

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2203 (conforme CdS, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2201)

La regola recata dall'art. 335 c.p.c., dettata per un diverso processo, deve essere applicata a quello amministrativo nei limiti di compatibilità. Si deve escludere che nel processo amministrativo di appello vi sia un obbligo incondizionato di riunione: la riunione in appello è doverosa a fronte di cause inscindibili, mentre resta discrezionale a fronte di cause scindibili.

Per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza (cfr. Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348, *Italcementi*; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652, *Vendomusica*). Anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a "mercato rilevante", ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Pertanto le gare di pubblici appalti possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto.

Nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990 e dell'art. 81, Trattato CE, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827).

La prova di un'intesa anticoncorrenziale quasi mai è diretta. La prova indiretta ben può presentare attitudine dimostrativa pari, se non superiore, a quella diretta quando faccia applicazione di una regola fondata su criteri universalmente accettati o comunque adeguatamente motivati con argomentazioni non contraddette. Pur essendo onere dell'Autorità fornire tutti gli elementi probatori a sostegno delle contestazioni mosse alle imprese, in presenza di alcuni concorrenti elementi spetta alle imprese prospettare ipotesi alternative rispetto a quelle formulate dall'Autorità. L'ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 594 *Jet fuel*).

La circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto *antitrust*, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative. L'asserita assenza di effetti anticoncorrenziali non potrebbe comunque far venire meno l'illiceità e la sanzionabilità della condotta. L'art. 2, l. n. 287/1990 è chiaro nel richiedere la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto. La mancata attuazione dell'accordo attiene agli effetti, ma non all'oggetto dell'intesa, e non fa venir meno l'illiceità dell'intesa e la sua sanzionabilità.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio. Il giudice amministrativo [ha], in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, i poteri <<di merito>> di cui alla l. n. 689/1981, [e può], addirittura, sostituire la sanzione irrogata con una diversa, [come] può anche ricostruire l'iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione già irrogata.

I contributi pubblici percepiti dalle imprese rappresentano una forma di corrispettivo delle prestazioni fornite. Dunque, il contributo pubblico deve considerarsi sostitutivo ed equivalente ai ricavi che si conseguirebbero sul mercato, e costituiscono, pertanto, al pari dei ricavi da traffico, un indicatore della capacità economica complessiva dell'impresa.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2203/09

Reg.Dec.

N. 9905 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 99/2009

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 9905/2008, proposto da ATC s.p.a., con sede in B., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Biagini, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Castello n. 33;

contro

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

- A. s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Lorusso e Federico Tedeschini, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma, Largo Messico n. 7;

- TB s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in appello

- ATA s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio – Roma, sez. I, 26 giugno 2008 n. 6215, non notificata.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione appellata;

visto l'atto di costituzione in giudizio di A. s.p.a.;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 17 febbraio 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi gli avv.ti Biagini l'avv. dello Stato Fedeli, l'avv. Tedeschini e l'avv. Lorusso;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Ricostruzione dei fatti.

Giova premettere una breve ricostruzione in fatto.

La presente controversia trae origine dall'istruttoria avviata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi: AGCM) in data 9 novembre 2005 nei confronti delle società S. s.p.a., A. E. s.p.a. e A.R.P. s.p.a., volta ad accertare l'eventuale realizzazione di intese lesive della concorrenza per ottenere l'aggiudicazione dei c.d. "servizi aggiuntivi" nel Comune di R., messi a gara da A. s.p.a. nell'agosto 2005, nonché l'esistenza di una rete di accordi paralleli dal contenuto analogo, strumentale all'alterazione del meccanismo concorrenziale in altre realtà territoriali, al fine di preservare gli assetti industriali e di mercato esistenti.

In ragione delle informazioni acquisite in occasione degli accertamenti ispettivi effettuati e dell'attività istruttoria svolta, l'Autorità estendeva il procedimento nei confronti delle società ACT. s.p.a.; G.T. s.p.a., S.E.D.T.P. S.A., TA. s.r.l. e S.I.L. s.p.a.

L'Autorità ipotizzava che tra tali società fosse intercorso un "accordo – quadro", volto a concertare la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale, privilegiando il criterio della preminenza del ruolo svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza.

In data 6 dicembre 2006 l'Autorità disponeva un'ulteriore estensione oggettiva e soggettiva del procedimento nei confronti di ATC s.p.a. con sede a B., odierna appellante, nonché nei confronti di ATM s.p.a., Tb s.p.a., ATF s.p.a., ATC s.p.a. con sede a L. S., ATP s.p.a., Tpi s.p.a., TP s.p.a, A. E. s.p.a. e C.T.I.

In particolare, in base agli elementi acquisiti con gli accertamenti ispettivi, veniva ipotizzato che i patti parasociali sottoscritti nel novembre 2002, congiuntamente alla costituzione della società R.it. S.c. a r.l., dalle società GT s.p.a., ACT s.p.a., S.E.D.T.P. S.A., AP s.p.a. e ATM s.p.a., fossero volti a concertare la partecipazione individuale o congiunta dei sottoscrittori alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale bandite sul territorio nazionale, sulla base del criterio della preminenza del ruolo svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza.

Nei confronti di **ATC con sede a B., odierna appellante**, nonché di Tb, e ATF, veniva accertata l'esistenza di un accordo denominato "Protocollo di politica commerciale", secondo l'Autorità volto a concertare, in regime di reciproca esclusiva, la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale bandite sul territorio nazionale, nell'ambito dell'alleanza denominata TP N.

L'Autorità riteneva altresì che la documentazione raccolta fosse idonea a provare che le società ATC s.p.a. con sede a L.S. , AP s.p.a., Tpi s.p.a., A.E. s.p.a. e TP s.p.a. avessero concertato, in particolare tramite aggregazioni stabili quali l'associazione denominata S.M.Ch., la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto locale bandite sul territorio nazionale, al fine di

salvaguardare la preminenza del ruolo svolto da ciascun *partner* nel proprio ambito territoriale di appartenenza, in particolare attraverso la creazione di associazioni temporanee di imprese in cui il numero dei soggetti coinvolti non appariva giustificato dall'esigenza del raggiungimento dei requisiti per la partecipazione alle gare.

Infine, relativamente alla gara per l'affidamento della gestione dei cosiddetti "servizi aggiuntivi" nel Comune di R., l'Autorità deliberava di estendere il procedimento anche nei confronti del C.T.I. per verificarne il grado di partecipazione all'intesa contestata.

In data 27 marzo 2007, la società S.E.D.T.P. S.A presentava impegni ai sensi dell'art. 14-ter, l.n. 287/1990, i quali, tuttavia, venivano giudicati dall'Autorità manifestamente inidonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria.

In data 8 giugno 2007 veniva inviata alle parti la comunicazione della risultanze istruttorie.

Nel corso del procedimento sono state sentite in audizione diverse società ed è stato altresì ripetutamente consentito l'accesso agli atti del procedimento, il quale, all'esito di un articolata istruttoria, si è concluso con l'impugnata delibera del 30 ottobre 2007, con la quale l'Autorità ha ritenuto:

“a) che le società S. s.a. , A. E s.p.a., ACT s.p.a., G.T.s.p.a., S.E.D.T.P. S.A, ATM s.p.a., T.b s.p.a., ATC s.p.a. con sede a B., ATF s.p.a., ATC s.p.a. con sede a L.S. , AP s.p.a., Tpi s.p.a., TP s.p.a., A. E.o s.p.a., C.I.T. hanno posto in essere intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, aventi per oggetto e, con eccezione dell'intesa relativa a TP N., per effetto, il mantenimento dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (d'ora innanzi: TPL) in capo al precedente gestore o, in ogni caso, la riduzione del confronto competitivo tra operatori potenzialmente concorrenti, in ipotesi di partecipazione a gare fuori bacino;

b) che le società di cui al punto a) si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

c) che, in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie alle seguenti società:

S.: 248.800 euro

A.M.: 930.000 euro

CTI: 11.000 euro

ACT: 1.551.200 euro

G.T.: 1.904.000 euro

S.E.D.T.P. S.A: 136.000 euro

ATM: 275.776 euro

T.b: 2.232.880 euro

ATC con sede a B., odierna appellante: 572.280 euro

ATF: 363.990 euro

ATC con sede a L. S.: 424.830 euro

AP: 387.000 euro

Tpi: 274.380 euro

TP: 270.000 euro

APM: 328.500 euro”.

2. Il ricorso al Tar

Tutte le società sanzionate (ad eccezione di S.E.D.T.P. S.A) sono insorte avverso il provvedimento, con separati ricorsi al Tar Lazio, chiedendone l’annullamento.

In particolare, con il ricorso di primo grado l’odierna appellante ha impugnato, nella parte di suo interesse, il provvedimento dell’AGCM 30 ottobre 2007 n. 17550, relativo alla conclusione del procedimento I 657, avviato in data 9 novembre 2005.

In particolare tale provvedimento è stato impugnato nella parte in cui è stato deliberato:

- che la società ATC s.p.a., con sede in B., ha posto in essere intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell’art. 81 del Trattato CE, (intesa relativa a TP N.) avente per oggetto il mantenimento dei servizi di trasporto pubblico locale (TPL) in capo al precedente gestore, o, in ogni caso, la riduzione del confronto competitivo tra operatori potenzialmente concorrenti, in ipotesi di partecipazione a gara fuori bacino;

- che la società ATC s.p.a., al pari delle altre società sanzionate, si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell’infrazione accertata;

- che alla società ATC s.p.a. si applica la sanzione amministrativa pecuniaria di euro **572.280,00**.

