitalVideo Euroscena
20	Domenica In	03/10/2013	Video Etc. Siri Video Soul Movie RTS Studio Immagine World Video Production Aesse Video On Air

265. Pertanto, sulla base del criterio della partecipazione ad una delle riunioni del 2 luglio e del 17 settembre 2013 e della partecipazione alle gare del luglio-ottobre 2013, risultano imputabili per la fase dell'intesa relative alla predette gare, le seguenti società:

1. Barbieri
2. Capital Video

3. D4
4. Digital Si
5. Diva
6. Euro Group
7. MAV Television
8. New Telecinema
9. Obiettivo Immagine
10. On Air
11. Point Films
12. Primopiano
13. Siri Video
14. Studio Immagine
15. Telecinema Production
16. Video Etc.

266. In virtù dei medesimi elementi come sopra illustrati, la partecipazione al coordinamento relativo alle gare del luglio-ottobre 2013 non risulta imputabile alle società Aesse Video, Etabeta, Euroscena, Futura, Grande Mela, Industria e Immagine, RTS, Soul Movie, Unitefilm e World Video. In merito al coinvolgimento di RTS, prospettato da Primopiano nel corso del procedimento in sede di contestazione delle risultanze descritte contenute nella CRI del 19 dicembre 2014 e nella successiva integrazione, si rileva che gli elementi in atti non risultano sufficienti al fine di imputare l'infrazione alla predetta società.

267. Sulla base degli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria nonché in sede di supplemento d'istruttoria, si riporta una tabella che sintetizza gli elementi sopra descritti, evidenziando in grigio le imprese ritenute imputabili.

Tabella 5

	Cariche sociali	Elaborazione mail, organizzazione e trasmissione dei dati	Riunione Direttivo NIBA 03/09/12	Riunione 02/07/13	Riunione 17/09/13	Partecipazione ad almeno una gara
Aesse Video						
Barbieri				X		X
CapitalVideo				X		X
D4	X	X		X	X	X
Digital Si				X		X
Diva	X	X	X	X		X
Etabeta	X		X	X		
Euro Group	X	X	X	X	X	X
Euroscena						X
Futura	X	X	X	X		
Grande Mela						
Industria e		X				X

	Cariche sociali	Elaborazione mail, organizzazione e trasmissione dei dati	Riunione Direttivo NIBA 03/09/12	Riunione 02/07/13	Riunione 17/09/13	Partecipazione ad almeno una gara
Immagine						
MAV Television	x	x	x	x	x	x
Menager2000		x		x		
New Telecinema				x		x
Obiettivo Immagine				x		x
On Air Unipersonale				x		x
Point Films				x		x
Primopiano				x		x
RTS						x
Siri Video	x	x	x	x	x	x
Soul Movie						
Studio Immagine	x	x	x	x		x
Telecinema Production				x	x	x
Unitelefilm	x	x	x	x		
Video Etc				x	x	x
World Video Production						

268. Sulla base delle considerazioni svolte, così come sintetizzate nella tabella sinottica sopra riportata, NIBA e ciascuna impresa parte del presente procedimento, ad eccezione di Aesse Video, Euroscena, Grande Mela, RTS, Soul Movie e World Video, risultano aver preso parte in modo differenziato all'intesa oggetto di esame nelle diverse fasi in cui si è manifestata.

E. Conclusioni

269. L'intesa sopra descritta integra una fattispecie restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 2 della Legge n. 287/1990, in quanto volta a concertare la politica commerciale delle imprese con particolare riferimento alle condizioni economiche delle offerte in sede di fornitura dei servizi richiesti da RAI, con l'obiettivo di mantenere il livello dei prezzi oltre le soglie che il normale dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali avrebbe potuto consentire.

F. Consistenza dell'intesa

270. L'intesa oggetto di valutazione, finalizzata come detto alla restrizione della concorrenza, risulta rivestire il requisito della consistenza ai sensi dell'articolo 2 della Legge n. 287/1990. Essa, infatti, ha coinvolto, oltre che l'associazione di categoria più rappresentativa del settore, 21 delle imprese di post produzione che rappresentano i principali fornitori della Direzione Produzione TV

della sede di Roma. Va osservato che la comunicazione comunitaria sull'applicazione di una regola di esenzione per *de minimis*²⁴⁴ espressamente non si applica a restrizioni gravi, quali, nel caso di specie, la fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti a terzi.

IX. GRAVITÀ E DURATA

271. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata della stessa infrazione. La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la gravità dell'infrazione può essere valutata considerando, in particolare, la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere²⁴⁵. L'Autorità da tempo utilizza i criteri vigenti in ambito europeo, così come espressi negli appositi "*Orientamenti*" elaborati dalla Commissione e, da ultimo, ha adottato le *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*²⁴⁶ (di seguito, anche Linee Guida nazionali).

272. Nel caso di specie, rileva la circostanza che, quanto alla natura dei comportamenti, le condotte delle imprese sono riconducibili a un'intesa molto grave in quanto volta a concertare le rispettive politiche di offerta con particolare riferimento alle condizioni economiche da praticare per i servizi di post produzione forniti a RAI. Rileva altresì la circostanza che RAI, secondo alcuni pronunciamenti della Corte di Cassazione²⁴⁷, si configura come organismo di diritto pubblico in virtù dell'affidamento della gestione del servizio radiotelevisivo pubblico, in ogni caso tenuta al rispetto dei principi generali di cui all'articolo 27 del Codice Appalti, in ciò differenziandosi dalle altre emittenti televisive, pur essendo esclusa dall'ambito di applicazione della predetta normativa.

273. Per quanto concerne la durata dell'intesa nel suo complesso, il termine iniziale decorre quantomeno dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima comunicazione agli atti del procedimento relativa al monitoraggio delle gare nell'ambito del NIBA²⁴⁸, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, quando è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁴⁹.

²⁴⁴ Punto 13 della *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»)* - 2014/C 291/01, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 291 del 30 agosto 2014, pag. 1.

²⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in *Raccolta* 1970, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in *Raccolta* 1983, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in *Raccolta* 1983, p. 3461.

²⁴⁶ *Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003"* e la Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 22 ottobre 2014 "*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*".

²⁴⁷ SU Cass. n. 10443 del 23 aprile 2008.

²⁴⁸ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "*sollecito invio prospetto gare*". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁴⁹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

X. LA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

274. Ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché dei criteri interpretativi enucleati nelle Linee Guida del 22 ottobre 2014.

275. Sulla base dei punti 7 e seguenti delle predette Linee Guida, per calcolare l'importo base della sanzione si è preso come riferimento il valore delle vendite dei servizi interessati dall'infrazione, ossia il fatturato relativo ai servizi di post produzione realizzati per RAI per il centro di produzione di Roma, nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, al netto dell'IVA e delle altre imposte²⁵⁰. Nel caso di specie, si è considerato il fatturato nel mercato rilevante dell'anno 2012. Per l'associazione NIBA, sulla base di quanto indicato nel punto 10 delle citate Linee Guida, vanno considerate le quote associative calcolate in sede di approvazione dell'ultimo bilancio (anno 2012), pari complessivamente ad euro 30.586²⁵¹.

276. Si fa presente che Point Films e Menager 2000 non hanno dato riscontro alla richiesta di informazioni degli uffici tesa ad ottenere i dati relativi al fatturato realizzato nel 2012. Sulla base di quanto indicato nelle *Linee Guida* (al punto 9), qualora il dato relativo al fatturato, riferito all'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, non sia reso disponibile dall'impresa oppure non sia attendibile ovvero sufficientemente rappresentativo o, comunque, altrimenti non determinabile, viene presa in considerazione qualsiasi altra informazione ritenuta pertinente o appropriata, quale ad esempio: la media del valore delle vendite nell'intero periodo di durata dell'infrazione oppure un altro anno di tale periodo di riferimento o, ancora, una percentuale del fatturato totale realizzato in Italia. Ciò posto, nel caso di specie, per la determinazione del fatturato delle predette Parti è stata applicata al valore totale della produzione, come riportato negli ultimi bilanci disponibili di tali società, una percentuale pari all'incidenza media del fatturato realizzato da tutte le altre imprese presso il Centro RAI sul fatturato totale.

²⁵⁰ Tale criterio è parimenti previsto negli Orientamenti comunitari.

²⁵¹ Cfr. doc. istr. 531.

Tabella 6: fatturati: servizi post-produzione RAI-sede Roma-anno 2012.

Parti	Fatturato nel mercato rilevante 2012
Barbieri Communication S.r.l.	[omissis]
Capital Video S.r.l.	[omissis]
D4 S.r.l.	[omissis]
Digital Si S.r.l.	[omissis]
Diva Cinematografica S.r.l.	[omissis]
Etabeta S.p.A.	[omissis]
Euro Group Line Production S.r.l.	[omissis]
Futura S.r.l.	[omissis]
Industria e Immagine S.r.l.	[omissis]
MAV Television S.r.l.	[omissis]
Menager 2000 S.r.l.	[omissis]
New Telecinema S.r.l.	[omissis]
Obiettivo Immagine S.r.l.	[omissis]
On Air Unipersonale S.r.l.	[omissis]
Point Films S.r.l.	[omissis]
Primopiano Tv S.r.l.	[omissis]
Siri Video S.r.l.	[omissis]
Studio Immagine S.r.l.	[omissis]
Telecinema Production S.r.l.	[omissis]
Unitelefilm S.r.l.	[omissis]
Video Etc S.r.l.	[omissis]
TOTALE	6.736.171,29

277. La percentuale da applicare viene fissata in funzione del grado di gravità della violazione (punto 11).

Al riguardo, nel richiamare le considerazioni già svolte, si rileva che l'infrazione in esame è consistita nell'attuazione di un'intesa unica e complessa, in quanto volta a concertare le rispettive politiche di offerta con particolare riferimento alle condizioni economiche da praticare per i servizi di post produzione forniti a RAI. Tale infrazione, molto grave per la sua stessa natura, è stata posta in essere a danno di un'impresa incaricata dello svolgimento di un servizio pubblico. L'impatto dell'intesa in esame è risultato inoltre significativo in quanto ha coinvolto 21 imprese del settore, fra le principali fornitrici della RAI.

278. L'intesa in questione, oltre ad avere un oggetto chiaramente anticoncorrenziale, ha anche avuto effetti sul mercato in termini di aumento del prezzo applicato nell'ambito delle forniture di servizi di post-produzione a favore di RAI, con particolare riferimento al periodo luglio-ottobre 2013, come risulta dalle evidenze nei paragrafi 102, 103 e 104.

279. Alla luce di tali elementi, si ritiene di fissare la percentuale del valore delle vendite al 15%.

Tabella 7: Sanzioni base.

Parti	Sanzione base (15% valore delle vendite 2012 servizi di post produzione-sede di Roma)
New Italian Broadcasting Association	4.587,90
Barbieri Communication S.r.l.	23.958,78
Capital Video S.r.l.	38.236,17
D4 S.r.l.	27.492,59
Digital Si S.r.l.	29.009,55
Diva Cinematografica S.r.l.	25.393,80
Etabeta S.p.A.	21.962,16
Euro Group Line Production S.r.l.	164.131,57
Futura S.r.l.	21.584,50
Industria e Immagine S.r.l.	23.208,45
MAV Television S.r.l.	101.651,55
Menager 2000 S.r.l.	40.670,60
New Telecinema S.r.l.	61.088,10
Obiettivo Immagine S.r.l.	27.116,42
On Air Unipersonale S.r.l.	25.341,65
Point Films S.r.l.	98.240,84
Primopiano Tv S.r.l.	90.149,34
Siri Video S.r.l.	39.145,45
Studio Immagine S.r.l.	25.999,01
Telecinema Production S.r.l.	29.754,75
Unitelefilm S.r.l.	65.558,40
Video Etc S.r.l.	30.732,02

280. Ai sensi dei punti 15 e 16 delle *Linee Guida*, la durata dell'infrazione, espressamente considerata dall'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, ha un impatto sulle conseguenze pregiudizievoli dell'infrazione e, dunque, risulta meritevole di valorizzazione nella determinazione dell'ammontare appropriato della sanzione: l'importo ottenuto applicando una determinata percentuale al valore delle vendite va moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione. Per le frazioni di anno, la durata sarà calcolata in funzione dei mesi e dei giorni effettivi di partecipazione all'infrazione.

281. Ciò posto, nel caso di specie, al fine di tener conto della durata dell'accordo, si rammenta che, come indicato nella precedente sezione, il termine iniziale decorre quantomeno dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni relative al monitoraggio delle gare²⁵², sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, quando è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁵³. Pertanto, posto

²⁵² Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁵³ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

che la durata complessiva è di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni, la sanzione base viene moltiplicata per 1,86²⁵⁴ laddove la partecipazione sia avvenuta per l'intera durata dell'intesa.

282. Di seguito, per ciascuna impresa ritenuta imputabile, viene indicato nel dettaglio la data di inizio e di conclusione della partecipazione all'intesa così come evincibile dalla documentazione agli atti, con l'indicazione del periodo complessivo e del relativo moltiplicatore.

NIBA

283. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni NIBA relative al monitoraggio delle gare nell'ambito del NIBA²⁵⁵, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁵⁶. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

Barbieri

284. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁵⁷, sino al 3 ottobre 2013 data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013 relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁵⁸. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26²⁵⁹.

Capital Video

285. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁶⁰, sino al 3 ottobre 2013 data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013 relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁶¹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

D4

286. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁶², sino al 3 ottobre 2013 data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013 relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁶³. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

²⁵⁴ La durata dell'accordo collusivo è stata pari a 668 giorni, corrispondenti appunto a 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore temporale della sanzione base, espresso in anni, è stato ottenuto dalla formula $668/360 = 1,86$. È stata utilizzata la definizione commerciale di anno (1 anno = 360 giorni), in coerenza con la definizione commerciale di mese (1 mese = 30 giorni) impiegata per esprimere in mesi e giorni la durata della partecipazione all'accordo per ciascuna Società.

²⁵⁵ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁵⁶ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁵⁷ La partecipazione di Barbieri a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1, oltre ad essere stata confermata dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 193).

²⁵⁸ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁵⁹ Il moltiplicatore in questo caso è stato ottenuto dividendo il numero totale di giorni di durata di partecipazione all'intesa (94) per 360. La stessa metodologia è stata utilizzata per le altre parti.

²⁶⁰ La partecipazione di Capital Video a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1, oltre ad essere stata confermata dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 614).

²⁶¹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁶² Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁶³ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

Digital SI

287. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁶⁴, sino al 3 ottobre 2013 data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013 relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁶⁵. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

Diva

288. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁶⁶, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁶⁷. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

Etabeta

289. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁶⁸, sino alla data del 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁶⁹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 7 mesi e 5 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,60.

Euro Group

290. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁷⁰, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁷¹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

Futura

291. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁷², sino alla data del 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁷³. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 7 mesi e 5 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,60.

²⁶⁴ La partecipazione di Digital SI a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1.

²⁶⁵ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁶⁶ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁶⁷ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁶⁸ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁶⁹ La partecipazione di ETA BETA a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1.

²⁷⁰ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁷¹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁷² Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁷³ La partecipazione di Futura a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1.

Industria e Immagine

292. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁷⁴, sino alla data del 31 agosto 2012, in cui la Società ha dato riscontro all'attività di monitoraggio di NIBA²⁷⁵. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 9 mesi. Il moltiplicatore per la durata è 0,75.

MAV Television

293. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁷⁶, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁷⁷. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

Menager 2000

294. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁷⁸, sino alla data del 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁷⁹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 7 mesi e 5 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,60.

New Telecinema

295. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁸⁰, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁸¹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

Obiettivo Immagine

296. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁸², sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁸³. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

²⁷⁴ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁷⁵ Cfr. doc. Ist. 198.

²⁷⁶ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁷⁷ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁷⁸ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁷⁹ La partecipazione di Menager 2000 a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1.

²⁸⁰ La partecipazione di New Telecinema a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1.

²⁸¹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁸² La partecipazione di Obiettivo Immagine a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1, oltre ad essere stata confermata dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 197).

²⁸³ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

On Air

297. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁸⁴, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁸⁵. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

Point Films

298. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁸⁶, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁸⁷. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

Primopiano

299. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁸⁸, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁸⁹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

Siri Video

300. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁹⁰, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁹¹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

Studio Immagine

301. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁹², sino alla data del 3 ottobre 2013, data di espletamento della gara relativa al programma "Domenica In"²⁹³. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 10 mesi e 8 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,86.

²⁸⁴ La partecipazione di On Air a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1.

²⁸⁵ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁸⁶ La partecipazione di Point Films a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1, oltre ad essere stato confermato dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 199). Cfr. anche allegato 1 al doc. isp. 248.

²⁸⁷ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁸⁸ La partecipazione di Primopiano a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1, oltre ad essere stato confermato dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 232).

²⁸⁹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁹⁰ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁹¹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁹² Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁹³ Cfr. doc. preistr. DC3-Allegato 5.

Telecinema Production

302. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁹⁴, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio-ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁹⁵. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 3 mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

Unitefilm

303. Dal 6 dicembre 2011, data di invio della prima delle comunicazioni nell'ambito del NIBA relative al monitoraggio delle gare²⁹⁶, sino alla data del 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁹⁷. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di 1 anno, 7 mesi e 5 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 1,60.

Video Etc.

304. Dal 2 luglio 2013, data della riunione di settore nella Chiesa di Santa Lucia in Prati²⁹⁸, sino alla data di espletamento dell'ultima delle gare del luglio –ottobre 2013, ossia il giorno 3 ottobre 2013, ove è stata espletata la gara relativa alla trasmissione "Domenica In"²⁹⁹. Pertanto, il periodo di partecipazione è stato di e mesi e 4 giorni. Il moltiplicatore per la durata è 0,26.

305. L'articolo 15 della legge n. 287/1990 prevede un limite massimo della sanzione pari al 10% del fatturato totale realizzato nell'esercizio chiuso prima della notifica della diffida, nel caso di specie relativo al 2013, sulla base dei bilanci resi disponibili dalle Parti. Di seguito si riporta, per ogni impresa, l'ammontare della sanzione, ricalcolata per durata, in applicazione delle Linee Guida, e la sanzione massima irrogabile per effetto del limite imposto dal massimo edittale:

²⁹⁴ La partecipazione di Primopiano a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1, oltre ad essere stato confermato dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 227).

²⁹⁵ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

²⁹⁶ Doc. isp. 241, reperito presso New Telecinema, costituito da una mail inviata in data 6 dicembre 2011 da MAV a varie società avente il seguente oggetto "sollecito invio prospetto gare". Risulta in atti che alcune società abbiano dato riscontro a tali richieste, come ad esempio, Industria e Immagine (cfr. docc. isp. 198, 213, 215 e 224).

²⁹⁷ La partecipazione di Unitefilm a tale riunione emerge dalla lettura del doc. istr. 555, Allegato 1 oltre ad essere stata confermata dalla Parte in sede di audizione innanzi agli Uffici (Doc. istr. 216).

²⁹⁸ La partecipazione di Video Etc. a tale riunione emerge dalla lettura del doc. Istr. 555.

²⁹⁹ Cfr. doc. preistr. DC7, Allegato 5.

Tabella 8: Sanzione finale applicabile sulla base dei criteri contenuti nelle Linee Guida vs sanzione massima irrogabile (10% del fatturato totale).

Parte	Moltiplicator e durata	Sanzione (euro) in applicazione delle Linee Guida ricalcolata per durata	Limite del 10% Fatturato 2013	Sanzione irrogata
New Italian Broadcasting Association (NIBA)	1,86	8.533,49	3.058,6	3.058,60
Barbieri Communication S.r.l.	0,26	6.229,28	101.083,90	6.229,28
Capital Video S.r.l.	0,26	9.941,40	85.169,20	9.941,40
D4 S.r.l.	1,86	51.136,22	171.140,70	51.136,22
Digital Si S.r.l.	0,26	7.542,48	39.605,80	7.542,48
Diva Cinematografica S.r.l.	1,86	47.232,47	29.907,50	29.907,50
Etabeta S.p.A.	1,60	35.139,46	1.908.276,40	35.139,46
Euro Group Line Production S.r.l.	1,86	305.284,72	234.625,30	234.625,30
Futura S.r.l.	1,60	34.535,20	146.354,90	34.535,20
Industria e Immagine S.r.l.	0,75	17.406,34	72.697,30	17.406,34
MAV Television S.r.l.	1,86	189.071,88	74.177,00	74.177,00
Menager 2000 S.r.l.	1,60	65.072,96	74.546,20	65.072,96
New Telecinema	0,26	15.882,91	63.762,60	15.882,91
Obiettivo Immagine S.r.l.	0,26	7.050,27	142.505,70	7.050,27
On Air Unipersonale S.r.l.	0,26	6.588,83	68.228,10	6.588,83
Point Films S.r.l.	0,26	25.542,62	180.068,20	25.542,62
Primopiano Tv S.r.l.	0,26	23.438,83	85.231,40	23.438,83
Siri Video S.r.l.	1,86	72.810,54	72.270,00	72.270,00
Studio Immagine S.r.l.	1,86	48.358,16	198.558,80	48.358,16
Telecinema Production S.r.l.	0,26	7.736,24	172.183,80	7.736,24
Unitelefilm S.r.l.	1,60	104.893,44	10.199,80	10.199,80
Video Etc S.r.l.	0,26	7.990,33	52.762,50	7.990,33

306.In conclusione, alla luce degli elementi sopra descritti, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura seguente:

Tabella 9: Sanzione finale irrogata alle Parti del procedimento.

Parte	Sanzione (euro)
New Italian Broadcasting Association (NIBA)	3.058,60
Barbieri Communication S.r.l.	6.229,28
Capital Video S.r.l.	9.941,40
D4 S.r.l.	51.136,22
Digital Si S.r.l.	7.542,48
Diva Cinematografica S.r.l.	29.907,50
Etabeta S.p.A.	35.139,46
Euro Group Line Production S.r.l.	234.625,30
Futura S.r.l.	34.535,20
Industria e Immagine S.r.l.	17.406,34
MAV Television S.r.l.	74.177,00
Menager 2000 S.r.l.	65.072,96
New Telecinema	15.882,91
Obiettivo Immagine S.r.l.	7.050,27
On Air Unipersonale S.r.l.	6.588,83
Point Films S.r.l.	25.542,62
Primopiano Tv S.r.l.	23.438,83
Siri Video S.r.l.	72.270,00
Studio Immagine S.r.l.	48.358,16
Telecinema Production S.r.l.	7.736,24
Unitelefilm S.r.l.	10.199,80
Video Etc S.r.l.	7.990,33

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) che le condotte poste in essere da New Italian Broadcasting Association (NIBA), Barbieri Communication S.r.l., Capital Video S.r.l., D4 S.r.l., Digital Si S.r.l., Diva Cinematografica S.r.l., Etabeta S.p.A., Euro Group Line Production S.r.l., Futura S.r.l., Industria e Immagine S.r.l., MAV Television S.r.l., Menager2000 S.r.l., New Telecinema S.r.l., Obiettivo Immagine S.r.l., On Air Unipersonale S.r.l., Point Films S.r.l., Primopiano Tv S.r.l., Siri Video S.r.l., Studio Immagine S.r.l., Telecinema Production S.r.l., Unitelefilm S.r.l. e Video Etc S.r.l. consistenti in uno scambio di informazioni e nel coordinamento delle politiche di offerta in sede di partecipazione alle gare RAI con l'obiettivo di innalzare il livello dei prezzi praticato, costituiscono un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 2 della Legge n. 287/1990;

b) che l'associazione e le citate società si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata ai punti precedenti;

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

Parte	Sanzione (euro)
New Italian Broadcasting Association (NIBA)	3.058,60
Barbieri Communication S.r.l.	6.229,28
Capital Video S.r.l.	9.941,40
D4 S.r.l.	51.136,22
Digital Si S.r.l.	7.542,48
Diva Cinematografica S.r.l.	29.907,50
Etabeta S.p.A.	35.139,46
Euro Group Line Production S.r.l.	234.625,30
Futura S.r.l.	34.535,20
Industria e Immagine S.r.l.	17.406,34
MAV Television S.r.l.	74.177,00
Menager 2000 S.r.l.	65.072,96
New Telecinema	15.882,91
Obiettivo Immagine S.r.l.	7.050,27
On Air Unipersonale S.r.l.	6.588,83
Point Films S.r.l.	25.542,62
Primopiano Tv S.r.l.	23.438,83
Siri Video S.r.l.	72.270,00
Studio Immagine S.r.l.	48.358,16
Telecinema Production S.r.l.	7.736,24
Unitelefilm S.r.l.	10.199,80
Video Etc S.r.l.	7.990,33

Le sanzioni amministrative di cui alla precedente lettera c) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per

la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

A484 - UNILEVER/DISTRIBUZIONE GELATI

Provvedimento n. 25493

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 giugno 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n.287;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTO l'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n.217;

VISTA la denuncia pervenuta in data 3 aprile 2013 e successive integrazioni da parte della società La Bomba s.n.c. e la documentazione in proprio possesso;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI***Il Denunciato***

1. Unilever Italia Mkt. Operations S.r.l. (d'ora in avanti, "Unilever") è una società del Gruppo Unilever, attiva nello sviluppo e commercializzazione di prodotti di largo consumo, con marchi di grande notorietà nei settori "Ice cream", "Food", "Home & Personal Care". In particolare, nel canale distributivo di gelati e surgelati consumati fuori casa si occupa della commercializzazione dei seguenti marchi: "Algida", "Ben & Jerry's", "Carte d'Or", "La Pasticceria Bistefani Sfornati e Mangiati", "Bar Frenadies", "4 Salti in Padella al Bar". Il fatturato consolidato realizzato in Italia nel 2013 da Unilever è pari a circa 1.405 milioni di euro, di cui approssimativamente [400–1.200]¹ milioni di euro derivanti dalle vendite di gelati.

Il Denunciante

2. La Bomba s.n.c. (d'ora in avanti, "La Bomba"), con sede in Santarcangelo di Romagna (RN), è un'azienda produttrice di ghiaccioli artigianali ("La Bomba. The Original" e "Fruit Delight con pezzi di frutta") prevalentemente attiva nelle regioni Emilia Romagna, Marche e Lazio. Il fatturato realizzato da La Bomba nel 2014 è stato pari a [400.000–1.000.000] euro.

II. LA DENUNCIA

3. Con segnalazione pervenuta in data 3 aprile 2013, successivamente integrata, da ultimo nel maggio 2015, la società La Bomba lamenta che dal 2011 a tutt'oggi la società Unilever avrebbe intimato - attraverso i suoi concessionari di zona - agli esercenti degli stabilimenti balneari e dei bar sui litorali adriatico e laziale di non commercializzare, unitamente ai propri prodotti, anche i ghiaccioli La Bomba, paventando che, in caso contrario, non avrebbe dato seguito agli sconti previsti dal contratto già stipulato, nonché avrebbe imposto il pagamento di penali e risolto il contratto di fornitura.

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

4. In particolare, la segnalazione si concentra su una tipologia di contratti sottoscritti da Unilever con associazioni di categoria di esercenti al dettaglio, (quali stabilimenti balneari, circoli ricreativi, campeggi, etc.), definibile come una sorta di accordo-quadro, a cui si accompagna un contratto tra il singolo esercente aderente all'associazione e il concessionario di zona di Unilever.
5. La società denunciante rappresenta che, nell'ambito degli accordi-quadro, oltre a essere presente una clausola con cui si impone la vendita esclusiva di prodotti gelati e surgelati di Unilever, sono previsti sconti sui prezzi di listino da applicare a ciascun punto vendita rifornito, sconti condizionati al raggiungimento di un determinato obiettivo di fatturato, nonché un compenso annuale per l'associazione di categoria, calcolato con riferimento all'insieme dei punti vendita aderenti, spesso anche in misura proporzionale rispetto a specifici *target* di fatturato totale degli aderenti.
6. Dalla documentazione allegata alla segnalazione si evince che, in alcuni casi, il concessionario di zona ha subordinato il riconoscimento del compenso annuale al rispetto dell'esclusiva sui prodotti gelati e surgelati di Unilever da parte dei punti vendita aderenti, mentre, in altri casi, ha sollecitato l'intervento della stessa associazione di categoria per ottenere il rispetto dell'esclusiva merceologica da parte di tutti gli esercenti aderenti all'accordo tra Unilever e l'associazione.
7. Sul punto, il denunciante adduce che alcuni concessionari Unilever, incaricati del rispetto dell'esclusiva di vendita dei prodotti della società multinazionale, avrebbero richiesto ai punti vendita serviti la rimozione dei frigoriferi che la stessa La Bomba aveva fornito per la conservazione dei propri ghiaccioli, rappresentando il rischio della perdita dello sconto applicato da Unilever, oltre che il pagamento di una penale.
8. A titolo esemplificativo, è stato depositato un contratto stipulato tra Unilever e un punto vendita, in cui è previsto che, in caso di inadempimento dell'esclusiva per la vendita di prodotti Unilever e dell'esclusiva sulle attrezzature in comodato d'uso da parte del dettagliante, questi sarà tenuto al pagamento di una penale irriducibile pari al *[omissis]* del fabbisogno annuale, nonché alla restituzione delle attrezzature.
9. Quanto ai rapporti tra i concessionari e le associazioni di categoria, è stata depositata una lettera del giugno 2013, inviata da un concessionario di zona Unilever a un'associazione di stabilimenti balneari, avente ad oggetto "*esclusiva contrattuale fornitura prodotti a marchio Algida*", con cui il concessionario ammoniva l'associazione di categoria, affermando che "*il prodotto La Bomba è stato inserito in maniera capillare presso molti Punti Vendita associati dei quali allego l'elenco. Il costo di questo prodotto, senza voler parlare di qualità, è superiore al nostro senza tener conto degli sconti dei quali usufruite. Oltretutto concedere un frigo dedicato rende tale iniziativa impattante e penalizzante per noi (non vendiamo più prodotti a base ghiaccio). Oltre il danno economico mi preoccupo perché l'Azienda mi ha fatto pervenire più segnalazioni che non posso sottovalutare né trascurare. Credo sia indispensabile intervenire decisamente, magari con una proposta che potremmo studiare di comune accordo, sempre nell'intento di salvaguardare i reciproci interessi*". A tale lettera ha fatto seguito una comunicazione via *email* del luglio 2013 con cui l'associazione di categoria invitava direttamente gli stabilimenti balneari a non vendere più il prodotto La Bomba, in quanto "*Algida è uno dei sostenitori maggiori per la sopravvivenza dell'associazione. Se possibile sarebbe opportuno non avere questo prodotto all'interno delle attività associate, come anche un frigorifero dedicato da loro dato in dotazione. In contropartita, siamo riusciti ad ottenere per ogni punto vendita che ci farà la cortesia di aiutare, € 250 di prodotti ghiaccio gratuitamente*".

