



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXI - n. 39

Pubblicato sul sito *www.agcm.it*
il 17 ottobre 2011

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A418C - PROCEDURE SELETTIVE LEGA CALCIO 2010/11 E 2011/12	
<i>Provvedimento n. 22837</i>	5
I731 - GARE ASSICURATIVE ASL E AZIENDE OSPEDALIERE CAMPANE	
<i>Provvedimento n. 22838</i>	8
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	70
C11095 - OVIESSE/RAMO DI AZIENDA DI F.LLI GIULIANI, MEDI & C.	
<i>Provvedimento n. 22839</i>	70
C11243 - IGIENE MEDICA/LILLE HEALTHCARE	
<i>Provvedimento n. 22840</i>	74
C11246 - BENCOM/RAMO D'AZIENDA DI DITTA INDIVIDUALE	
<i>Provvedimento n. 22841</i>	80
C11247 - BENCOM/RAMO DI AZIENDA DI GROTTO	
<i>Provvedimento n. 22842</i>	83
C11248 - BENCOM/RAMO D'AZIENDA DI ROXY	
<i>Provvedimento n. 22843</i>	86
C11249 - ROBERT BOSCH/RAMI DI AZIENDA DI UNIPPOINT ELECTRIC MFG CO.	
<i>Provvedimento n. 22844</i>	88
C11251 - INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION/FITCH RISK MANAGEMENT	
<i>Provvedimento n. 22845</i>	92
C11252 - SAS SHIPPING AGENCIES SERVICES/BLUVACANZE	
<i>Provvedimento n. 22846</i>	96
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	101
AS870 - COMUNE DI VENTIMIGLIA (IM) - LIMITE DI OPERATIVITA' RICHIESTO PER LE SOCIETA' STRUMENTALI	101
AS871 - LIMITI MINIMI ALLA CHIUSURA ESTIVA DELLE FARMACIE	
AS872 - MECCANISMO DI RIPARTIZIONE DEL COSTO NETTO DEL SERVIZIO UNIVERSALE PER GLI ANNI 1999-2000-2002-2003	105
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	107
PS6145 - NESTLÈ MIO POLPA DI FRUTTA-MANCATO SCONTO	
<i>Provvedimento n. 22805</i>	107
IP80 - IMP-RICHIESTA PAGAMENTO NON DOVUTO	
<i>Provvedimento n. 22828</i>	113
IP124 - AIRITALY.IT-COMMISSIONI CARTA DI CREDITO	
<i>Provvedimento n. 22829</i>	124
PS4066 - FASTWEB-MANCATA DISATTIVAZIONE CONTRATTO	
<i>Provvedimento n. 22830</i>	127
PS4714 - ALLIANZ-RICHIESTA PAGAMENTO POLIZZA ANNULLATA	
<i>Provvedimento n. 22831</i>	136
PS6892 - PASTA COLAVITA CON BETAGLUCANI RIDUCE IL COLESTEROLO	
<i>Provvedimento n. 22834</i>	146

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A418C - PROCEDURE SELETTIVE LEGA CALCIO 2010/11 E 2011/12

Provvedimento n. 22837

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modifiche;

VISTI l'articolo 4, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea - TUE (già articolo 10 Trattato CE) e l'articolo 102 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - TFUE (già articolo 82 del Trattato CE);

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora articoli 101 e 102 TFUE);

VISTO il Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9, recante "*Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse*";

VISTO l'articolo 6, comma 1, del citato Decreto Legislativo, in base al quale la Lega Nazionale Professionisti è tenuta a predeterminare, per le competizioni calcistiche di propria competenza, linee guida "*per la commercializzazione dei diritti audiovisivi recanti regole in materia di offerta e di assegnazione dei diritti audiovisivi medesimi, criteri in materia di formazione dei relativi pacchetti e le ulteriori regole*" previste dal Decreto in modo da garantire ai partecipanti alle procedure competitive "*condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione*";

VISTO l'articolo 6, comma 6, dello stesso Decreto Legislativo, in cui è stabilito che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato verifichino, per i profili di rispettiva competenza, la conformità delle linee guida ai principi e alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 9/08 e le approvino entro sessanta giorni dal ricevimento delle stesse;