Sono stati inoltre impugnati:

a) ove occorrer possa e nei limiti dell’interesse della ricorrente, il provvedimento dell’Autorità in data 9.11.2005, con cui è stata avviata una istruttoria, ai sensi dell’art. 14, l. n. 287/1990, per presunta violazione dell’art. 81, Trattato CE;

c) ove occorrer possa, e nei limiti dell’interesse della ricorrente, il provvedimento, assunto nell’adunanza del 6.12.2006, dall’AGCM, nella parte in cui è stata deliberata l’estensione soggettiva del procedimento anche nei confronti dell’odierna ricorrente;

d) ove occorrer possa, e nei limiti dell’interesse della ricorrente, la comunicazione delle risultanze istruttorie e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori da parte della prefata Autorità, notificata in data 8.6.2007;

e) ogni altro atto presupposto o consequenziale, comunque collegato, antecedente e successivo.

Il Tar ha riunito tutti i ricorsi al fine di una trattazione unitaria e, in relazione alla posizione di **ATC con sede in B., odierna appellante**, ha respinto integralmente il ricorso.

3. Profili processuali.

Preliminarmente, il Collegio ritiene di non dover riunire il presente appello ad altri undici appelli proposti, da altre società sanzionate, avverso la medesima sentenza e chiamati all'udienza odierna.

Va ricordato che ai sensi dell'art. 335 c.p.c., tutte le impugnazioni proposte separatamente avverso la stessa sentenza devono essere riunite, anche d'ufficio, e che tale regola, dettata per il processo civile, viene costantemente applicata anche dal giudice amministrativo (Cons. St., sez. V, 29 aprile 1985 n. 199; Id., sez. IV, 31 maggio 2003 n. 3037; Id., sez. V, 25 febbraio 2004 n. 764; Id., sez. IV, 30 settembre 2005 n. 5205; Id., sez. IV, 4 maggio 2006 n. 2482; Id., sez. IV, 19 febbraio 2007 n. 889).

La giurisprudenza di questo Consesso sottolinea che mentre di regola il potere di riunione dei ricorsi è discrezionale, nel caso dell'art. 335 c.p.c. la riunione è obbligatoria (Cons. St., sez. IV, 3 giugno 1987 n. 326; Id., sez. IV, 28 gennaio 2000 n. 442; Id., sez. V, 9 ottobre 2002 n. 5423; Id., sez. V, 25 febbraio 2004 n. 764).

Il Collegio ritiene di doversi motivatamente e in parte discostare da questa granitica e rigida posizione.

Ad avviso di questo Collegio, la regola recata dall'art. 335 c.p.c., dettata per un diverso processo, deve essere applicata a quello amministrativo nei limiti di compatibilità.

Si deve escludere che nel processo amministrativo di appello vi sia un obbligo incondizionato di riunione: la riunione in appello è doverosa a fronte di cause inscindibili, mentre resta discrezionale a fronte di cause scindibili.

In particolare, la riunione di più appelli avverso la medesima sentenza è da ritenere obbligatoria quando si tratti di una controversia unitaria, afferente ad una medesima vicenda di fatto (c.d. causa inscindibile), mentre non è da ritenere obbligatoria quando, come nella specie, in primo grado sono stati presentati una pluralità di ricorsi, da parti distinte e con posizioni distinte, il giudice di primo grado ha esercitato il potere discrezionale di riunione dei ricorsi per deciderli con unica sentenza, e gli interessati hanno proposto separati appelli avendo diverse posizioni e interessi (c.d. cause scindibili).

In una siffatta vicenda fattuale, la sentenza di primo grado è solo formalmente unica, avendo in realtà deciso una pluralità di ricorsi distinti, nell'esercizio di un potere di riunione che avrebbe potuto anche non essere esercitato.

Non di rado, infatti, il Tar Lazio, a fronte di un unico provvedimento dell'AGCM che sanziona una pluralità di imprese, impugnato con ricorsi distinti, non esercita il potere di riunione, adottando tante sentenze quanti sono i ricorsi.

Pertanto, nella specie, nonostante l'esercizio del potere di riunione da parte del giudice di primo grado, le posizioni delle singole società restano distinte e diversi sono i motivi di censura dedotti.

Obbligare, in siffatta situazione, il giudice di appello a disporre la riunione, significherebbe vincolarlo ad una scelta discrezionale del giudice di primo grado, che potrebbe non essere condivisibile.

Si deve, in sintesi, ritenere, che cause per loro natura scindibili, ancorché vengano riunite dal giudice di primo grado, restano distinte, con una propria individualità rispetto ai legittimi contraddittori e con l'ulteriore conseguenza che la sentenza che le definisce, sebbene formalmente unica, consta in realtà di tante pronunce quante sono le cause riunite, le quali conservano la loro autonomia anche ai fini delle successive impugnazioni, che possono perciò svolgersi separatamente le une dalle altre (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2007 n. 4675).

Nella specie, l'estrema complessità dei singoli ricorsi in appello, la diversità delle censure dedotte, la diversa articolazione dell'ordine delle censure, volta a denotare differenziati interessi delle parti, consigliano di mantenere separati gli appelli. Una riunione, da un lato comporterebbe il rischio, sia pur eventuale, di un non compiuto esame di tutte le singole censure, e dall'altro lato comporterebbe il rischio, certo, di una sentenza fiume, che, formalmente unica, deve esaminare censure diverse contenute in dodici differenti ricorsi.

4. Il quadro normativo.

Giova premettere, al fine di un esatto inquadramento della controversia in esame, un breve *excursus* del contesto normativo di riferimento.

Il settore del trasporto pubblico locale è disciplinato dal d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422 - come modificato dal d.lgs. n. 400/1999 e successivamente dall'art. 45, l. n. 166/2002 - il quale ha operato il "conferimento alle regioni ed agli enti locali delle funzioni e dei compiti in materia di trasporto pubblico locale" prevedendo come regola per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale, su gomma e per ferrovia, l'espletamento di gare pubbliche per la scelta del gestore dei servizi minimi alla scadenza degli affidamenti in essere (art. 18).

Possono partecipare alle gare le imprese di trasporto di persone stabilite nell'Unione Europea, ad esclusione, terminato il periodo transitorio previsto dalla legislazione nazionale o regionale, delle società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e loro controllate, controllanti e collegate e delle società che gestiscono reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali necessarie per l'espletamento del servizio (co. 2, lett. a), art. 18, d.lgs. cit.).

L'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali) ha successivamente introdotto una disciplina di carattere generale sulla gestione delle reti e sull'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dal cui ambito di applicazione, però, a seguito della l. 15 dicembre 2004 n. 308, è stato escluso proprio il settore del trasporto pubblico locale.

Il termine ultimo di validità delle concessioni in essere, fissato originariamente dal d.lgs. n. 422/1997 al 31 dicembre 2003, è slittato, una prima volta, al 31 dicembre 2005, in forza del d.l. 24 dicembre 2003 n. 355, convertito con modificazioni in l. 27 febbraio 2004 n. 47. Successivamente tale termine è stato prorogato, dalla l. 23 dicembre 2005 n. 266 (legge finanziaria per il 2006), al 31 dicembre 2006, nonché al 31 dicembre 2007 dal d.l. 28 dicembre 2006 n. 300 (disposizione aggiunta dalla l. di conversione 26 febbraio 2007 n. 17).

Tale ultima norma prevede la possibilità per le Regioni di prorogare ulteriormente gli affidamenti in essere, per un periodo massimo di due anni (e quindi fino al 31 dicembre 2009), a

seguito di operazioni di consolidamento ed integrazione di bacini fra gli operatori affidatari dei servizi (art. 18, co. 3-*ter*, d.lgs. n. 422/1997).

L'Autorità ha rilevato che, ad oggi, è stato bandito un numero relativamente esiguo di gare rispetto ai bacini attualmente affidati giacché, nelle more della piena attuazione dei principi fissati dal cit. d.lgs. n. 422/1997, molti enti locali hanno provveduto ad attribuire i servizi di TPL alle proprie aziende mediante affidamenti *in house*, in particolare nel periodo di vigenza della disciplina introdotta dal t.u.e.l.

Al termine dei periodi di proroga stabiliti dalla legge, dovrebbe però aversi, osserva l'Autorità, una progressiva intensificazione di procedure concorsuali da bandire (a partire quindi dal gennaio 2008).

Le Regioni hanno provveduto a trasporre in atti normativi e regolamentari di secondo livello i principali contenuti del d.lgs. n. 422/1997, in particolare individuando i c.d. "servizi minimi"; attraverso la regolamentazione della trasformazione delle aziende speciali e consortili, precedentemente concessionarie dei servizi, in società per azioni; mediante la previsione generalizzata di procedure concorsuali e la definizione delle modalità e della durata dei contratti di servizio etc.

L'Autorità ha quindi sottolineato (cfr. in particolare i parr. 45 e ss. del provvedimento impugnato) come "le difficoltà del processo di liberalizzazione" e la profonda incertezza normativa che ha contraddistinto il settore, abbiano avuto un impatto fortemente negativo anche sui meccanismi di gara, rallentandone l'applicazione e spingendo molte realtà locali (ad es. il Comune di Roma) a continuare a far ricorso all'affidamento diretto – nella finestra temporale 2001-2004 – piuttosto che attivarsi nell'espletamento di gare ad evidenza pubblica.