10. A ulteriore conferma dei rapporti tra concessionari e associazioni di categoria è stata depositata un'altra comunicazione via *email* del luglio 2014, inviata da un'associazione di categoria agli associati stabilimenti balneari, in cui si comunicava che Unilever aveva contestato la presenza di gelati La Bomba presso i punti vendita degli associati: “UNILEVER – ALGIDA A SEGUITO DI VERIFICHE HANNO CONTESTATO PESANTEMENTE la presenza di gelati LA BOMBA, CIÒ NON È OVVIAMENTE AMMISSIBILE [...]”. A fronte di ciò, l'associazione di categoria degli stabilimenti balneari ha invitato gli aderenti a tener conto che, mantenendo La Bomba “*si mette a rischio un contratto che ad oggi è l'unica entrata dell'associazione e che oltre a non ricevere i compensi sui fatturati dei soci rischiamo di dover corrispondere delle penali (CUI A QUESTO PUNTO DOVRANNO POI FAR FRONTE COLORO CHE HANNO CAGIONATO IL PROBLEMA)*”. Tutto ciò comprenderete metterebbe a rischio oltre l'operato di pochi che seguono le indicazioni anche la possibilità di mantenere aperto l'ufficio ed in piedi l'associazione. Auspichiamo dunque che tale situazione trovi opportuna soluzione in tempi CELERI. Sappiate, ad ogni buon conto, che sulle VOSTRE SPIAGGE, oltre i normali controlli da parte dei controllori Algida ci sono, in qualità di clienti, proprio dei manager marketing e sono stati proprio loro a segnalare la cosa piuttosto amareggiati e preoccupati”.

11. Da ultimo, il denunciante ha prodotto una lettera trasmessa via *email* del maggio 2015 indirizzata da un'associazione di stabilimenti balneari agli aderenti ove si “*rammenta [...] che Algida è lo sponsor di maggiore supporto alla nostra associazione*” e, di conseguenza, si rinnova l'invito dell'anno precedente “*di non aderire a prodotti simili tipo la Bomba. Inoltre gli agenti di zona ci comunicano che per far conoscere e facilitare l'inserimento su tutti i punti vendita dei prodotti Bistefani offriranno agli associati per l'acquisto di n. 1 di Uve di Ciampiubella Maxi [...] n. 1 Uve di Bombolone semplice [...] gratuitamente fino al 10/5/2015*”.

12. In conclusione, il segnalante rappresenta che la condotta di Unilever e, in particolare, le caratteristiche dei contratti sottoscritti dalla società con le associazioni di categoria degli stabilimenti balneari avrebbero determinato l'insorgere di ostacoli alla commercializzazione dei propri prodotti e allo stesso sviluppo della propria attività imprenditoriale.

III. LE CARATTERISTICHE DEL SISTEMA CONTRATTUALE DI UNILEVER

13. Considerato che i contratti oggetto della segnalazione riguardano la distribuzione attraverso i pubblici esercizi di gelati e surgelati², appare opportuno in via preliminare descrivere sinteticamente l'organizzazione della rete distributiva di Unilever nell'ambito del cosiddetto “canale fuori casa” (“*Out Of Home*”, d'ora in avanti OOH).

14. Sulla base delle informazioni fornite dalla stessa Unilever, è emerso che per la distribuzione dei prodotti gelati e surgelati nel canale OOH, essa si avvale di una rete di circa [50-250] concessionari, dislocati sull'intero territorio nazionale e che operano su base locale. La fornitura avviene in forza di precisi accordi stipulati con singoli punti vendita, associazioni di categoria e clienti direzionali.

1) I mandati di concessione con i distributori

15. I distributori di Unilever operano sulla base di un mandato di concessione con esclusiva bilaterale³. In virtù di tale esclusiva, da un lato, Unilever vende i propri prodotti ad un unico

² I contratti generalmente riguardano i seguenti marchi commercializzati da Unilever: “Algida”, “Carte d'Or” e “Ben & Jerry's” (per i gelati); “La Pasticceria Bistefani Sfornati e Mangiati”, “4 Salti in Padella al Bar”, “Bar Friendies” (per i preconfezionati).

³ Tali mandati di concessione hanno una durata indeterminata, con possibilità di disdetta da entrambe le parti con un

distributore perché li rivenda in un determinato territorio e, dall'altro lato, al concessionario sono imposti sia un divieto di vendita attiva in altri territori assegnati su base esclusiva, sia il divieto di distribuire prodotti concorrenti (obbligo di non concorrenza).

16. Nei contratti è prevista la revoca o la limitazione del diritto di esclusiva della concessione, *inter alia*, nel caso in cui venga rilevato l'uso delle attrezzature per prodotti in concorrenza con quelli commercializzati da Unilever.

17. Per quanto riguarda la gestione della politica commerciale da parte dei concessionari, è previsto che questi ultimi possano acquistare liberamente le quantità preferite per rifornire i punti vendita all'interno del proprio territorio⁴.

18. L'autonomia dei concessionari si limita alla scelta dei punti vendita con cui stipulare un contratto di fornitura a "fatturazione normale" nell'ambito del territorio assegnato, nonché alla definizione di un livello di sconto rispetto al "*listino esercente*" di Unilever, ove il prezzo di rivendita al dettagliante è espressamente definito come "*prezzo consigliato*". In alcuni casi, i mandati di concessione prevedono la facoltà del distributore di applicare alla clientela sconti o condizioni particolari, i cui contenuti devono previamente essere concordati con la stessa Unilever (c.d. clausola "clientela con speciali accordi").

Inoltre, secondo quanto previsto dai citati accordi di fornitura sottoscritti da Unilever con le associazioni di categoria di esercenti, la società si impegna affinché i concessionari pratichino ai punti vendita aderenti al contratto le condizioni di sconto concordate nell'accordo - quadro.

19. I concessionari sottopongono ai punti vendita un contratto *standard* prestampato e predisposto da Unilever (§§ 21 e ss.), che nella prassi, successivamente alla stipula, viene trasmesso per conoscenza alla stessa Unilever.

20. Nel caso dei clienti che stipulano con Unilever contratti a "fatturazione centralizzata", il concessionario si occupa solo della consegna dei prodotti, a fronte della quale percepisce un corrispettivo pari a una quota del valore lordo delle merci consegnate.

2) I contratti di fornitura stipulati con i punti vendita

21. I contratti *standard*, prestampati e predisposti da Unilever e sottoscritti dall'esercente con l'intermediazione del concessionario di zona, sono di due tipi: *i) contratto blu* (o normale) per fabbisogni annui non elevati, che prevede uno sconto sul fatturato annuale tipicamente attorno al [*omissis*], cui si aggiunge un eventuale sconto di quantità; *ii) contratto giallo* (o speciale) per fabbisogni più elevati tipici di punti vendita collocati in aree ad accesso selezionato, quali - ad esempio - bar di cinema, di impianti sportivi, di stabilimenti balneari, oppure in generale punti vendita ad alto fatturato. Il contratto speciale è caratterizzato da uno sconto tra [*il omissis e il omissis*] del fatturato annuo netto.

22. Tali contratti *standard* prevedono, da un lato, che il pagamento della merce da parte del punto vendita, sulla base dei prezzi indicati nel listino esercenti, avvenga al momento della consegna e, dall'altro lato, dispone che gli sconti vengano liquidati a fine stagione in funzione del fatturato annuale netto.

23. Nei citati contratti prestampati sono presenti: una clausola di esclusiva merceologica⁵; l'esclusiva per le attrezzature date in comodato d'uso⁶; una clausola di proroga tacita del contratto

preavviso minimo di tre mesi, da esercitare entro il 30 settembre dell'anno e con effetto dal 31 dicembre successivo, in ragione dell'elevata stagionalità della distribuzione.

⁴ I prezzi di vendita al concessionario sono definiti da Unilever nel listino dei prodotti per i concessionari (ovvero un listino all'ingrosso), rispetto al quale sono applicati sconti fissi in fattura. Tali sconti sono di grandezza variabile in base alla tipologia di distributore (in relazione alla localizzazione geografica e alle dotazioni disponibili). Ad ogni modo, Unilever si riserva la facoltà di modificare la gamma dei prodotti e/o i prezzi previsti dai listini.

alla sua scadenza. Inoltre, nei contratti è disposto che, in caso di inadempimento delle clausole di esclusiva, Unilever possa procedere, senza preavviso, all'immediato ritiro delle attrezzature fornite in comodato d'uso, richiedendo il pagamento di una penale irriducibile pari al *[omissis]* del valore del fatturato annuale e il pagamento di un importo pari agli sconti già erogati.

24. Sulla base delle informazioni fornite da Unilever, i clienti con contratto *standard* sono complessivamente *[100.000–150.000]* con un fatturato di circa *[150 - 250]* milioni di euro (gelati *[50%-90%]* e *frozen food [10%-40%]*), mentre i clienti con contratto speciale sono circa *[20.000–40.000]* con un fatturato di circa *[140–220]* milioni di euro (gelati *[60-90%]* e *frozen food [10-40%]*).

3) I contratti stipulati con i clienti direzionali

25. Gli unici punti vendita con cui Unilever sottoscrive direttamente dei contratti di fornitura con fatturazione centralizzata, ovvero senza l'intermediazione del concessionario, sono i c.d. clienti direzionali o grandi clienti⁷ (*[60–120]* in totale).

26. I contratti con tali clienti sono caratterizzati da condizioni uniformi per tutti i punti vendita: fatturazione centralizzata; medesime condizioni di sconto basate sui volumi complessivi trattati per l'insieme dei punti vendita; rifornimento territoriale svolto dai concessionari per Unilever a fronte di un corrispettivo proporzionale al valore lordo delle merci consegnate.

27. Alcuni contratti prevedono, oltre che una clausola di esclusiva merceologica, uno sconto fisso in fattura, sconti di fine anno al raggiungimento di prefissati obiettivi di fatturato, un compenso per assortimento e un compenso per attività promo-pubblicitarie omnicomprensivo o dipendente dal raggiungimento di un determinato *target* di fatturato. Altri prevedono il riconoscimento di sconti fissi e sconti *target* crescenti e direttamente proporzionali al fatturato annuale in favore dei punti vendita indipendenti e presenti sul territorio nazionale. Inoltre, in tale tipologia di accordi è previsto un contributo annuale in favore dell'organizzazione centrale per l'attività di sviluppo svolta.

4) I contratti stipulati con le associazioni di categoria

28. Come emerge anche dalla segnalazione che ha dato origine al presente procedimento, Unilever stipula accordi di distribuzione a fatturazione normale con associazioni di categoria esponenziali di esercizi commerciali al dettaglio, a cui risultano affiliati anche diversi punti vendita alto-vendenti⁸. Tali accordi sono assimilabili ad "accordi - quadro" a cui poi fanno capo i contratti tra concessionario di zona e singolo esercente aderente all'associazione.

29. I contratti hanno per oggetto la fornitura da parte di Unilever dei prodotti gelati e surgelati ai punti vendita. Dal canto suo, l'associazione si impegna a far acquistare detti prodotti ai punti vendita associati, alle condizioni previste dal contratto e per il tramite della rete dei concessionari di zona. Inoltre, come già evidenziato (§ 18), è disposto che Unilever si adoperi affinché i propri

⁵ L'esclusiva merceologica consiste nell'impegno da parte dei contraenti a non acquistare, commercializzare o comunque trattare prodotti in concorrenza con i prodotti a marchio Algida. L'inadempimento dell'obbligazione determina la facoltà per Unilever di risolvere di diritto il contratto con effetto immediato, ai sensi dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa), fermo restando il diritto di richiedere il risarcimento del danno.

⁶ Si tratta di una clausola che impone l'utilizzo esclusivo per la conservazione dei prodotti Unilever delle attrezzature necessarie fornite in comodato d'uso gratuito ex art. 1803 c.c.

⁷ Si tratta di imprese di grandi dimensioni e/o caratterizzate da una pluralità di punti vendita e variamente dislocate sul territorio nazionale. Tali clienti annoverano *[3.000 - 4.000]* punti vendita e determinano un fatturato totale di oltre *[15 - 25]* milioni di euro, che rappresenta il *[5% - 10%]* del fatturato totale realizzato da Unilever in Italia grazie alla vendita dei prodotti Algida.

⁸ A riguardo, Unilever ha prodotto una serie di contratti stipulati con alberghi, villaggi, campeggi, centri sportivi, circoli ricreativi, oratori e stabilimenti balneari.

concessionari applichino a ciascun punto vendita gli sconti concordati con l'associazione rispetto ai prezzi indicati nei listini nazionali⁹.

30. Nell'ambito di tali accordi vengono definite tra Unilever e l'associazione precipe prestazioni pubblicitarie e promozionali a fronte delle quali la società riconosce all'associazione un compenso, previa dimostrazione delle attività svolte¹⁰.

31. In generale, tali contratti con le associazioni di categoria prevedono il riconoscimento da parte di Unilever di un compenso omnicomprensivo e/o di un compenso commisurato al fatturato totale dei punti vendita affiliati per l'attività di promozione dei prodotti e di intermediazione con i propri associati affinché essi stipolino dei contratti di fornitura. Nei medesimi contratti con le associazioni sono anche individuati gli sconti sui listini ([omissis]) che Unilever si impegna a fare applicare dai propri concessionari nei singoli contratti di fornitura con gli esercizi al dettaglio.

32. Sulla base della documentazione prodotta da Unilever, il compenso annualmente corrisposto dalla società all'associazione di categoria può alternativamente o cumulativamente configurarsi attraverso le seguenti modalità:

- compenso omnicomprensivo complessivo o commisurato al numero di punti vendita iscritti all'associazione aderenti al contratto con Unilever;
- compenso pari a un valore percentuale ([da omissis a omissis]), calcolato sul fatturato totale annuale effettivamente realizzato dagli associati aderenti o computato in misura fissa al raggiungimento di un determinato obiettivo di fatturato annuale complessivo o calcolato in misura percentuale al fatturato annuale dei punti vendita, in caso di adesione al contratto con Unilever da parte di un certo numero di associati (ad es., oltre i [omissis] punti vendita). In alcuni contratti, inoltre è previsto un aumento del compenso variabile proporzionale all'obiettivo di fatturato;
- compenso per assortimento, ovvero un compenso corrisposto a fronte dell'impegno di mantenere costantemente assortita la gamma dei prodotti Algida presso i punti vendita degli associati;
- compenso per il procacciamento di potenziale clientela¹¹;
- sconti di fine anno (fino al [omissis]); sconti nel caso di adesione al contratto con Unilever da parte di un certo numero di associati (ad es., [omissis] punti vendita); sconti fissi da liquidarsi direttamente ai punti vendita associati.

33. In tutti gli accordi è presente una clausola, in base alla quale Unilever concede in comodato d'uso le attrezzature necessarie per lo svolgimento dell'attività, a condizione che vengano utilizzate solo per i prodotti a marchio Algida.

34. Alcuni contratti prevedono una clausola di esclusiva merceologica, in forza della quale i punti vendita degli associati che aderiscono alla promozione si impegnano a non promuovere,

⁹ In generale, gli accordi hanno una durata variabile da un minimo di un anno a un massimo di cinque anni. Ricorre frequentemente la clausola secondo cui, allo scadere del contratto e in mancanza di formale disdetta, il contratto debba essere inteso come rinnovato nei medesimi termini e condizioni.

¹⁰ Nell'attività "promo-pubblicitaria" si ricomprende: l'intermediazione, anche provata dalla trasmissione dell'elenco dei punti vendita associati; l'esposizione preferenziale dei prodotti Unilever in punti particolarmente visibili presso i punti vendita, dimostrata mediante documentazione giustificativa, quali fotografie; l'esposizione di materiale di supporto alla vendita come bandiere e striscioni; la personalizzazione di materiale dell'associazione o del punto vendita con i loghi del marchio Algida. Inoltre, alcuni contratti prevedono anche un compenso per la promozione effettuata in occasione di eventi organizzati dalla stessa associazione.

¹¹ In alcuni dei contratti con le associazioni di categoria in cui è inserita la clausola di esclusiva merceologica, è previsto che l'associazione si impegni ad individuare la potenziale clientela interessata a commercializzare prodotti Algida nell'ambito della platea degli operatori facenti capo all'associazione inviando periodicamente a Unilever una lista di tali clienti, supportandoli nella definizione delle condizioni contrattuali di specifico interesse, agevolando le relazioni con gli operatori facenti capo all'associazione.

acquistare, commercializzare o comunque trattare prodotti in concorrenza con i prodotti con marchi commercializzati da Unilever oggetto del contratto.

35. In certi accordi è presente un impegno di esclusiva commerciale, nel senso che l'associazione di categoria si vincola a non stipulare analogo contratto con altre aziende produttrici o distributrici di prodotti in concorrenza con quelli a marchio Algida.

IV. IL MERCATO RILEVANTE

36. I comportamenti denunciati interessano il mercato della produzione e commercializzazione dei gelati industriali nel canale distributivo OOH.

37. Tradizionalmente, la produzione e la commercializzazione del gelato è stata ripartita in diversi mercati, a seconda dei processi produttivi e distributivi e delle abitudini di consumo. In particolare, secondo la costante prassi nazionale ed europea¹², il settore del gelato può essere suddiviso in gelato da impulso e gelato da asporto, a seconda del tipo di consumo. Inoltre, il gelato da impulso si distingue, a sua volta, in gelato di produzione industriale (confezionato e sfuso) e artigianale.

38. Per quanto riguarda l'estensione territoriale del mercato del gelato industriale da impulso, si ritiene che esso in prima battuta abbia una dimensione geografica di ampiezza nazionale, in quanto le modalità di distribuzione, nonché le abitudini di consumo risultano tendenzialmente omogenee su tutto il territorio. In particolare, il gelato industriale da impulso è stato tradizionalmente considerato un mercato distinto, poiché soggetto a dinamiche di domanda e di offerta diverse da quelle che caratterizzano il gelato artigianale da impulso¹³.

39. Sulla base dei dati forniti da Unilever¹⁴, la dimensione nazionale del settore complessivo è stimata pari a circa 4.921 milioni di euro nel 2013, ripartita tra gelato da impulso (1.112 milioni di euro), gelato artigianale da impulso (2.738 milioni di euro) e gelato da asporto (1.071 milioni di euro)¹⁵.

Tabella n. 1
Gelato - Valore delle vendite (milioni di Euro) 2013

	Gelato da impulso (industriale + artigianale)	Gelato da impulso industriale	Gelato da impulso artigianale	Gelato da asporto (industriale)	Totale gelato (industriale + artigianale)
	<i>confezionato + sfuso</i>	<i>confezionato + sfuso</i>	<i>sfuso</i>	<i>Vaschette +multipack+torte</i>	
Vendite totali	3850	1112	2738	1071	4921
Algida	<i>[400-600]</i>	<i>[400-600]</i>	na	<i>[200-500]</i>	<i>[700-1000]</i>

¹² Cfr. Agcm, I/487, Sagit – Contratti di vendita e distribuzione del gelato, provv. 10080 del 31 ottobre 2001, Boll. n. 44/2001; I/212, Contratti di distribuzione esclusiva gelati, provv. n. 4547 del 23 dicembre 1996, Boll. n. 52/1996. A livello europeo, si vedano le valutazioni della Commissione UE, confermate dalla giurisprudenza, con specifico riferimento al settore dei gelati (Tribunale UE, 8 giugno 1995, T-7/93 e T-9/93, Langnese c. Commissione e Scholler c. Commissione; Tribunale UE, 23 ottobre 2003, T-65/98, Van den Bergh Foods/Commissione, confermata da CGUE, 28 settembre 2006, C-552/03 P).

¹³ Cfr. Agcm, I/487, cit., provv. n. 11662 del 30 gennaio 2003, §§ 12 e ss., Boll. n. 5/2003.

¹⁴ Unilever ha richiesto la riservatezza dei dati di mercato contenuti nella risposta alla richiesta di informazioni.

¹⁵ Fonte: Canadean, Ice cream market overview - Italy 2014.

Fonte: Canadean, Ice cream market overview - Italy 2014

40. In quest'ambito Unilever, con il marchio Algida, risulta il primo operatore nazionale nel mercato del gelato industriale da impulso (confezionato e sfuso), con una quota di mercato del [40-50%] nel 2013, seguito da Nestlé e Sammontana, rispettivamente con quote del [15-20%] e del [15-20%].

41. Il mercato del gelato da impulso industriale appare caratterizzato dalla forte presenza del marchio Algida, nonché da un numero ridotto di altre marche con una capacità competitiva non sempre omogenea sulle diverse aree del territorio nazionale.

Tabella n. 2
Gelato - Quote di mercato 2013 (%)

	Gelato da impulso (industriale + artigianale)	Gelato da impulso industriale	Gelato da impulso artigianale	Gelato da asporto (industriale)	Totale gelato (industriale + artigianale)
	(confezionato + sfuso)	(confezionato + sfuso)	Sfuso	Vaschette + multipack + torte	
Algida	[10-15%]	[40-50%]	Na	[30-35]	[15-20%]
Nestlé	[5-10%]	[15-20%]	Na	[10-15%]	[5-10%]
Sammontana	[3-5%]	[15-20%]	Na	[10-15%]	[5-10%]
Haagen Dazs	[0-0,1%]	[0-0,1%]	Na	[0,1-0,5%]	[0-0,1%]
Masterfoods	[0-0,1%]	[0-0,2%]	Na	[1-2%]	[0,1-0,5%]
MCDonalds	[1-1,5%]	[3-5%]	Na	na	[0,5-1%]
Private Labels	na	na	Na	[25-30%]	[5-10%]
Altri	[75-80%]	[10-15%]	100%	[15-20%]	[60-65%]

Fonte: Canadean, Ice cream market overview/Italy 2014

42. Infine, non si esclude che, in considerazione della specificità di alcune categorie di prodotto e della tipologia e dislocazione della clientela, la domanda di gelati possa articolarsi in specifici segmenti di nicchia, ove la presenza di Unilever risulti più qualificata e aggressiva rispetto a quella registrata nel mercato nazionale del gelato industriale da impulso, anche grazie all'adozione di particolari forme contrattuali (come i descritti accordi-quadro con le associazioni di categoria degli esercenti).

V. LA POSIZIONE DI MERCATO DI UNILEVER

43. Unilever detiene una posizione di *leadership* nel mercato del gelato industriale da impulso nazionale, con una quota in volume stabilmente intorno al 50%, ossia oltre il doppio di quella del secondo operatore (Nestlé con il marchio Motta) e il triplo del terzo concorrente (Sammontana). Come evidenziato, non si esclude che in particolari segmenti differenziati, il potere di mercato di Unilever sia ancora più forte di quello esercitato a livello nazionale.

44. Come già indicato, Unilever fa parte di un gruppo multinazionale attivo in molteplici settori ("*Ice cream*", "*Food*", "*Home & Personal Care*"), che sostiene i propri marchi con rilevantissimi investimenti pubblicitari e promozionali. In particolare, il noto marchio Algida gode di una posizione di netto rilievo nel mercato nazionale, in virtù della propria tradizionale presenza, nonché del sostegno ricevuto attraverso massicce attività promozionali e pubblicitarie da parte di Unilever. Tutto ciò ha determinato una elevata fedeltà al marchio, oltre che un rafforzamento della sua notorietà.

45. Unilever, inoltre, offre un'estesa gamma di prodotti, tale da coprire tutte le tipologie di gelati industriali da impulso, cioè: i prodotti in stecco, i prodotti ghiaccio, le coppe, nonché da ultimo anche i c.d. *frozen drink* (come Cafè Zero).

46. Infine, Unilever dispone di una cospicua rete di distributori all'ingrosso in grado di assicurare il rifornimento capillare dei punti vendita diffusi sul territorio.

VI. VALUTAZIONI

1) La posizione dominante di Unilever

47. Come statuito dalla costante giurisprudenza europea, un'impresa con una quota di mercato tra il 40% e il 50% può essere ritenuta dominante, se considerata nel quadro di una valutazione comparativa che tenga conto della posizione degli altri concorrenti nel mercato e se in presenza di una serie di fattori idonei ad assicurare vantaggi concorrenziali significativi all'impresa considerata¹⁶.

48. Alle considerazioni svolte in merito alla quota di mercato di Unilever (cfr. §§ 40 e ss.) si aggiunge una serie di altri elementi rilevanti nel senso della dominanza dell'operatore sul mercato, quali: la consistenza e l'articolazione territoriale della presenza di Unilever rispetto ai principali concorrenti; un'ingente capacità economica e finanziaria; la forza del marchio, consolidata da massicce campagne promozionali e pubblicitarie; l'ampiezza di gamma dei prodotti offerti; una rete di distribuzione altamente sviluppata; la presenza particolarmente qualificata e aggressiva della società nei segmenti più profittevoli del mercato nazionale.

49. In generale, anche a fronte degli investimenti pubblicitari nel settore dei gelati, i marchi Unilever godono di una reputazione consolidata e di un'indiscussa fedeltà da parte dei consumatori.

50. Pertanto, Unilever gode di quella condizione di vantaggio economico tale da assicurarle una piena indipendenza di comportamento nelle proprie scelte produttive e commerciali e da conferirle una posizione di dominanza.

2) Il carattere abusivo dei comportamenti

51. Come messo in luce dalla denuncia della società La Bomba e dall'analisi dei contratti di Unilever con le associazioni di categoria nonché con i singoli punti vendita, emerge una variegata tipologia di clausole (clausole di esclusiva, compensi indipendenti dalla prestazione di servizi, sconti retroattivi, sconti condizionati a obiettivi di fatturato), con cui la società tende a fidelizzare i propri clienti, anche attraverso l'intermediazione di soggetti estranei alla filiera (come risultano tipicamente le associazioni di categoria che rappresentano gli esercenti), così da escludere concorrenti effettivi e potenziali che non sono in grado di offrire la medesima gamma di prodotti gelati e surgelati. Analoga portata fidelizzante può essere rinvenuta nell'ambito dei contratti a fatturazione centralizzata stipulati da Unilever con i clienti direzionali, ove è parimenti presente un sistema di esclusive, compensi e sconti. Da quanto segnalato, emerge che Unilever svolge un'attività di monitoraggio volta a verificare il rispetto delle condizioni contrattuali.

52. La portata abusiva della condotta appare rafforzata dall'utilizzo da parte dei concessionari di zona di contratti prestampati di Unilever per la fornitura ai singoli punti-vendita che, da un lato, includono la clausola di esclusiva merceologica e, dall'altro lato, limitano le scelte commerciali del distributore alla sola individuazione del livello di sconto da applicare al punto vendita (cfr. §§ 17-20), qualora quest'ultimo non sia già fissato da un accordo-quadro stipulato da Unilever con

¹⁶ Orientamento consolidato a partire dalla sentenza della Corte Giustizia dell'Unione Europea, C-27/76, *United Brands company* e *United Brands Continental BV c. Commissione – Banane Chiquita*, 14 febbraio 1978, paragrafi 66 e ss. A riguardo, si veda anche la Comunicazione della Commissione UE – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, 24 febbraio 2009, par. 14.

l'associazione di categoria di appartenenza, limitando, pertanto, l'autonomia dei concessionari nella definizione della propria politica commerciale¹⁷.

2.1. Le esclusive

53. All'interno degli accordi-quadro e dei contratti *standard* stipulati con i punti vendita è possibile riscontrare la presenza di alcune clausole di esclusiva variamente articolate.

Infatti, nei contratti ricorre sempre la clausola di uso esclusivo delle attrezzature date in comodato d'uso per i prodotti gelati e surgelati di Unilever (§§ 23 e 33), in alcuni è presente la clausola di esclusiva merceologica, mentre in altri sono anche declinate tipologie di esclusiva diverse (§§ 23, 27 e 34-35).