VISTO il successivo articolo 20 del citato Decreto Legislativo, in base al quale, ferme restando le competenze generali e quelle previste dal Decreto medesimo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, al fine di garantire la concorrenza nel mercato dei diritti audiovisivi, vigila sulla corretta applicazione del Decreto e delle linee guida, avvalendosi dei poteri di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la propria delibera del 22 luglio 2009, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della Lega Nazionale Professionisti, per accertare l'eventuale esistenza di violazioni dell'articolo 82 del Trattato CE (ora articolo 102 TFUE) nell'attività di vendita dei diritti audiovisivi relativi alla Competizione di Serie A delle stagioni sportive 2010-2011 e 2011-2012;

VISTA la propria delibera del 1° ottobre 2009, con la quale è stato ampliato l'oggetto dell'istruttoria con riferimento all'invito ad offrire pubblicato dalla Lega Nazionale Professionisti in data 3 settembre 2009, relativo ai diritti audiovisivi di Serie B per le stagioni 2010-11 e 2011-12;

VISTA la comunicazione del 17 novembre 2009, con la quale la Lega Nazionale Professionisti ha presentato impegni, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, illustrati nell'apposito "Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90";

VISTA la propria delibera del 18 novembre 2009, con la quale è stata decisa la pubblicazione degli impegni citati sul sito dell'Autorità, al fine di consentire ai terzi interessati di esprimere le loro osservazioni;

VISTE le osservazioni pervenute dai terzi interessati;

VISTA la nota del 28 dicembre 2009, con la quale la Lega Nazionale Professionisti, in esito ai rilievi del *market test*, ha presentato impegni accessori, come previsto dalla Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (come modificata dalla delibera n. 22089 del 9 febbraio 2011);

VISTI tutti gli atti del procedimento e, in particolare, il proprio provvedimento del 18 gennaio 2010, con il quale è stato deliberato di chiudere il procedimento A418, accogliendo gli impegni presentati da Lega Nazionale Professionisti;

VISTA la sentenza del TAR del Lazio, sezione I, n. 10572/2010 del 5 agosto 2010, con la quale è stato annullato il suddetto provvedimento ed è stato disposto che l'Autorità è "tenuta a riprendere il procedimento, nel pieno esercizio del potere ad essa attribuito dalla legge, dal momento in cui lo stesso è stato illegittimamente interrotto";

VISTI i motivi di annullamento della suddetta sentenza consistenti a) nella mancata pubblicazione degli impegni presentati il 28 dicembre 2009 da LNP e nella connessa violazione del principio del contraddittorio nonché b) nell'eccesso di potere nella valutazione degli impegni presentati da LNP, ritenuti non idonei a rimuovere le preoccupazioni anticoncorrenziali illustrate nell'avvio di istruttoria;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 12 aprile 2011, n. 3230/2011, che ha rigettato l'appello proposto dall'Autorità e da Lega Nazionale Professionisti e che ha confermato la pronuncia del TAR Lazio, con conseguente annullamento della decisione dell'Autorità alla quale è stato ordinato di eseguire la sentenza;

RITENUTO, pertanto, che, in esecuzione dell'ordine del giudice amministrativo, occorre procedere alla riapertura del procedimento dal momento della presentazione dell'impegno del 28 dicembre 2009;

DELIBERA

a) in ottemperanza all'ordine del giudice amministrativo, la riapertura del procedimento A418 avviato, in data 22 luglio 2009, nei confronti della Lega Nazionale Professionisti;

b) la fissazione del termine di giorni trenta decorrenti dalla notificazione del presente provvedimento per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle Parti del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la dott.ssa Serenella Martini;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle Parti, nonché da persona da essi delegata;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 giugno 2012.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

I731 - GARE ASSICURATIVE ASL E AZIENDE OSPEDALIERE CAMPANE*Provvedimento n. 22838*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del Trattato CE;

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

VISTA la propria delibera del 6 maggio 2010, con la quale è stata avviata l'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 per presunta violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE nei confronti delle società HDI-Gerling Industrie Versicherung AG, Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni S.p.A., Navale Assicurazioni S.p.A. (ora UGF S.p.A.) e Primogest S.r.l.;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, trasmessa alle parti in data 25 marzo 2011;