Va anche evidenziata la profonda evoluzione della nozione di "servizi di interesse generale" in atto in sede comunitaria, e, sul piano interno, le prospettive di modifica del d.lgs. n. 422/1997. Su queste ultime si è soffermata l'Autorità ricordando che a fine ottobre 2007 è stata formulata una proposta per la riforma e lo sviluppo del settore del TPL da parte di un Tavolo Tecnico presso la Presidenza del Consiglio, a seguito dell'Accordo tra Governo e Regioni per il riassetto normativo e finanziario del TPL.

Tale documento, elaborato anche tenendo conto dell'*iter* parlamentare del d.d.l. S772 recante delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali, nonché in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, propone alcune modifiche rispetto al quadro regolatorio esistente in materia di affidamento del servizio.

In primo luogo, si prospetta una ulteriore proroga del termine fissato per l'affidamento dei servizi di trasporto con gara, fissandolo al 31 dicembre 2008 (proroga però non concretizzatasi). In secondo luogo, si amplia la possibilità di scelta per l'ente locale nelle procedure di affidamento ad evidenza pubblica introducendo la tipologia di gara "a doppio oggetto", relativa al contempo alla selezione del socio privato di minoranza che intervenga nella gestione del servizio affidato alla ex municipalizzata.

Per quanto possa occorrere, il Collegio rileva che, ancora oggi, le misure sopra delineate non sono state trasfuse in un testo di legge specifico per il TPL.

Invece, è intervenuto, dopo il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, e nelle more del giudizio, l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, che riguarda tutti i servizi pubblici locali e si applica anche al TPL (art. 23-bis, co. 1).

L'assetto definitivo dell'affidamento dei servizi di TPL sarà chiaro solo quando sarà varato il regolamento previsto dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, regolamento che dovrà tra l'altro chiarire il se e i limiti degli affidamenti *in house* e armonizzare le previgenti discipline di settore (tra cui quella per il settore del TPL) con il sopravvenuto art. 23-bis (art. 23-bis, co. 10, lett. a) e lett. d), d.l. n. 112/2008).

Inoltre, nel contesto del nuovo Regolamento comunitario (n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007) relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia, pur ammettendosi (considerando n. 5) che “molti servizi di trasporto terrestre di passeggeri che rappresentano una necessità sul piano dell'interesse economico generale non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale”, emerge chiaramente il riconoscimento che “l'introduzione di una concorrenza regolamentata tra gli operatori in questo settore consente di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti, senza per questo ostacolare l'adempimento dei compiti specifici assegnati agli operatori di servizio pubblico” (considerando n. 7).

L'Autorità ha rimarcato le “criticità economiche” che tuttora connotano il settore del TPL.

Accanto ad un'offerta estremamente frammentata, il sistema italiano, raffrontato agli altri Paesi europei, si connota per essere quello a più alto costo e a più bassa redditività. Esso è, infatti, caratterizzato da tante imprese di piccole dimensioni, ciascuna collegata al proprio bacino storico di esercizio. Rilevano, inoltre, una ridotta presenza dell'imprenditoria privata, ricavi da traffico per chilometro decisamente bassi, contributi pubblici per chilometro più elevati d'Europa, l'incidenza più alta del costo del personale per unità di produzione in Europa, un parco mezzi contraddistinto da una elevata età media e da una velocità commerciale media molto bassa (par. 55).

5. Il procedimento e il provvedimento sanzionatorio.

Il procedimento sfociato nel provvedimento impugnato ha riguardato quattro distinte fattispecie, relative ad altrettanti accordi di tipo orizzontale tra operatori attivi nel settore, i quali, secondo AGCM, “hanno portato alla costituzione di macro aggregazioni a valenza nazionale, orientate alla partecipazione coordinata alle procedure di gara di cui si attendeva a breve il bando, con l'esplicita finalità di limitare la concorrenza tra le Parti e proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore *incumbent* in una data area territoriale.” (par. 176).

L'Autorità ha in particolare ritenuto l'esistenza:

1) di un'intesa tra S., AM e C.T.I., finalizzata alla partecipazione concertata alle gare attese in Lazio e Abruzzo e “sottostante” anche alla gara, svoltasi nel 2005, per l'aggiudicazione dei servizi aggiuntivi nel Comune di Roma;

2) di una serie di accordi, relativi alle aggregazioni denominate R.IT., TP N. e S.M.Ch., aventi ad oggetto il coordinamento nella partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di TPL nei singoli bacini territoriali (sono state in particolare analizzate le gare di Mantova, Savona e La Spezia).

Le intese sottostanti alle aggregazioni R.it., TP N. e S.M.Ch. si sono concretizzate “nella stipula di puntuali accordi intercorsi tra le Parti, cui è stata data effettiva attuazione”.

Per quanto concerne invece l'intesa fra AM, S. e C.T.I. per la partecipazione concertata alle gare attese in Lazio e Abruzzo, l'Autorità non ha rinvenuto il testo di un formale accordo sottoscritto in tal senso ma lo ha desunto dagli "indizi relativi ai contatti fra le Parti aventi ad oggetto la partecipazione alla gara di Roma e la successiva gestione di T. TPL, nonché dai comportamenti tenuti dalle stesse con riferimento a tali vicende" (par. 180).

6. La società appellante e TP N..

6.1. Per quanto riguarda la posizione di **ATC s.p.a. con sede in B., odierna appellante**, giova riportare quanto riscontrato nel provvedimento impugnato.

<<ATC s.p.a., con sede a B., è la società affidataria dei servizi di trasporto pubblico locale nel territorio della provincia di B., il cui capitale sociale è detenuto per circa il 60% dal Comune di B., per il 40% dalla Provincia di B.. Il fatturato realizzato nel 2006 è stato pari a circa 165 milioni di euro>> (par. 21).

Sotto il profilo delle forme di cooperazione esistenti tra gli operatori dei servizi di TPL, l'AGCM rileva, nell'arco temporale 2001-2006, sia la formazione di alleanze strategiche che la costituzione di veri e propri consorzi o società. Entrambi gli strumenti appaiono finalizzati a coordinare la partecipazione delle imprese partecipanti alle gare ed eventualmente a coordinare l'acquisto di partecipazioni in realtà minori (par. 59).

6.2. Tra i raggruppamenti che coinvolgono le principali imprese del settore, il provvedimento impugnato menziona, per quel che qui interessa, **TP N.:** società attualmente in liquidazione cui aderiscono Tb, ATC B., ATF, CTM C. e CSTP S., che rappresentavano circa 13.500 addetti per una produzione totale di 188 milioni di vetture-km annue (par. 60).

A TP N. sono dedicati i paragrafi da **111** a **118** del provvedimento impugnato.

6.3. L'appello.

Tanto premesso, si può procedere all'esame dell'appello proposto da **ATC s.p.a. con sede in B..**

7. Questioni relative al mercato rilevante.

7.1. Con il primo motivo di appello vengono contestate le statuizioni della sentenza aventi ad oggetto la individuazione del mercato rilevante (pagg. da 30 a 45 della sentenza).

7.2. Già davanti all'AGCM le imprese avevano sostenuto che il mercato rilevante avrebbe dimensione nazionale, e che avuto riguardo alla dimensione nazionale del mercato, le intese contestate sarebbero inidonee ad alterare la concorrenza, per il loro peso marginale.

7.3. L'AGCM ha disatteso tale prospettazione, in quanto l'asserita definizione nazionale del mercato rilevante non sarebbe rappresentativa delle effettive dinamiche settoriali. La riforma per la liberalizzazione del settore, ponendo come principio l'affidamento a mezzo di gara, rende implicitamente necessario valutare la consistenza di un'intesa, non rispetto al totale degli affidamenti presenti a livello nazionale, bensì avendo riferimento all'insieme dei bacini contendibili, in quanto aggiudicabili a mezzo gara.

7.4. Il Tar ha condiviso tale impostazione ritenendola immune da vizi e coerente con la normativa vigente e la situazione di fatto.

7.5. Parte appellante critica tali statuizioni della sentenza osservando che tale soluzione, accolta in termini generali, con riguardo a tutte le intese, mal si attaglierebbe all'intesa cui ha partecipato l'odierna appellante.

Posto che sin dall'originario protocollo di politica commerciale venivano esclusi i servizi già affidati ai singoli partecipanti, l'intesa aveva non già una funzione difensiva delle rispettive posizioni di mercato, ma una funzione di attacco, rivolta, cioè, a gare da esperirsi al di fuori delle aree già di competenze delle imprese aderenti all'intesa.

Pertanto l'intesa aveva una definizione nazionale, avendo ad oggetto tutte le gare che si sarebbero esplicate su tutto il territorio nazionale. Il che denota anche il peso marginale dell'intesa, sottoscritta da pochi operatori del settore, di caratura medio piccola.

8. Le censure non possono essere condivise.

8.1. Per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza (cfr. Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348, *Italcementi*; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652, *Vendomusica*).

Come è noto, la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di <<contestualizzazione>> delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il <<mercato rilevante>> e <<l'abuso di posizione dominante>> al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, *Rc Auto*; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926, *buoni - pasto*).

Nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito (Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006 n. 1271 *Telecom Italia*).

E' bensì vero che il mercato di riferimento deve comunque essere costituito da una parte «rilevante» del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica.