54. Più precisamente, per quanto riguarda gli accordi-quadro, sono state rinvenute anche clausole di esclusiva commerciale, nonché clausole che impongono la promozione di contratti con esclusiva merceologica, a cui a volte si collega un'obbligazione con cui l'associazione si impegna al procacciamento di potenziale clientela, pena il mancato ricevimento di un compenso e la risoluzione del contratto stesso.

55. Esclusive così estese da parte di un'impresa in posizione dominante appaiono idonee a restringere la concorrenza. Infatti, le descritte clausole sono in grado di ostacolare i concorrenti nella distribuzione dei propri prodotti e di innalzarne i costi di commercializzazione e distribuzione sul mercato, come evidenziato dalla denuncia.

56. Siffatte condizioni possono limitare la pressione che potrebbe essere esercitata da concorrenti attuali e potenziali, in particolare da operatori che non possono soddisfare interamente il fabbisogno di gamma dei clienti, come sicuramente nel caso del denunciante. Infatti, Unilever – con un'estesa e completa gamma di prodotti gelati e surgelati – rappresenta un *partner* commerciale inevitabile almeno per una parte della domanda sul mercato, perché il suo marchio incontra le preferenze di molti consumatori finali e, quindi, deve necessariamente essere presente nell'assortimento del punto vendita (c.d. prodotti "*must have*")¹⁸. Ciò comporta un aumento dei costi di distribuzione per i concorrenti, quale il segnalante, che sono in grado di soddisfare solo una parte della domanda con il conseguente rischio di esclusione dal mercato.

2.2. Sconti e compensi

57. Sia nei contratti stipulati da Unilever con i singoli punti vendita che nei descritti accordi-quadro è possibile rinvenire la previsione di compensi e sconti variamente articolati.

58. Nei contratti *standard* con i singoli punti vendita è previsto uno sconto sul fatturato annuale da un minimo del [omissis] (contratti normali) a un massimo del [omissis] (contratti speciali), a cui si aggiunge un eventuale sconto-quantità (§ 21).

59. Gli sconti a favore dei punti vendita sono anche disciplinati dagli accordi-quadro, attraverso la seguente strutturazione:

i. sconto fisso ([dal omissis al omissis]) sui prezzi dei prodotti indicati nei listini nazionali o sul fatturato annuale da corrispondere a fine anno;

ii. eventuale sconto *extra* a fronte del raggiungimento di un determinato obiettivo di fatturato annuale da parte dei punti vendita associati. In alcuni contratti è previsto un aumento dello sconto *extra* all'aumentare dell'obiettivo di fatturato da raggiungere.

¹⁷ Sulla base delle informazioni fornite da Unilever, è emerso che i concessionari utilizzano i medesimi contratti *standard* anche per la stipula di accordi di fornitura con clienti non aderenti ad alcuna associazione di categoria.

¹⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione UE – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE, cit., par. 36.

- 60.** Negli accordi di distribuzione stipulati sia con i clienti direzionali che con le associazioni di categoria sono anche previsti compensi – sotto forma di sconto o di *bonus* - in favore di tali soggetti per l'attività "promo-pubblicitaria" e per l'attività di salvaguardia e sviluppo da essi svolta (§§ 27 e 30).
- 61.** In alcuni accordi di fornitura con le associazioni di categoria sono presenti anche dei compensi ulteriori versati da Unilever a favore dell'associazione e calcolati in misura percentuale o fissa in base al raggiungimento di un determinato obiettivo di fatturato da parte dei punti vendita associati.
- 62.** In tali contratti con le associazioni di categoria ricorrono anche degli sconti nel caso di adesione al contratto con Unilever da parte di un certo numero di associati (es., *[omissis]* punti vendita). Inoltre, è previsto un compenso per assortimento, che è corrisposto a fronte dell'impegno di mantenere costantemente assortita la gamma dei prodotti Algida presso i punti vendita degli associati.
- 63.** In generale, detti compensi e sconti risultano condizionati al rispetto di particolari obblighi o al raggiungimento di *target* di fatturato. Inoltre, essi – proprio per il fatto di essere commisurati rispetto all'obiettivo posto – sono di carattere retroattivo.
- 64.** Gli sconti condizionati, qualora concessi da un'impresa dominante, possono avere effetti di preclusione concreti o potenziali equivalenti a quelli provocati dagli obblighi di acquisto esclusivo¹⁹.
- 65.** Nel caso di specie, gli sconti condizionati previsti nei contratti di fornitura di Unilever possono rendere meno interessante per i clienti rifornirsi da un altro operatore per un limitato quantitativo di domanda o solo per una parte della gamma dei gelati da offrire alla clientela, se ciò comporta la perdita degli sconti retroattivi. Inoltre, i compensi per il mantenimento dell'assortimento di gamma possono essere idonei ad escludere i produttori concorrenti in grado di offrire solo alcune categorie di prodotti.
- 66.** A ciò deve aggiungersi che i contratti di fornitura stipulati con le associazioni di categoria appaiono determinare una forte fidelizzazione della stessa associazione alla società. Peraltro, alla luce di quanto descritto, la capacità fidelizzante di tali compensi appare rafforzata dalla considerazione che gli stessi possono spesso rappresentare l'unica (o la principale) fonte reddituale dell'associazione, come provato dalle citate *email* (§§ 9, 10 e 11). Tali circostanze non solo rendono ancora più forte l'interesse dell'associazione alla sottoscrizione del contratto di fornitura da parte dei propri aderenti, ma anche spronano l'organizzazione di categoria a rendersi parte attiva del monitoraggio del rispetto delle condizioni contrattuali, svolto da Unilever per il tramite dei propri concessionari di zona.
- 67.** Pertanto, si rileva che i compensi a favore delle associazioni, commisurati ai comportamenti dei singoli esercenti associati, appaiono introdurre un incentivo in grado di alterare le autonome scelte dei punti vendita, indipendentemente dai servizi resi da Unilever.
- 68.** Ciò appare dimostrato dalle descritte reazioni delle associazioni di stabilimenti balneari a seguito dei richiami da parte dei concessionari di zona Unilever, ove sembra evidente che le associazioni di categoria sono in grado di traslare sugli esercenti le conseguenze di eventuali violazioni degli obblighi di esclusiva sottoscritti con Unilever, sia paventando il pagamento della penale imposta da Unilever sia evidenziando il rischio della cessazione dell'attività associativa (§§ 9, 10 e 11).

¹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione, cit., par. 37.

69. Dalla segnalazione emerge anche come i concessionari di zona svolgano un'attività di monitoraggio dell'effettivo rispetto delle clausole contrattuali da parte dei punti vendita, con specifico riferimento a quelle di esclusiva merceologica.

70. Dalle citate comunicazioni si evince, da un lato, l'ampio livello di controllo dei concessionari sull'attività dei punti vendita e, dall'altro lato, come Unilever solleciti i distributori a verificare il rispetto delle esclusive.

71. Sul primo punto, ovvero l'attività di monitoraggio svolta dai distributori, si riscontrano due affermazioni contenute nelle comunicazioni allegare alla denuncia. In particolare, nella lettera del giugno 2013 (oggetto: *"esclusiva contrattuale fornitura prodotti a marchio Algida"*), là dove il concessionario di zona scrive all'associazione di stabilimenti balneari che: *"il prodotto La Bomba è stato inserito in maniera capillare presso molti Punti Vendita associati dei quali allego l'elenco"* (§ 9).

72. Un'ulteriore dimostrazione del monitoraggio si evince nell'email del luglio 2014, ove l'associazione ammonisce i titolari degli stabilimenti balneari: *"UNILEVER – ALGIDA A SEGUITO DI VERIFICHE HANNO CONTESTATO PESANTEMENTE la presenza di gelati LA BOMBA, CIÒ NON È OVVIAMENTE AMMISSIBILE [...]. Sappiate, ad ogni buon conto, che sulle VOSTRE SPIAGGE, oltre i normali controlli da parte dei controllori algida ci sono, in qualità di clienti, proprio dei manager marketing e sono stati proprio loro a segnalare la cosa piuttosto amareggiati e preoccupati"* (§ 10).

73. Sul secondo punto, cioè la pressione esercitata da Unilever per lo svolgimento di tali verifiche, si osserva la preoccupazione del concessionario a riguardo, nella parte della formale comunicazione in cui afferma che *"Oltre il danno economico mi preoccupa perché l'Azienda mi ha fatto pervenire più segnalazioni che non posso sottovalutare né trascurare"* (§ 10).

74. Il descritto sistema di sconti e compensi (cfr. §§ 57 e ss.) posto in atto da una impresa in posizione dominante può configurare un abuso di posizione dominante, in quanto tendente a limitare gli sbocchi e gli accessi al mercato, nonché in quanto idoneo a discriminare soggetti concorrenti, in funzione del grado di fedeltà degli acquirenti. Anche in assenza dell'esplicita clausola di esclusiva merceologica, la concessione di un incentivo economico da parte di un'impresa in posizione dominante, non basato su alcuna contropartita che lo giustifichi, può essere idonea a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere un'altra fonte di approvvigionamento e, quindi, a limitare la concorrenza nel mercato e a rafforzare la stessa dominanza.

VII. CONCLUSIONI

75. Alla luce della segnalazione ricevuta e delle informazioni raccolte, l'adozione da parte di Unilever di un sistema contrattuale articolato su due livelli (accordo-quadro e contratto con il punto vendita aderente) determina un doppio livello di incentivi, la cui capacità escludente risulta rafforzata, specialmente laddove Unilever esercita, anche attraverso l'associazione di categoria, una pervasiva azione di monitoraggio volta al rispetto delle obbligazioni contrattuali.

76. L'attuazione del descritto apparato di esclusive, sconti e compensi da parte dell'impresa in posizione dominante appare in grado di ostacolare l'accesso al mercato dei concorrenti e/o di indebolire i meccanismi concorrenziali, in quanto capace di sottrarre clienti e di aumentare i costi di commercializzazione e distribuzione.

77. In ultimo, considerazioni non dissimili sembrano valere anche nelle ipotesi in cui i contratti *standard* non siano accompagnati da un accordo con un soggetto esponenziale di una categoria o con un soggetto collettore di una pluralità di esercizi commerciali al dettaglio.

7.1) Il pregiudizio al commercio intracomunitario

78. La fattispecie esaminata appare rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in quanto la strategia escludente di Unilever interessa il mercato nazionale, che costituisce parte rilevante del mercato comunitario, ed è idonea a limitare gli scambi tra gli Stati Membri, impedendo l'accesso di altri produttori di gelato industriale da impulso sul mercato italiano.

RITENUTO, pertanto, che i comportamenti posti in essere da Unilever Italia Mkt Operations S.r.l. nel mercato rilevante come sopra individuato, per le ragioni sopra esposte, appaiono configurare una violazione dell'articolo 102 del TFUE;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società Unilever Italia Mkt Operations S.r.l., per accertare l'esistenza di una violazione della concorrenza ai sensi dell'articolo 102 del TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni sessanta decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti della società di cui al punto a), nonché dal soggetto che ha presentato le segnalazioni di cui in premessa, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno cinque giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Elisabetta Maria Lanza;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti delle parti o da persone da essi delegate;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 3 giugno 2016.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C11072B - MOBY/TOREMAR

Provvedimento n. 25485

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTI gli artt. 6, 18 e 19, comma 1, della citata legge;

VISTO in particolare l'articolo 19, comma 1, della citata legge, in base al quale, qualora le imprese realizzino un'operazione di concentrazione in violazione del divieto di cui all'articolo 18, comma 1, o non ottemperino alle prescrizioni di cui al comma 3 del medesimo articolo, l'Autorità infligge sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la propria delibera del 19 luglio 2011 n° 22622, con la quale è stata autorizzata ai sensi dell'articolo 18, comma 1, della legge n 287/90, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione da parte di Moby S.p.A. della società Toremar S.p.A., attiva nel settore del trasporto marittimo di linea di passeggeri, veicoli e merci da e per l'Arcipelago Toscano, servendo le isole di Gorgona, Capraia, Elba, Pianosa e Giglio, prescrivendo, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, della legge n 287/90, una serie di misure;

VISTE le informazioni pervenute, anche a seguito di richieste di informazioni formulate dall'Autorità, in data 16 dicembre 2014, 7 e 8 gennaio, 6 febbraio, 13 febbraio, 2 marzo, 25 marzo, 27 aprile, 8, 14 e 18 maggio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. IL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITÀ DI AUTORIZZAZIONE CON MISURE DELLA CONCENTRAZIONE C11072-MOBY/TOREMAR

1. Con provvedimento del 19 luglio 2011 n° 22622 (nel seguito anche provvedimento C11072) l'Autorità ha deliberato di autorizzare l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione da parte di Moby S.p.A. (di seguito Moby) - il cui capitale è detenuto al 52,64% da Onorato Partecipazioni S.r.l., al 9,17% da Vincenzo Onorato, al 32% da L19 S.p.A., al 6,19% da una persona fisica - della società Toremar S.p.A., attiva nel settore del trasporto marittimo di linea di passeggeri, veicoli e merci da e per l'Arcipelago Toscano (collegamenti con le isole di Gorgona, Capraia, Elba, Pianosa e Giglio), prescrivendo, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, della legge n. 287/90, una serie di misure.

2. In particolare, al fine di evitare la costituzione in capo a Moby di una posizione dominante sulla rotta Piombino/Portoferraio idonea a ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza in

ragione del controllo *post* concentrazione di circa l'80% degli *slot* su tale tratta¹, l'operazione è stata autorizzata dall'Autorità subordinatamente al rispetto da parte di Moby di una serie di condizioni, tra le quali vi erano, nello specifico, quelle di cui alle lettere a) e b) del dispositivo, di seguito riportate:

“a1) rilascio fino a 6 slot in partenza da Piombino sulla rotta Piombino – Portoferraio (e dei corrispondenti slot nel porto di Portoferraio), a fronte di richieste che pervengano (i) prioritariamente, da compagnie che abbiano già fatto richiesta all'Autorità Portuale di Piombino, nella precedente stagione, di slot per operare sulla rotta Piombino – Portoferraio oppure (ii) da nuovi concorrenti; tali richieste dovranno essere motivate sulla base dell'impossibilità di costruire un'offerta di corse tecnicamente fattibile ed economicamente e commercialmente valida, pari ad almeno la dimensione minima efficiente, utilizzando i soli slot messi a disposizione o assegnati dall'Autorità Portuale di Piombino;

a2) il rilascio di tali slot dovrà avvenire nei confronti di compagnie diverse da Moby e da soggetti da essa controllati o ad essa riconducibili;

a3) gli slot rilasciati da Moby potranno essere utilizzati con vincolo di destinazione sulla rotta Piombino – Portoferraio e – se utilizzati nella misura prevista dalla vigente regolamentazione dell'Autorità Portuale di Piombino – entreranno a pieno titolo nella dotazione delle compagnie beneficiarie del rilascio;

a4) a seguito del rilascio, nessuna compagnia concorrente della nuova entità Moby-Toremar potrà detenere un numero di slot in partenza da Piombino sulla Piombino – Portoferraio superiore al numero residuo di slot detenuto dalla sola Moby;

a5) nel caso l'Autorità Portuale di Piombino metta a disposizione delle compagnie che intendano operare sulla Piombino – Portoferraio nuovi slot, questi andranno a ridurre gli obblighi di rilascio di Moby, ma solo nella misura in cui la quota di slot detenuta congiuntamente da Moby e Toremar non superi i due terzi del totale degli slot disponibili per tale rotta;

b1) obbligo di scambiare, con i concorrenti che lo richiedano, slot temporalmente adiacenti nella sua disponibilità, al fine di permettere ai concorrenti stessi di creare dei programmi di esercizio sulla rotta Piombino – Portoferraio tecnicamente fattibili e commercialmente ed economicamente validi;

b2) tale scambio non è sottoposto ad alcuna limitazione numerica, purché ciò non comporti l'infattibilità tecnica o un significativo scadimento della validità economica e commerciale dei programmi di Moby sugli slot residui;”.

3. In base alla lettera d3) del dispositivo, tutte le misure sono valide fino alla stagione 2016 inclusa². Nel Provvedimento è previsto che le misure gravino su Moby, “*essendo gli slot assegnati a Toremar vincolati agli obblighi di servizio pubblico*”, tuttavia, Toremar potrà “*contribuire alla definizione di programmi fattibili di attività dei concorrenti attraverso la disponibilità a scambiare approdi che maggiormente si adattino alle specifiche del naviglio dei concorrenti stessi*” (cfr. punto 113).

4. Con riferimento alle passate stagioni 2012, 2013 e 2014, a seguito del ricevimento delle relazioni di ottemperanza alle indicate misure, presentate da Moby rispettivamente nel gennaio

¹ Le rilevate criticità concorrenziali sono state in particolare riscontrate con riguardo al periodo estivo (giugno/15 settembre) in ragione della forte stagionalità che caratterizza la domanda sulla tratta in esame “con oltre il 60% dei passeggeri e dei veicoli trasportati concentrati nel periodo giugno-settembre e più di un terzo nei soli mesi di luglio e agosto. Agosto da solo rappresenta un quinto della domanda”, cfr. punto 29 del Provvedimento.

² Che recita: “d3) ... in ogni caso, tali misure saranno operative per le corse offerte a partire dal 1° gennaio 2012 fino alla stagione 2016 inclusa”.

2012, nell'aprile 2013 e nel giugno 2014, l'Autorità, sulla base degli approfondimenti svolti, ha deliberato l'invio alla società delle rispettive lettere di presa d'atto per ciascun periodo.

5. In particolare, per quanto concerne specificamente la cessione di *slot*, il Provvedimento espressamente prevede che Moby debba partecipare alla creazione di un *"pool di 14 slot destinato alle partenze da Piombino per Portoferraio nella stagione estiva, adeguatamente distribuiti nell'arco della giornata e corrispondenti ad accosti tecnicamente adatti alle navi dei concorrenti, disponibile per i nuovi entranti e il piccolo concorrente attivo sulle rotte per l'Elba, BluNavy"* (cfr. punto 115 del Provvedimento). A questo proposito, con la prima relazione di ottemperanza, Moby, con riferimento alla programmazione accosti 2012, ha comunicato: *(i)* di aver ceduto, a seguito di espressa richiesta 2 *slot* sulla rotta Piombino - Portoferraio alla società concorrente BN di Navigazione S.p.A. (di seguito BN) (09.30/10.00 e 20.30/22.00) e 2 *slot*, sulla medesima rotta, alla società concorrente Forship (13.40/14.10 e 18.40/19.05); *(ii)* che il numero di *slot* ceduti è in linea con le prescrizioni dell'Autorità posto che l'Autorità Portuale di Piombino (di seguito APP) ha assegnato, in data 24 novembre 2011, alle stesse compagnie due nuovi *slot*.

6. Per quanto concerne la stagione 2013, le compagnie hanno semplicemente confermato la richiesta degli *slot* già assegnati. Infine, nella stagione 2014, sulla base delle informazioni fornite dall'APP in data 27 aprile 2015, risultavano assegnati le seguenti fasce orarie: a Toremar 19 fasce orarie per effettuare fino a un massimo di 17 partenze giornaliere; a Moby 12 partenze giornaliere, Forship 6 partenze giornaliere, BN 5 partenze giornaliere.

II. LE INFORMAZIONI ACQUISITE

A. L'istanza di BN

7. Nell'autunno del 2014, BN ha formulato all'APP la proposta di operare la rotta Piombino – Portoferraio durante tutto l'anno, con due navi su 9 *slot* nella stagione estiva e con una nave su tre *slot* in quella invernale. A tal fine, tale operatore ha dapprima presentato istanza di assegnazione – in data 20 ottobre 2014 – per l'anno 2015, di 4 nuove bande orarie disponibili. Tali *slot* risultavano tutti disponibili su almeno 3 moli degli 8 moli utilizzati per i traghetti di collegamento con l'isola d'Elba. A tale istanza, l'APP ha risposto con un preavviso di rigetto.

8. Nel novembre 2014, dopo aver ricevuto conferma da parte di tutti gli operatori presenti circa la volontà di mantenere anche per il 2015 l'utilizzo degli *slot* assegnati nella stagione precedente (2014), l'APP ha pubblicato l'avviso con i nuovi *slot* disponibili per la stagione 2015 sulla rotta Piombino - Portoferraio, nel quale erano individuate tre nuove fasce orarie:

- a) 6.50-7.20, molo 5 – Elba Sud;
- b) 20.45-21.15, molo 6 - Elba Nord;
- c) 21.15-23.00, molo 4 – Scivolo 1.

9. Con istanza del 14 dicembre 2014, l'operatore BN ha chiesto l'assegnazione di tali *slot*, subordinatamente alla possibilità di scambio dei primi due con altrettanti assegnati a Moby – ai sensi del punto *b1)* del dispositivo del Provvedimento – al fine di renderli compatibili con una programmazione basata su due navi.

10. A tal fine, BN, con riferimento al disposto del Provvedimento³, ha preliminarmente evidenziato come tali *slot* *"non fossero tecnicamente eseguibili con l'impiego della medesima nave"*, in quanto i due 20.45 – 21.15 e 21.15 – 23.00 sono in diretta consecuzione temporale l'uno

³ Cfr. lettera b1) del dispositivo che prescrive per Moby l'"obbligo di scambiare, con i concorrenti che lo richiedano, slot temporalmente adiacenti nella sua disponibilità, al fine di permettere ai concorrenti stessi di creare dei programmi di esercizio sulla rotta Piombino – Portoferraio tecnicamente fattibili e commercialmente ed economicamente validi" (sottolineatura aggiunta).

all'altro; lo stesso vale per il primo *slot*, 6.50 – 7.20, laddove ci si avvalga della sosta notturna disponibile con il terzo *slot*. Inoltre, BN ha sottolineato che gli *slot* resi disponibili non consentono di “costruire un’offerta di corse tecnicamente fattibile ed economicamente e commercialmente valida”.

11. Di conseguenza, BN ha chiesto a Moby, ai sensi delle misure di cui alle lettere *a)* e *b)* del Provvedimento, di scambiare *i)* lo *slot* 6.50-7.20 con lo *slot* 8.30-9.00 e *ii)* lo *slot* 20.45-21.15 con quello 17.30-18.00, inoltre BN ha richiesto alla stessa Moby *iii)* di rilasciare lo *slot* 10.30-11-55. In aggiunta, con riferimento allo *slot* 21.15-23.00, molo 4 – Scivolo 1, BN ha richiesto di poter beneficiare della sosta notturna a Piombino, già prevista dall’APP, con il contestuale spostamento di una nave Toremar sullo Scivolo 1, come previsto dal punto 113 del Provvedimento.

12. BN ha motivato la propria istanza soprattutto con l’intenzione di rafforzare la propria presenza sulla rotta lungo l’intero arco dell’anno, al fine di fornire un servizio continuativo alla clientela più stabile (riguardante in particolare, autotrasporto merci). In complesso, pertanto, la richiesta di BN avrebbe comportato l’attribuzione di 9 *slot* nel periodo estivo (rispetto ai 5 assegnati nel 2013 e 2014), da operare con due navi, e di 3 *slot* nel periodo invernale.

B. La posizione di Moby

13. Nella risposta del 30 dicembre 2014, per quanto riguarda gli scambi di *slot*, Moby ha sostenuto che le richieste di BN non potevano trovare accoglimento poiché, innanzitutto, i nuovi *slot* non erano ancora stati assegnati dall’APP a BN e, inoltre, esse risultavano ultronee rispetto agli impegni prescritti dall’Autorità. In particolare, gli scambi richiesti riguarderebbero *slot* che non risultano “temporalmente adiacenti” a quelli già nella disponibilità di Moby (punto *b1* degli impegni), inoltre essi avrebbero comportato problemi di natura tecnica, organizzativa ed economica ai rimanenti *slot* della stessa Moby (punto *b2* degli impegni). Pertanto, secondo Moby le richieste di scambio erano da ritenersi inaccettabili.

14. Per quanto concerne, invece, il rilascio dello *slot* 10.30-11.55 sul molo 5 Elba Sud, Moby ha ritenuto che tale cessione non rientri negli obblighi della società ai sensi del Provvedimento, in quanto la messa a disposizione di nuovi *slot* da parte dell’APP avrebbe ridotto gli obblighi di rilascio di Moby, non avendo la nuova entità Moby-Toremar superato, a detta di Moby, i 2/3 del totale degli *slot* disponibili. Infatti, Moby ritiene che, avendo essa stessa già ceduto 4 *slot* a BN e Forship ed avendo l’APP reso disponibili 3 nuovi *slot*, gli obblighi di rilascio gravanti sulla società acquirente ai sensi del Provvedimento si siano esauriti.

15. Con riferimento all’anno 2015, al fine di acquisire gli elementi necessari alla verifica dell’ottemperanza da parte di Moby al Provvedimento C11072, è stata inviata una richiesta di informazioni alla stessa Moby, nonché all’APP⁴.

16. Nella risposta di Moby, la società ha fornito copia degli atti di assegnazione degli *slot* relativamente alla stagione 2014, nonché il piano di assegnazione previsto per il 2015⁵.

In generale, Moby ha evidenziato che i tempi di sosta tra arrivo e partenza di una nave (ovvero gli *slot*) possono variare da un minimo di 40 minuti a un massimo di 2 ore, tenuto conto dei diversi fattori, quali durata del viaggio, operazioni di imbarco e sbarco, e rifornimento carburante. Inoltre, Moby ha fatto presente che, date le carenze infrastrutturali del porto di Piombino, già evidenziate dall’APP al momento dell’istruttoria sulla concentrazione Moby/Toremar nel 2011, per i moli 2, 3, 4 e 5 la contemporanea occupazione di tre su quattro accosti genera problemi di deflusso del traffico da e per le banchine.

⁴ Richieste di informazioni a Moby e all’APP del 13 gennaio 2015.

⁵ Risposta di Moby pervenuta il 6 febbraio 2015.

17. Con riferimento specifico all'istanza di scambio di BN, Moby ha, inoltre, affermato che: le richieste *“interessano slot temporalmente non adiacenti a quelli già nella disponibilità di BN, con differenze comprese tra due e tre ore”*, nonché *“gli scambi pretesi da BN obbligherebbero Moby a lasciare in sosta le sue navi per ben cinque ore, e ciò non è possibile in quanto, oltre ad alterare completamente la turnazione di lavoro del personale marittimo della società, creerebbe ingenti disservizi dal punto di vista tecnico organizzativo, oltre che considerevoli inefficienze economiche”*. Sotto il profilo tecnico, Moby *“evidenzia che gli scambi richiesti interessano proprio il molo 5 (Elba Sud) e, pertanto, l'eccessiva sosta che conseguirebbe allo scambio ricadrebbe su un molo già segnalato dall'APP come 'problematico', aggravando ulteriormente la regolare erogazione dei servizi di collegamento”*.

18. In occasione dell'audizione presso gli uffici dell'Autorità⁶, Moby ha, inoltre, eccepito come BN, nella sua richiesta di scambio, non abbia mai dimostrato l'infattibilità tecnica ad operare gli *slot* resi disponibili dall'APP, come richiesto dal Provvedimento dell'Autorità (al punto *b1*) del dispositivo), mentre lo scambio pregiudicherebbe sicuramente la fattibilità tecnica e la validità economico-commerciale della programmazione di Moby. Nello specifico, in caso di accettazione delle richieste avanzate da BN, Moby ha mostrato che: *i*) a seguito dello scambio 6.50-7.20 con 8.30-9.30, la motonave Moby Lally perderebbe 2 partenze (quella delle 7.30 da Piombino e quella delle 9.00 da Portoferraio), in quanto sarebbe costretta a una sosta forzata di oltre 3 ore (7.00-11.30) e, quindi, non avrebbe più la possibilità di operare in maniera efficiente ovvero compiendo le 4 corse quotidiane; *ii*) nel caso del secondo scambio (20.45-22.15 con 17.30-18.00 sul molo 6), la nave Moby Love perderebbe due partenze, ovvero quella delle 16.30 da Portoferraio e quella delle 18.00 da Piombino e sarebbe costretta a una sosta forzata di 4 ore (16.00-20.00). Inoltre, poiché lo *slot* ceduto da BN (6.50-7.20) è in sovrapposizione con la partenza del mattino della Moby Love, questo pregiudicherebbe la validità economica della sua programmazione, così come, lo *slot* offerto in scambio (20.45-22.15) si troverebbe in sovrapposizione con quello delle 20.30 operato da Moby Baby, la quale sarebbe costretta a operare anche in questo caso in modo non efficiente.

19. Per quanto concerne, invece, l'obbligo di cessione di *slot*, Moby ha sostenuto di non essere più soggetta al rilascio di fasce orarie a favore dei concorrenti, avendone già cedute un numero sufficiente - 4 su richiesta dei concorrenti - a consentire l'ingresso di due operatori in grado di operare con una scala minima efficiente.