VISTA la propria delibera del 30 marzo 2011, con la quale è stato prorogato al 1° luglio 2011 il termine di conclusione del procedimento;

VISTA la propria delibera del 20 aprile 2011, con la quale è stato prorogato al 3 ottobre 2011 il termine di conclusione del procedimento;

VISTE le memorie conclusive delle parti, pervenute in data 17 giugno 2011;

SENTITI in audizione finale, in data 23 luglio 2011, i rappresentanti di HDI-Gerling Industrie Versicherung AG, Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni S.p.A., Navale Assicurazioni S.p.A. (ora UGF S.p.A.) e Primogest S.r.l.;

VISTO il parere dell'ISVAP pervenuto in data 26 luglio 2011, ai sensi dell'art. 20, comma 4, della legge n. 287/90;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 6 maggio 2010 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società HDI-Gerling Industrie Versicherung AG, Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni S.p.A., Navale Assicurazioni S.p.A. e Primogest S.r.l. per presunte infrazioni dell'articolo 2 della legge 287/90 e/o dell'articolo 101 del TFUE.

2. L'oggetto del procedimento è l'esistenza di un'unica e continuata intesa tra le sopra indicate parti avente ad oggetto la ripartizione del mercato dell'assicurazione rischi Responsabilità Civile Terzi (RCT) e Responsabilità Civile Operatori (RCO) in diverse Aziende Sanitarie Locali (ASL) e Aziende Ospedaliere (AO) Campane. L'intesa è consistita nel partecipare alle gare svolte dalle ASL e AO Campane coinvolte nel procedimento ripartendo le stesse. Le condotte hanno visto partecipare con un ruolo attivo l'agenzia plurimandataria Primogest.

II. LE PARTI COINVOLTE NELL'INTESA

3. HDI-Gerling Industrie Versicherung AG (di seguito, Gerling)¹ è una compagnia assicurativa facente parte del gruppo Talanx AG, primario gruppo assicurativo tedesco attivo in tutti i rami assicurativi a livello mondiale. In Italia il gruppo Talanx opera attraverso la rappresentanza generale per l'Italia di Gerling e la controllata HDI Assicurazioni Italia S.p.A.. Nel 2010 Gerling ha realizzato in Italia una raccolta premi totale diretta pari a circa 65,789 milioni di euro², mentre il gruppo Talanx ha realizzato, nel mondo, un fatturato complessivo, calcolato sulla base della raccolta premi, pari a circa 22 miliardi.

4. Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni S.p.A. (Faro) è una società italiana che è stata attiva in diversi rami assicurativi. Nel 2010 Faro ha realizzato, in Italia, un fatturato complessivo, calcolato sulla base della raccolta premi totale diretta, pari a circa 153,797 milioni di euro. Con decreto del 28 Luglio 2011 il Ministro dello Sviluppo Economico ha disposto la revoca dell'autorizzazione all'esercizio delle attività in tutti i rami e la liquidazione coatta amministrativa di Faro.

5. Navale Assicurazioni S.p.A. (Navale) è una compagnia assicurativa italiana che, all'epoca dei fatti, faceva parte del gruppo Unipol Gruppo Finanziario (UGF), attivo in tutti i rami assicurativi. Dal 1° gennaio 2011 Navale è stata incorporata in UGF la quale è subentrata, senza soluzione di continuità, in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a Navale. Navale, nel 2010, ha realizzato, in Italia, un fatturato complessivo, calcolato sulla base della raccolta premi, pari a circa 250 milioni di euro, mentre UGF ha realizzato una raccolta premi pari a circa 9 miliardi di euro.

6. Primogest S.r.l. (Primogest), società unipersonale, è un'agenzia assicurativa plurimandataria, specializzata in assicurazioni di enti privati e pubblici, operativa a Napoli e Roma. Primogest svolge servizi relativamente a tutti i rami assicurativi, in Italia ed all'estero. Il fatturato realizzato da Primogest in Italia, nel 2009, è stato pari a 2.251.505 euro.

III. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA SVOLTA

7. L'Autorità ha avviato la presente procedura istruttoria sulla base di elementi di cui è venuta a conoscenza nel corso dell'analisi di varia documentazione messa a disposizione dalla Regione Campania.

8. La Regione ha infatti fornito, il 26 gennaio 2009, copia di alcuni atti di gara di tutte le Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Campania (di seguito anche ASL e AO). Inoltre, a seguito di ulteriori richieste di informazioni, nel corso del 2009 è pervenuta altra documentazione direttamente da alcuni Enti: SORESA (Società Regionale per la Sanità Campania)³, AO Moscati di Avellino e ASL Napoli 2.

9. In seguito all'analisi dei sopra indicati documenti, l'Autorità ha deliberato, nella sua adunanza del 6 maggio 2009, l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti delle società sopra

¹ L'attuale denominazione è stata adottata nel 2007. Antecedentemente la denominazione sociale era Gerling Konzern Allgemeine Versicherungs Aktiengesellschaft.

² I dati sul fatturato sono stati reperiti dai documenti statistici elaborati dall'Associazione Nazionale Imprese di Assicurazione (ANIA) e dai bilanci delle società.

³ La Regione Campania in attuazione dell'art. 6, comma 1, della L.R. n. 28 del 24/12/2003, modificato dall'art. 1, comma 2, lettera d), della L.R. n. 24 del 29/12/2005, ha costituito una società per azioni unipersonale denominata Società Regionale per la Sanità SpA ai fini della elaborazione e della gestione di un progetto complessivo, finalizzato al compimento di operazioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario, da integrarsi con gli interventi per il consolidamento ed il risanamento del sistema sanitario regionale e per l'equilibrio della gestione corrente del debito della sanità. L'art. 2 della L.R. 24 del 29/12/2005, ha stabilito, tra l'altro, al comma 15 che: SORESA. è titolare in via esclusiva delle funzioni di acquisto e fornitura dei beni e attrezzature sanitarie delle AA.SS.LL. e delle AA.OO. A tal fine, So.Re.Sa. elabora annualmente un programma di contenimento della spesa corrente sanitaria, definendo piani e procedure centralizzate, a livello regionale, per l'acquisto e la fornitura di beni e attrezzature sanitarie.

individuare. Contestualmente l'Autorità ha deliberato di procedere ad accertamenti ispettivi presso le sedi delle predette società parti del procedimento e di SORESA, Allianz S.p.A. e Fondiaria Sai S.p.A., in qualità di terzi potenzialmente in possesso di informazioni utili al procedimento.

10. Nello svolgimento dell'attività istruttoria sono state formulate richieste di informazioni alle società parti del procedimento, ad altre società attive nel settore oggetto di analisi e ad alcune ASL e AO al fine di ottenere un quadro informativo completo anche alla luce di quanto acquisito in sede istruttoria⁴. È stata, altresì, formulata una richiesta di informazioni a ISVAP il 26 ottobre 2010⁵.

11. Nello svolgimento dell'attività istruttoria sono state, inoltre, sentite in audizione dagli Uffici: in data 20 luglio e 12 novembre 2010 la società Faro; in data 10 novembre 2010 la società Gerling; in data 9 novembre 2010 la società Primogest e in data 6 ottobre 2010 la società Navale. Faro e Primogest hanno, inoltre, presentato memorie.

12. Le società parti del procedimento hanno in più occasioni esercitato il diritto di accedere agli atti del fascicolo.

13. In data 25 marzo 2011 è stata inviata alle parti del procedimento la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

14. Le parti, in data 17 giugno 2011, hanno trasmesso memorie e documenti in vista dell'Audizione finale davanti al Collegio.

15. In data 23 luglio 2011 i rappresentanti delle parti sono stati sentiti in audizione dinanzi all'Autorità.

IV. IL MERCATO

IV.a. Descrizione del settore merceologico: l'assicurazione RCT/RCO

16. Il settore merceologico coinvolto nell'intesa è quello dei servizi assicurativi per la Responsabilità Civile Terzi (RCT) e operatori (RCO) nell'ambito dell'attività medica.