Tuttavia anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a “mercato rilevante”, ove in essa abbia luogo l’incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata.

Pertanto le gare di pubblici appalti possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto (v. la gara Consip per i buoni pasto, su cui ha deciso la citata decisione Cons. St., n. 926/2004; le gare per la fornitura di carburante indette da aziende comunali di trasporto pubblico, su cui ha deciso Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 548; le gare per la fornitura di prodotti per diabetici, su cui ha deciso Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2006 n. 1397).

In particolare, la questione della possibilità di identificare il mercato rilevante anche con una singola gara bandita dalla p.a. è già stata esaminata dalla Sezione e risolta in senso favorevole sulla base della considerazione secondo cui l’ammissibilità di una coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1191 *Imprese di assicurazione*).

Ciò non significa affatto che ad ogni gara pubblica corrisponde un mercato a sé stante, anche in considerazione della circostanza che l’intesa restrittiva deve riguardare l’intero mercato nazionale, o una sua <<parte rilevante>>. Sicché un pubblico appalto costituisce mercato rilevante se assuma dimensione nazionale o riguardi comunque una parte rilevante del territorio nazionale: nel caso Consip, si è ritenuto che costituisse mercato rilevante la gara indetta da Consip per i buoni pasto, trattandosi di gara svolta a livello centralizzato, che ha concentrato gran parte della domanda proveniente dalla p.a. ed era idonea ad estendere l’ambito di operatività anche alla domanda di altri enti pubblici, che volontariamente potevano aderire all’offerta (Cons. St., sez. VI, n. 926/2004, cit.).

La Sezione ha anche affrontato il caso, diverso da quello di una unica gara di dimensione nazionale (come le gare Consip), e più simile a quello odierno, di una pluralità di gare di appalto da parte di singole pubbliche amministrazioni (gare per l’acquisizione di servizi assicurativi, Cons. St., sez. VI, n. 1191/2001, cit.), arrivando a identificare, a causa delle caratteristiche e della specificità di una gara svolta nel settore assicurativo, il mercato rilevante con una singola gara.

Ciò quando una singola pubblica amministrazione richieda un prodotto particolare, caratterizzato da standards e caratteristiche diverse rispetto a quella di altri soggetti (c.d. differenziazione orizzontale del prodotto).

Si può dunque individuare un mercato del prodotto (collegato alla domanda di un singolo ente pubblico) ed un’estensione geografica del mercato, costituita da tutte le imprese concorrenti nell’offerta del prodotto.

8.2. Nel caso specifico, l’AGCM ha ritenuto, per definire il mercato rilevante, che dal lato dell’offerta vi fosse un numero di imprese, circa 1200, potenzialmente in grado di formulare offerta su tutto il territorio nazionale; e che, dal lato della domanda, vi fossero una pluralità di p.a. (gli enti locali), ciascuna in grado di formulare una propria domanda, che poteva differenziarsi dalla domanda di altre p.a. Sicché, mercato rilevante sono stati considerati i singoli bacini di utenza del TPL, con una possibile sommatoria di tali bacini fino a raggiungere una dimensione nazionale.

Si afferma infatti nel provvedimento:

<<40. *In proposito si osserva che, ai fini del presente procedimento, i fenomeni in esame devono essere effettivamente valutati avendo riguardo all'insieme dei bacini, sull'intero territorio nazionale, per i quali la normativa di settore prevedeva l'affidamento del servizio attraverso procedura di gara. Rispetto a tali ambiti, le intese in esame risultano idonee, per l'oggetto e/o per l'effetto, ad alterare, in termini di aggiudicazione, l'esito delle singole procedure di gara.*

(...)*43. In linea generale, infatti, nell'ambito delle singole gare indette dagli Enti o altri organismi di diritto pubblico, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalle singole amministrazioni nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che le medesime seguono nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti.*

44. Pertanto, alla luce dell'oggetto e della portata delle intese contestate nel presente procedimento, il mercato rilevante va individuato, con riferimento ai singoli accordi, nei singoli bacini di interesse delle imprese partecipanti alle intese, che di volta in volta sono stati o avrebbero potuto essere affidati tramite gara [In proposito si fa presente che al momento dell'elaborazione degli accordi oggetto della presente procedura il termine massimo di validità degli affidamenti era previsto al 31 dicembre 2003, mentre le prime gare erano già state bandite nel corso del 2000. A titolo esemplificativo si veda il caso C/6313B.]. L'insieme di tali bacini, che non identifica – come sostenuto dalle Parti – la dimensione geografica del mercato, bensì la portata delle intese, poteva arrivare a ricomprendere l'intero territorio nazionale, laddove gli accordi oggetto del procedimento non risultano volti solo a condizionare l'affidamento a favore del soggetto già affidatario (incumbent), ma anche a restringere il confronto tra operatori potenzialmente concorrenti in altre realtà territoriali [Al riguardo si sottolinea che gli stessi accordi oggetto di contestazione appaiono finalizzati a concertare la partecipazione alle gare, sia con riferimento agli ambiti territoriali di appartenenza, sia alle aree geografiche diverse dai comprensori di consolidata competenza territoriale dei singoli operatori. Cfr. Preliminare di accordo strategico del 2002 (doc. 4.69), Patti parasociali di R.it (doc. 13.373), Protocollo di Politica Commerciale di TP N. (doc. 16.530), Prospettive dell'Associazione S. M.Ch. (doc. 15.459).]>>.

8.3. Tale ricostruzione è immune da vizi logici.

L'Autorità ha in primo luogo valorizzato la definizione contenuta nell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 422/1997, secondo cui per servizi pubblici di trasporto regionale e locale si intende “l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale”.

Ha quindi ritenuto, alla luce dell'oggetto e della portata delle intese esaminate, che il mercato rilevante vada individuato, “con riferimento ai singoli accordi, nei singoli bacini di interesse delle imprese partecipanti alle intese, che di volta in volta sono stati o avrebbero potuto essere affidati tramite gara”. L'“insieme” di tali ambiti territoriali, secondo l'Autorità, identifica non già la dimensione geografica del mercato rilevante ma la portata, e quindi gli effetti complessivi delle intese, i quali potevano arrivare “a ricomprendere l'intero territorio nazionale, laddove gli accordi oggetto del procedimento non risultano volti solo a condizionare l'affidamento a favore del soggetto già affidatario (incumbent), ma anche a restringere il confronto tra operatori potenzialmente concorrenti in altre realtà territoriali”.

Infine, prosegue l'Autorità, “la riforma per la liberalizzazione del settore, ponendo come principio l'affidamento a mezzo di gara, rende implicitamente necessario valutare la consistenza di

un'intesa, non rispetto al totale degli affidamenti presenti a livello nazionale, bensì avendo riferimento all'insieme dei bacini contendibili, in quanto aggiudicabili a mezzo gara" (par. 226).

8.4. Avuto, in particolare, riguardo all'intesa TP N., la circostanza che essa riguardasse non già la difesa dei bacini di operatività degli attuali titolari di servizi di TPL (c.d. *incumbents*), ma gare di attacco sulla restante parte del territorio nazionale, non inficia le conclusioni sopra raggiunte.

Infatti la circostanza che l'intesa si riferisse alle gare di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, da svolgersi sul territorio nazionale, non basta a far ritenere che l'intesa avesse per oggetto solo l'intero mercato nazionale senza segmentazione.

Infatti, le gare per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale non si svolgevano, e non si svolgono, su base nazionale, ma sempre su base locale. Il <<mercato>> dove si incontrano domanda ed offerta, pertanto, è costituito dalla singola gara di appalto, come correttamente ritenuto dall'AGCM e dal Tar.

L'intesa non poteva avere ad oggetto un unico mercato nazionale, per la semplice ragione che non ci sono, nel settore del TPL, gare di dimensione nazionale.

L'intesa non poteva pertanto che riguardare singole gare, e dunque singoli mercati, la cui somma diventava una porzione rilevante del mercato nazionale.

L'autonoma rilevanza dei singoli bacini messi a gara deriva altresì dall'elementare considerazione che ciascuno di essi identifica l'ambito locale di erogazione di un servizio rispetto al quale l'analoga prestazione offerta in altro bacino non è sostituibile né succedanea essendo intrinsecamente inidonea a soddisfare la domanda di mobilità propria di un diverso ambito territoriale.

Relativamente all'estensione geografica del mercato rilevante, va inoltre adeguatamente considerato che, all'indomani della riforma recata dal d.lgs. n. 422/1997, molti enti locali hanno deciso di accorpate tratte e servizi i quali, in precedenza, venivano affidati e gestiti separatamente all'interno dello stesso bacino territoriale.

E' su tali servizi dunque che le partecipanti alle intese hanno di volta in volta concentrato il loro interesse, senza che la pluralità dei bacini territoriali per i quali era attesa la gara (e quindi la potenziale consistenza delle intese) possa sminuire la rilevanza "competitiva" del singolo contesto locale in cui la concertazione si è poi effettivamente concretizzata.

Dal lato dell'offerta, non va trascurato che il mercato del TPL non è ancora pienamente concorrenziale e che è caratterizzato dalla presenza di imprese di piccole dimensioni prettamente legate al proprio ambito territoriale di riferimento. Non è chiaro, dunque, come tale affermazione possa conciliarsi con quella relativa all'esistenza di un mercato nazionale del TPL, in cui tutti gli operatori si contendono aspramente le commesse e lottano per penetrare anche in nuovi bacini territoriali.