20. Moby ha fatto presente che l'istanza di BN all'APP non sarebbe in ogni caso ammissibile. A quest'ultimo proposito, Moby ha prodotto copia della delibera del Comitato Portuale di Piombino n. 2/15, in cui si esprime parere favorevole alla conferma delle programmazioni del 2014 per il 2015, nonché al rigetto dell'istanza di BN del 14 dicembre 2014 da parte dell'APP, che richiedeva gli *slot* disponibili condizionatamente alla possibilità di poter realizzare un servizio con due navi, ovvero potendo scambiare due fasce orarie con quelle assegnate a Moby e aggiungerne una ulteriore. In tale parere del Comitato Portuale⁷, citato nell'ordinanza dell'APP n. 51/15, si prende atto delle argomentazioni svolte da Moby nelle note di risposta a BN del 30 dicembre 2014 e del 6 febbraio 2015, quali condizioni ostative all'accoglimento dell'istanza di BN.

⁶ L'audizione dei rappresentanti di Moby si è tenuta il 24 aprile 2015.

⁷ Il Comitato Portuale è un organo dell'Autorità Portuale che opera ai sensi dell'art. 9 della legge n. 84/94, in cui, oltre ai vertici della stessa Autorità, sono presenti i rappresentanti degli enti locali interessati, dei ministeri competenti e delle imprese attive nel porto stesso.

C. La denuncia di BN

21. In data 13 febbraio 2015 è pervenuta una formale denuncia da parte di BN nella quale si chiede un intervento dell'Autorità affinché venga imposto a Moby il rispetto delle condizioni previste dal Provvedimento del 19 luglio 2011. BN ha allegato alla propria segnalazione un piano dettagliato delle corse operate dai vari vettori in partenza da Piombino in una giornata rappresentativa della stagione estiva 2014 (per l'esattezza il sabato 16 agosto 2014), da cui si evince l'effettivo livello di utilizzo dei moli nei momenti di massima affluenza di turisti e veicoli, nonché l'assenza di concreti motivi ostativi alle richieste dalla stessa BN.

22. BN ha integrato la propria segnalazione in data 25 marzo 2015, producendo copia del piano accosti nei fine-settimana della stagione estiva 2014 sulla rotta Piombino-Portoferraio così come modificato dall'APP, con l'inserimento di alcune corse straordinarie effettuate da Moby⁸.

Da tali comunicazioni si evince che, nei fine-settimana della stagione estiva 2014: *i*) lo *slot* 10.30-11.55 sul molo 5 Elba Sud, assegnato a Moby, è stato sdoppiato in due *slot* (10.30-11.00 e 11.15-11.55) al fine di consentire la partenza di due navi Moby (Moby Love e Moby Baby) invece della sola Moby Love; *ii*) sullo scivolo 1 molo 4 è stato aggiunto uno *slot* 11.30-12.55 al fine di consentire un'ulteriore partenza di una nave Moby (Moby Bastia). Di conseguenza, durante tutti i fine-settimana della stagione estiva 2014 sono stati resi disponibili per Moby due *slot* addizionali oltre ai 12 previsti dal piano di assegnazione annuale, per un totale di 14 *slot* complessivi. Il medesimo piano approdi, così come modificato dalle competenti autorità portuali di Piombino, prevedeva nei fine-settimana estivi del 2014, fino a 19 corse per Toremar. Complessivamente, pertanto, nelle giornate di maggior traffico Moby e Toremar risultano aver avuto a disposizione 33 fasce orarie per partenze da Piombino in direzione Portoferraio.

23. In occasione dell'audizione presso gli uffici dell'Autorità⁹, BN ha ribadito di aver presentato l'istanza di assegnazione degli *slot* resi disponibili dall'APP condizionatamente alla possibilità di poter scambiare due delle fasce orarie proposte con altre già assegnate a Moby: l'APP, tuttavia, non ha mai formalmente rigettato la richiesta di BN, limitandosi, con l'ordinanza n. 51/15 – nella quale viene soltanto citato il parere del Comitato Portuale n. 2/15 – a confermare gli *slot* già assegnati durante la precedente stagione estiva in favore di BN e procedendo direttamente con l'approvazione del piano approdi definitivo. BN ha inoltre dichiarato di non essere a conoscenza del contenuto del parere del Comitato Portuale citato nell'Ordinanza predetta, poiché tale documento non è pubblicato sul sito dell'APP né è mai stato notificato a BN.

24. Per quanto concerne l'operabilità tecnica delle fasce orarie rese disponibili dall'APP, BN ha spiegato che la propria istanza di scambio del dicembre 2014 si basa sulla possibilità di operare con due navi, la prima sui 5 *slot* già assegnati e la seconda con lo *slot* mattutino con sosta notturna delle 21.15 – 5.45, seguito dallo *slot* richiesto in scambio a Moby delle 8.30 – 9.00 (in cambio del 6.50 – 7.20), seguito poi dallo *slot* richiesto in cessione a Moby delle 10.30 – 11.55 e infine seguito dallo *slot* delle 17.30 – 18.00 (in cambio del 20.45 – 21.15), con rientro a Piombino alle 21.15 e successiva sosta notturna.

Le richieste di scambio di *slot* sarebbero, quindi, dovute unicamente a cause ostative di tipo tecnico.

⁸ BN ha prodotto copia delle relative comunicazioni inviate dall'Ufficio Circondariale Marittimo agli operatori del porto in relazione alle giornate interessate dalle corse straordinarie (a partire dal 12.7.2014 e fino al 13.9.2014).

⁹ L'audizione dei rappresentanti di BN si è tenuta il 30 aprile 2015.

D. Le informazioni fornite dall'APP

25. In data 27 aprile 2015 è pervenuta la risposta dell'APP alla richiesta d'informazioni inviata il 13 gennaio 2015, riguardante: l'istanza di BN sull'assegnazione di fasce orarie per il 2015, il prospetto delle assegnazioni degli *slot* divisi per ciascuna compagnia di navigazione, l'ampliamento delle dotazioni infrastrutturali del porto di Piombino anche a seguito del piano di riconversione delle ex-aree industriali.

26. Con riferimento all'istanza di BN, la documentazione prodotta dall'APP comprende le richieste di questa compagnia di navigazione, nonché delle delibere commissariali relative alla programmazione dei periodi di riferimento e del piano approdi per il 2015, con inclusione delle note e dei pareri degli uffici tecnici del porto di Piombino. In particolare, è stata prodotta la delibera commissariale n. 27/15¹⁰ con cui è stata respinta definitivamente l'istanza di BN del 20 ottobre 2014 in quanto la stessa è stata proposta al di fuori della procedura di cui all'ordinanza n. 23/08¹¹ – che prevede la richiesta di *slot* sulla base di quelli disponibili e successivamente alla pubblicazione da parte dell'APP – e, “*in quanto non risulta possibile individuare ulteriori slot rispetto a quelli individuati e pubblicati dall'Autorità Portuale con la propria delibera n. 352/14, né, tantomeno, risulta possibile valutare favorevolmente quelli indicati da BN che sono stati individuati mediante lo spostamento di parte degli slot già assegnati ad altri operatori nella fase di conferma delle bande orarie già assegnate nella precedente stagione*”.

27. Inoltre, l'APP ha fornito una relazione sugli *slot* assegnati alle compagnie di navigazione sulla tratta Piombino – Portoferraio nelle stagioni estive dal 2011 al 2014. Da tale prospetto risulta per il 2014 l'assegnazione a: Toremar, fino a un massimo di 17 partenze giornaliere; Moby, 12 partenze giornaliere; Corsica Ferries, 6 partenze giornaliere, BN, 5 partenze giornaliere.

28. Infine, è stata prodotta dall'APP la citata delibera commissariale n. 51/15¹², con cui è stata comunicata a BN la definitiva approvazione per l'anno 2015 delle programmazioni orarie dei servizi di linea marittimi sulla tratta Piombino – Isola d'Elba, confermando le programmazioni già assegnate alle compagnie di navigazione nel 2014, visto anche il parere favorevole del Comitato Portuale¹³, ivi compresa l'istanza di BN del 20 ottobre 2014 avente ad oggetto la conferma delle fasce orarie assegnate nel 2014.

E. Le informazioni ricevute sui piani orari di Forship nel 2015

29. In data 8 maggio 2015, Moby ha prodotto copia di un volantino che riporta gli orari di Forship (Corsica Ferries – Elba Ferries) per il periodo 28 maggio – 21 settembre 2015: in tale pubblicazione si legge che Forship effettua 5 corse Piombino – Portoferraio dalla domenica al giovedì, 6 corse il venerdì e 7 corse il sabato. A detta di Moby, tale programmazione da parte dell'operatore Forship comporterebbe la conseguenza che il numero totale di *slot* disponibili passerebbe da 43 a 44 e, dunque, che la società non si troverebbe nella situazione di detenere oltre i due terzi degli *slot* disponibili.

30. In data 14 maggio 2015 è pervenuta una nota dell'APP¹⁴ in cui si fa presente che: *i)* ad esito della riunione tra le compagnie di navigazione e l'APP del 19 dicembre 2012, risultavano assegnati alla società Forship 6 *slot* da Piombino; *ii)* dopo la corsa delle 19.15, la nave Forship

¹⁰ Del 18 febbraio 2015.

¹¹ Del 12 novembre 2008.

¹² Del 23 marzo 2015.

¹³ Delibera del Comitato Portuale n. 2/15 del 16 febbraio 2015.

¹⁴ La lettera viene inviata a Moby e per conoscenza all'Autorità, ma non agli altri operatori presenti a Piombino.

rientra a Piombino alle 20.45, effettua le operazioni di sbarco e libera la banchina per il traghetto successivo, potendo ormeggiare per la sosta notturna solo dopo le 22.00 o 22.30; *iii*) la compagnia Forship, in data 5 febbraio 2013, ha comunicato all'APP un'integrazione della propria programmazione, consistente nello svolgimento di una corsa Piombino – Portoferraio alle ore 21.00 di venerdì, sabato e domenica e di una corsa Portoferraio – Piombino alle 22.00 del venerdì, “*nei limiti degli slot assegnati*”, esprimendo al contempo “*la volontà di richiedere viaggi straordinari nei giorni di maggiore flusso turistico, nei modi e nei tempi stabiliti*”.

31. Nella nota dell'APP si afferma, inoltre, che “*a causa di una disattenzione dell'Ufficio competente*”, non è mai stata riscontrata la suddetta istanza e l'APP “*ha trascinato la svista negli atti che per l'anno 2013 ed i successivi riportano la programmazione complessiva dalla quale non risulta lo slot eseguito*.” La nota prosegue sostenendo che tale *slot* risulta ancora nella programmazione di Forship e, di conseguenza, “*ha aumentato ed aumenta quindi di una unità il numero complessivo delle partenze dal porto di Piombino*”.

Nella medesima nota, si conclude, quindi, che, da un lato, le bande orarie complessive sono 44, mentre, dall'altro lato, si impone “*la formale ratifica dell'esercizio di un ulteriore slot nel porto di Piombino che avverrà nella prossima seduta utile del Comitato Portuale ad integrazione della programmazione già approvata*”.

32. Con tale comunicazione, quindi, l'APP sembra voler correggere quanto contenuto nella risposta del 27 aprile 2015, in cui si trasmetteva l'ordinanza n. 4/15 del 23 aprile 2015¹⁵, con cui si approvano e pubblicano le programmazioni orarie e le relative bande afferenti ai servizi di linea marittimi per le compagnie operanti nel porto di Piombino, consistenti per la linea Piombino – Portoferraio, nel periodo giugno-settembre 2015 in un massimo di 17 corse giornaliere per Toremar, 12 per Moby, 5 per BN, 6 per Forship

33. In data 19 maggio 2015 è pervenuta una nota di BN in cui si sottolinea come l'eventuale disponibilità per Forship di uno *slot* aggiuntivo rispetto a quelli assegnati risulta del tutto priva di validità, poiché mancante dei requisiti previsti dal procedimento per la messa a disposizione ed assegnazione degli *slot* vigente nel porto di Piombino, ai sensi dell'ordinanza n. 23/08. Di conseguenza, secondo BN, poiché tale *slot* non è mai stato oggetto del citato procedimento di assegnazione esso non può essere considerato idoneo ad essere conteggiato ai fini della sussistenza dell'obbligo di rilascio contenuto nel Provvedimento.

34. Inoltre, BN sostiene che il concetto di *slot* assunto a riferimento nel Provvedimento dell'Autorità debba logicamente essere riferito a una programmazione che preveda una serie di partenze svolte in maniera continuativa e quotidiana e non alle corse addizionali che si aggiungono nei momenti di maggior flusso di traffico.

F. Le partenze operate dalle compagnie nella stagione estiva 2014

35. Dall'esame dei piani approdo approvati e diffusi dall'Ufficio Circondariale Marittimo di Piombino per la stagione estiva 2014, emerge che nei fine-settimana, le fasce orarie disponibili per ciascun operatore sono in realtà maggiori di quelle assegnate.

Infatti, Toremar dispone di 19 *slot* (ovvero due corse aggiuntive rispetto alle 17 assegnate) e Moby dispone di 14 *slot* (ovvero due corse aggiuntive rispetto alle 12 assegnate). Ciò comporta che Moby e Toremar dispongono complessivamente di 33 *slot* in partenza da Piombino per Portoferraio.

¹⁵ L'ordinanza n. 4/15 del 23 aprile 2015 è pubblicata sul sito dell'APP (<http://www.ap.piombinoelba.it/documenti-ordinanze>).

Si rileva peraltro, che Forship dispone di uno *slot* aggiuntivo rispetto ai 6 assegnati, con 7 *slot* operati nelle giornate di sabato. Per quanto concerne BN, il sito della società mostra un piano prenotazioni con 5 *slot* giornalieri.

III. VALUTAZIONI

36. Sulla base delle risultanze raccolte, come integrate a seguito delle richieste di informazioni formulate dall’Autorità, Moby appare allo stato non aver ottemperato alle misure di cui alle lettere a) e b) del dispositivo del provvedimento C11072 per la stagione 2015.

A Sulla misura di cui alla lettera a)

37. Si osserva preliminarmente che l’obiettivo che l’Autorità auspicava nel declinare le condizioni per l’autorizzazione della concentrazione Moby/Toremar era quello di rendere disponibile un insieme di *slot* tale da consentire “uno sviluppo della concorrenza attraverso molteplici modalità, a vantaggio dei consumatori”. In particolare, venivano esplicitate alcune ipotesi di sviluppo concorrenziale, quali: “(i) l’entrata con dimensioni superiori a quella minima efficiente di un nuovo concorrente, oppure (ii) la crescita oltre la dimensione minima efficiente di BluNavy, oppure (iii) il mantenimento di due concorrenti operanti alla dimensione minima efficiente – uno dei quali attraverso una nave veloce in grado di trasportare da Piombino a Portoferraio sia auto che passeggeri in metà del tempo richiesto dai traghetti tradizionali attualmente utilizzati su tale rotta, oppure (iv) l’entrata di due concorrenti operanti con traghetti tradizionali, uno solo nel periodo estivo e un altro su tutto l’anno.” (cfr. punto 123).

38. Tale insieme di *slot* è stato creato aggiungendo agli *slot* disponibili nel 2011 per gli operatori nuovi entranti (i 5 originariamente assegnati a BN e i 3 assegnati a Forship) fino a 6 *slot* ceduti da Moby. Nel Provvedimento è stata, pertanto, adottata una misura gravante su Moby che obbliga tale compagnia al “rilascio fino a 6 *slot* in partenza da Piombino sulla rotta Piombino – Portoferraio” (cfr. punto a1) del dispositivo).

39. Ciò posto, come sopra descritto, a partire dal 2012 sono entrati sul mercato due operatori, Forship e BN, entrambi operanti nella sola stagione estiva con un numero complessivo di *slot* giornalieri pari a 11 (6 assegnati a Forship e 5 assegnati a BN), di cui 4 ceduti da Moby. Pertanto, in base alla misura di cui al citato punto a1) del dispositivo, residuano ancora 2 *slot* che Moby avrebbe l’obbligo di cedere, qualora la quota di *slot* complessivamente attribuiti a Moby-Toremar fosse superiore ai 2/3 degli *slot* disponibili.

40. Ora, vale osservare sul punto che il numero di fasce orarie complessivamente disponibili per la rotta Piombino – Portoferraio non è specificato in alcun documento regolatorio, bensì è di anno in anno il risultato della somma degli *slot* assegnati a tutti gli operatori, considerato anche il livello di occupazione determinato dagli altri servizi operanti nel porto (quali, ad esempio, gli *slot* destinati alle partenze per le altre rotte, quelli dedicati ai collegamenti per trasporto merci, nonché gli spazi mantenuti per la gestione delle esigenze di sicurezza e/o emergenza). Ciò posto, secondo quanto comunicato da ultimo dall’APP nella citata risposta del 27 aprile 2015, a partire dalla stagione 2012, le fasce orarie complessivamente assegnate agli operatori sulla rotta Piombino – Portoferraio sono state prima 41 (17 a Toremar, 12 a Moby, 6 a Forship e 6 a BN), poi nel 2013 e 2014 questa somma è scesa a 40 (17 a Toremar, 12 a Moby, 6 a Forship e 5 a BN), poiché BN ha rinunciato a una corsa.

41. Come prescritto alla lettera a5) del dispositivo del Provvedimento, “nel caso l’Autorità Portuale di Piombino metta a disposizione delle compagnie che intendano operare sulla Piombino – Portoferraio nuovi *slot*, questi andranno a ridurre gli obblighi di rilascio di Moby, ma solo nella

misura in cui la quota di slot detenuta congiuntamente da Moby e Toremar non superi i due terzi del totale degli slot disponibili per tale rotta". Quindi, al fine di verificare i sussistenti obblighi di rilascio in capo a Moby, occorre calcolare l'effettiva quota detenuta complessivamente da Moby e Toremar nel 2014.

42. Tale quota si ottiene come rapporto tra gli *slot* assegnati a Moby – Toremar e la somma degli *slot* assegnati a tutte le compagnie operanti a Piombino e gli *slot* resi disponibili annualmente dall'APP (che indica il totale delle fasce orarie utilizzabili nel porto di Piombino). Sulla base delle evidenze raccolte, nel 2014 Moby e Toremar disponevano complessivamente di 29 *slot* (17+12=29), mentre la somma delle fasce orarie assegnate a tutti gli operatori era pari a 40 (17+12+6+5=40). Tali assegnazioni sono state confermate con la delibera dell'APP n. 4/15. A ciò si devono aggiungere i 3 *slot* resi disponibili dall'APP con delibera n. 352/14 e relativo avviso pubblico dell'11 novembre 2014. Il totale degli *slot* disponibili è quindi pari a 43.

43. Ciò posto, se il totale degli *slot* disponibili è pari a 43, come emerge dalle ordinanze dell'APP, la quota di Moby – Toremar è pari al rapporto tra 29 su 43, ovvero 67%, e cioè superiore a due terzi. Di conseguenza sussisterebbe anche per la stagione 2015 un obbligo di rilascio di *slot* da parte di Moby a favore dei concorrenti che ne facciano richiesta.

44. Vale però osservare che con la comunicazione del 14 maggio u.s., l'APP ha dichiarato che questo totale dovrebbe essere aumentato a 44, in quanto a partire dal 2013 la compagnia Forship ha chiesto di integrare la propria programmazione e ha operato una corsa addizionale da Piombino nelle sere del fine-settimana. Si tratta di uno *slot* che l'APP ammette di non aver mai regolarmente assegnato e per il quale ritiene di dover procedere a una formale ratifica *ex post* dell'esercizio dello stesso. In tale ipotesi, la quota di Moby – Toremar sarebbe pari a 29 su 44, ovvero 66%, cioè esattamente i due terzi degli *slot* disponibili.

45. Sul punto si rileva, tuttavia, che uno *slot* mai assegnato alla compagnia e attivato solo sporadicamente e in via di fatto non sembra poter incrementare l'insieme degli *slot* disponibili, sulla base dei quali si fonda l'accertamento della posizione relativa di ciascun operatore, nonché l'applicazione delle misure prescritte nel Provvedimento dell'Autorità al fine di autorizzare la concentrazione Moby/Toremar.

46. In ogni caso si evidenzia che, pur utilizzando quale criterio di calcolo dell'effettivo ammontare di *slot* disponibili per partenze da Piombino il complesso delle partenze disponibili per ciascuna compagnia, secondo il piano approdi approvato e distribuito dall'Ufficio Circondariale Marittimo di Piombino, si arriverebbe alle medesime conclusioni. Infatti, la disponibilità di partenze giornaliere per Moby – Toremar risulterebbe pari a 33 durante i fine-settimana nella stagione estiva 2014, mentre per Forship vi sarebbero un numero massimo di 7 *slot*, nelle giornate di sabato e per BN 5 partenze quotidiane. Da ciò si può concludere che il numero complessivo di *slot* disponibili sarebbe pari a 45 (33 + 7 + 5), al quale si dovrebbero aggiungere i 3 *slot* resi disponibili dall'APP per il 2015; per un totale di 48 *slot*.

47. Pertanto, la quota di Moby – Toremar risulterebbe pari al rapporto tra 33 e 48, ovvero 69% e, quindi, ancora superiore ai due terzi del totale. Anche in questo caso risulterebbe dunque sussistere per Moby un obbligo di rilascio di *slot* a favore del concorrente BN.

B Sulla misura di cui alla lettera b)

48. Per quanto concerne l'obbligo di scambio con i concorrenti che richiedano *slot* temporalmente adiacenti nella disponibilità di Moby, tale vincolo appare sussistere nel caso dell'istanza di BN, poiché gli scambi proposti – e specificamente lo scambio dello *slot* 6.50-7.20 con lo *slot* 8.30-9.00 e lo scambio dello *slot* 20.45-21.15 con quello 17.30-18.00 – insistono rispettivamente sulla fascia mattutine e serale. Infatti, il vincolo di "adiacenza temporale" richiesto nel Provvedimento risulta

finalizzato alla possibilità per i concorrenti richiedenti di operare programmi di esercizio tecnicamente fattibili e non può, pertanto, riferirsi a scambi di *slot* rigidamente contigui. Ciò vale, in particolare, considerando che il concorrente BN ha richiesto lo scambio al fine di operare 4 corse con una nave aggiuntiva, per la quale è necessario creare un programma di esercizio “*tecnicamente fattibile*”, ovvero che consenta l’andata e il ritorno tra Piombino e Portoferraio sugli *slot* assegnati, e “*commercialmente valido*”, ovvero in grado di coprire la maggior parte della giornata. Come evidenziato nella parte in fatto, tali motivazioni sono state ampiamente argomentate nell’istanza presentata da BN all’APP e contestualmente a Moby, nell’ambito della quale BN ha precisato che gli *slot* resi disponibili non consentivano di operare con una seconda nave durante la stagione estiva, così come auspicato da BN, anche al fine di poter mantenere l’operatività durante tutto l’anno.

49. La motivazione del rifiuto di Moby, in base alla quale gli scambi comprometterebbero la fattibilità tecnica e la validità economico-commerciale della programmazione già in corso, non appare sostenibile. Infatti, in primo luogo, l’eventuale difficoltà di Moby ad operare gli *slot* ottenuti in cambio, non equivale a una “*infattibilità tecnica*”, laddove la programmazione delle tre navi Moby può essere rimodulata, considerato anche che, come argomentato nella delibera dell’Autorità, “*Toremar potrà comunque contribuire alla definizione di programmi fattibili di attività dei concorrenti attraverso la disponibilità a scambiare approdi che maggiormente si adattino alle specifiche del naviglio dei concorrenti stessi*” (cfr. punto 113 del Provvedimento). In secondo luogo, Moby non ha dimostrato che gli scambi potrebbero comportare un “*significativo scadimento della validità economica e commerciale dei programmi di Moby sugli slot residui*”. In tal senso, infatti, la perdita di *slot* lamentata da Moby può essere facilmente risolta attraverso la mera riorganizzazione delle 11 partenze residue di cui Moby dispone, considerato anche che, come previsto nel Provvedimento, a tale riorganizzazione può contribuire anche Toremar che dispone di ulteriori 17 partenze giornaliere (cfr. punto 113 del Provvedimento).

50. Occorre, infine considerare che le misure prescritte dall’Autorità nel Provvedimento n. 22622 del 2011 gravano su Moby, alla quale è, pertanto, richiesto di attivarsi nei confronti dell’autorità di regolazione portuale, anche per quanto concerne le possibilità di spostamento delle navi Toremar sui diversi moli. Attualmente, infatti, Moby gestisce l’intera programmazione delle due compagnie a livello unitario, sia in termini di programmazione che di biglietteria. Sotto questo profilo, nello spirito del Provvedimento, attraverso il quale è stata autorizzata la costituzione di una posizione dominante in capo a Moby, quest’ultima, a fronte delle richieste di BN, avrebbe dovuto farsi parte diligente presso l’APP al fine di trovare una soluzione idonea a migliorare il livello di concorrenza nel mercato interessato.

IV. CONCLUSIONI

51. In conclusione, in merito alla misura di cui alla lettera *a)* del dispositivo del provvedimento del 19 luglio 2011 n. 22622, le evidenze raccolte, nonché le argomentazioni svolte, consentono di ritenere che Moby abbia immotivatamente rifiutato la cessione di uno *slot* al concorrente BN, che intendeva integrare la propria programmazione.

52. Per quanto concerne la misura di cui alla lettera *b)* del dispositivo del predetto provvedimento, Moby non ha dimostrato che gli scambi richiesti fossero tecnicamente infattibili, né tantomeno ha prodotto evidenze di uno “*scadimento*” economico-commerciale, tale da compromettere la propria programmazione sugli *slot* residui, né infine ha assunto le dovute iniziative presso l’APP.

53. Sussistono quindi i presupposti per contestare la violazione dell’articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 nei confronti Moby S.p.A. e ricorrono, conseguentemente, i presupposti per l’avvio

del procedimento previsto dall'articolo 19, comma 1, della legge n 287/90, volto alla irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

RITENUTO, pertanto, che i fatti accertati integrano una fattispecie di inottemperanza alla delibera dell'Autorità del 19 luglio 2011 n° 22622, ai sensi dell'articolo 19, comma 1, della legge n 287/90;

DELIBERA

a) di contestare alla società Moby S.p.A. la violazione di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n 287/90 per non aver ottemperato, nei limiti sopra esposti, alle lettere a) e b) del dispositivo della delibera dell'Autorità del 19 luglio 2011 n° 22622;

b) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Chiara de Mari;

c) che può essere presa visione degli atti del procedimento presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza dell'Autorità dai legali rappresentanti della società Moby S.p.A., ovvero da persone da essi delegate;

d) che, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, della legge n. 689/81, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti e chiedere di essere sentiti;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 novembre 2015.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

C11995 - METANO NORD/UTILITÀ

Provvedimento n. 25486

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società Metano Nord S.p.A., pervenuta in data 30 aprile 2015;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Metano Nord S.p.A. ("Metano Nord") è una società di diritto italiano che svolge prevalentemente attività di acquisto, vendita, importazione ed esportazione di gas naturale. Metano Nord è anche attiva, tramite la società Tradenergia S.p.A. ("Tradenergia"), controllata al 100%, nell'acquisto e vendita di energia elettrica (oltre che, anche attraverso Tradenergia, di gas).

Il capitale sociale di Metano Nord è detenuto da sette persone fisiche. Gli azionisti di Metano Nord, nella medesima compagine sociale, sono azionisti anche della società Condotte Nord S.p.A., concessionaria del servizio di distribuzione di gas naturale in alcuni comuni lombardi¹.

Metano Nord ha realizzato nell'esercizio chiuso nel dicembre 2013 un fatturato di 61,2 milioni di euro, interamente in Italia.

Oggetto di acquisizione è la società Utilità S.p.A. ("Utilità"), la quale è attiva nell'importazione, esportazione, vendita e somministrazione di gas naturale e nell'acquisto vendita e scambio di energia elettrica.

Utilità è controllata al 100% dalla società Utilità Progetti e Sviluppo S.r.l., il cui capitale sociale è detenuto da quattro società² ed una persona fisica, con quote azionarie comprese tra il 10% e il 42%. Utilità non controlla a sua volta alcuna società.

Utilità ha realizzato interamente in Italia, nel 2013, un fatturato pari a 441,3 milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame consiste nell'acquisizione, da parte di Metano Nord, del controllo esclusivo di Utilità, attraverso l'acquisto del 100% delle quote societarie di quest'ultima.

Attraverso l'operazione Metano Nord intende espandere la propria operatività, da quella attualmente prevalente della vendita a clienti finali di gas naturale ed energia elettrica, alle attività di trading all'ingrosso delle due *commodities*.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.

¹ Secondo le dichiarazioni di Metano Nord le due società, pur controllate dalle medesime persone fisiche, sono gestite da amministratori dotati di deleghe operative differenti nel rispetto degli obblighi di separazione societaria e gestionale previsti dal d.lgs. n. 164/2000.

² Si tratta delle società Occidente S.r.l., F.lli Poscio S.r.l., Camozzi Industries S.p.A. e Prima Holding S.r.l., con quote rispettivamente del 41,3%, 16,3%, 16,3% e 11,3%. Il restante 10% è di Utilità Progetti e Sviluppo S.r.l. è detenuto da una persona fisica.

Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 492 milioni di euro e il fatturato realizzato dall'impresa oggetto di acquisizione è stato superiore a 49 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati rilevanti

I partecipanti alla presente operazione di concentrazione operano, dal punto di vista del prodotto, sui seguenti mercati rilevanti³:

- i)* mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale (su cui opera solo Utilità);
- ii)* mercato della vendita al dettaglio di gas naturale, ulteriormente suddivisibile nella vendita a clienti termoelettrici (*ii.a*, su cui opera solo Utilità), ai clienti finali di medio-grandi dimensioni, con consumi superiori a 200.000 mc/anno (*ii.b*, su cui operano Metano Nord e Utilità) e ai clienti finali di piccole dimensioni, con consumi inferiori a 200.000 mc/anno (*ii.c*, su cui operano Metano Nord e Utilità);
- iii)* mercato della commercializzazione di energia elettrica all'ingrosso (su cui opera solo Utilità);
- iv)* mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica, ulteriormente suddivisibile nella vendita ai clienti non domestici connessi in media e alta tensione (*iv.a*, su cui opera solo Utilità), ai clienti non domestici connessi in bassa tensione (*iv.b*, su cui operano Metano Nord e Utilità) e ai clienti domestici connessi in bassa tensione (*iv.c*, su cui operano Metano Nord e Utilità)⁴.

Sotto il profilo geografico, sono considerati di dimensione nazionale i mercati dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale (*i*), della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti termoelettrici (*ii.a*), della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti medio-grandi (*ii.b*), della commercializzazione di energia elettrica all'ingrosso (*iii*) e della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti non domestici connessi in media e alta tensione (*iv.a*)⁵.

Per quanto riguarda il mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni (*ii.c*), la dimensione geografica del medesimo è sempre stata considerata, nella prassi dell'Autorità, locale, tendenzialmente coincidente con i confini provinciali, che costituiscono anche il riferimento degli ATEM in relazione ai quali si determinerà, nei prossimi anni, una riallocazione delle concessioni comunali di distribuzione del gas⁶.

I mercati della vendita al dettaglio di energia elettrica a clienti finali non domestici (*iv.b*) e domestici (*iv.c*) connessi in bassa tensione, infine, secondo la prassi dell'Autorità, sono considerati anch'essi di dimensione geografica locale e tendenzialmente coincidente con il territorio provinciale, considerando che, dal lato della domanda, i costi di ricerca e di cambiamento del fornitore risultano ancora significativi e, dal lato dell'offerta, i costi di penetrazione sono elevati al

³ Si sono inclusi nell'operatività di Metano Nord sia i mercati in cui la società opera in proprio, sia quelli in cui opera per mezzo di Tradenergia, società interamente controllata.

⁴ La prassi decisionale dell'Autorità non distingue, invece, tra clienti finali in regime di maggior tutela o salvaguardia o sul "mercato libero".

⁵ Cfr. provv. n. 25451 del 5 maggio 2015, C11990 - *SEL-SOCIETÀ ELETTRICA ALTOATESINA/AZIENDA ENERGETICA* (provvedimento di avvio istruttoria) e riferimenti ivi contenuti.

⁶ *Ibidem*.

punto che sono ancora pochi gli operatori che riescono effettivamente a coprire porzioni significative del territorio nazionale⁷.

Gli effetti dell'operazione

Sui mercati dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale (*i*), della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti termoelettrici (*ii.a*), della commercializzazione di energia elettrica all'ingrosso (*iii*) e della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti non domestici connessi in media e alta tensione (*iv.a*) non si riscontra alcuna sovrapposizione tra le Parti, per cui la concentrazione notificata ha quale unico effetto su tali mercati la sostituzione di un operatore con un altro.

Peraltro, la quota di mercato detenuta dalla società acquisita, unica ad operare sui predetti mercati, non supera in nessun caso l'1%.

Per quanto concerne i mercati in cui si registrano sovrapposizioni tra le Parti, nei mercati della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti medio-grandi (*ii.b*), della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti non domestici connessi in media e alta tensione (*iv.a*) e ai clienti domestici connessi in bassa tensione (*iv.c*), la quota di mercato congiunta resta comunque in tutti i casi inferiore all'1%.

Per quanto riguarda il mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni (*ii.c*), solo in quattro casi la quota congiunta delle Parti è superiore all'1% (Province di Bergamo, Como, Parma e Pavia), di cui solo in un caso superiore al 5% (Provincia di Como).

Nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica a clienti finali non domestici connessi in bassa tensione (*iv.b*), infine, solo in quattro casi la quota congiunta delle Parti è superiore all'1% (Province di Milano, Modena, Perugia e Reggio Emilia), di cui in nessun caso superiore al 5%.

In nessuno dei mercati rilevanti per la concentrazione in esame la quota delle Parti, sia singolarmente che congiuntamente detenuta, è superiore al 10%.

Alla luce di quanto precede, l'operazione stessa non appare idonea a determinare alcuna significativa modifica delle condizioni concorrenziali dei mercati della commercializzazione all'ingrosso e al dettaglio di energia elettrica e gas naturale sul territorio nazionale.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non determina, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento verrà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

IL PRESIDENTE

⁷ *Ibidem.*

Roberto Chieppa

Giovanni Pitruzzella

SEPARAZIONI SOCIETARIE

SP157 - H3G/CONDOTTE POSTE ITALIANE E POSTEMOBILE

Provvedimento n. 25490

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO in particolare l'art. 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90 ai sensi del quale al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 dell'art. 8 della legge n. 287/90, rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-*bis* della medesima legge beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti;

VISTO il Decreto Legislativo 22 luglio 1999, n. 261;

VISTA la comunicazione di Poste Italiane del 6 dicembre 2007, con la quale è stata comunicata la costituzione di una società separata al fine dello svolgimento di servizi di telecomunicazione;

VISTA la denuncia di H3G S.p.A. del 19 gennaio 2015;

VISTA la documentazione presente nel fascicolo;

VISTI gli atti del procedimento;

RITENUTO che la società Poste Italiane S.p.A. (di seguito, Poste Italiane) in quanto concessionaria del servizio postale universale ai sensi dell'art. 23 Decreto Legislativo n. 261/99, è impresa che esercita la gestione di un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 8 comma 2-*bis*, della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che la società Poste Italiane, attraverso la controllata Poste Mobile S.p.A.. (di seguito, Poste Mobile), esercita attività in regime di libera concorrenza sul mercato delle telecomunicazioni mobili utilizzando la propria rete di uffici postali per la distribuzione al pubblico dei beni e servizi connessi a tale attività;

CONSIDERATO che, dagli atti del procedimento, risulta che Poste Italiane, dietro esplicita e reiterata richiesta di un operatore concorrente di Poste Mobile (H3G S.p.A.), non avrebbe dato seguito a tale richiesta di fatto rifiutando l'accesso alla propria rete postale a condizioni equivalenti a quelle praticate alla propria controllata Poste Mobile;

CONSIDERATO che Poste Italiane, in quanto affidataria del servizio postale universale, ove renda disponibili a società da essa partecipate o controllate nei mercati diversi da quelli postali beni o servizi, anche informativi, di cui abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte nei servizi postali è tenuta a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti;

RITENUTO pertanto che Poste potrebbe essere incorsa in una violazione dell'art. 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90;

DELIBERA

- a) di avviare un'istruttoria nei confronti di Poste Italiane S.p.A. ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, al fine di accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 8, comma 2, *quater*, commessa attraverso il rifiuto di consentire l'accesso alla rete postale ad un concorrente di Poste Mobile, a condizioni equivalenti a quelle applicate a quest'ultima;
- b) che il responsabile del procedimento è la dott.ssa Valentina Depau;
- c) la fissazione del termine di sessanta giorni, decorrente dalla notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei rappresentanti legali della Parte, o di persone da essa delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Credito, della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;
- d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la direzione Credito , della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti della parte o da persone da essa delegate;
- e) che il procedimento deve concludersi il 31 dicembre 2015.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1194 - COMUNE DI SEVESO (MB) - IMPIANTI DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA DI PROPRIETÀ ENEL SOLE SRL

Roma, 5 marzo 2015

Consiglio Comunale del Comune di
Seveso

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 25 febbraio 2015, ha deliberato di esprimere il proprio parere ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal Decreto-Legge 6 dicembre 2011, n. 201, relativamente al contenuto della Deliberazione n. 24 assunta dal Consiglio del Comune di Seveso in data 21 novembre e avente a oggetto: "*Acquisizione al patrimonio comunale degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà Enel Sole Srl, esistenti sul territorio comunale di Seveso e indirizzo per la riqualificazione degli stessi*". Con il richiamato provvedimento il Consiglio Comunale di Seveso ha deliberato al contempo di acquistare in via bonaria gli impianti di illuminazione pubblica di proprietà della società Enel Sole Srl presenti nel territorio comunale e di affidare alla stessa società, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera b), del Decreto Legislativo n. 163/06 (Codice degli appalti), i lavori di riqualificazione e di cd. spromiscuamento di parte degli impianti oggetto di cessione.

L'Autorità, sul punto, intende svolgere le seguenti considerazioni.

Con riguardo, in particolare, all'affidamento alla società Enel Sole Srl dei lavori di efficientamento illuminotecnico degli impianti di illuminazione pubblica del Comune di Seveso non sembrano, nel caso di specie, ricorrere i presupposti applicativi del richiamato art. 57, comma 2, lettera b), del Codice degli appalti. Infatti, Enel Sole Srl cedendo la proprietà dei propri impianti ne perde la disponibilità e, di conseguenza, qualsiasi diritto di esclusiva. Inoltre, nessuna esclusiva in favore della predetta società potrebbe derivare dalla copertura brevettuale della tecnologia utilizzata per la realizzazione dei lavori in questione (*i.e.* "Archelide") perché, e come emerso anche nel dibattito consiliare di cui alla relativa Trascrizione, quella di Enel Sole S.r.l. non è la sola tecnologia presente sul mercato per effettuare questo tipo di lavori. Infine e per completezza, si osserva che l'attività di c.d. spromiscuamento degli impianti è di competenza di Enel Distribuzione e non di Enel Sole Srl.

L'AVCP (ora ANAC), del resto e proprio nel valutare gli affidamenti con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando *ex* art. 57, comma 2, lettera b), del Codice degli appalti in favore di Enel Sole Srl, ha inteso sottolineare con forza che tali procedure di aggiudicazione

assumono carattere eccezionale e sono ammesse nei soli casi tassativamente previsti dalle vigenti disposizioni normative in materia.¹

Dalla documentazione disponibile sembra emergere che l'aggiudicazione a Enel Sole Srl senza gara delle opere di riqualificazione degli impianti sarebbe stata giustificata dai risparmi ottenuti sia direttamente sia attraverso il contemporaneo – e collegato – ottenimento della proprietà degli impianti stessi attraverso una procedura di acquisto bonario. Posto che tale motivazione non appare in alcun modo sufficiente a legittimare una procedura di aggiudicazione che, come visto, deve avere carattere eccezionale e rispondere ai tassativi requisiti previsti dalla legge, la stessa non appare nemmeno sufficientemente suffragata dalle evidenze disponibili. Infatti, dal dibattito in sede di Consiglio comunale è emerso che l'economicità del contratto di efficientamento proposto da Enel Sole Srl sarebbe, in sostanza, fondata su mere ipotesi di risparmio di spesa non riscontrate da approfondimenti istruttori. Anche la valutazione in ordine alla maggiore convenienza della procedura di acquisto bonario rispetto a quella di riscatto non appare rigorosa perché, da quanto risulta dal dibattito in Consiglio comunale, essa si baserebbe sul confronto tra il valore contabile degli *asset* fornito da Enel Sole Srl e quello del cd. VIR “*determinato preliminarmente e unilateralmente da ES*”, senza alcuna verifica dei dati da parte del Comune, in contrasto con quanto previsto dalla normativa sulla procedura di riscatto, secondo cui l'importo del cd. VIR non è definito unilateralmente dal venditore ma a esito di una procedura in contraddittorio che, in caso di perdurante disaccordo, si conclude con il ricorso a un arbitraggio *ad hoc*.

Quanto precede conferma, quindi, che la gara a evidenza pubblica è il sistema che riesce a mettere a confronto in modo trasparente l'economicità e le caratteristiche tecniche delle possibili offerte, consentendo all'Amministrazione/stazione appaltante di scegliere in modo consapevole anche al fine di ottenere risparmi di spesa.

La violazione delle regole in materia di procedure di appalto costituisce di per sé un *vulnus* alla concorrenza, in quanto, in ogni caso, sottrae una parte dell'offerta al confronto competitivo e, inoltre, conferisce all'operatore che ne beneficia una posizione di vantaggio competitivo anche negli altri mercati di commesse pubbliche e private per la vendita di sistemi di riqualificazione ed efficientamento energetico, alterando, di conseguenza, la *par condicio* tra gli operatori.²

Nel caso di specie, inoltre, l'aggiudicazione non legittima ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera b), del Codice degli appalti, in favore di Enel Sole è idonea a pregiudicare anche il corretto svolgimento sia della futura gara per l'affidamento della gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione comunale sia quella per l'affidamento dei lavori di riqualificazione ed efficientamento energetico della porzione della rete che non rientra nei lavori attualmente aggiudicati. A questo proposito, infatti, dal dibattito consiliare di cui alla relativa Trascrizione emerge che i lavori di efficientamento illuminotecnico e di cd. spomiscuamento aggiudicati a Enel Sole Srl riguardano un numero di impianti pari a circa il 49% degli impianti di illuminazione ceduti dalla stessa società e al 45% dell'insieme degli impianti presenti sul territorio comunale.

Enel Sole Srl, al momento della gara per l'affidamento della gestione e manutenzione degli impianti si troverà non solo nella posizione di vantaggio tipica dell'operatore uscente ma sarà ulteriormente favorita dalla circostanza di aver proceduto all'ammodernamento di gran parte della

¹ Deliberazione AVCP n. 10, Adunanza del 19 dicembre 2012.

² L'AVCP (ora ANAC) ha, in proposito, sottolineato che la stessa giurisprudenza amministrativa in materia di turbativa della concorrenza ha ritenuto “*che il privilegio economico [...] [si] concretizza anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese che si può realizzare anche garantendo a una impresa una partecipazione certa al mercato a cui appartiene garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire se non tutte la maggior parte delle spese generali; in sintesi un minimo garantito*” (cfr. Deliberazione AVCP n. 10, Adunanza del 19 dicembre 2012).

rete di illuminazione pubblica comunale e, quindi, dalla conoscenza dettagliata delle caratteristiche tecniche e delle necessità di manutenzione degli impianti del Comune di Seveso.

La stessa società si troverà, del pari, in una posizione di vantaggio anche in caso di svolgimento della gara per la riqualificazione illuminotecnica della parte restante degli impianti comunali, perché potrà presentare un piano di riqualificazione che omogenizza la tecnologia già in utilizzo, vale a dire quella oggetto del brevetto “Archelide” che sarà impiegata per i lavori attualmente in questione.

L’Autorità, in conclusione, ritiene che la Deliberazione del Consiglio del Comune di Seveso n. 24, del 21 novembre 2011, costituisca, nella parte in cui ha affidato alla società Enel Sole Srl i lavori di adeguamento illuminotecnico in oggetto ai sensi dell’art. 57, comma 2, lettera b) del Decreto Legislativo n. 163/06 senza che ne ricorsero i presupposti applicativi, una violazione del principio di libera concorrenza che, insieme a quelli necessariamente correlati di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità, deve informare, ai sensi dell’art. 2 del medesimo Decreto Legislativo n. 163/06, le procedure di affidamento e l’esecuzione di opere, lavori pubblici, servizi e forniture.

Ai sensi dell’articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, il Comune di Seveso dovrà comunicare all’Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l’Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell’Autorità ai sensi dell’articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Seveso al parere espresso dall’Autorità, ex art. 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione n. 24/2014, con cui il Consiglio del Comune di Seveso ha approvato la proposta della società Enel Sole Srl di cessione cd. bonaria di suoi impianti di illuminazione pubblica e di affidamento in suo favore dei lavori di riqualificazione illuminotecnica di parte degli impianti ceduti.

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 27 maggio 2015, ha deliberato di impugnare davanti al Tar della Lombardia la Deliberazione con cui il Comune di Seveso ha deciso di approvare la proposta della società Enel Sole Srl di procedere all’acquisto cd. bonario di suoi impianti di illuminazione pubblica e di affidare in suo favore i lavori di riqualificazione illuminotecnica di parte degli impianti ceduti.

Nel parere motivato deliberato nella riunione del 25 febbraio 2015 ai sensi dell’art. 21- bis della legge n. 287/1990, l’Autorità aveva, in particolare, rilevato che il richiamato provvedimento, nella parte in cui ha approvato l’affidamento, ex art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 163/2006, alla società Enel Sole Srl dei lavori di riqualificazione illuminotecnica di parte degli impianti di illuminazione pubblica oggetto di cessione bonaria, integrava una violazione dei principi in materia di procedure di appalto e, quindi, dei sottostanti principi a tutela della concorrenza di cui costituiscono diretto precipitato.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell’Autorità, il Comune di Seveso, con comunicazione pervenuta il 30 aprile 2015, trasmetteva, in particolare, copia della Determinazione dirigenziale n. 16 del 2 febbraio 2015 avente a oggetto “*Riqualificazione impianti di pubblica illuminazione. Determinazione in esecuzione alla deliberazione del Consiglio Comunale n. 24 del 21/11/2014*” e la Deliberazione consiliare n. 8 del 28 aprile 2015, recante “*Modifiche e integrazioni alla deliberazione del Consiglio Comunale n. 24 del 21/11/2014*”, mediante cui ha, nella sostanza, confermato la decisione di affidare alla società Enel Sole Srl, ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. b), D.lgs. n. 163/2006, i lavori di adeguamento illuminotecnico di parte degli impianti di illuminazione pubblica presenti nel territorio comunale.

Preso atto del mancato adeguamento dell’Amministrazione al proprio parere reso il 25 febbraio 2015, l’Autorità ha disposto sia l’impugnazione della Deliberazione n. 24/2014 del Comune di Seveso davanti al Tar della Lombardia sia di esercitare nuovamente i poteri di cui all’art. 21-bis, legge n. 287/1990, in merito alle citate Determinazione dirigenziale n. 16/2015 e Deliberazione consiliare n. 8/2015.

AS1195 - SVOLGIMENTO DEI SERVIZI POSTALI NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI

Roma, 6 maggio 2015

Ministero della Giustizia

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ritiene opportuno svolgere le seguenti osservazioni in merito a possibili restrizioni relative allo svolgimento dei servizi postali negli istituti penitenziari.

Infatti, in base alle informazioni disponibili, emerge che le amministrazioni penitenziarie, fra cui la Casa Circondariale di Santa Maria Capua Vetere, consentono solo alla società Poste Italiane S.p.A. di svolgere, in un regime di esclusiva di fatto, i servizi postali relativi alla corrispondenza dei detenuti ciò senza che tale affidamento sia stato preceduto da un confronto competitivo tra gli operatori del settore.

Al riguardo, l'Autorità ricorda che il D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261 e s.m., ha, dal 31 dicembre 2010, completamente liberalizzato i servizi postali nei mercati italiani facendo venire meno la riserva in capo a Poste Italiane del diritto di fornire in esclusiva una vasta gamma di servizi postali, fatte salve solo due eccezioni ad oggi vigenti: la notifica degli atti giudiziari e la notifica delle contravvenzioni al Codice della Strada.

La prassi univoca delle amministrazioni penitenziarie di attribuire solo a Poste Italiane la gestione dei servizi postali negli istituti di pena ha, invece, l'effetto di ampliare, in assenza di una specifica disposizione normativa in tal senso, il novero di attività che possono essere sottratte, per motivi di ordine pubblico, alle libere dinamiche concorrenziali ed essere svolte in esclusiva da Poste Italiane S.p.A..

Inoltre, anche laddove dovessero essere sussistenti ragioni obbiettive per limitare la prestazione dei servizi postali aventi ad oggetto la corrispondenza dei detenuti ad un unico operatore, la selezione di quest'ultimo dovrebbe avvenire nel rispetto del più ampio confronto competitivo tra tutte le imprese eventualmente interessate e, pertanto, attraverso l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica volta ad assicurare la più ampia partecipazione delle imprese attive sui mercati postali. In questo senso, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha recentemente pubblicato le Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, nelle quali viene rimarcata, proprio in questo settore, l'importanza di selezionare i contraenti attraverso procedure di evidenza pubblica¹.

In conclusione, appare necessaria che le amministrazioni competenti individuino modalità di prestazione dei servizi postali che non comprimano la concorrenza nella prestazione di tali attività. L'Autorità auspica, quindi, che le amministrazioni penitenziarie tengano in adeguata considerazione le suesposte osservazioni, al fine di garantire e promuovere lo sviluppo di efficaci dinamiche competitive nei mercati postali, ormai oggetto di piena liberalizzazione.

¹ Determina del 9 dicembre 2014, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 1 del 2-1-2015.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente.

L'Autorità ringrazia per l'attenzione riservata allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

AS1196 - SERVIZI AUTORIZZATI DI LINEA CON AUTOBUS

Roma, 30 aprile 2015

Direttore Generale della Direzione
Generale della Mobilità
Giunta Regionale della Campania

In data 10 marzo 2015 è pervenuta all'Autorità una richiesta di parere ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 da parte della Giunta Regionale della Campania – Direzione Generale per la mobilità.

La richiesta di parere verte su una bozza del *“Regolamento di attuazione dell'articolo 39, comma 3, della legge regionale 28 marzo 2002, n. 3 (Riforma del trasporto pubblico locale e sistemi di mobilità della Regione Campania) in materia di esercizio dei servizi autorizzati di linea con autobus, senza oneri a carico della Regione e degli enti locali”*. Tale Regolamento disciplina i criteri e le modalità per il rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico con autobus, svolti senza oneri finanziari a carico della Regione e degli enti locali competenti, in regime di mercato. In particolare, il Regolamento consta di 17 articoli dedicati ai vari aspetti del regime autorizzativo che la Regione intende attuare, applicandolo sia ai servizi autorizzati che ai c.d. servizi gran turismo ed a taluni servizi speciali¹.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, intende svolgere alcune considerazioni limitatamente alle questioni concorrenziali inerenti la bozza di Regolamento in esame.

In via preliminare si osserva che per taluni aspetti il Regolamento contribuisce a migliorare il quadro normativo attualmente previsto dalla disciplina per i servizi di competenza statale a cui esso si ispira esplicitamente. Ci si riferisce in particolare alla previsione di una chiara disciplina del procedimento, che specifica anche fasi e termini infraprocedimentali (art. 3), all'esplicita statuizione del fatto che l'autorizzazione non costituisce diritto di esclusiva per l'effettuazione del servizio (art. 3), nonché alla richiesta di dichiarare, oltre alla conformità agli obblighi di separazione contabile previsti dalla normativa comunitaria, anche il rispetto degli obblighi imposti dalla normativa a tutela della concorrenza per le attività svolte in mercati liberalizzati (art. 4).

L'Autorità intende tuttavia sottolineare alcuni aspetti potenzialmente problematici sotto il profilo concorrenziale, soprattutto in considerazione della rilevanza dei temi che richiamano.

¹ L'art. 3 della L.R. n. 3/2002 distingue i servizi di trasporto oltre che in base all'ambito territoriale anche in base alle finalità, classificando in particolare i servizi pubblici di linea in: “1) regolari, quando sono rivolti a tutte le categorie di utenti, l'orario e l'itinerario sono individuati, eventualmente anche in una articolazione variabile; la frequenza e la tariffa sono predeterminate; 2) speciali, quando sono riservati a categorie specifiche di utenti; 3) a chiamata[...]; 4) servizi in territori a domanda debole [...]; 5) sperimentali [...]; 6) di gran turismo, quando hanno finalità esclusivamente turistiche con tariffa remunerativa del costo”.

Desta perplessità principalmente il contenuto dell'articolo 5 del Regolamento, intitolato "Verifica di compatibilità", che individua i casi in cui l'autorizzazione può essere negata e prevede, in particolari circostanze, la possibilità di contingentamento delle autorizzazioni.

In particolare, l'art. 5, comma 1, prevede la possibilità di negare l'autorizzazione, qualora fosse riscontrata una significativa sovrapposizione con i servizi minimi regionali ed i servizi aggiuntivi. Ad avviso della Regione tale disposizione mira a rispondere all'esigenza di evitare fenomeni di *cream skimming* idonei a compromettere la sostenibilità finanziaria dei contratti di servizio in essere.

Sul punto, occorre in primo luogo rilevare che solo laddove la scelta dell'impresa incaricata degli obblighi di servizio pubblico sia stata effettuata mediante una procedura ad evidenza pubblica può invocarsi la presunzione che l'impresa sia in grado di fornire i servizi al costo minore per la collettività e che, quindi, i corrispettivi a copertura degli obblighi di servizio pubblico non eccedano quanto necessario. Pertanto solo in queste circostanze appare *prima facie* giustificabile una tutela, nel senso sopra indicato, della sostenibilità finanziaria del relativo contratto di servizio. In secondo luogo, una tale finalità potrebbe comunque essere perseguita anche con modalità meno restrittive del diniego di autorizzazione, prevedendo, nel rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato ed ove ne sia accertata l'indispensabilità, il pagamento di diritti di compensazione, tali da neutralizzare l'eventuale e comprovata compromissione dell'equilibrio economico, in analogia con la normativa nazionale e comunitaria in caso di compromissione di un contratto di servizio relativo al trasporto ferroviario di passeggeri.

È importante sottolineare che l'analisi finalizzata alla verifica dell'entità del rischio di compromissione dell'equilibrio economico di un contratto di servizio, correlato all'avvio di un servizio di trasporto autorizzato, è un'attività di natura prettamente regolatoria, che deve essere svolta anche al fine di scongiurare il rischio di conflitti di interesse possibili ove la Regione partecipasse al capitale azionario di una società titolare di un contratto di servizio oggetto di investigazione.

In effetti, questo è il metodo applicato nel TPL su ferro, dove il regolatore (l'Autorità di Regolazione dei Trasporti) è tenuto a valutare - sulla base di modalità prestabilite - il rischio di compromissione economica dei contratti di servizio in caso di ingresso di operatori di mercato, in applicazione dell'articolo 59 della legge n. 99/2009 che ha recepito la Direttiva comunitaria 2007/58/CE². In assenza di una specifica disciplina applicabile ai servizi di trasporto su gomma autorizzati, la cui tempestiva introduzione è auspicata dall'Autorità, appare comunque necessario che codesta Regione, ove chiamata ad esercitare un simile compito, svolga la propria valutazione ancorandola alle considerazioni sopra riportate nonché a predefiniti criteri e parametri oggettivi (come ad esempio l'effetto sulla redditività di tutti i servizi coperti da un dato contratto), che, applicati caso per caso, siano in grado di determinare se l'introduzione di un nuovo servizio su una linea inserita in un contratto di servizio possa effettivamente comprometterne l'equilibrio economico.

In ogni caso, anche laddove fosse provato, sulla base di criteri oggettivi, che una nuova autorizzazione potrebbe compromettere la sostenibilità finanziaria di un contratto di servizio in essere, dovrebbero prevedersi, nel rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato, diritti di

² Sulle complessità insite nella valutazione dei casi di compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio nel trasporto cfr. a riguardo anche il procedimento istruttorio A436 *Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, concluso in data 25 luglio 2012, nonché la segnalazione AS986 *Decreto dirigenziale URSF concernente la compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio ferroviario* del 6 settembre 2012.

compensazione, riservandosi il ricorso al diniego di autorizzazione solo in casi eccezionali non gestibili altrimenti³.

In questa prospettiva, eventuali altri obiettivi di interesse generale che l'amministrazione dovesse reputare meritevoli di tutela, quali la qualità ambientale e la tutela della salute, menzionate nell'articolo 5, comma 1, dovrebbero essere perseguiti con strumenti e modalità differenti, non essendo sufficiente e comunque adeguata allo scopo la valutazione di elementi economici come la quantità ed i prezzi del nuovo servizio. A parere dell'Autorità è quindi opportuno che codesta Amministrazione, nel riformulare il testo dell'articolo 5, comma 1, provveda ad eliminare il riferimento a finalità ulteriori come la qualità ambientale e la tutela della salute.

Analoghe considerazioni valgono, *a fortiori*, per l'articolo 5, comma 3, dedicato ai servizi commerciali c.d. "gran turismo"⁴. Il comma 3 tiene senz'altro conto del fatto che tali servizi hanno caratteristiche molto diverse dai servizi ordinari di linea, sia in termini di domanda servita che di prezzi ed infatti prevede che "*l'autorizzazione per i servizi di gran turismo non può essere negata qualora alla parziale sovrapposizione fisica dei percorsi non corrisponda una significativa sovrapposizione dell'utenza, tenuto conto anche dei livelli tariffari offerti*". Anche in questo caso, tuttavia, sarebbe auspicabile il ricorso ad una prassi analoga a quella suggerita con riferimento al comma 1, che preveda in particolare una formulazione più puntuale del criterio, oggettivo e predeterminato, da utilizzare per stabilire in quali specifici casi può dirsi soddisfatto il requisito di "non significativa sovrapposizione dell'utenza", posto che, in linea di principio, i servizi in questione sono servizi a vocazione turistica e per loro natura si rivolgono ad un'utenza diversa da quella che tipicamente fruisce dei servizi soggetti ad obblighi di servizio pubblico. Ciò anche in considerazione della forte vocazione turistica della Regione Campania, circostanza che potrebbe favorire un ampio sviluppo di servizi di mercato nel trasporto su gomma, senza detrimento alcuno per i servizi di trasporto pubblico locale contribuiti.