17. Più nello specifico, nell'assicurazione sulla responsabilità civile verso terzi (RCT) la Compagnia assicurativa si obbliga a tenere indenne il contraente (che nei casi in esame è rappresentato dalla struttura sanitaria) di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile a titolo di risarcimento di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, lesioni personali e danneggiamenti a cose, verificatisi in relazione alla attività svolta. Questo tipo di assicurazione prevede, di regola, anche la copertura: (i) della responsabilità civile dell'Ente per fatti imputabili al personale dipendente; (ii) della responsabilità civile personale dei dipendenti per l'attività prestata nelle strutture gestite dall'Ente in conseguenza dello svolgimento dell'attività dichiarata in polizza⁶.

18. Nell'assicurazione di Responsabilità civile verso Prestatori d'Opera (RCO) la compagnia assicurativa si obbliga a tenere indenne il contraente di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile per gli infortuni sofferti dai prestatori di lavoro da lui dipendenti ed addetti all'attività per la quale è presentata l'assicurazione. La società assicuratrice si obbliga, quindi, a rifondere al contraente le somme richieste dall'INAIL a titolo di regresso, nonché gli importi

⁴ Si tratta delle AO A. Cardarelli, AO Cotugno, AOU Federico II, AO Fondazione G. Pascale, AO Monadi, AO San Giuseppe Moscati, AO San Sebastiano di Caserta, ASL Avellino 2, ASL Benevento 1, ASL Caserta 1, ASL Caserta 2 (questa ASL, seppure non tra quelle coinvolte nel procedimento istruttorio, rileva, come si vedrà, in quanto oggetto di uno scambio di quote), ASL Napoli 1, ASL Napoli 3 (ora ASL Napoli 2 nord), ASL Napoli 4 (ora ASL Napoli 3 sud), ASL Salerno 1 e ASL Salerno 3 (ora ASL Salerno).

⁵ Cfr. doc. 321.

richiesti a titolo di maggior danno patrimoniale dall'infortunato e/o aventi diritto, per evento di morte o capitalizzazione postumi invalidanti.

IV.b. La domanda: le ASL e AO e i bandi di gara

19. La domanda nel settore in esame è espressa dalle Aziende Sanitarie Locali e dalle Aziende Ospedaliere. La loro configurazione distinta dalle altre pubbliche Amministrazioni (pA) che possono richiedere la copertura di rischi di responsabilità civile deriva dal fatto che la tipologia di copertura richiesta è fortemente legata all'attività svolta dalle stazioni appaltanti e caratterizzata da specifici fattori di rischio quali quelli collegati all'esercizio della professione sanitaria.

20. I servizi assicurativi rientrano nell'ambito dei servizi per l'acquisizione dei quali la pA è obbligata a rispettare le norme previste nel Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli Appalti)⁷ che, come è noto, impongono l'utilizzo di procedure di evidenza pubblica per l'acquisizione di beni e servizi. In particolare, il Codice degli Appalti consente alla pA di procedere con l'affidamento diretto (procedura negoziata con o senza pubblicazione del bando) solo in presenza di determinate circostanze. Tra queste rientrano le ipotesi in cui, all'esito di una procedura, tutte le offerte presentate siano irregolari ovvero inammissibili (articolo 56), ovvero non sia stata presentata nessuna offerta (articolo 57 i).

21. Le procedure oggetto della presente istruttoria, pertanto, debbono essere inserite nel contesto generale dell'evidenza pubblica partendo dal presupposto che ogni ASL o AO esprime la propria domanda tramite gare con bandi che sono volti a soddisfare esigenze diverse che si riflettono nella struttura del bando stesso e nel collegato capitolato. Deve considerarsi, inoltre, che le ASL e AO servono, di regola, un bacino di utenza limitato territorialmente alla zona di competenza. Nel caso di specie il limite territoriale in cui i servizi sanitari vengono concessi deve ritenersi coincidente al massimo alla Regione Campania. Nei singoli capitolati di gara è, infatti, richiesta, di regola, la presenza, nel territorio della Regione Campania, di un ispettorato sinistri o di un centro di liquidazione proprio⁸.