In ogni caso, la definizione alternativa del mercato rilevante proposta dalla ricorrente non conduce alla conclusione auspicata, relativa all'esclusione delle intese sanzionate dall'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato.

Se anche la quota di mercato complessivamente espressa dalla singola intesa sanzionata rappresenta meno del 10% del mercato nazionale ciò non di meno l'intesa non si posizionerebbe al

di sotto della soglia c.d. *de minimis* individuata dalla Commissione nella Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore, “che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell’art. 81, par. 2 del Trattato che istituisce la Comunità” (2001/C 368/07 in G.U.C.E. 22.12.2001, C368/13).

Infatti la “ripartizione dei mercati o della clientela” è considerata dalla Commissione una restrizione grave (*hardcore*) della concorrenza. Pertanto, in tale ipotesi, anche al di sotto delle soglie minime di mercato dalla stessa individuate, la Comunicazione sopra citata prevede l’automatica esclusione dell’accordo dall’applicabilità del beneficio *de minimis*.

Analogamente, secondo quanto chiarito dalla Commissione nella sua Comunicazione Linee Diretrici in materia di accordi orizzontali (2001/C-3/02), si presume che “gli accordi aventi per oggetto una restrizione della concorrenza che consiste nel fissare i prezzi, limitare la produzione o ripartire i mercati o la clientela [...] abbiano effetti negativi sul mercato e non è quindi necessario procedere ad un’analisi delle loro conseguenze effettive sulla concorrenza e sul mercato al fine di stabilire che essi rientrano nel campo di applicazione dell’articolo 81, paragrafo 1 del Trattato CE”.

Nel caso di specie, l’Autorità ha accertato l’esistenza di “accordi finalizzati principalmente a ripartire i mercati tra le parti, nella misura in cui ad ogni *incumbent* viene garantita la conferma del proprio bacino di affidamento”. (par. 182) di talché, sotto il profilo appena evidenziato, è in definitiva irrilevante se la dimensione geografica del mercato sia nazionale ovvero solo locale.

9. Questioni relative a TP N. e all’a.t.i.

9.1. Possono essere esaminati congiuntamente il secondo e terzo motivo di appello.

Con il secondo motivo di appello si contesta il capo di sentenza (pagine da 45 a 50), in cui si è ritenuto illecito l’utilizzo della strumento dell’a.t.i. per la partecipazione alle gare contestate.

9.2. L’AGCM ha ritenuto che nei casi specifici l’utilizzo dell’a.t.i., strumento in sé lecito, integrasse gli estremi dell’illecito anticoncorrenziale, perché da un lato le a.t.i. erano sovradimensionate rispetto ai requisiti prescritti per la singola gara, e pertanto finalizzate, più che a partecipare alla gara cumulando i requisiti, a impedire la concorrenza in ciascuna gara, e dall’altro lato, nell’ambito dell’a.t.i. si prevedeva un ruolo preponderante dell’attuale *incumbent* in ciascun bacino, e, dopo l’aggiudicazione, il servizio continuava ad essere gestito dal precedente *incumbent*.

9.3. Il Tar ha condiviso tale impostazione.

9.4. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che:

- le considerazioni del Tar se potrebbero in astratto valere per la partecipazione a gare di difesa del bacino dell’*incumbent*, non potrebbero mai valere per le gare di attacco;

- l’intesa TP N. non ha prodotto effetti, perché le imprese sottoscrittrici non hanno partecipato ad alcuna procedura concorsuale in aderenza a tale accordo, e dunque non hanno influenzato l’esito di nessuna gara;

- la previsione, nel protocollo, della costituzione di apposite a.t.i. per la partecipazione alle gare, non sarebbe perciò elemento idoneo, neppure sotto il profilo presuntivo, a comprovare la violazione delle regole proconcorrenziali.

Lo strumento dell'a.t.i., se nato per favorire la concorrenza, è anche idoneo a consentire la lecita aggregazione di soggetti, che, pur in possesso dei requisiti già uti singuli, concorrono in a.t.i. per presentare offerte più competitive.

La scelta se concorrere come singoli o in a.t.i. alle gare di appalto sarebbe un diritto insindacabile degli operatori economici, che afferisce alla sfera della strategia di impresa.

Né si potrebbe condividere l'assunto dell'AGCM, fatto proprio dal Tar, secondo cui per far fronte alla crisi del TPL e alla frammentazione eccessiva delle imprese, le singole imprese dovrebbero provvedere con concentrazioni tra imprese e non già con a.t.i.

La scelta dell'uno o dell'altro strumento rientrerebbe, infatti, nelle strategie di imprese, anche ove si considerino i maggiori costi economici di una concentrazione rispetto ad una a.t.i. e la circostanza che le società di t.p.l. sanzionate per la maggior parte sono società a partecipazione pubblica.

Inoltre il modello organizzativo <<aggregativo>> sarebbe stato introdotto solo nel 2005, laddove il protocollo sanzionato è stato siglato nel 2001.

Sarebbe anche contraddittorio richiedere la <<concentrazione>> tra imprese, in luogo dell'a.t.i., atteso che la prima è più restrittiva della concorrenza rispetto alla seconda.

9.5. Con il terzo motivo di appello, si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 81, Trattato CE.

Erroneamente AGCM e Tar avrebbero ritenuto che l'intesa cui ha partecipato l'odierna appellante fosse preordinata a ripartire il mercato tra le parti, limitando la reciproca autonomia dei partecipanti all'intesa, e traducendosi in esclusiva reciproca. Erroneamente AGCM e Tar avrebbero negato all'intesa finalità sinergiche.

Il protocollo aveva la finalità di favorire sinergie operative e di garantire la costituzione di un gruppo idoneo a fronteggiare la concorrenza di imprenditori stranieri.

Andrebbe poi considerato che le società che gestiscono il TPL derivano dalla privatizzazione di aziende pubbliche, di qui la necessità di un partenariato stabile, quale unico mezzo di ingresso in un mercato concorrenziale.

Le intese hanno voluto dare avvio a quel processo di aggregazione che è prefigurato dallo stesso legislatore.

In tale ottica il protocollo sarebbe strumento preordinato a favorire, e non ad ostacolare la concorrenza.

10. Le censure sono infondate.

10.1. In diritto, va premesso che l'art. 2, l. n. 287/1990 e l'art. 81, Trattato CE puniscono le intese restrittive della concorrenza, che sono il frutto dell'incontro di più volontà.

Dette intese possono estrinsecarsi, in accordi espressi, o in pratiche concordate, o in deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

L'accordo sussiste quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di assumere un determinato comportamento sul mercato.

Nella pratica concordata manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento fra imprese che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (C. Giust. CE, 8 luglio 1999 C-49/92P, *Commissione c. ANIC*; C. Giust. CE, 31 marzo 1993 C. – 89, 104, 114, 116 – 117, 125 – 129/95).

Sia nell'accordo che nella pratica concordata si richiede che:

- vi siano comportamenti di più imprese;
- detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione;
- gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale.

Nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990 e dell'art. 81, Trattato CE, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827).

Va ancora osservato - secondo quanto già affermato dalla Sezione - che la prova di un'intesa anticoncorrenziale quasi mai è diretta, in quanto difficilmente esistono, o sono comunque rinvenibili, i suoi simboli (documenti) e altrettanto difficilmente possono essere acquisite testimonianze (che dovrebbero provenire dagli stessi autori dell'illecito).

Ma la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa sia meno forte.

La ricostruzione dei fatti, operata dall'Autorità, deve essere verificata in virtù dei requisiti generali che presidono alla valutazione dell'ipotesi, dell'assenza di valide spiegazioni alternative o di elementi che contraddicano la tesi seguita.

Ciò che determina l'attendibilità del convincimento sul fatto ignoto (l'intesa illecita) non è la categoria in cui la prova può essere collocata, ma è il contenuto ed il fondamento della regola di inferenza posta a garanzia delle argomentazioni accolte; pertanto, la prova indiretta ben può presentare attitudine dimostrativa pari, se non superiore, a quella diretta quando faccia applicazione di una regola fondata su criteri universalmente accettati o comunque adeguatamente motivati con argomentazioni non contraddette.

Pur essendo onere dell'Autorità fornire tutti gli elementi probatori a sostegno delle contestazioni mosse alle imprese, in presenza di alcuni concorrenti elementi spetta alle imprese prospettare ipotesi alternative rispetto a quelle formulate dall'Autorità.

Nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita.

Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti.

In tale quadro i vari "indizi" costituiscono elementi del modello globale di ricostruzione del fatto, coerenti rispetto all'ipotesi esplicativa, coincidente con la tesi accusatoria.

Unitamente all'acquisizione di informazioni coerenti con le contestazioni mosse (riscontri), deve essere esclusa l'esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall'Autorità.

L'ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 594 *Jet fuel*).

Nel caso specifico, ad avviso della Sezione, l'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità risponde al criterio della cd. congruenza narrativa come sopra illustrato.