Sempre con riferimento all'articolo 5, l'Autorità ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni in relazione al comma 2, il quale introduce "*per i territori isolani e per ambiti caratterizzati da una rete viaria insufficiente*" la facoltà per la Giunta regionale di prevedere contingentamenti del numero massimo di autorizzazioni, o in alternativa "*distanziamenti temporali rispetto ai servizi minimi o aggiuntivi*", previa consultazione con gli enti locali interessati. Anche a tale riguardo, sempre per diminuire il rischio che l'esito dei procedimenti di valutazione delle istanze di autorizzazione abbia effetti anticoncorrenziali, sarebbe auspicabile che l'Amministrazione rivedesse il testo del comma 2, in particolare chiarendo in modo più puntuale le caratteristiche degli "*ambiti con rete viaria insufficiente*" evocati dalla disposizione.

Infine, nell'ottica di minimizzare il rischio di condotte potenzialmente restrittive della concorrenza nel trasporto commerciale su gomma, l'Amministrazione potrebbe valutare la possibilità di introdurre nel Regolamento appropriati incentivi a favore delle domande di autorizzazione da parte di singoli operatori in luogo di quelle presentate dalle "riunioni di imprese" richiamate all'articolo 3, comma 3, della bozza di regolamento, considerato che le caratteristiche del servizio in

³ L'attuale formulazione dell'articolo 5, comma 1, della bozza di regolamento, è la seguente: "*La Regione, per il rilascio delle autorizzazioni di propria competenza o nell'espressione del parere vincolante per i servizi di competenza degli enti locali, verifica la coerenza, la compatibilità e la non sovrapposizione con la rete dei servizi minimi e aggiuntivi, anche tenendo conto della sicurezza della circolazione, degli obiettivi di qualità ambientale e di tutela della salute dei cittadini di cui all'articolo 2, comma 1, lettera f) della legge regionale n. 3/2002. Per la verifica la Regione prende in considerazione le caratteristiche del servizio proposto, il percorso, il programma di esercizio, le tariffe*".

⁴ Si tratta di servizi che hanno finalità esclusivamente turistiche con tariffa remunerativa del costo (secondo la definizione della legge regionale n. 3/2002).

questione, di norma, ne consentono un'esecuzione profittevole anche da parte di imprese di piccole dimensioni.

L'Autorità invita codesta Amministrazione a riformulare la bozza di Regolamento nel senso sopra indicato, con l'intento di creare un contesto di regole idoneo al più ampio sviluppo del mercato dei servizi di trasporto su gomma non soggetti a contribuzione.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate dall'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

AS1197 - SCHEMA DI ATTO DI REGOLAZIONE IN MATERIA DI GARE DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Roma, 30 aprile 2015

Presidente dell'Autorità di
Regolazione dei Trasporti

In data 20 marzo 2015 è pervenuta all'Autorità una richiesta di parere da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito anche ART) ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo d'intesa sottoscritto tra l'Autorità e l'ART il 27 agosto 2014.

La richiesta di parere verte sullo "*Schema di atto di regolazione recante misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici*" predisposto dall'ART nell'ambito dei poteri di regolazione in materia di gare previsti dalla legge istitutiva¹.

Lo schema di atto di regolazione sottoposto all'attenzione dell'Autorità si propone di individuare un insieme di misure volte ad agevolare la realizzazione di procedure competitive per l'affidamento dei servizi di TPL, su gomma e/o su ferro. A tal fine l'ART prevede misure che disciplinano il contenuto dei bandi di gara (Titolo I), misure sul contenuto dei contratti di servizio (Titolo II) e misure sui criteri di nomina delle Commissioni aggiudicatrici (Titolo III), integrando, in modo più o meno estensivo a seconda dei casi, la disciplina comunitaria e nazionale applicabile. Nel complesso, l'Autorità valuta positivamente il contenuto dell'atto di regolazione, poiché esso affronta i principali nodi critici che hanno sinora ostacolato la realizzazione di procedure di affidamento dei servizi realmente competitive, quali in particolare le problematiche connesse al trasferimento al nuovo gestore sia dei beni strumentali allo svolgimento del servizio sia del personale, nonché i rischi di indebiti vantaggi a beneficio degli incumbent connessi con le forti asimmetrie informative esistenti tra questi ed i nuovi operatori².

Tutto ciò premesso, preme rilevare che gli obiettivi di miglioramento delle condizioni concorrenziali nelle gare del TPL, perseguiti dall'atto di regolazione, rischiano di essere vanificati poiché il provvedimento non affronta il tema della **dimensione dei lotti di gara** ed in particolare le criticità concorrenziali connesse con lo svolgimento di gare a lotto unico, soprattutto laddove il lotto è particolarmente ampio poiché coincidente con l'intero bacino regionale. In un'ottica

¹ Articolo 37, comma 2, lettera f, Decreto Legge n. 201/2011.

² SI tratta di questione su cui l'Autorità è più volte intervenuta. Cfr. *ex multis* caso AS658 Regione Piemonte, Gare per l'affidamento di servizi ferroviari regionali in Boll. n. 3/2010; caso AS262 Reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale in Boll. n. 26/2003; caso AS453 Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica in Boll. n. 17/2008; AS1117 Regione Umbria-Bandi di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse regionale e locale in Boll. n. 13/2014.

antitrust il tema è di grande rilevanza, poiché l'individuazione di un numero di lotti superiore al bacino di programmazione è condizione necessaria (ovviamente tenendo in debito conto delle caratteristiche del mercato) per garantire la più ampia contendibilità delle gare, che sarebbero altrimenti riservate a pochissimi partecipanti; inoltre lotti eccessivamente ampi tendono ad incentivare fenomeni di aggregazione tra operatori, che coinvolgono gli *incumbent*, finalizzati non alla ricerca di una superiore efficienza realizzata attraverso la crescita dimensionale, bensì al mero mantenimento delle precedenti posizioni. Né d'altro canto si rinvengono sufficienti ragioni di efficienza connesse con la definizione *ex ante* di lotti di dimensioni molto ampie, atteso l'impatto trascurabile delle economie di scala nel TPL su gomma e, in buona misura, anche nel TPL su ferro. A ben vedere, la dimensione dei lotti incide in modo sostanziale proprio sulle principali criticità delle procedure di gara che l'ART affronta nell'atto di regolazione, come la disponibilità dei beni strumentali per lo svolgimento del servizio, il trasferimento del personale dal gestore uscente al nuovo gestore, l'accesso alle informazioni rilevanti. La soluzione di simili questioni varia infatti, e diventa sempre più complessa, all'aumentare delle dimensioni del lotto, come emerge con chiara evidenza, ad esempio, con riferimento al tema della disponibilità del materiale rotabile: è evidente che per lotti piccoli è più facile procurarsi in tempi ragionevoli il materiale richiesto e dunque è possibile ampliare la platea dei partecipanti alla gara.

Per tali ragioni, l'Autorità auspica che l'ART riveda lo schema di atto di regolazione nel senso di prendere in considerazione anche la tematica della dimensione dei lotti rispetto ai bacini di programmazione.

Con specifico riferimento alle diverse sezioni dell'atto, in una prospettiva antitrust le misure di maggiore interesse sono quelle contenute nel Titolo I, che detta regole sul contenuto dei bandi, soprattutto nel Capo I e nel Capo II, dedicati ai beni strumentali, al personale ed all'accesso alle informazioni (misure 1-11). Nel loro insieme, l'introduzione di misure regolatorie su tali temi appare condivisibile poiché dirette ad agevolare la più ampia partecipazione alle gare, a prescindere dalla modalità prescelta dall'ente affidante - procedura ad evidenza pubblica o trattativa privata - fermo restando ovviamente il *favor* dell'Autorità per il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica.

Un particolare apprezzamento merita la previsione (misura 2 §5) di una **procedura di consultazione ad hoc tra l'ente affidante ed i soggetti portatori di interesse**, da svolgersi a partire dalla pubblicazione dell'avviso sulla GUCE previsto dall'articolo 7 del Regolamento 1370/2007, al fine di accertare la natura dei vari beni strumentali ed il conseguente regime di trasferimento, applicando i criteri individuati dall'ART, nonché per identificare il perimetro del personale da trasferire al gestore subentrante. L'Autorità valuta altresì con favore il fatto che gli enti affidanti siano tenuti a dare conto della procedura di consultazione in una relazione allegata ai documenti di gara (misura 2 §6); il contenuto della relazione, infatti, dovrebbe consentire di individuare, già prima dello svolgimento della procedura, le gare maggiormente soggette a criticità concorrenziali, agevolando così anche l'attività di segnalazione e/o di *enforcement* dell'Autorità (qualora ad esempio emergessero scelte dell'ente affidante volte a favorire ingiustificatamente l'*incumbent* ovvero strategie del gestore corrente finalizzate ad ostacolare la partecipazione alla gara di altri operatori).

Per altro profilo, l'Autorità ritiene opportuno evidenziare alcuni elementi di criticità connessi con la **tripartizione dei beni strumentali** (essenziali, indispensabili, commerciali) adottata dall'ART nel titolo I, Capo I. Infatti, accanto alla categoria dei beni essenziali, per la quale l'ART individua requisiti sostanzialmente analoghi a quelli che caratterizzano nel diritto antitrust le c.d. *essential facility* (in relazione alle quali va garantito un accesso equo e non discriminatorio a tutti gli

operatori interessati), l'ART definisce una categoria *ad hoc*, quella dei beni indispensabili. Si tratta di quei beni, mobili ed immobili (materiale rotabile, depositi, officine, ecc.) che, a seconda del contesto in cui si svolge ogni singola gara, possono rivelarsi indispensabili per lo svolgimento del servizio di TPL da parte del gestore pur senza tuttavia risultare strettamente essenziali, dal momento che non sono condivisibili, cioè possono essere utilizzati esclusivamente dal gestore del servizio di TPL dopo la fase competitiva per il mercato rappresentata dalla gara.

A ben vedere, in un'ottica di tutela della concorrenza, a prescindere dalla tipizzazione del bene, come essenziale (è questo il caso delle reti ferroviarie e di altre infrastrutture condivisibili, ad esempio depositi utilizzabili anche per servizi diversi da quelli oggetto della gara, come il trasporto ferroviario nazionale) o indispensabile, è fondamentale fornire ai soggetti interessati a partecipare alla gara garanzie sulla piena disponibilità dei beni strumentali allo svolgimento del servizio - che non possono essere reperiti sul mercato in tempi e a costi ragionevoli - sin dal momento in cui inizia l'affidamento e poi assicurare il subentro del nuovo operatore. Questo obiettivo può essere ovviamente perseguito attraverso la previsione di adeguati obblighi di messa a disposizione per tali beni, siano essi essenziali o indispensabili, circoscrivendo l'obbligo di messa a disposizione ai soli beni qualificati, a ragione, come indispensabili (o invece essenziali), per evitare il rischio che un bando di gara preveda obblighi ingiustificatamente gravosi di mantenere e rilevare beni che potrebbero non essere strettamente necessari allo svolgimento dei servizi oggetto di gara, disincentivando così la partecipazione di operatori diversi dall'incumbent.

Tutto ciò considerato, stante la particolare rilevanza concorrenziale del tema, sarebbe opportuno che l'ART, anche per evitare indebite confusioni che potrebbero interferire con l'applicazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90 o dell'articolo 102 TFUE da parte dell'Autorità, chiarisse meglio sia il regime dei beni indispensabili individuato dalla misura 4 che i criteri per la qualificazione di un bene come indispensabile, con particolare riguardo al requisito della non duplicabilità. In particolare, sarebbe innanzitutto opportuna, nella misura 4, maggiore chiarezza sull'esistenza di un obbligo di messa a disposizione dei beni indispensabili e sulle condizioni richieste per renderlo cogente nelle singole gare, evidenziando in particolare che tale obbligo debba valere anche per quei beni non condivisibili che, pur in teoria duplicabili a costi socialmente sostenibili, risultino comunque "temporaneamente indispensabili". A tal fine, l'ART dovrebbe specificare - nelle varie parti del testo in cui si fa riferimento ai beni indispensabili (mobili ed immobili) - l'importanza della dimensione temporale nelle gare per l'affidamento del servizio di TPL. Molto spesso, infatti, in tali gare sono coinvolti beni e infrastrutture che, ove ci si limitasse ai profili tecnici o economici, sarebbero duplicabili "a costi socialmente sostenibili" ma che, in considerazione dell'orizzonte temporale previsto dallo specifico bando di gara per l'avvio del servizio e/o del contesto in cui si svolge la gara, possono, almeno temporaneamente, essere "indispensabili" perché non immediatamente duplicabili. Questo può essere il caso, ad esempio, del materiale rotabile (di norma duplicabile), qualora un bando preveda la disponibilità in tempi brevi di molti treni con caratteristiche analoghe a quelle dei treni usati dal gestore *incumbent*; tale situazione potrebbe verificarsi anche laddove per espletare il servizio fosse necessaria una determinata area di manutenzione o di deposito, anch'essa duplicabile a costi ragionevoli in un sito alternativo e con caratteristiche analoghe a quelle del sito a disposizione del gestore corrente, ma in tempi non pienamente coerenti con quelli previsti dalla gara (ad esempio, se l'avvio del servizio fosse previsto dopo 2 mesi dall'aggiudicazione ma per costruire la nuova area fossero necessari 10 mesi). Inoltre, sarebbe auspicabile che l'ART chiarisse meglio che le modalità di finanziamento dei beni interessati (prevalente finanziamento pubblico o autofinanziamento) non influiscono sull'obbligo di disponibilità del bene stesso se qualificato come "indispensabile" (a tempo

determinato o indeterminato). Semmai, le modalità di finanziamento possono assumere, correttamente, rilievo nel definire il regime più appropriato di subentro nel diritto di proprietà (locazione o cessione).

Sempre in relazione al regime di trasferimento dei beni, ad avviso dell'Autorità desta perplessità la fissazione di un tetto ai **canoni di locazione**, pari al 10% del valore del bene (misura 6). Viene infatti introdotto un vincolo al fine di contrastare il rischio che l'operatore *incumbent* tenti di aggirare l'obbligo di messa a disposizione di un bene indispensabile fissando canoni troppo alti. Tuttavia, si può registrare un'estrema varietà dei canoni di mercato, che dipendono da numerosi elementi, come ad esempio lo stato del bene: in taluni casi, dunque, anche il 10% del valore potrebbe risultare troppo elevato, mentre in altri casi il tetto sarebbe ingiustificatamente penalizzante per l'operatore *incumbent* che ha mantenuto in piena efficienza o rinnovato le proprie infrastrutture. Tale valore andrebbe dunque ancorato a parametri oggettivi relativi allo stato del bene.

Con riguardo alle misure inerenti il **trasferimento del personale** dal gestore uscente a quello entrante (misura 8) l'Autorità ritiene utile ribadire che, in generale, ogni soluzione individuata dovrebbe ridurre al minimo il rischio di vantaggi indebiti per l'*incumbent*. L'Autorità manifesta inoltre il proprio apprezzamento per la previsione contenuta nel § 1, lettera a) 2, secondo cui i documenti di gara disciplinano modalità e condizioni per il trasferimento, avuto riguardo al personale assegnato in maniera prevalente alle attività relative ai servizi oggetto di gara; tale concetto di "prevalenza" andrebbe comunque specificato per evitarne ambigue interpretazioni; a tal fine può soccorrere la procedura di consultazione prevista dall'ART prima di ogni gara (cfr. misura 2 §5).

In questa sede occorre in ogni caso evidenziare il rischio che l'efficacia della regola individuata dall'ART venga compromessa dalle norme che fissano i criteri per l'erogazione dei fondi statali per il TPL alle regioni ed in particolare dall'articolo 1 del DPCM 11 marzo 2013, il quale impone il rispetto di uno stringente parametro occupazionale (aumento o mantenimento dei livelli occupazionali, o, al più, blocco del *turn over* o altre "*misure equivalenti*"), pena la riduzione delle risorse erogate (almeno con riguardo a quel 10% del fondo che al momento è attribuito sulla base del raggiungimento degli obiettivi elencati dall'articolo 16 *bis* del decreto legge n. 95/2012). Una simile previsione normativa è infatti suscettibile di influenzare in modo anticoncorrenziale il disegno delle gare, poiché incentiva gli enti affidanti a prevedere una clausola sociale estesa, ampliando al massimo il perimetro del personale da trasferire. Ciò potrebbe ridurre in modo apprezzabile l'interesse alla partecipazione alle gare da parte di nuovi operatori.

Per quanto concerne specificamente il **trasferimento del TFR** dal vecchio al nuovo gestore, l'Autorità ritiene che, qualunque soluzione sia adottata nel concreto, questa non deve avvantaggiare indebitamente l'operatore *incumbent* e rendere meno conveniente la partecipazione alla gara da parte di nuovi entranti.

In relazione alle misure relative all'accesso **alle informazioni** (misura 9) l'Autorità vede con particolare favore la previsione di regole volte a disciplinare tale importante aspetto, naturalmente a condizione che le informazioni rilevanti vengano rese disponibili ai partecipanti con modalità che non agevolano o incentivano il coordinamento tra operatori concorrenti. Nel complesso il set di informazioni richiesto appare coerente con la finalità di eliminare le asimmetrie informative che danneggiano i nuovi entranti. Vale in ogni caso ricordare che l'adeguatezza delle informazioni disponibili è comunque correlata allo specifico contesto in cui si svolge la gara ed in particolare alla dimensione dei lotti di gara; infatti, la presenza di un lotto unico di dimensione regionale acuisce inevitabilmente i problemi connessi con la disponibilità delle informazioni ed anche per

questo sarebbero auspicabili lotti di minore ampiezza. Per altro profilo, va rilevato che le regole introdotte dall'ART sono senz'altro necessarie ad ampliare la platea dei partecipanti alle gare del TPL, ma potrebbero non essere sufficienti nei casi in cui le informazioni richieste fossero nella disponibilità del vecchio gestore e questi potesse in essere comportamenti ostruzionistici anche nei confronti dell'ente affidante. In simili circostanze potrebbe dunque esservi spazio per un intervento dell'Autorità ai sensi del diritto antitrust.

Per altro profilo, appaiono utili alcune precisazioni con riferimento alla misura 10, la quale prevede che, qualora tra i requisiti di partecipazione vi sia **la soglia di fatturato**, concorre alla determinazione del fatturato complessivo richiesto anche quello realizzato per la produzione di altri servizi locali di pubblica utilità per una quota non superiore al 70%. A tale proposito l'Autorità, nel ribadire il proprio orientamento in relazione ai requisiti di fatturato, e cioè che essi non dovrebbero mai essere tali da limitare indebitamente il numero di soggetti partecipanti ad una gara, ritiene auspicabile che ove si voglia estendere la possibilità di partecipazione alle imprese non specializzate, tale estensione non sia limitata alle sole imprese *multi-utility*. In altri termini, il principio in base al quale il requisito del fatturato non debba essere soddisfatto prevalentemente da fatturato specifico ai servizi messi a gara dovrebbe valere non solo nel caso in cui il restante fatturato sia realizzato nella produzione di altri servizi pubblici locali ma andrebbe generalizzato ad ogni tipo di attività economica.

L'Autorità vede poi con favore l'introduzione di norme sul **calcolo dei corrispettivi a copertura degli obblighi di servizio pubblico e sulla sostenibilità finanziaria dei contratti di servizio** (misure 12 e 15). Si tratta di misure che operano nella direzione di facilitare il disegno di meccanismi di gara in grado di incentivare l'efficienza dei servizi di TPL. Una corretta definizione dei corrispettivi per gli obblighi di servizio pubblico è particolarmente importante poiché in caso di sovra-compensazione aumenta il rischio di sussidi incrociati a danno della parte di servizi di trasporto che può essere prestata senza corrispettivo (c.d. servizi non onerati o servizi autorizzati). Con specifico riferimento alle **misure esplicitamente dirette agli affidamenti senza gara** (misure 13 e 14) a parere dell'Autorità sarebbe opportuno che tali misure vengano stralciate dall'atto di regolazione che è, sin dal titolo, dedicato alle misure pertinenti gli affidamenti con gara. Infatti, l'inserimento in un testo siffatto di misure dedicate agli affidamenti diretti potrebbe risultare fuorviante, inducendo a ritenere tale modalità equivalente agli affidamenti con gara; invece, in una prospettiva di tutela della concorrenza, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, gli affidamenti diretti devono costituire una categoria residuale, essendo in linea di principio sempre preferibile il ricorso a procedure concorsuali.

L'Autorità ritiene inoltre utile soffermarsi su una misura contenuta nel Titolo II (misura 18) che: (i) prevede che qualora occorra garantire la continuità del servizio di trasporto ai sensi dell'articolo 5, § 5, del Regolamento n. 1370/2007 "*l'ente affidante individua un periodo circoscritto di estensione della durata del contratto*" (§3); (ii) consente **la concessione di proroghe** come soluzione per promuovere investimenti da parte del gestore del servizio o per stimolare il raggiungimento di determinati livelli di qualità (§4). A tale riguardo l'Autorità sottolinea che il citato art. 5, § 5, del Regolamento comunitario consente alle autorità competenti l'adozione, solo temporanea (non superiore ai due anni) di provvedimenti quali l'aggiudicazione diretta o la proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico, ma solo in circostanze eccezionali ed emergenziali motivate unicamente da circoscritte ed imprevedibili situazioni di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. Infatti, ogni proroga estende la durata di un contratto e dunque ritarda l'avvio di una nuova procedura di gara, per cui è essenziale che in

settori caratterizzati da una lunga durata degli affidamenti come quello del TPL lo strumento della proroga sia confinato a situazioni eccezionali ed imprevedibili non altrimenti gestibili.

In questa prospettiva, l'Autorità ritiene utile che l'ART, al §3 della misura 18, nel fare riferimento all'art. 5, § 5, del citato Regolamento, ribadisca la natura eccezionale del ricorso a tale previsione e solleciti gli enti affidanti ad agire in modo da minimizzare la possibilità che si verifichino le circostanze emergenziali ivi richiamate; in particolare, l'ART dovrebbe richiedere che gli enti affidanti avviino le procedure di affidamento con largo anticipo rispetto alla scadenza dei contratti in essere; inoltre, sarebbe opportuno che l'ART eliminasse dalla misura 8, §4 il riferimento alla concessione di proroghe come soluzione per promuovere investimenti da parte del gestore del servizio o per stimolare il raggiungimento di determinati livelli di qualità. Ciò al fine di non legare la possibilità di proroghe ad incerti miglioramenti dell'offerta che potrebbero essere usati dagli *incumbent* come pretesto per prolungare indebitamente i contratti. Al riguardo, sarebbe preferibile che gli eventuali investimenti da promuovere o il raggiungimento di determinati livelli di qualità fossero già previsti nel bando di gara, evitando in tal modo la concessione di proroghe motivate da tali esigenze.

Quanto alla disciplina presente nell'Atto di regolazione che limita e regola le **modifiche contrattuali ex-post** (misura 20), essa appare improntata al condivisibile obiettivo di trovare un giusto bilanciamento tra l'esigenza di garantire un adattamento efficiente di contratti di medio-lungo periodo, quali quelli del TPL, al mutato contesto e la necessità di evitare che tali modifiche contrattuali stabilite tra ente appaltante e gestore del servizio possano amplificare i rischi di comportamenti opportunistici (tipici nei c.d. contratti incompleti) e possano costituire un forte disincentivo allo svolgimento di procedure competitive.

Infine, con riferimento al Titolo III, che tratta dei **criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici**, l'Autorità ritiene opportuno ribadire il proprio orientamento generale circa l'esigenza di eliminare a monte il rischio di conflitti di interesse tra ente affidante e gestore del servizio - rischio presente soprattutto laddove l'ente affidante è azionista dell'operatore - anche attraverso un percorso adeguato di cessione delle partecipazioni pubbliche. In caso contrario, è inevitabile che ogni misura volta a disciplinare i criteri di nomina delle commissioni possa configurarsi al più come un *second best* e non risultare sufficientemente incisiva.

L'Autorità auspica che le predette osservazioni possano essere di ausilio allo svolgimento dell'attività dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate dall'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS9789 - SKY PUBBLICITÀ-UEFA CHAMPIONS LEAGUE

Provvedimento n. 25477

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 5 giugno 2014, successivamente sostituito dal “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Nuovo Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. La società Sky Italia S.r.l. (di seguito anche “Sky”), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo. Sky è una società operante nella fornitura di servizi di media audiovisivi a pagamento principalmente attraverso la piattaforma satellitare. Il bilancio della società, relativo all’esercizio chiuso al 30 giugno 2014, presenta un fatturato pari a circa 2,9 miliardi di euro.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

2. Il procedimento concerne la diffusione da parte di Sky di comunicazioni promozionali ingannevoli in merito alle caratteristiche ed alle limitazioni dell’offerta relativa agli eventi calcistici della Uefa Champions League 2014-2015.

3. Le affermazioni riportate nei messaggi veicolati da Sky per promuovere l’offerta in questione (la pubblicità enfatizza che l’evento calcistico sarebbe “live e in esclusiva” e “solo su Sky”) indurrebbero i consumatori a ritenere che il professionista abbia l’esclusività di tutte le partite del torneo in diretta, quando invece ogni mercoledì una partita di una squadra italiana o comunque la c.d. migliore partita del mercoledì risulterebbe fruibile in diretta soltanto sulle reti Mediaset e quindi non accessibile dai sottoscrittori dell’abbonamento Sky.

4. Tra gli altri, uno degli *spot* televisivi facenti parte della campagna pubblicitaria relativa agli eventi calcistici della Uefa Champions League 2014-2015, diffuso anche su rete *internet* all’indirizzo www.video.sky.it (acquisito agli atti in data 6 ottobre 2014), riporta a video le seguenti diciture: “LA PROSSIMA STAGIONE (compare logo dell’evento) 128 PARTITE IN ESCLUSIVA SOLO SU SKY TUTTE LIVE TUTTE IN HD TUTTE DOVE VUOI CON SKY GO UNA STAGIONE UNICA (compare logo dell’evento)”. In aggiunta, una voce fuori campo recita il seguente testo: “*La prossima stagione di Champions League, con 128 partite in esclusiva la vedrai solo su Sky, tutte live, tutte in HD, da vivere dove vuoi con Sky Go [...]*”.

5. Inoltre, nelle pagine web del sito internet *www.sky.it* (acquisite in atti in data 3 ottobre 2014) che pubblicizzano i pacchetti calcio offerti dal professionista, è presente un'immagine di un giocatore di calcio a destra del quale è riportata in evidenza la scritta "Sky TV + Sky calcio a 29,90 euro al mese per un anno + UEFA Champions League 2014/2015 con 128 partite in esclusiva INCLUSA". A sinistra, con carattere più ridotto, è riportata la seguente dicitura: "Tutta la serie A La Uefa Champions League 2014-2015 in diretta esclusiva solo Sky Calcio". Cliccando sull'offerta si viene indirizzati ad un'ulteriore pagina nella quale è presente un riquadro che riporta il seguente titolo: "Visione UEFA Champions League 2014/2015" seguito dalle informazioni "La UEFA Champions League 2014/2015 con 128 partite in esclusiva, è solo su SKY...(...)..."

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

6. In relazione alla pratica commerciale sopra descritta, in data 17 dicembre 2014 è stato comunicato a Sky l'avvio del procedimento istruttorio n. PS9789 per possibile violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettera *b*) nonché 22, commi 1 e 2, del Codice del Consumo. Inoltre, è stato ipotizzato che le condotte descritte potessero integrare una violazione del Codice del Consumo come modificato dal Decreto Legislativo 21/2014.

In particolare, è stato rilevato che i messaggi pubblicitari diffusi dal professionista non sarebbero veritieri riguardo alle caratteristiche dell'offerta dei contenuti calcistici della Uefa Champions League 2014 - 2015 in quanto, attraverso affermazioni quali "live e in esclusiva" e "solo su Sky" lascerebbero intendere, contrariamente al vero, che aderendo all'offerta indicata sia possibile fruire in diretta di tutti gli eventi della Champions League solo sulla piattaforma satellitare di Sky.

7. Contestualmente alla comunicazione di avvio, al fine di acquisire elementi conoscitivi utili alla valutazione della pratica commerciale in esame, è stato chiesto a Sky, ai sensi dell'art. 27, commi 3 e 4, del Codice del Consumo e dell'art. 12, comma 1, del Regolamento, di fornire, tra l'altro, informazioni e relativa documentazione concernenti le caratteristiche e le condizioni di offerta dei pacchetti che includono la visione delle partite della Uefa Champions League 2014-2015, le modalità utilizzate per informare i consumatori in merito alla circostanza che alcune partite dell'evento calcistico non sarebbero state trasmesse sulla piattaforma satellitare di Sky, la programmazione pubblicitaria relativa alla commercializzazione dello stesso evento.