22. I bandi possono avere ad oggetto le coperture assicurative per più rami - e in questo caso il bando è diviso in lotti che aggregano rami diversi- o un'unica copertura assicurativa per il rischio che interessa. Nell'ambito dei servizi assicurativi rilevano le caratteristiche della polizza richiesta che si sostanziano nell'entità del premio e nell'estensione della copertura.

23. Le stazioni appaltanti del comparto sanitario stipulano, infatti, diversi contratti assicurativi per la copertura dei vari rischi cui possono incorrere nello svolgimento delle proprie funzioni. Tra questi precipua rilevanza, sia per la funzione sociale sia per l'ammontare dei premi versati⁹, riveste la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile nei confronti dei terzi che dovessero essere danneggiati nell'ambito dell'attività sanitaria. Sotto questo profilo deve rilevarsi che un'ulteriore specificità risiede nel fatto che, in base alle regole dettate dalla contrattazione collettiva, le amministrazioni sanitarie sono tenute a garantire un'adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti dell'area medica per le eventuali conseguenze

⁶ Si noti che alcune volte questo specifico rischio, denominato Responsabilità Civile Professionale (RCP), viene considerato separatamente rispetto all'RCT. Nei bandi di gara oggetto del presente procedimento, di regola, la RCP è compresa nella RCT.

⁷ I servizi assicurativi sono, tra l'altro, espressamente elencati nell'allegato II A del Codice degli Appalti che, in base all'art. 20 del Codice degli Appalti stesso «sono soggetti alle disposizioni del presente Codice».

⁸ Cfr. ad esempio, bando di gara AO Cotugno 2006, doc. 08 -AO Cotugno, p. 22; bando di gara ASL Napoli 1 del 2006, doc. 8 ASL NA 1, p. 22.

⁹ Il ramo RCT/RCO rappresenta di gran lunga il più rilevante tra tutti i rami assicurativi coinvolti nelle gare delle ASL e AO analizzate (circa l'82%).

derivanti da azioni giudiziarie di terzi relativamente alla loro attività, ivi compresa la libera professione intramuraria, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave¹⁰.

24. La copertura dei rischi RCT/RCO non è sostituibile con altre coperture in ragione sia della tipologia di rischi coperti, sia delle caratteristiche della copertura stessa esplicitate, di regola, nei capitolati di gara e sopra sinteticamente descritte.

25. Con riferimento all'entità del premio, lo stesso viene posto a base d'asta e determinato dalla stazione appaltante con riguardo sia all'ammontare dello stesso nelle precedenti coperture, sia in relazione ai vincoli di bilancio. Di regola, le offerte possono essere solo al ribasso e non è possibile, nei bandi esaminati, proporre un premio più alto di quello posto a base d'asta. Il premio di polizza viene, di regola, indicato sia in valore, sia in termini di percentuale sull'importo delle retribuzioni lorde percepite in un anno da tutti i dipendenti della stazione appaltante.

26. Con riguardo ai profili caratterizzanti le coperture assicurative in esame, gli stessi variano da gara a gara e sono contenuti nel capitolato speciale.

27. In particolare, la copertura assicurativa si presenta sempre diversamente a seconda delle esigenze dei singoli enti sanitari le quali si concretizzano nelle previsioni in merito alla franchigia, al massimale, allo scoperto e al periodo di copertura con eventuale clausola di retroattività. Si osserva, infatti, che ogni ASL o AO ha esigenze differenti in quanto differenti sono le tipologie di attività svolte, il livello di rischio e il conseguente livello di copertura richiesto¹¹.

28. Talvolta le stazioni appaltanti richiedono, tra le condizioni di partecipazione, la disponibilità di un'organizzazione idonea al servizio ispettorato sinistri o altro ufficio delegato alla gestione dei danni nell'ambito della Regione Campania.

29. Si è osservato inoltre che, frequentemente, i capitolati prevedono una clausola di recesso per sinistro come la seguente: «*dopo ogni sinistro singolarmente denunciato a termini di polizza e fino al 60° giorno dal pagamento o rifiuto dell'indennizzo la Società può recedere dall'assicurazione con preavviso di 120 giorni. In tale caso la società, entro 15 gg. dalla data di efficacia del recesso, rimborsa la parte di premio, al netto dell'imposta, relativa al periodo di rischio in corso*»¹².