10.2. I documenti da cui si desume l'intesa illecita sottesa a TP N. sono quattro:

1) il protocollo di politica commerciale del 30 agosto 2001, sottoscritto da due imprese, in cui si assume l'impegno di reciproca esclusiva in gare di attacco;

2) il protocollo di intesa e il protocollo di politica commerciale del 18 ottobre 2001 e in particolare l'art. 3, che prevede l'impegno di reciproca esclusiva in gare di attacco, nei seguenti termini: <<l'accordo si intende convenuto con patto di reciproca esclusiva. Qualora una delle parti non intenda partecipare ad una o più gare dovrà darne comunicazione al comitato strategico di gestione. In questo caso l'impresa o le imprese che rinunciassero per qualsiasi motivo ad una delle gare previste nel presente accordo, non potranno in nessun modo gareggiare per lo stesso appalto né singolarmente né in riunione con altre imprese. Nel caso invece che solo una delle parti intenda gareggiare per un determinato appalto, con la rinuncia di tutte le altre, questa impresa sarà libera, dietro apposita comunicazione al suddetto comitato, di partecipare sia singolarmente, sia in riunione con altre imprese....Le parti concordano che il patto di esclusività è condizione essenziale di validità della presente scrittura. Pertanto qualora una delle parti decidesse, durante tutto il periodo di validità del presente accordo di recedere unilateralmente, sarà obbligata per tutta la durata del presente accordo, a non partecipare né in proprio né attraverso società da essa controllate a qualsiasi gara>>;

3) la bozza di protocollo di politica commerciale, del 2001, mai sottoscritto;

4) il verbale del consiglio di amministrazione di TPF. del 24 marzo 2004, dove si indicano le regole di condotta per gare di difesa e per gare di attacco, nei seguenti termini: <<Relativamente alle gare per i servizi svolti nell'ambito del bacino di una delle società socie, le altre società parteciperanno alla fase di prequalifica, nelle forme ritenute opportune, riservandosi di decidere, una volta ammesse a partecipare se e con quali modalità proseguire nella gara, secondo le indicazioni delle società locali, aderenti a TP F. Relativamente alle gare bandite in altri bacini, si valuterà di volta in volta l'interesse a partecipare, anche se in linea di massima si presenterà comunque la manifestazione d'interesse>>.

Il **primo documento** prevede una reciproca esclusiva in gare di attacco; il patto di esclusiva è uno dei tipici strumenti restrittivi della concorrenza.

Lo stesso è a dirsi quanto al **secondo e al terzo documento**. Il terzo documento, sebbene bozza non sottoscritta, pur non avendo una formale vincolatività giuridica (in difetto di sottoscrizione) è indizio dei reali intenti delle parti. D'altro canto, la formale sottoscrizione, per gli accordi illeciti, è elemento irrilevante, perché la firma non è elemento né necessario né sufficiente a rendere vincolante un accordo illecito. L'accordo illecito è infatti nullo a prescindere dall'esservi o meno una sottoscrizione formale e ciò che rileva è che ad esso, in fatto, venga o meno data attuazione.

Il **quarto documento**, poi, regola la condotta futura delle parti non solo in relazione a gare di attacco, ma anche in relazione a gare di difesa, in cui si attribuisce un ruolo preponderante all'*incumbent* a prescindere da ogni valutazione su effettive esigenze economiche sottese a tale scelta.

10.3. Dunque, sin dall'originario protocollo, le parti mirano a regolare la loro condotta in caso di gare di TPL, impegnandosi a partecipare in a.t.i. e a non partecipare singolarmente.

Questo vale non solo per gare di attacco, ma anche per gare di difesa; infatti, se l'*incumbent* lo richiama, le altre parti dell'intesa concorreranno alla gara indetta nel bacino dell'*incumbent*, in a.t.i. con questo.

Queste regole trovano poi applicazione anche quando l'originario protocollo, sottoscritto da tre imprese, viene esteso ad altre tre imprese, e anche quando si addivene alla società TP N. (cui partecipano, nella sostanza, cinque imprese).

In conclusione, si è in presenza di un accordo costitutivo di società, con finalità formalmente lecite, e formalmente volta a creare sinergie, ma di cui è stato dimostrato l'uso distorto a fini anticoncorrenziali.

Si pianifica *ex ante* un ruolo predominante dell'*incumbent*.

Si stabilisce *ex ante* la reciproca esclusiva, con limitazione della reciproca concorrenza, al di fuori di una razionale giustificazione economica.

Il tutto, al di fuori di ogni valutazione circa:

- i requisiti soggettivi e oggettivi necessari per ciascuna gara;
- l'effettiva maggiore efficienza e idoneità dell'*incumbent*, nel bacino storico, rispetto agli altri associati;
- l'effettivo vantaggio che deriva, ai soci non *incumbents*, dalla rinuncia ad un ruolo autonomo.

E' pertanto evidente la finalità dell'accordo, di difendere le attuali quote di mercato e di creare barriere all'ingresso di terzi.

Si è trattato, in definitiva, non di una intesa tra imprese <<qualsiasi>> di TPL, ma di una intesa tra attuali *incumbents*, volta a conservare l'attuale posizione e a impedire l'ingresso di altri concorrenti.

Il tutto, in un contesto normativo che, valutato al momento in cui l'intesa è intervenuta, si stava aprendo alla concorrenza, sicché dell'intesa si apprezza la finalità di ostacolare l'applicazione della legge e la ipotizzata apertura al mercato.

Va poi considerato che nel quadro normativo vigente all'epoca, e tutt'ora, è stabilito che mentre durante il periodo transitorio (che scade il 31 dicembre 2009), alle gare possono partecipare anche gli attuali affidatari del servizio, cui detto servizio è stato affidato senza gara (*incumbents*), alla fine del periodo transitorio gli *incumbents* affidatari senza gara non possono partecipare alle nuove gare (art. 18, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 422/1997; analogo divieto è previsto dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008 in relazione alle gare da bandirsi entro il 31 dicembre 2010).

Sicché gli *incumbents* avevano un preciso interesse a che si bandissero le gare entro la fine del periodo transitorio, perché se le gare fossero state bandite successivamente non avrebbero potuto parteciparvi. Dunque l'unica *chance* di conservare la propria posizione poteva essere spesa in gare bandite entro la fine della fase transitoria. E nelle gare bandite hanno da un lato sfruttato la posizione di vantaggio derivante dall'essere società partecipate dalla stazione appaltante (posizione di vantaggio ai limiti dell'incompatibilità, sancita legislativamente in modo espresso alla fine del periodo transitorio), e dall'altro lato rafforzato tale posizione di vantaggio mediante un'a.t.i. di cui essi dettavano composizione e riparto di compiti.

Il dato, poi, dell'esistenza di 1200 imprese di TPL operanti sul mercato nazionale, e potenzialmente in grado di partecipare alle gare, non dimostra l'inconsistenza di una intesa cui partecipano solo poche imprese di TPL, ove si consideri:

- che le società partecipanti all'intesa non sono di piccole dimensioni;
- che le società partecipanti all'intesa sono gli attuali *incumbents*, con una indubbia posizione di vantaggio rispetto alle altre 1200 imprese potenzialmente concorrenti.

10.4. Gli argomenti addotti dalla ricorrente non scalfiscono le conclusioni raggiunte.

Anche nel caso dell'intesa TP N., lo strumento dell'a.t.i. preventivamente concordato per un numero indeterminato di gare, e non per singola gara secondo necessità, appare preordinato, sia in gare di attacco, che in gare di difesa, ad assicurarsi una quota di mercato, piuttosto che a formulare una offerta avvalendosi di requisiti e professionalità reciproche.

Non vi sono elementi per ritenere che l'a.t.i. sia stata prescelta come strumento strategico per sfruttare sinergie, apparendo prevalentemente finalizzato a limitare l'altrui concorrenza nelle singole gare.

Il numero di partecipanti a tale intesa, sei o cinque a seconda dei vari momenti temporali, non è esiguo, e inoltre l'AGCM ha contestato anche la sottoscrizione di accordi minori con altre imprese, il che amplia il numero di imprese che avrebbero partecipato ad a.t.i. in ciascuna gara.

La circostanza, poi, che l'intesa TP N. non ha avuto concreta attuazione, non ne fa venir meno l'illiceità, atteso che l'ordinamento sanziona le intese aventi per oggetto, o per effetto, quello di falsare il gioco della concorrenza.

10.5. Passando all'esame delle questioni relative alle a.t.i., va osservato che la circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto *antitrust*, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-

economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative.

Molteplici istituti civilistici sono infatti "neutri" ai fini *antitrust* dovendo essere verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1189/2001 *Imprese di assicurazione*; id. 8 febbraio 2007 n. 515 *Conglomerato bituminoso*).

Non è infatti in discussione la funzione economico-sociale del contratto di a.t.i. né la tipicità legale dello stesso, ma il suo concreto utilizzo, avvenuto con finalità anticoncorrenziale e, quindi, per il perseguimento di interessi illeciti.

Con peculiare riguardo al corretto utilizzo degli strumenti associativi in sede di gara, nella segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, l'Autorità ha effettivamente auspicato che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in a.t.i. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara.

Ciò perché l'a.t.i., proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse.

10.6. Nel caso di specie, la previsione *ex ante* di a.t.i. a prescindere da ogni esigenza reale rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, viene ad inserirsi in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "macroaggregazioni" aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese in vista della stagione di gare attese all'indomani dell'avvio del processo di liberalizzazione.

La costituzione delle a.t.i. è cioè stata valutata dall'Autorità "alla luce delle affermazioni contenute negli accordi contestati" rispetto alle quali esse si connotano "per la valenza anticoncorrenziale più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta" (par. 176).