8. In data 27 gennaio 2015, il professionista ha prodotto una memoria difensiva ed ha fornito riscontro alla richiesta di informazioni formulata nella comunicazione di avvio del procedimento.

9. Il 23 febbraio 2015 si è tenuta l'audizione del professionista.

10. In data 11 marzo 2015 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

11. Sky ha prodotto una memoria integrativa il 23 marzo 2015.

12. In data 27 aprile 2015 è pervenuto il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

2) *Le evidenze acquisite*

13. Sky ha acquistato dalla UEFA, associazione organizzatrice del torneo Champions League, i diritti per la trasmissione di 128 partite in diretta esclusiva, di 16 partite in differita e della finale, che sarà trasmessa in diretta simultanea con le reti Mediaset. Le 16 partite delle quali Sky non detiene l'esclusiva sono trasmesse in diretta ed in chiaro gratuitamente il mercoledì sulle reti

Mediaset. In particolare, Mediaset ha acquisito in esclusiva i diritti per la trasmissione sia tramite digitale terrestre sia tramite satellite della “miglior partita del mercoledì”¹.

In dettaglio la suddivisione tra Sky e Mediaset delle partite diverse dalla finale che, come detto, è trasmessa dal professionista in diretta simultanea con Mediaset, si articola per le diverse fasi della competizione nel modo seguente (Tab. 1)²:

- Turni Preliminari (agosto 2014) - 20 partite totali di cui 18 in diretta esclusiva Sky;
- Fase a Gironi (settembre - dicembre 2014) - 96 partite totali di cui 90 in diretta esclusiva Sky;
- Ottavi di Finale (febbraio - marzo 2015) - 16 partite totali di cui 12 in diretta esclusiva Sky;
- Quarti di Finale (aprile 2015) - 8 partite totali di cui 6 in diretta esclusiva Sky;
- Semifinali (maggio 2015) - 4 partite totali di cui 2 in diretta esclusiva Sky.

Tab 1

	PARTITE TOTALI	PARTITE TRASMESSE DA SKY	PARTITE TRASMESSE DA MEDIASET
Turni preliminari (spareggi)	20	18	2
Fase a gironi	96	90	6
Ottavi di finale	16	12	4
Quarti di finale	8	6	2
Semifinali	4	2	2
TOTALE	144	128	16

14. Dall’edizione della Uefa Champions League 2006-2007 a quella 2013-2014, la “prima scelta” del mercoledì veniva trasmessa, oltre che in chiaro su altre reti in diretta, anche su Sky³.

La circostanza che nell’edizione 2014-2015 dell’evento calcistico la partita del mercoledì non sarebbe stata trasmessa da Sky è stata comunicata al pubblico attraverso: il materiale informativo e le linee guida fornite alla forza vendita, uno dei sei spot televisivi realizzati nell’ambito della campagna promozionale (descritto di seguito *sub* spot n. 5) diffuso nel periodo 25 agosto - 2 ottobre 2014, il messaggio automatico vocale di attesa collegato al numero a pagamento del servizio clienti 100.400, diffuso a partire dal 27 agosto 2014 ogni mercoledì, le comunicazioni della redazione sport fornite durante i programmi pre-partita dal 20 agosto 2014 e la comunicazione editoriale diffusa sul sito *web* di Sky dal 16 luglio 2014⁴.

15. I clienti Sky possono fruire della visione delle partite trasmesse da Mediaset tramite il digitale terrestre, sia utilizzando il proprio televisore dotato di decoder digitale sia sul canale 5005 di Sky attraverso la *Digital Key*, che consente ai clienti Sky di accedere ai canali del digitale terrestre utilizzando il decoder ed il telecomando Sky. La *Digital Key* viene concessa ai nuovi clienti in comodato gratuito, mentre i vecchi clienti possono acquistarla al prezzo di listino in vigore di

¹ Docc. n. 10, 15 e 21 dell’indice del fascicolo.

² Doc. n. 10.

³ Doc. n. 16.

⁴ Doc. n. 15.

19,90 euro o, se clienti con pacchetto Sky Sport, al prezzo promozionale, valido fino alla fine della Uefa Champions League, di 9,90 euro.

16. La programmazione pubblicitaria relativa alla Champions League 2014-2015 si è avvalsa di spot televisivi, radiofonici, messaggi a mezzo stampa, affissioni, pubblicità a bordo campo e comunicazioni ai clienti Sky, anche a mezzo sms. La prima fase della campagna è iniziata l'11 febbraio 2014 con la trasmissione dello spot televisivo indicato come "*Spot. n. 1*" ed ha avuto luogo fino al 20 marzo 2014, poi è ripresa il 14 maggio 2014 e, a detta di Sky, sarebbe terminata il 20 settembre 2014⁵. Tuttavia, dalla documentazione acquisita in sede istruttoria risulta che i messaggi contestati sono rimasti in diffusione sino al 6 ottobre 2014⁶.

17. Per quanto riguarda la pubblicità a mezzo televisione, sono stati diffusi sei spot (incluso quello descritto al punto II del presente provvedimento a cui corrisponde lo script dello "*Spot. n. 1*") caratterizzati dai seguenti script vocali (i cui passaggi principali sono enfatizzati da scritte riportate a video):

SPOT n. 1: "*La prossima stagione di Champions League, con 128 partite in esclusiva la vedrai solo su Sky, tutte live, tutte in HD, da vivere dove vuoi con Sky Go, Champions League 2014/2015 una stagione unica [...]*".

SPOT n. 2 (riporta un dialogo fra tre personaggi televisivi): "*E su Sky la magia è ancora più magica*"; "*La Champions è come il red carpet per l'attore guardarla senza HD è come andarci in ciabatte*"; "*Come vedo quest'anno la Juve in Champions anche su Sky Go*"; [...]; "*La prossima Uefa Champions League come merita di essere vissuta*"; "*128 partite live in esclusiva tutte in HD, Solo su Sky*".

SPOT n. 3: "*Superstizioso? No, no! No, io non sono particolarmente superstizioso.*

Sono gesti scaramantici. C'ho dei piccoli rituali, andare a comprare il giornale sempre dallo stesso giornalaio che però mi deve dare il giornale con la sinistra. La mia fortuna è guardare la Champions su Sky. Bisogna guardarla bene, su Sky, in HD. Io, la Roma e Sky. Siamo tutti uguali, solo fino al fischio di inizio. La prossima Uefa Champions League con 128 partite live in esclusiva, tutte in HD. Solo su Sky".

SPOT n. 4: "*Lo spettacolo della prossima stagione di Uefa Champions League con 128 partite in esclusiva. Tutta la serie A in diretta e in alta definizione. La Bundesliga in esclusiva, la Premier League e la Liga su Fox Sports HD, anche dove vuoi con Sky Go. Un'offerta così rimarrà scritta nella storia. Nessuno è come Sky, scegli Sky Sport o Sky Calcio da 29 Euro e 90 al mese per 12 mesi, Sky Go incluso*".

SPOT n. 5: "*Solo i clienti Sky possono vivere al meglio la stagione 2014/2015 di UEFA Champions League! Con 128 partite in esclusiva, tutte live e in HD solo su Sky! E per vedere la partita del mercoledì trasmessa in chiaro sul digitale terrestre con il tuo decoder Sky, collega la Digital Key e vai sul canale 5005. Se ancora non hai la Digital Key, richiedila subito! a soli 9 euro e 90. UEFA Champions League 2014/2015: una stagione unica solo con Sky!*".

SPOT n. 6: "*Una Champions unica, 128 partite in esclusiva, live e in HD. Si parte martedì 16 dalle 20:00. Su Sky sport 1: Juventus – Malmoe Su Sky Sport 3: Monaco – B. Leverkusen Su Sky Sport Plus, canale 204: Real Madrid – Basilea. E con diretta Goal, vedi tutti gli altri match. Vivi la Champions, su Sky Sport!*"⁷.

⁵ Docc. n. 10 e 21.

⁶ Docc. n. 7 e 8.

⁷ Doc. n. 10.

18. Con riguardo alla campagna pubblicitaria diffusa a mezzo stampa, il messaggio diffuso sulla stampa nazionale è caratterizzato dal claim *“Tutto lo spettacolo. Tutta la gloria. Tutto su Sky”*, seguito dalla dicitura *“Solo su Sky tutta la serie A e 128 partite della prossima stagione di Uefa Champions League in esclusiva”*. Il messaggio diffuso sulla stampa di Roma, a fronte della medesima dicitura, riporta invece il seguente claim: *“La Roma in tutta la sua gloria”*, e l’immagine di alcuni giocatori della squadra, mentre quello diffuso a Torino è caratterizzato dalla scritta *“La Juventus in tutta la sua gloria”*.

19. La comunicazione editoriale dal titolo *“Riecco la Champions: in esclusiva solo su Sky 128 partite”* diffusa sul sito *web* del professionista afferma che: *“Nella stagione 2014/2015, dai play off di agosto alla finale del 6 giugno in programma all’Olympiastadion di Berlino, Sky trasmetterà in esclusiva ben 128 partite, con tutti i match del martedì che andranno in onda solo sui canali Sky e tutti i match del mercoledì visibili sempre agli abbonati Sky in esclusiva con l’eccezione di un’unica partita in chiaro alla settimana”*.

20. La struttura Sky deputata al servizio clienti ha gestito [omissis]⁸ reclami provenienti dall’intero parco abbonati Sky Sport ed aventi ad oggetto la programmazione degli incontri della Uefa Champions League sui canali Sky Sport⁹.

3) Le argomentazioni difensive del professionista

21. La Parte ha affermato di aver fornito ai consumatori un’informativa veritiera e completa in merito alle caratteristiche dell’offerta relativa alla Uefa Champions League 2014-2015, sia nelle proprie comunicazioni commerciali sia nella fase di sottoscrizione dei pacchetti o delle offerte che includevano la visione di tale evento calcistico.

In particolare, il professionista si sarebbe premurato di comunicare il numero esatto di partite disponibili in diretta esclusiva sui propri canali, pari a 128, incluse le caratteristiche delle stesse in termini di tecnologia e commentatori disponibili, e non di prospettare - come invece avrebbe potuto fare - la disponibilità di tutte le partite della Uefa Champions League in diretta e in differita, proprio al fine di non indurre in errore i consumatori. Peraltro la Parte evidenzia che le locuzioni *“live e in esclusiva”* e *“solo su Sky”* non possono essere lette in modo avulso dal contesto e, quindi, senza considerare che le stesse si riferiscono al dato, obiettivo e veritiero, delle 128 partite trasmesse in diretta esclusiva sui canali Sky¹⁰.

22. Il professionista ha evidenziato come la programmazione su una rete *free* della migliore partita del mercoledì della Uefa Champions League costituirebbe una circostanza nota ed evidente nel contesto generale italiano. Infatti, tale partita è stata tradizionalmente trasmessa in chiaro sulle reti Rai o, più spesso, Mediaset. Essendo tale circostanza evidente dal contesto tradizionale relativo alla programmazione della citata competizione, su Sky non gravava alcun onere informativo volto a confermare che, anche durante la stagione in corso, vi sarebbe stata la medesima programmazione televisiva di terzi con *“l’unica differenza rispetto al passato (...) per cui detta partita, disponibile in chiaro con la diffusione sopra indicata, non sarebbe stata disponibile anche sui canali Sky”*¹¹.

23. Inoltre, è stato rilevato che il Giurì dell’Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria in una recente decisione (pronuncia n. 4/2015 del 17 febbraio 2015) resa in una vertenza promossa dal

⁸ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁹ Docc. nn. 15 e 16.

¹⁰ Docc. n. 16 e 21.

¹¹ Docc. n. 16 e 21.

professionista contro Mediaset Premium S.p.A. e Reti Televisive Italiane S.p.A., avrebbe ritenuto non ingannevole la rivendicazione di esclusiva su eventi sportivi da parte dell'emittente a pagamento Mediaset Premium quand'anche una parte di detti eventi (le finali) fosse disponibile su altri canali in chiaro.

24. Sky ha precisato che nell'ambito dei [omissis] consumatori che hanno inoltrato reclamo al numero telefonico del servizio clienti in merito alla visione degli eventi della Champions League soltanto [omissis] (pari al) [omissis] del totale dei reclamanti ed allo [omissis] dei nuovi sottoscrittori del pacchetto Sky Sport) risulterebbero aver attivato il proprio abbonamento a far data dal mese di maggio 2014¹². In considerazione del fatto che tali contatti telefonici provenivano quasi esclusivamente da soggetti già abbonati a Sky, la "delusione" per la mancata visione di uno specifico incontro sui canali Sky e dunque per la mancanza di copertura dell'intera manifestazione in diretta deriverebbe da un confronto con la programmazione degli anni precedenti effettuato da consumatori già contrattualizzati e non da una presunta ingannevolezza dei messaggi pubblicitari contestati che sono rivolti invece ai nuovi clienti.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

25. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare televisione, sito web, stampa) e, inoltre, riguarda il settore delle comunicazioni, in data 27 marzo 2015 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo, nonché ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo, introdotto dall'art. 1, comma 6, lettera a), del Decreto Legislativo. n. 21/2014.

26. Con parere pervenuto in data 27 aprile 2015, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha limitato le proprie valutazioni all'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione utilizzato per diffondere la pratica commerciale a incidere e amplificare l'eventuale scorrettezza della medesima, esprimendo il proprio parere nel senso che l'utilizzo del mezzo *internet* e della *tv* sia uno strumento idoneo ad influenzare significativamente la realizzazione della pratica oggetto del procedimento anche in quanto il consumatore, per l'effetto combinato della campagna pubblicitaria televisiva e delle informazioni fornite dal sito *web*, potrebbe poi concretamente aderire all'offerta del professionista.

VI. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

27. Il procedimento concerne la diffusione da parte di Sky di messaggi pubblicitari relativi alla trasmissione degli eventi calcistici della Uefa Champions League 2014-2015 contenenti affermazioni non veritiere in ordine alle caratteristiche ed alle limitazioni dell'offerta.

28. Le comunicazioni promozionali veicolate dal professionista, attraverso affermazioni volte ad enfatizzare che l'offerta relativa agli eventi calcistici della Champions League 14-15 è "live" e/o "in esclusiva" e/o "solo su Sky", sono idonee ad indurre in errore i consumatori circa l'effettiva disponibilità, in capo alla sola Sky, di tutte le partite del torneo in diretta. Allo stesso modo si ritiene che il riferimento al numero di eventi nella effettiva disponibilità del professionista (128 partite, incluse le 18 del turno preliminare di spareggio), in quanto non accompagnato dall'indicazione del totale delle partite disputate nel torneo (144 più la finale) ed inserito nel contesto di affermazioni quali "La UEFA Champions League 2014/2015 con 128 partite in esclusiva, è solo su SKY"; "La prossima stagione di Champions League, con 128 partite in

¹² Docc. n. 15 e 16.

esclusiva la vedrai solo su Sky, tutte live, tutte in HD, da vivere dove vuoi con Sky Go”, lascia intendere al consumatore che le 128 partite trasmesse in esclusiva ricomprendano l’intera competizione calcistica, anche alla luce dell’enfasi posta sui vantaggi connessi al confezionamento del prodotto garantito da tale operatore (visione in HD, interattività, possibilità di visione dell’evento ovunque si voglia grazie a SkyGo, cronaca da parte dei propri commentatori). Peraltro, va rilevato che la campagna pubblicitaria che riportava il dato relativo all’esclusiva di 128 partite di Champions League è continuata anche quando erano già state disputate - nel mese di agosto 2014 - le 18 partite nella disponibilità del professionista del turno preliminare. In realtà, dopo la trasmissione di tali 18 competizioni della fase preliminare le partite ancora fruibili in esclusiva su Sky erano solo 110 (90 della fase a gironi, 12 degli ottavi di finale, 6 dei quarti di finale e 2 semifinali).

29. Inoltre, l’enfasi data nei messaggi a mezzo stampa e negli *spot* alla disponibilità degli eventi di Roma e Juventus (*“La Roma (Juventus) in tutta la sua gloria”*; *“E su Sky la magica è ancora più magica”*; *“Come vedo quest’anno la Juve in Champions anche su Sky Go”*; *La mia fortuna è guardare la Champions su Sky. Bisogna guardarla bene, su Sky, in HD. Io, la Roma e Sky”*) è suscettibile di ingenerare nel consumatore il convincimento che le partite di tali squadre siano tutte comprese nell’esclusiva pubblicizzata.

30. Nel corso dell’istruttoria è stato invece accertato che 14 partite della fase finale della Champions League (e 2 del turno preliminare) sono visibili su Sky solo in differita, in quanto il professionista non ha l’esclusiva né la disponibilità della trasmissione in diretta delle partite del mercoledì delle squadre italiane o comunque della migliore partita del mercoledì che sono trasmesse in chiaro da Mediaset sul digitale terrestre¹³.

In ogni caso, il mancato rispetto della veridicità dei fatti nell’affermazione pubblicitaria non può essere giustificato alla luce delle valutazioni riportate nella decisione del Giurì dell’Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria n. 4/2015 del 17 febbraio 2015. In via preliminare e da un punto di vista generale, si osserva che le pronunce del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria non vincolano le valutazioni dell’Autorità in considerazione della diversa natura dei due organi (privata e in applicazione di un sistema di autoregolazione ad adesione volontaria quella del primo, pubblica con poteri di accertamento derivanti da disposizioni legislative quella della seconda). Nello specifico, inoltre, le fattispecie prese in considerazione nella decisione richiamata dal professionista e nel caso in esame sono diverse: l’una aveva ad oggetto una pubblicità che nel rivendicare l’esclusiva su un evento sportivo nel suo complesso non specificava che le sole finali sarebbero state trasmesse anche in chiaro su altri canali, l’altra riguarda messaggi pubblicitari che, per le modalità espressive utilizzate, inducono a ritenere che il professionista abbia l’esclusiva sulla trasmissione in diretta di tutte le partite della Champions League quando in realtà le 16 “migliori partite” del mercoledì non sono visibili in diretta su Sky ma soltanto in chiaro sulle reti Mediaset.

Inoltre, se il consumatore appassionato di calcio può essere a conoscenza del fatto che la finale è destinata alla trasmissione anche in chiaro, non può certamente sapere che alcune partite (14 della fase finale e 2 del turno preliminare) non sono ricomprese nell’offerta del professionista ove le caratteristiche della stessa siano prospettate nell’ambito di una campagna pubblicitaria effettuata con le modalità non completamente trasparenti descritte sopra e realizzata con riferimento ad una edizione dell’evento calcistico con la “prima scelta” del mercoledì che per la prima volta non era visibile in diretta su Sky.

¹³ Docc. 10, 15 e 21.

31. A fronte di numerosi messaggi diffusi nell'ambito di una vasta campagna pubblicitaria, uno solo riporta in modo esplicito la limitazione connessa all'offerta ("*Solo i clienti Sky possono vivere al meglio la stagione 2014/2015 di UEFA Champions League! Con 128 partite in esclusiva, tutte live e in HD solo su Sky! E per vedere la partita del mercoledì trasmessa in chiaro sul digitale terrestre con il tuo decoder Sky, collega la Digital Key e vai sul canale 5005.*") inserita però in un contesto che sottolinea con enfasi l'esclusiva per 128 partite di Sky, che non consente di comprenderne appieno la portata limitativa.

32. Pertanto, si ritiene che la campagna pubblicitaria diffusa da Sky sia idonea ad indurre in errore i consumatori in merito alle caratteristiche ed alle limitazioni connesse all'offerta delle partite della Champions League 2014-2015.

Al riguardo, non possono rappresentare un'esimente le maggiori delucidazioni fornite da Sky attraverso la rete commerciale o in occasione di chiamate al servizio clienti in quanto tale informativa riguarda un momento successivo alla prima fase di contatto con il consumatore, rappresentata dalla fruizione del messaggio pubblicitario. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, la correttezza della condotta deve essere verificata nell'ambito del medesimo contesto di comunicazione in cui la pratica viene integrata e non già sulla base di ulteriori informazioni che il professionista rende disponibili in un contesto diverso o in una fase successiva ed eventuale a quella in cui la condotta si realizza e, quindi, ad effetto promozionale ormai prodotto.

Neppure rileva l'argomentazione difensiva secondo cui la circostanza che, nell'ambito del numero complessivo dei reclamanti, soltanto pochi consumatori avrebbero attivato il proprio abbonamento nel periodo di diffusione della campagna pubblicitaria (in quanto la maggior parte era costituita da soggetti già abbonati) comproverebbe che i messaggi, rivolti ai nuovi clienti, non potevano considerarsi ingannevoli. Ciò in quanto la valutazione di ingannevolezza di una comunicazione promozionale (che per sua natura è rivolta alla generalità dei consumatori senza possibilità di individuarne i destinatari tra vecchi o nuovi clienti) è di tipo prognostico e prescinde dal dato di fatto relativo all'esito concretamente prodotto dalla pratica, venendo in rilievo solo la potenzialità lesiva del comportamento del professionista. La normativa in materia di pratiche commerciali si colloca, infatti, su un piano di prevenzione rispetto alle possibili distorsioni della libera determinazione dei consumatori essendo volta a prevenire squilibri informativi sin dalla fase prodromica rispetto all'instaurazione effettiva del rapporto negoziale.

33. Per le considerazioni che precedono, la pratica considerata integra la fattispecie descritta nell'art. 21, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo in quanto sono state fornite informazioni non veritiere circa le effettive caratteristiche e le limitazioni relative all'offerta della Uefa Champions League 2014-2015.

34. La condotta contestata deve, inoltre, ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale ragionevolmente esigibile in base ai principi di correttezza e buona fede che dovrebbero generalmente informare le comunicazioni di un operatore dello specifico settore di attività.

A riguardo, contrariamente a quanto ritenuto dalla Parte nelle proprie difese, al fine di soddisfare il canone di diligenza il professionista non sarebbe stato tenuto ad informare i consumatori in merito alla programmazione delle partite del mercoledì sulle reti di un concorrente quale Mediaset, ma più semplicemente a garantire la chiarezza e la completezza delle comunicazioni commerciali relative alla propria offerta sin dal primo contatto pubblicitario, tanto più che - si ribadisce - per la

prima volta dall'edizione della Uefa Champions League 2006-2007 la "prima scelta" del mercoledì non veniva trasmessa in diretta anche su Sky¹⁴.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

35. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

36. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

37. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della rilevante dimensione economica del professionista, che rappresenta il principale operatore televisivo su piattaforma satellitare a livello nazionale, con un fatturato pari a circa 2,9 miliardi di euro.

La gravità si apprezza, inoltre, in ragione della vasta diffusione dei messaggi oggetto di contestazione e della loro elevata capacità di penetrazione (*internet* e *tv*). Rileva altresì l'ampia articolazione della campagna pubblicitaria realizzata che si è avvalsa dell'utilizzo di più mezzi di diffusione nonché di strumenti in grado di raggiungere direttamente il consumatore (*sms*) con un effetto combinato di tutte queste modalità particolarmente efficace, come sottolineato dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni.

38. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi acquisiti in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dall'11 febbraio 2014 (data in cui è stato trasmesso il primo spot televisivo indicato nel presente provvedimento come "*Spot n. 1*") al 20 marzo 2014 e dal 14 maggio 2014 al 6 ottobre 2014 (data in cui è stato acquisito agli atti il video trasmesso sul sito web della società analogo al citato spot descritto come "*Spot n. 1*").

39. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Sky Italia S.r.l. nella misura di 175.000 € (centosettantacinquemila euro).

40. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta già destinatario di provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità in applicazione delle disposizioni contenute nel Codice del Consumo¹⁵, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Sky Italia S.r.l. nella misura di 200.000 € (duecentomila euro).

41. Infine, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Sky Italia S.r.l. nella misura di 175.000 € (centosettantacinquemila euro).

CONSIDERATO che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nel parere espresso ha rilevato che i mezzi utilizzati per diffondere la pratica commerciale (*internet* e *tv*) oggetto del

¹⁴ Doc. n. 16.

¹⁵ Cfr. provvedimento n. 23012 del 23 novembre 2011 relativo al caso "PS5014 - SKY-RECESSO CONTRATTO" e provvedimento n. 22465 del 24 maggio 2011 relativo al caso "PS6863 - SKY-OFFERTA DI NATALE 2010 CHRISTMAS BOX".

procedimento sono strumenti idonei a realizzare ed amplificare significativamente l'attuazione della medesima pratica;

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante la diffusione di informazioni ingannevoli circa le caratteristiche e le limitazioni dell'offerta degli eventi calcistici della Uefa Champions League 2014-2015, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Sky Italia S.r.l. costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e 21, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o reiterazione;

b) di irrogare alla società Sky Italia S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di 175.000 € (centosettantacinquemila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Ai sensi dell'art. 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000

euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

IP221 - UNIVERSITÀ AMBROSIANA-DENOMINAZIONE NON RICONOSCIUTA

Provvedimento n. 25482

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO, in particolare, l'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in base al quale in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza o a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la propria delibera n. 16493 del 15 febbraio 2007, con la quale l'Autorità ha accertato la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere da *Università Ambrosiana* consistente nella diffusione sul sito internet *www.unambro.it* di messaggi pubblicitari ingannevoli che lasciano intendere che la medesima istituzione sia un'università privata, eroghi corsi universitari e post-universitari e che i titoli da essa rilasciati siano equivalenti ai titoli accademici aventi valore legale;

VISTA la propria delibera n. 25296 del 28 gennaio 2015, con la quale l'Autorità ha contestato a *Università Ambrosiana* la violazione dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, per non avere ottemperato alla suddetta delibera n. 16493 del 15 febbraio 2007;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Con provvedimento n.16493 del 15 febbraio 2007, notificato in data 5 marzo 2007, l'Autorità ha deliberato l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario diffuso dalla istituzione *Università Ambrosiana* sul sito internet *www.unambro.it*, in quanto idoneo ad indurre in errore i consumatori con riguardo alla qualifica dell'operatore, alle caratteristiche dell'attività dallo stesso svolta nonché alla validità dei titoli conseguibili. In particolare, tale pratica è stata ritenuta una fattispecie di pubblicità ingannevole ai sensi degli articoli 19, 20 e 21, lettera a) e c), del Codice del Consumo in quanto il messaggio in questione lasciava intendere che l'*Università Ambrosiana* facesse parte del sistema universitario italiano e assicurasse la possibilità di seguire corsi di livello universitario finalizzati al conseguimento di titoli aventi valore legale in Italia. Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha vietato l'ulteriore diffusione della pratica commerciale.

2. Con richiesta di intervento pervenuta in data 9 dicembre 2014, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha segnalato la reiterazione della pratica commerciale oggetto del provvedimento sopra citato ed ha diffidato l'*Università Ambrosiana* dall'utilizzare la denominazione di "*Università*" e dall'attivare corsi di studio riservati alle università, ivi compresi i corsi di laurea e di dottorato di ricerca, cui viene fatto riferimento nella documentazione pervenuta. In particolare, il citato Dicastero ha rammentato che, come disposto dall'articolo 10, comma 1, del D.L. 1 ottobre 1973, n. 580, convertito con modificazioni nella legge 30 novembre 1973, n.766, "*le denominazioni di università, ateneo, politecnico, istituto di istruzione universitaria, possono*

essere usate soltanto dalle Università statali e da quelle non statali riconosciute per rilasciare titoli aventi valore legale a norma delle disposizioni di legge” precisando, inoltre, che l’istituzione di una nuova Università può essere prevista soltanto nell’ambito dei provvedimenti relativi alla programmazione triennale delle Università e, pertanto, nessuna altra istituzione è legittimata a denominarsi “Università”.

3. Il messaggio segnalato - oggetto di riscontro attraverso la rilevazione effettuata il 16 gennaio 2015 sul sito internet *www.unambro.it* - presenta il termine “*università*” congiuntamente al termine “*laurea*”, o anche espressioni quali “*dottorato*”, “*master*”, “*facoltà*” o simili.

4. Pertanto, con provvedimento del 28 gennaio 2015, n. 25296, l’Autorità ha contestato all’*Università Ambrosiana* di aver sostanzialmente violato la delibera del 15 febbraio 2007, n. 16493.

II. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE E ALTRE RISULTANZE ISTRUTTORIE

5. Il provvedimento di contestazione dell’inottemperanza alla citata delibera del 15 febbraio 2007 è stato comunicato all’operatore pubblicitario in data 16 febbraio 2015.

6. Con comunicazione pervenuta in data 19 febbraio 2015, l’*Università Ambrosiana* ha eccepito, analogamente a quanto già fatto nel corso del precedente procedimento PI5199B, che il suo status di ente *no profit* senza finalità commerciali non lo fanno rientrare nel campo applicativo del Codice del Consumo e che, pertanto, non esistendo i presupposti per un potere istruttorio da parte dell’AGCM, chiedeva la revoca dell’avvio dell’istruttoria.