IV.c. L'offerta

IV.c.1 Le compagnie

30. Il rischi sulla responsabilità medica rientrano nel Ramo 13, Responsabilità civile generale, di cui all'articolo 2, comma 3, Decreto Legislativo 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle Assicurazioni). L'assicurazione su questa tipologia di rischio può, quindi, essere esercitata dalle imprese autorizzate nel ramo 13. L'attività istruttoria ha evidenziato che non tutte le imprese attive nel ramo 13 assicurano anche i rischi sanitari oggetto del presente procedimento. Come si è visto, infatti, i predetti rischi sono caratterizzati da forti specificità quali la natura stessa del rischio, la natura della domanda e l'entità dei premi richiesti. Dalle risultanze istruttorie risulta che le imprese attive in quest'ambito, con particolare riferimento alla zona geografica della Campania, nel periodo oggetto di accertamento (2003-2008) sono, oltre alle compagnie coinvolte nel procedimento, principalmente Fondiaria Sai, Allianz-Ras, Lloyd's, Assimco e Qbe¹³.

¹⁰ Si vedano i CCNL dell'area della dirigenza medico-veterinaria del servizio sanitario nazionale, da ultimo il contratto integrativo del CCNL del 17 ottobre 2008 firmato il 6 maggio 2010. Si noti che risulta attualmente all'esame della Commissione Affari sociali della Camera la proposta di legge C.3194 (presentata il 9 febbraio 2010), recante "Disposizioni concernenti la responsabilità civile e l'assicurazione obbligatoria nell'esercizio dell'attività sanitaria, il consenso informato del paziente nonché l'istituzione del Fondo nazionale per le vittime di infortuni sanitari", che intende introdurre a livello legislativo l'obbligo assicurativo sia per il medico, sia per le strutture sanitarie.

¹¹ Basti pensare, su questi profili, alle attività di un grande ospedale rispetto a quelle di un centro universitario sperimentale, etc.

¹² Cfr. ad esempio Capitolato gara AO S. Sebastiano 22 dicembre 2004, doc. 8, AO San Sebastiano 2, p. 33.

¹³ Cfr. risposte a richieste di informazioni delle asl doc. 8 e allegati.

31. Sempre sulla base delle evidenze agli atti¹⁴ forniti dalle ASL e AO campane e dalle compagnie risulta che, considerando l'insieme di tutte le gare bandite nella regione Campania nell'arco temporale 2003-2008, le aggiudicazioni a favore delle tre compagnie parti del procedimento hanno pesato per circa il 60% in termini di premi riscossi. La tabella che segue specifica per ente banditore e compagnia i premi percepiti:

¹⁴ Cfr. risposte delle ASL e AO e delle Compagnie, documenti numero. 8 e allegati, 14, 15, da 290 a 293, 296, 297, da 299 a 305, 308, 324, 368, 369 372, 376, 379, 381 e 383.

Tabella 1: Faro Gerling e Navale - Premi percepiti nel periodo 2003 – 2008 e peso sul totale premi aggiudicati dalle Asl/Ao campane.