A ciò si aggiunga che l'Autorità ha verificato "l'assenza di qualsiasi interesse per la gestione dei bacini aggiudicati alle a.t.i., fatta chiaramente eccezione per l'operatore *incumbent* che ne mantiene l'affidamento".

Il sostanziale disinteresse per la gestione dei bacini messi a gara di larga parte dei partecipanti alle a.t.i., "trova concreta conferma nelle partecipazioni meramente nominali alle società di gestione costituite a seguito degli affidamenti".

L'Autorità ha logicamente evidenziato che tale circostanza fattuale "appare in palese conflitto con l'argomentazione che cerca di spiegare le intese con la necessità dell'aggregazione ai fini del miglioramento dell'offerta e, conseguentemente, del servizio".

Di tale interesse industriale, o comunque dell'esistenza di obiettive ragioni di carattere tecnico – organizzativo sottese alla partecipazioni in a.t.i. alle gare, tali da vincere la forza probatoria derivante dalla elaborazione di regole di comportamento *ex ante*, del tutto avulse dalle caratteristiche dei bandi e destinate ad operare indipendentemente dai requisiti di volta in volta richiesti, non è stata data evidenza neanche in sede di ricorso.

10.7. Non è dunque l'a.t.i. in sé ad essere illecita, ma l'inserirsi di tale istituto in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito.

Il Collegio non ignora che questo Consesso ha di recente affermato che la disciplina vigente non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, e dunque già di per sé in possesso dei requisiti di partecipazione, di associarsi temporaneamente in vista della gara, e che pertanto un'a.t.i. sovradimensionata non è di per sé illecita (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 588), ma tale affermazione è stata fatta al fine dell'ammissibilità della partecipazione di un'a.t.i. siffatta a gara di appalto, senza alcuna presa di posizione, sul piano concorrenziale, se un'a.t.i. siffatta costituisca, o meno, intesa restrittiva della concorrenza o effetto di una siffatta intesa.

Non risulta neppure dimostrato che la vigente legislazione favorisca le aggregazioni tra imprese (deboli in tale direzione sono gli elementi che si traggono dall'art. 18, co. 3-ter, d.lgs. n. 422/1997 e dall'art. 23-bis, co. 7, d.l. n. 112/2008).

In senso addirittura opposto alla prospettazione di parte appellante si pone l'art. 3, co. 2, lett. e), dello schema di regolamento attuativo dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, a tenore del quale il bando di gara per l'affidamento di servizi pubblici locali può escludere la partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese e di consorzi, se i soggetti che ne fanno parte possiedono già singolarmente i requisiti economici e tecnici richiesti per l'ammissione, qualora tale partecipazione, in base ad un'analisi di mercato, sia idonea a produrre effetti distorsivi della libera concorrenza.

In ogni caso, né eventuali incentivi legislativi, né i dibattiti in corso circa l'opportunità che le imprese italiane, eccessivamente frammentate, si uniscano e formino <<massa critica>>, giustificano forme aggregative lecite e economicamente razionali, giammai intese restrittive illecite.

11. Con il quarto motivo di appello si deduce violazione dell'art. 81, Trattato CE, sotto ulteriore profilo.

11.1. Non vi sarebbero nella specie gli indici sintomatici volti a far ravvisare una violazione del citato art. 81.

Sia l'AGCM che il Tar hanno stigmatizzato l'art. 3 del protocollo, che preclude ai sottoscrittori dell'intesa di partecipare a gare di appalto nei bacini storici di competenza delle altre parti dell'intesa (c.d. *incumbents*). In tal modo sarebbe stato limitato il normale confronto concorrenziale in tali bacini, atteso che i firmatari dell'intesa diversi dall'*incumbent* non potevano partecipare a gare in detti bacini. Si tratterebbe di clausola volta a proteggere a favore dell'*incumbent* il proprio ambito territoriale.

Parte appellante obietta che le parti dell'intesa non hanno creato clausole di sbarramento sul mercato e che l'intesa non ha costituito deterrente per altri operatori. Le clausole di esclusiva non avrebbero effetto negativo sulla concorrenza laddove il mercato è vivace e vi sono altri concorrenti attivi sul mercato né barriere all'accesso.

Non vi sarebbero, poi, elementi probatori atti a provare una condotta anticoncorrenziale in capo ad ATC – B., in quanto non sarebbero rilevanti due missive sottoscritte solo da Tb e non sarebbe rilevante il verbale del C.d.A. di Tpf. in data 24 marzo 2004, in cui il Presidente di ATC avrebbe manifestato l'intento di attuare il protocollo.

11.2. Le censure sono infondate.

Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. c) l. n. 287/1990, e dell'art. 81, Trattato CE, sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento.

Il reciproco impegno, delle parti dell'intesa, di non partecipare a gare nei bacini storici di competenza delle altre parti (*incumbent*) è chiaramente finalizzato a ripartire il mercato, e dunque si tratta di intesa con tale oggetto. Che poi l'effetto non venga conseguito per circostanze estrinseche (presenza di altri operatori economici esterni all'intesa), non fa venir meno l'illiceità dell'oggetto dell'intesa.

Invero, l'asserita assenza di effetti anticoncorrenziali non potrebbe comunque far venire meno l'illiceità e la sanzionabilità della condotta.

L'art. 2, l. n. 287/1990 è chiaro nel richiedere la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto, e in tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza comunitaria avuto riguardo alle intese incidenti sul mercato comunitario (cfr., C. giust. CE, C – 219/95, Ferriere Nord, 17-7-97, par. 30 e ss.; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 515; Id., nn. 2199/2002, 1199/2001, 652/2001, citt.).

Anche secondo la giurisprudenza comunitaria le intese che hanno per oggetto la ripartizione del mercato sono annoverate nella categoria delle restrizioni della concorrenza "per oggetto", in quanto alla luce delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di causare gravi restrizioni della concorrenza che "è inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 81.1. Tr CE, dimostrare l'esistenza di specifici effetti sul mercato.

12. Con il quinto motivo di appello si lamenta violazione, sotto ulteriore profilo, dell'art. 81, Trattato CE.

12.1. Si ribadisce quanto esposto nel motivo precedente, e cioè che nel bacino di ciascun *incumbent* partecipante all'intesa operavano altri operatori economici, estranei all'intesa, e che pertanto la concorrenza non è stata falsata.

12.2. Valgono, per la reiezione, le considerazioni già svolte in relazione al precedente motivo di ricorso.

13. Con il sesto mezzo si lamenta violazione, sotto ulteriore profilo, dell'art. 81, Trattato CE.

13.1. Si deduce che mancherebbero i requisiti propri di una intesa restrittiva della concorrenza, vale a dire la restrittività, la consistenza, il pregiudizio al commercio e la durata, erroneamente ritenuti comprovati.

Essendo l'intesa intervenuta nella prospettiva di un mercato liberalizzato, nemmeno in astratto l'intesa poteva considerarsi restrittiva.

13.2. La censura appare ripetitiva delle precedenti e valgono, per confutarla, le considerazioni già svolte. L'oggetto, la durata, il numero delle parti che hanno preso parte all'intesa, ne denotano la finalità restrittiva della concorrenza e la incidenza su mercati rilevanti, mentre la improduttività di effetti non ne fa venir meno l'illiceità.

Inoltre neppure risponde al vero che l'intesa è intervenuta in un mercato liberalizzato perché, al contrario, ad una liberalizzazione formale non è corrisposta, a tutt'oggi, una liberalizzazione sostanziale, e l'intesa, intervenuta tra *incumbents*, è stata proprio rivolta a contrastare la liberalizzazione mantenendo le posizioni di mercato acquisite (in prevalenza senza gare).

14. Con il settimo motivo di appello, si lamenta violazione, sotto ulteriore profilo, dell'art. 81, Trattato CE, nonché eccesso di potere per contraddittorietà e per difetto di istruttoria e di motivazione.

14.1. Quand'anche l'intesa avesse oggetto illecito, essa tuttavia non ha avuto alcuna attuazione come riconosciuto dalla stessa AGCM, che però non ha tratto da tale circostanza le debite conclusioni.

Non si potrebbe trarre la prova dell'illecito anticoncorrenziale da sparuta documentazione la cui attendibilità in senso anticoncorrenziale non appare univoca.

14.2. Osserva il Collegio che la prova della partecipazione dell'appellante all'intesa restrittiva si desume dalla sua adesione al protocollo di politica commerciale e alle sue successive estensioni. La prova, quindi non si desume, come si pretende, solo da dichiarazioni di terzi (Tb s.p.a.). Piuttosto, a fronte della prova, già acquisita, della partecipazione alla intesa, le dichiarazioni di terzi si pongono come elemento rafforzativo.

La mancata attuazione dell'accordo, come già detto, attiene agli effetti, ma non all'oggetto dell'intesa, e, come anche già osservato, non fa venir meno l'illiceità dell'intesa e la sua sanzionabilità.

15. Questioni relative alla sanzione.

15.1. Con l'ottavo e nono motivo di appello vengono dedotte censure in relazione alla sanzione applicata.

Si lamenta: violazione degli artt. 15 e 31, l. n. 287/1990, dell'art. 11, l. n. 689/1981; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento, per difetto e contraddittorietà della motivazione.

Il provvedimento dell'AGCM non motiverebbe in ordine ai parametri utilizzati per determinare l'importo base della sanzione, tenuto conto degli <<Orientamenti>>, e in particolare non chiarirebbe quali siano state le percentuali dei valori delle vendite applicate per arrivare a tale determinazione.