7. In data 10 marzo 2015, l’Autorità ha esaminato l’istanza di revoca in oggetto e ha ritenuto che non fossero venuti meno i presupposti alla base del procedimento di inottemperanza¹, rammentando al professionista che l’istanza formulata non interrompeva i termini procedurali e che, pertanto, eventuali scritti difensivi e documenti, nonché l’eventuale istanza per essere sentiti, sarebbero dovuti pervenire entro il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento di avvio del procedimento.

8. Il professionista non ha fatto pervenire altre memorie o documenti.

III. VALUTAZIONI

9. Alla luce delle risultanze istruttorie, si ritiene che il comportamento posto in essere dal professionista costituisce inottemperanza alla delibera del 15 febbraio 2007, n. 16493, in quanto la condotta tenuta dal medesimo, successivamente alla notifica del provvedimento, presenta contenuti sostanzialmente analoghi a quelli già accertati.

10. Al riguardo va infatti rilevato che il messaggio diffuso dal professionista successivamente alla notifica provvedimento n. 16493 del 15 febbraio 2007 - da quanto risulta dalle rilevazioni effettuate in data 16 gennaio 2015 e 6 maggio 2015 sul sito internet *www.unambro.it* - continuando a presentare il termine “*università*” unitamente al termine “*laurea*”, o anche espressioni quali “*dottorato*”, “*master*”, “*facoltà*” o simili, replica i profili di ingannevolezza già censurati dall’Autorità, inducendo nei destinatari un effetto confusorio circa l’esatta qualifica dell’operatore pubblicitario come istituzione universitaria e circa la natura dei corsi da esso svolti.

¹ Nel provvedimento del 15 febbraio 2007, n. 16493 era emerso che i corsi erogati dall’ente prevedono la corresponsione di un corrispettivo economico da parte degli iscritti - rappresentato dalle quote di iscrizione ai corsi predetti, così come peraltro attestato dalle informazioni rese sul sito in ordine alla procedura d’iscrizione ai corsi per l’A.A. 2014-2015. Tale circostanza consente di qualificare la natura “commerciale” dell’attività svolta e, pertanto, la configurabilità del messaggio come pubblicitario ai sensi della definizione recata dall’articolo 20, lettera a), del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n.205 (Codice del Consumo).

11. In particolare - come rappresentato nel citato provvedimento n. 16493 del 15 febbraio 2007 - l'utilizzo del termine "Università" risulta particolarmente ingannevole per il consumatore, in quanto "oltre ad essere giuridicamente pregnante è anche carico di indiscutibile valenze storico-culturali, intimamente connesso com'è ad enti ed istituzioni che da tempo caratterizzano, sul piano non solo culturale la vita e la società italiana. Il termine "università" possiede una forza evocativa sua propria" (TAR Lazio 1° dicembre 2004, n. 14665).

12. Come rilevato dal segnalante Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, l'Università *Ambrosiana* non è tuttora autorizzata ad utilizzare la denominazione di università, né a rilasciare titoli aventi valore legale in Italia e, per tale motivo, è stata più volte diffidata dal Ministero stesso.

13. In realtà, l'offerta formativa effettivamente svolta dal professionista consiste soltanto nella realizzazione di corsi a pagamento a conclusione dei quali è previsto il rilascio di un Certificato di formazione (Diploma supplement) che non ha alcun valore legale e non è equipollente ai titoli universitari rilasciati dalle università italiane.

IV. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

Nel caso di specie assume rilievo, per quanto riguarda la gravità della violazione, l'ampiezza (nazionale) della pratica e della capacità di penetrazione del mezzo di diffusione utilizzato (sito Internet), suscettibile di raggiungere un numero ampio di consumatori.

Con riferimento alla durata della violazione, dagli elementi acquisiti in atti emerge che l'inottemperanza decorre almeno a partire dal gennaio 2015 ed è tuttora in corso.

Considerati tali elementi, si ritiene di irrogare all'Università *Ambrosiana* una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 20.000 euro (ventimila euro).

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che il comportamento della istituzione *Università Ambrosiana*, consistito nell'aver violato la delibera del 15 febbraio 2007, n.16493, costituisce inottemperanza a quest'ultima;

b) di comminare alla istituzione *Università Ambrosiana* una sanzione amministrativa pecuniaria di 20.000 euro (ventimila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli

Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet *www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'art. 37, comma 49 del decreto legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

PS9388 - T-SHOCK31-TIMODELLACLUB

Provvedimento n. 25483

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 maggio 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. B&M S.r.l. Marketing del Benessere (di seguito anche B&M), in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. B&M è una società attiva, tra l'altro, nella produzione e commercializzazione di cosmetici e attrezzature nel settore dei trattamenti estetici e dimagranti, e, in base ai dati di bilancio disponibili al 31 dicembre 2013, ha realizzato un fatturato pari ad €10.569.458,00 e un utile d'esercizio pari ad €32.183,00.

2. OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C. (di seguito anche Timodella), in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo, titolare del centro estetico "Timodella Club". Timodella è una società attiva nel settore dei trattamenti estetici e dimagranti, e, in base ai dati contabili disponibili al 31 dicembre 2013, ha realizzato un fatturato pari a circa 60.000 Euro e una perdita di esercizio pari ad €13.345,00.

3. L'associazione dei consumatori Codacons, in qualità di segnalante.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

4. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dai professionisti, consistente nell'aver pubblicizzato, attraverso i siti *internet* www.tshock31.it, <http://www.tshockbaldangroup.it/>, www.6in.it/centro-dimagrimento-timodella_milano_666 e mediante la stampa nazionale, il trattamento dimagrante denominato "T-Shock31" asseritamente idoneo a far conseguire la perdita di un minimo di 20 cm di circonferenza corporea a seduta.

5. Nei messaggi pubblicitari apparsi sulla stampa nazionale, al fianco dell'immagine di un corpo di una donna è specificato che "*T-shock31 [è] l'esclusivo trattamento modellante, naturale e non invasivo che riduce le circonferenze corporee. Se non si raggiunge una riduzione delle circonferenze di almeno 20 cm il trattamento T-shock31 è gratuito*". Soltanto con caratteri grafici minori presenti al fondo della pagina, tramite un asterisco posto al fianco della misura "20 cm", è specificato che il "*calcolo è dato dalla somma di misurazioni n. 40 punti-circonferenze corporee*".

6. Sui siti www.tshock31.it e www.tshockbaldangroup.it al fondo di ogni pagina era presente il seguente messaggio: "*T-shock31 è un trattamento innovativo, naturale e non invasivo che permette di ridurre, ad ogni seduta, un minimo di 20 cm*". Nella sezione "*Rassegna stampa*" erano riportate tutte le pubblicità del trattamento apparse su diversi quotidiani nazionali nel mese di giugno 2014 e il tenore del messaggio pubblicitario era analogo a quello segnalato: "*T-shock31 [è] l'esclusivo trattamento modellante, naturale e non invasivo che riduce le circonferenze corporee. -20 cm dalla prima seduta*".

7. Nella pagina *web* dedicata alla descrizione del trattamento è specificato che “*vengono rilevate e annotate le misurazioni di 40 punti-circonferenza corporea*”.

8. Infine, sul sito di Timodella (www.6in.it/centro-dimagrimento-timodella_milano_666) è stato riscontrato il seguente invito “*prova il trattamento T-Shock 31 e riduci le tue circonferenze corporee, modellando la tua silhouette con un effetto immediato e duraturo. MODELLA IL TUO CORPO DA 20 CM A 1 MT IN DUE ORE! Vengono rilevate 40 misurazioni pre e post trattamento per valutare i miglioramenti prodotti da protocollo T-Shock31. TIMODELLA CLUB OFFRE LA FORMULA ‘20 cm GARANTITI’ T-Shock 31 è un trattamento innovativo, naturale e non invasivo. Terminata la fase di preparazione, si sta comodamente sdraiati in totale relax per un’ora. Al termine della seduta T-Shock 31 vengono nuovamente rilevate le misurazioni: se non si è verificata una riduzione di almeno 20 centimetri, il trattamento sarà gratuito*”.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L’iter del procedimento*

9. In base alle segnalazioni, pervenute a partire dal mese di gennaio 2014¹, e ai rilievi d’ufficio svolti sui seguenti siti *internet*: www.tshock31.it, <http://www.tshockbaldangroup.it>, www.6in.it/centro-dimagrimento-timodella_milano_666², ai fini dell’applicazione del Codice del Consumo, in data 19 gennaio 2015 è stato comunicato alle Parti l’avvio del procedimento istruttorio PS9388 nei confronti dei professionisti, per possibile violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettera *b*), comma 3, e 22 del Codice del Consumo. In tale sede, veniva ipotizzato il carattere ingannevole, o comunque omissivo, dei messaggi con cui i professionisti pubblicizzano il trattamento T-Shock31, in quanto lascerebbero intendere che attraverso i servizi offerti dai centri dimagranti che seguono il metodo in parola sia possibile conseguire risultati sorprendenti in termini di dimagrimento sin dal primo trattamento senza chiarire la natura dell’offerta, i limiti, eventuali pericoli per la salute ed il contesto nel quale tali risultati possono eventualmente essere raggiunti.

10. In data 6 febbraio 2015 B&M ha effettuato accesso agli atti del fascicolo istruttorio³.

11. Nelle date del 10 e 11 febbraio 2015 B&M e Timodella hanno presentato memorie difensive corredate dalla documentazione richiesta in sede di avvio del procedimento⁴.

12. In data 24 marzo 2015 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttorio ai sensi dell’art. 16, comma 1, del Regolamento⁵.

2) *Le evidenze acquisite*

13. Dalla documentazione allegata dai segnalanti⁶, consistente in pagine di diversi quotidiani recanti i messaggi pubblicitari di T-Shock31, si evince che i professionisti pongono particolare enfasi sulla capacità del trattamento di ridurre ad ogni seduta un minimo di 20 cm di circonferenze corporee.

¹ Cfr. doc. nn. 1-5 e 8, 9 e 11 del fascicolo istruttorio.

² Cfr. doc. n. 7 e 10.

³ Cfr. doc. n. 17.

⁴ Cfr. doc. nn. 18 e 19.

⁵ Cfr. doc. n. 25-27.

⁶ Cfr. doc. nn. 1-3, 8 e 9.

14. Da rilevazioni effettuate d'ufficio nelle date del 9 luglio e del 10 ottobre 2014, è stata riscontrata la diffusione dei messaggi segnalati sui siti *internet* dedicati al trattamento T-Shock31 indicati nella sezione II.

15. B&M ha fornito, in allegato alla memoria dell'11 febbraio 2015⁷, il Protocollo scientifico della sperimentazione effettuata dal professionista con il Dipartimento di medicina interna e terapia medica dell'Università degli Studi di Pavia, in cui sono indicati i parametri antropometrici (circonferenze braccia-gambe-tronco e punti di rilevazione) e i metodi di valutazione.

16. In particolare, il test clinico consiste nella *“valutazione dell'efficacia rimodellante del trattamento”* e mira ad *“indagarne la gradevolezza”*. In base a quanto riportato nel protocollo, *“il test è stato condotto da estetista professionista e supervisionato da dermatologo, entrambi membri dello staff Bio Basic Europe; 20 donne di età compresa tra i 18 e i 60 anni sono state selezionate per effettuare il trattamento (...) sono stati rilevati una serie di parametri antropometrici come circonferenze braccia, tronco e gambe ed è stata inoltre valutata la tollerabilità cutanea del trattamento. Sono poi state raccolte una serie di valutazioni sensoriali espresse dalle volontarie che hanno effettuato il trattamento”*. Dalla lettura del test si evince che le volontarie si sono sottoposte ad un trattamento (consistente nell'applicazione di un gel e nel bendaggio di tutto il corpo per un'ora), prima e dopo del quale hanno subito la misurazione di 40 punti predeterminati su tutto il corpo. Le stesse volontarie hanno poi espresso un giudizio sul trattamento medesimo.

17. La perdita dei 20 cm oggetto di promozione si ottiene, quindi, sommando la perdita di millimetri ottenuta in ciascun punto di circonferenza corporea misurato.

18. Dai rilievi svolti d'ufficio, in data 17 febbraio 2015, sui siti *internet* dei professionisti è stato verificato che digitando nel browser l'indirizzo *internet* www.tshock31.it l'utente era indirizzato direttamente al sito www.tshockbaldangroup.it. Da tale ultimo sito sono stati rimossi i messaggi posti al fondo di ogni pagina *web* con cui il professionista ribadiva che *“T-shock31 è un trattamento innovativo, naturale e non invasivo che permette di ridurre, ad ogni seduta, un minimo di 20 cm”*. Nella pagina dedicata al trattamento, B&M specifica che *“gli effetti sono sorprendenti e duraturi nel tempo, soprattutto se in abbinamento ai protocolli T-Shock 31 viene abbinato il Kit 7 giorni del sistema dietetico del Centro Mességué per risultati ancora più evidenti”*. Il sito *internet* di Timodella, invece, non ha subito modifiche.

3) Le argomentazioni difensive delle Parti

19. Con memoria dell'11 febbraio 2015⁸, B&M ha rappresentato di essere il distributore dei prodotti T-Shock31, ma di non effettuare direttamente i trattamenti (che vengono, invece, svolti presso i centri estetici che acquistano i prodotti in parola, tra i quali vi è anche OCM S.a.s.).

20. Il professionista ha chiarito che il trattamento è stato chiamato “T-Shock31” perché i prodotti, gel e sali, sono stati preparati con 31 piante officinali con funzioni drenanti. Non è previsto un numero minimo di sedute, atteso che gli effetti variano sulla base delle condizioni delle persone che si sottopongono al trattamento; al momento della sottoscrizione della scheda cliente i consumatori vengono informati che in caso di mancato ottenimento dei risultati il trattamento viene svolto gratuitamente.

21. Riguardo alla programmazione di campagne pubblicitarie, B&M ha reso noto che dal mese di luglio 2014 non sono state più previste né vengono più effettuate campagne pubblicitarie per promuovere il trattamento oggetto del presente provvedimento.

⁷ Cfr. all. 5 doc. n. 19.

⁸ Cfr. doc. n. 19.

22. Con riferimento ai messaggi promozionali apparsi sui siti *internet* www.tshock31.it e www.tshockbaldangroup.it, il professionista ha specificato di aver apportato delle modifiche omettendo i messaggi contestati⁹.

23. Con memoria del 17 febbraio 2015¹⁰, Timodella ha rappresentato di aver acquistato i prodotti T-Shock 31 da B&M che li commercializza e ha chiarito che il trattamento in parola si effettua mediante l'applicazione di un gel composto da 31 erbe officinali e un bendaggio a compressione graduata di tutto il corpo con una soluzione salina. Prima e dopo il trattamento vengono misurati 40 specifici punti del corpo del cliente ed i risultati vengono trascritti su di una scheda personale.

24. Al fine di svolgere il trattamento T-Shock 31, Timodella ha specificato di avere svolto un corso di formazione presso la società B&M e che il trattamento stesso è naturale e non invasivo, per tale ragione i professionisti non richiedono ai propri clienti alcuna documentazione medica.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

25. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa a mezzo stampa e attraverso *internet*, in data 16 aprile 2015 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

26. Con parere pervenuto in data 15 maggio 2015, la suddetta Autorità ha considerato che, con riferimento al caso di specie, il consumatore, indotto dalla campagna pubblicitaria a ritenere che il trattamento dimagrante "T-Shock31" sia efficace e risolutivo per problemi di sovrappeso e obesità, potrebbe poi concretamente aderire all'offerta del suddetto trattamento. L'Autorità ha ritenuto, inoltre, che, nel caso di specie, l'utilizzo del mezzo stampa, unitamente al mezzo *internet*, sia funzionale alla pratica commerciale in esame, agevolandola e rafforzandone l'effetto di condizionamento.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

27. Il comportamento oggetto di valutazione si sostanzia nella diffusione di messaggi pubblicitari tramite stampa e via *internet*, che veicolano informazioni ingannevoli e omissive riguardo i trattamenti dimagranti promossi dai professionisti, con particolare riferimento al contenuto dei trattamenti e all'efficacia del servizio offerto. I messaggi in parola lasciano intendere che il trattamento sia capace di far conseguire una diminuzione, quantificata in cm di massa corporea riferita a una determinata parte del corpo (per esempio fianchi o addome).

In realtà, come accertato in atti, la diminuzione di massa corporea in parola, non si riferisce a singole parti del corpo scelte dal consumatore per le quali sussiste una reale necessità di riduzione, ma la prospettata perdita dei predetti centimetri è data dalla somma dei millimetri persi in 40 punti del corpo, individuati dai professionisti indipendentemente dalle esigenze del consumatore¹¹.

⁹ Tale circostanza è stata verificata con rilievi d'ufficio del 17 febbraio 2015 (cfr. doc. 28).

¹⁰ Cfr. doc. n. 18.

¹¹ I messaggi in esame promossi da B&M, sono stati oggetto anche dell'ingiunzione n. 5/2014 dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria del 27 gennaio 2014, il quale ha stigmatizzato il messaggio pubblicitario "T-Shock31 l'esclusivo trattamento modellante che riduce le circonferenze corporee sino ad un metro a seduta", come manifestamente contrario alle disposizioni del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, in quanto "il messaggio, volto a pubblicizzare un trattamento estetico modellante, ne accredita gli effetti in termini inverosimili ("riduce le circonferenze corporee fino a un metro a seduta", "permette di ridurre, ad ogni seduta, un minimo di 20 cm", "se non si raggiunge una riduzione della circonferenza di almeno 20 cm, il trattamento T-Shock 31 è gratuito!"). La comunicazione lascia infatti intendere che il trattamento pubblicizzato garantirebbe un'azione certa e definitiva, peraltro senza tenere conto della variabilità della risposta individuale. La perentoria promessa di risultati garantiti a chiunque rende il messaggio suscettibile di indurre in errore il pubblico dei destinatari in ordine agli effetti realmente conseguibili con il trattamento pubblicizzato di cui non sono spiegate le caratteristiche. Peraltro la promessa di una riduzione minima di 20 cm delle circonferenze corporee

28. In quest'ottica, i messaggi promozionali diffusi a mezzo stampa da B&M sono idonei ad indurre in errore il consumatore medio riguardo le modalità di ottenimento dei risultati pubblicizzati, attraverso omissioni informative rilevanti ai fini dell'assunzione di una decisione consapevole. La perentorietà della promessa della perdita di 20 cm di circonferenze corporee a seduta, non risulta attenuata dalla specificazione cui rinvia l'asterisco posto a fianco di quest'ultima dicitura. Infatti, la dicitura secondo cui il "*calcolo è dato dalla somma di misurazioni n. 40 punti-circonferenze corporee*", per la sua collocazione, non immediatamente leggibile, il suo carattere grafico e il suo tenore letterale, non è idonea a rendere edotto il consumatore delle effettive proprietà del trattamento T-Shock31.

Al riguardo la misura degli oneri informativi e la completezza delle informazioni rilevanti deve essere considerata in funzione dell'obiettivo della maggiore chiarezza e trasparenza e assume particolare pregnanza quando la comunicazione attenga a prodotti che, come nell'ambito della cosmesi, lambiscono il delicato settore della tutela della salute¹².

29. Analoghe valutazioni valgono anche per i messaggi pubblicitari diffusi su *internet* da B&M e Timodella, atteso che entrambi pongono particolare enfasi sul risultato raggiungibile a ogni seduta. Il primo riproduce lo stesso messaggio sopra descritto e sottolinea l'efficacia duratura dei trattamenti. Anche Timodella specifica con enfasi le proprietà modellanti del trattamento T-Shock 31 "*con un effetto immediato e duraturo*", in grado di far perdere "*da 20 cm a 1 mt in due ore!*" stando "*comodamente sdraiati in totale relax*".

Tali messaggi sono quindi ingannevoli ed omissivi, in quanto lasciano intendere al consumatore che attraverso i servizi offerti dai centri dimagranti che seguono il metodo T-Shock31 sia possibile conseguire risultati sorprendenti sin dal primo trattamento, ingenerando nei destinatari l'idea che il dimagrimento sia ottenibile anche senza sottoporsi a un regime alimentare ipocalorico e ad una corretta attività fisica. Al contrario, il raggiungimento di un dimagrimento duraturo e nel rispetto della salute, può ottenersi solo in abbinamento ad un'alimentazione controllata e ad una corretta attività fisica.

30. Alla luce delle sopra esposte considerazioni la condotta segnalata, relativa ai messaggi pubblicitari diffusi dai professionisti in ordine alle proprietà del trattamento T-Shock31, ai suoi effetti e alla sua efficacia, appare quindi in violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettera *b*), e 22 del Codice del Consumo.

31. Per quanto sin qui osservato, non si riscontra nel caso di specie il normale grado di diligenza professionale di cui all'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo, ossia quel grado di specifica competenza e attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alla qualità dei professionisti e alle caratteristiche dell'attività svolta, non avendo gli stessi utilizzato la cautela necessaria nel prospettare l'efficacia del prodotto, considerando soprattutto il *target* di riferimento costituito da un pubblico femminile che, in quanto affetto dalle problematiche di tipo estetico correlate all'adiposità localizzata, è particolarmente portato a prestare credito alle proposte che possano costituire una soluzione ai suddetti disagi.

è accompagnata da un asterisco che rinvia ad una scritta illeggibile, a caratteri minimi e in verticale, in cui si precisa che il calcolo deriva dalla somma di 40 punti circonferenze corporee. Si consideri infine che l'ingannevolezza della comunicazione deve essere valutata non solo per il contenuto della stessa, ma anche in considerazione del pubblico cui è destinata, costituito da consumatori particolarmente sensibili nei confronti di messaggi che promettono il sicuro e rapido ottenimento di risultati ambiti, e per questo motivo portati ad una decodifica più allettante ed illusoria delle promesse pubblicitarie con la conseguente amplificazione dei profili di decettività".

¹² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2012 n. 5070.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

32. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

33. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

34. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene innanzitutto conto dell'elevato grado di diffusione della pratica commerciale attraverso mezzi quali *internet* e, dunque, dell'idoneità della stessa a raggiungere un'ampia platea di consumatori, e della natura dei profili di illiceità riscontrati che appaiono di rilevante scorrettezza, anche in ragione del *target* raggiunto, particolarmente incline a prestare credito alle proposte che possano costituire una soluzione al disagio estetico. Si tiene, altresì, conto della dimensione economica dei professionisti: B&M S.r.l. Marketing del Benessere che presenta un fatturato pari a circa 10 milioni e mezzo di euro e OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C. che presenta un fatturato pari a circa 60.000 Euro.

35. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere da parte di B&M S.r.l. Marketing del Benessere dal mese di gennaio 2014 al mese di gennaio 2015 (mese in cui il professionista ha rimosso il riferimento alla capacità del trattamento T-Shock31 di far perdere ai consumatori 20 cm a seduta).

36. In relazione al professionista OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C., dagli elementi agli atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal mese di luglio 2014, data in cui sono stati acquisiti i messaggi pubblicitari sul sito *internet* del professionista, ed è tutt'ora in corso.

37. Sulla base di tali elementi, si ritiene dunque di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a B&M S.r.l. Marketing del Benessere nella misura di 100.000 €(centomila euro) e a OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C. nella misura di 8.000 €(ottomila euro).

38. Considerato, inoltre, che il professionista OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C. presenta perdite di esercizio si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria ad esso applicabile nella misura di 5.000 €(cinquemila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 comma 1, lettera *b*), e 22 del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante la diffusione di messaggi pubblicitari tramite stampa e via *internet*, che veicolano informazioni ingannevoli e omissive riguardo i trattamenti dimagranti promossi dai professionisti, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione ai prodotti e servizi offerti dai professionisti;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalle società B&M S.r.l. e OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettera *b*), e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare, per la violazione di cui al punto II:

- alla società B&M S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di 100.000 € (centomila euro);
- alla società OCM S.a.s. di Catoia Ornella e C. una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000 € (cinquemila euro);

c) che i professionisti comunichino all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

Le sanzioni amministrative di cui alla precedente lettera b) devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'art. 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

PS9820 – VALUEBASKET-MACATA CONSEGNA PRODOTTO

Avviso della comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Informativa di comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del Regolamento sulle procedure in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie (di seguito, Regolamento), in relazione al procedimento **PS9820**.

LA PARTE

Privacy Protection Service Ltd, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lett. *b*), del Codice del Consumo in quanto Registrant del sito a dominio valuebasket.it/com. utilizzato per la promozione e vendita al dettaglio via internet di prodotti di elettronica di consumo ed, in particolare, nel commercio *on line* di televisori, fotocamere, telefonia, videocamere, ecc..

Yusen Logistics Italy S.p.a e Cycleon B.v. in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lett. *b*), del Codice del Consumo in quanto svolgono in nome e per conto del professionista gestisce la fase di raccolta dei prodotti restituiti al mittente dai consumatori

AVVISO

Si informa la Parte del procedimento che il termine di conclusione della fase istruttoria è fissato al 9 luglio 2015.

Alla luce degli elementi allo stato acquisiti nell'ambito del procedimento in oggetto, con la presente si confermano e si precisano le contestazioni già oggetto della comunicazione di avvio circa la presunta illiceità delle condotte poste in essere dal professionista Privacy Protection Service Ltd, in qualità di registrant del sito, e da Yusen Logistics Italy S.p.a. e da Cycleon B.V in quanto operanti nella fase di restituzione dei beni da parte dei clienti, consistenti in: **A)** diffondere informazioni non veritiere circa la disponibilità ed i tempi di consegna dei prodotti offerti on line; **B)** sul sito internet informazioni obbligatorie circa l'identità del professionista e la sede geografica dello stesso; **C)** opporre ostacoli di varia natura ai consumatori, rispetto all'esercizio di taluni loro diritti contrattuali.

Con riferimento alla pratica commerciale sub **A**, il professionista avrebbe proposto in vendita, attraverso il proprio sito web, alcuni prodotti indicandoli come disponibili, ovvero impegnandosi ad inviarli entro un determinato termine, salvo successivamente ometterne la consegna. Nella pluralità dei casi il professionista avrebbe imputato il ritardo nella consegna a generiche difficoltà insorte con i fornitori, offrendo comunque garanzie sulla bontà della consegna dei prodotti ordinati e regolarmente pagati o mostrandosi disponibile alla restituzione del prezzo pagato, salvo poi non ottemperare a quanto promesso. I comportamenti descritti sarebbero in contrasto con le disposizioni di cui agli articoli 20, 21, comma 1, lettera *b*), 22, comma 1 e 23, lettera *e*) del Codice del Consumo.

La pratica commerciale sub **B** attiene alla mancata indicazioni, sul sito internet ove sono posti in vendita i prodotti, di informazioni obbligatorie ai sensi degli artt. art. 49 comma 1, lett. b) e c) del Codice del Consumo. Infatti, il sito non contiene alcuna informazione circa l'identità del professionista e l'indirizzo geografico dello stesso.

La pratica commerciale sub **C** attiene al ritardo e alla mancata restituzione ai consumatori del prezzo pagato, a seguito della mancata consegna dei prodotti ordinati o nel caso di esercizio del diritto di recesso. I consumatori inoltre hanno segnalato difficoltà a mettersi in contatto con il professionista sia attraverso il telefono che i contatti telematici. Tali comportamenti si porrebbero pertanto in contrasto con gli articoli 20, 24 e 25, lettera d) del Codice del Consumo in ragione della possibile idoneità delle condotte richiamate a condizionare indebitamente la libertà di scelta del consumatore medio in relazione all'esercizio di diritti contrattuali e/o all'eventuale cessazione del rapporto contrattuale.

Risulterebbe inoltre, in base agli elementi istruttori acquisiti, che la suddetta pratica è stata posta in essere almeno da ottobre 2013¹. Attualmente il professionista continua ad operare attraverso il sito www.valubasket.com/it e non ha apportato alcuna modifica alle pagine del sito al fine di rimuovere i profili di scorrettezza contestati.

Si comunica, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento, che la Parte può presentare memorie conclusive o documenti entro 20 giorni dalla data di pubblicazione del presente avviso. Si comunica altresì che la Parte può richiedere l'accesso agli atti del procedimento, secondo quanto già a suo tempo evidenziato nella comunicazione di avvio del procedimento stesso.

L'accesso potrà essere effettuato direttamente dalla Parte o da persona delegata per iscritto. Ai fini della quantificazione dell'eventuale sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 9, del citato Decreto, si richiede nuovamente alle società di fornire copia dell'ultimo bilancio ovvero idonea documentazione contabile attestante le condizioni economiche nell'ultimo anno.

.La pubblicazione del presente avviso sul Bollettino settimanale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, viene effettuata ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 19, comma 2 del Regolamento, attesa la mancata ricezione di riscontri al tentativo di trasmissione della comunicazione di avvio del procedimento, operato **in data 3 marzo 2015 , prot. n. 20868** .

Per qualsiasi comunicazione indirizzata all'Autorità, relativa al caso in questione, si prega di citare la Direzione A della Direzione Generale Tutela del Consumatore ed il riferimento **PS9820**.

¹ Segnalazione prot. 48335 del 17/10/2013

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXV- N. 21 - 2015

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Elisabetta Allegra, Sandro Cini, Francesca Melchiorri,
Valerio Ruocco, Simonetta Schettini
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