15.2. Il Tar, pur riconoscendo tale difetto di istruttoria, ha ritenuto di poter utilizzare la tabella elaborata, a seguito di accesso agli atti, da altra ricorrente in primo grado, **ATC L. S.**

15.3. Ad avviso di parte appellante tale soluzione non può essere condivisa.

Ne risulterebbe comprovata la assoluta carenza di motivazione del provvedimento impugnato, in ordine alla misura della sanzione.

L'irrogazione della sanzione dovrebbe tener conto di tutte le circostanze, soggettive e oggettive, relative a ciascun soggetto sanzionato (Cons. St., n. 1006/2008).

Si lamenta che l'appellante, ancorché partecipante all'unica delle quattro intese, che la stessa AGCM ha ritenuto improduttiva di effetti, avrebbe poi subito una delle sanzioni maggiori.

L'illecito avrebbe dovuto pertanto non essere considerato <<grave>> ma <<poco grave>>, con conseguente diversa e minore determinazione della sanzione.

L'AGCM nel determinare la sanzione avrebbe dovuto tener conto di una serie di elementi oggettivi, quali la criticità del settore del TPL, la frammentarietà dell'offerta, la debolezza delle imprese italiane rispetto ai concorrenti europei, l'incertezza del quadro normativo.

Ulteriore vizio risiederebbe nell'aver calcolato nel fatturato, sulla base del quale calcolare la sanzione, non solo i ricavi di traffico (biglietti venduti), ma anche i contributi pubblici percepiti dalla società.

Si assume che i contributi pubblici non sono una retribuzione del servizio, ma una contribuzione già predeterminata nei fini, essendo essi preordinati a coprire voci di costo aziendale partitamene individuate (contributi in conto impianti, rimborso rinnovo CCNL, recupero oneri riflessi malattia, etc.).

Avrebbero pertanto destinazione vincolata e dunque non costituirebbero effettivo guadagno, non essendo nella piena disponibilità della società beneficiaria.

16. Le censure sono infondate.

16.1. Non è corretto ritenere che il provvedimento di AGCM sia viziato da difetto di motivazione sulla sanzione, in quanto l'Autorità ha motivato in ordine a:

- gravità della violazione (parr. 233-237);
- condotta collaborativa delle parti (par. 243);
- criteri di quantificazione della sanzione (parr. 249, 250, 251).

Ciò che è stato omesso, è solo l'indicazione della percentuale dei valori delle vendite, applicata per quantificare la sanzione.

Ma, come osservato dal Tar, si tratta di un elemento che è ricostruibile, e la cui omissione, pertanto, non è viziante.

E, invero, avendo il giudice amministrativo, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, i poteri <<di merito>> di cui alla l. n. 689/1981, come può, addirittura, sostituire la sanzione irrogata con una diversa, può anche ricostruire l'iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione già irrogata.

Il Collegio non ignora che la Sezione ha rilevato che la disomogeneità dei dati circa la percentuale di base delle sanzioni antitrust, rende auspicabile la definizione, da parte dell'AGCM, di *guide-lines* sulla quantificazione della sanzioni e, tuttavia, in assenza di queste, l'intervento del giudice deve tendere alla massima uniformità e coerenza (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, *Sisal e Lottomatica*).

Questo auspicio viene dal Collegio condiviso.

Tuttavia nel caso specifico le percentuali applicate dall'AGCM sono già coerenti e uniformi e non necessitano di intervento giudiziale correttivo.

Secondo quanto osservato dal Tar e non contestato dall'appellante, l'AGCM ha correttamente trattato diversamente le imprese partecipanti a TP N., tra cui l'odierna appellante, dalle imprese partecipanti alle altre intese, atteso che TP N. è l'unica intesa che non ha prodotto effetti.

Pertanto, ai partecipanti a TP N., per determinare la sanzione è stata applicata una percentuale delle vendite pari allo 0,5%, inferiore alla percentuale applicata alle imprese partecipanti ad altre intese.

16.2. La quantificazione della sanzione è stata operata dall'Autorità tenendo presente la 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".

Secondo il punto 19 di tali Orientamenti la gravità sarà valutata "caso per caso per ciascun tipo di infrazione, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti" mentre il punto 22 richiede di verificare "la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata data attuazione o meno alla pratiche illecite".

Il punto 25 indica che, a prescindere dalla durata della partecipazione di un'impresa all'infrazione, la Commissione inserirà nell'importo di base una somma compresa fra il 15% ed il 25% del valore delle vendite definito nella sezione A, vale a dire al valore delle vendite dei beni o servizi, ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata all'interno dello Spazio economico europeo nell'ultimo anno intero in cui questa ha partecipato all'infrazione; il punto 21 prevede che, in linea di massima, la proporzione considerata del valore delle vendite sarà fissata a un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite.

Il punto 32 indica altresì che l'importo finale dell'ammenda da infliggere a ciascuna impresa che ha partecipato all'infrazione non deve in ogni caso superare il 10% del fatturato totale realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente, come stabilito all'art. 23, par. 2, del regolamento CE n. 1/2003. Analogamente, l'art. 15, co. 1, l. n. 287/1990 fissa come soglia massima della sanzione il 10% del fatturato realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

Ne consegue che - sulla base dell'art. 15, l. n. 287/1990 e dei citati "Orientamenti", espressamente richiamati nell'atto - la quantificazione della sanzione avviene con la preventiva determinazione di un importo base ai sensi dei punti 21 e 25 degli "Orientamenti" su cui sono operati adeguamenti, in aumento o in diminuzione, in ragione di circostanze aggravanti o attenuanti, per pervenire alla misura della sanzione finale la cui soglia massima è fissata dall'art. 15, l. n. 287/1990, corrispondente all'art. 23, par. 2, regolamento CE 1/2003 richiamato dal punto 32 degli "Orientamenti".

16.3. Nella fattispecie, le intese, tra cui TP N., sono state considerate come "gravi" in considerazione della loro natura (in quanto volte a ripartire i mercati e a concertare la partecipazione nelle gare), del contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati, della posizione rivestita dai soggetti che le hanno realizzate, considerando che "gli stessi sono, nella maggior parte dei casi, importanti operatori *incumbent* dei servizi di TPL nei bacini che sono stati, o avrebbero dovuto essere, messi a gara".

16.4. E' bene anche precisare che la percentuale applicata all'appellante, **pari allo 0,5%** risulta di gran lunga inferiore al massimo edittale previsto dai nuovi Orientamenti e comunque alla soglia legale massima di cui all'art. 15, l. n. 287/1990, nonché allo stesso minimo edittale previsto per gli accordi orizzontali di ripartizione dei mercati (cfr. il par. 25 degli Orientamenti citati, secondo il quale, in tale ipotesi, "la Commissione inserirà nell'importo base una somma compresa tra il 15% e il 25% del valore delle vendite").

16.5. Non possono condividersi, ancora, i rilievi che tendono a circoscrivere la durata delle intese all'epoca delle gare in cui le stesse si sono concretizzate ovvero a valorizzare lo "spontaneo" scioglimento delle aggregazioni in epoca anteriore all'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità.

La liquidazione di TP N. è stata determinata non già da una e vera e propria respipiscenza delle imprese quanto dall'evoluzione del quadro normativo che ha reso inutile la prosecuzione della strategia concertativa.

Quanto alla circostanza, dedotta dall'appellante, secondo cui il termine formale di efficacia del Protocollo di politica commerciale, fosse stato fissata al 31 dicembre 2003, si rinvia, in particolare, al verbale del Consiglio di Amministrazione di TP F. (doc. 15.500), dal quale risulta che, nonostante tale previsione, ancora nel 2004 le imprese hanno continuato a coordinarsi tra loro nel solco della strategia già tracciata.

16.6. Vanno disattese, infine, le censure relative all'inclusione, nel calcolo del fatturato, dei contributi pubblici percepiti sulla base dei contratti di servizio.

Tali censure omettono di considerare che siffatti finanziamenti sono attribuiti loro proprio per compensare il *gap* tra costo economico del servizio e ricavi di traffico, e che, in assenza dello speciale regime tariffario imposto dagli enti locali, il costo dei biglietti verrebbe ad essere integralmente corrisposto dagli utenti.

In altre parole, i contributi pubblici percepiti dalle imprese rappresentano una forma di corrispettivo delle prestazioni fornite, corrispettivo che viene corrisposto dalla p.a. per consentire che il prezzo del biglietto sia più basso e che il servizio di trasporto sia assicurato anche per tratte in perdita. In difetto di tali contributi pubblici, il prezzo del biglietto sarebbe più elevato, ovvero tratte in perdita non verrebbero gestite e dunque non si produrrebbero né costi né ricavi. Dunque, il contributo pubblico deve considerarsi sostitutivo ed equivalente ai ricavi che si conseguirebbero sul mercato, e costituiscono, pertanto, al pari dei ricavi da traffico, un indicatore della capacità economica complessiva dell'impresa.

17. In conclusione, l'appello va respinto.

La complessità delle questioni giustifica tuttavia l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 febbraio 2009, con la partecipazione di:

Giovanni Ruoppolo - Presidente

Paolo Buonvino - Consigliere

Rosanna De Nictolis - Consigliere relatore ed estensore

Roberto Garofoli - Consigliere

Roberto Giovagnoli - Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere Segretario

ROSANNA DE NICTOLIS GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/04/2009

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

Il Direttore della Sezione