ASL/AO	Totale Premi	FARO	GERLING	NAVALE
A.O. "S.G. MOSCATI" AVELLINO	10.033.744	5.986.742	3.369.361	677.641
AO SANT'ANNA E SAN SEBASTIANO	8.674.489	833.728	1.170.824	4.686.434
AZIENDA OSPEDALIERA COTUGNO	984.235	396.394	587.841	-
ASL NAPOLI 3	5.930.352	4.486.428	-	-
ASL CASERTA 1	5.313.919		1.325.154	1.680.686
ASL CASERTA 2	6.579.455	327.945	3.235.070	-
AO MONALDI	3.026.032	191.293	-	2.509.171
ASL AVELLINO 1	7.019.591			
ASL AVELLINO 2	2.144.164		900.000	
ASL SALERNO 3	3.604.121		3.604.121	
ASL NAPOLI 4	5.867.526	5.867.526		
ASL NAPOLI 5	5.249.147	117.567	-	853.054
AOU FEDERICO II	8.674.302	501.022	-	12.461
AO CARDARELLI	14.450.540	14.450.540		
ASL BENEVENTO	1.993.315	1.205.815	787.500	
ASL NAPOLI 1**	17.717.401	4.742.218	3.337.423	9.637.760
FOND. PASCALE	2.402.801	464.180	1.938.621	-
ASL SALERNO 1	16.064.316	12.174.790		
ASL NAPOLI 2	11.398.771		1.085.035	2.059.896
SECONDA UNIV. STUDI NAPOLI	10.213.687	79.346	3.048.386	519.885
AO G. RUMMO	5.611.049	1.541.933	-	2.533.920
AO S. GIOVANNI DI DIO E RUGGI DI ARAGONA	10.400.436	3.694.873		
A.O. SANTOBONO PAUSILLIPON	4.844.252	324.985	855.246	
ASL SALERNO 2	23.311.109			3.508.272
<i>TOT</i>	191.508.754	57.387.325	25.244.582	28.679.180
			30%	13%
				15%
				58%

Fonte: dati da richieste informazioni e elaborazioni AGCM.

* dati sottostimati a causa della mancanza di informazioni in merito al valore di alcune aggiudicazioni.

** secondo la ASL il valore dei premi percepiti è stato pari a 32.200.495 euro, tutti a favore di Navale. In realtà, dalle informazioni fornite dalle compagnie e da Primogest, risulta che ci siano state delle coassicurazioni successive alle aggiudicazioni. In ogni caso il dato fornito dalle compagnie rispetto a quelli forniti dalle ASL e AO risulta fortemente sottostimato.

32. I dati sopra riportati fanno emergere il peso di Gerling, Faro e Navale in termini di imprese erogatrici servizi RCT/RCO a livello della regione Campania. Si tratta, infatti, delle tre società che insieme forniscono la quota prevalente dei servizi in esame. Il principale altro operatore risulta essere Allianz – Ras il quale, però, ha fornito il servizio solo per alcuni Enti Sanitari¹⁵.

Tabella 2: Percentuale premi aggiudicati dalle compagnie sul totale dei premi aggiudicati nel periodo 2003 - 2008 dalle Asl/Ao campane.

Compagnia	Quota di aggiudicazioni
FARO	30%
GERLING	13%
NAVALE	15%
Allianz-Ras	21%
Lloyd's of London	9%
FONDIARIA - SAI	6%
QBE	3%
ASSIMOCO	1%
INA	1%
AUGUSTA	0%
MEIE AURORA	1%

Fonte: Dati da richieste informazioni e elaborazioni AGCM.

IV.c.2 Le Agenzie e i broker

33. Le compagnie assicurative, per soddisfare la domanda delle stazioni appaltanti in generale e, con specifico riguardo al caso di specie, degli Enti ospedalieri, si avvalgono, di regola, dell'intermediazione di agenti che risiedono nella zona geografica in cui è situato l'Ente che emana il bando di gara. Nonostante il rapporto contrattuale di assicurazione sorga tra la compagnia e l'Ente banditore, quest'ultimo instaura un rapporto anche con l'agente il quale può occuparsi della gestione del contratto¹⁶.

34. La figura dell'agente di assicurazione è disciplinata dagli articoli. 106 e ss. del Codice delle Assicurazioni e si caratterizza in quanto l'agente agisce in rappresentanza di una compagnia assicurativa. Nel caso di specie riveste particolare rilevanza il ruolo dell'agenzia plurimandataria che agisce senza vincolo di esclusiva in rappresentanza di una o più compagnie. Il ruolo degli agenti nella partecipazione alle singole gare per conto delle compagnie può variare con riferimento ai poteri di rappresentanza (che possono essere più o meno estesi) e in relazione all'eventuale ruolo dell'agenzia nella gestione dei sinistri. L'agente, al termine della sua intermediazione, riceve una provvigione pari ad una percentuale sui premi incassati dalla compagnia.

¹⁵ Risulta, infatti, dai dati forniti dalle ASL (cfr. doc. 8 e allegati) e da quelli forniti dalla compagnia (doc. 381) che Allianz-Ras si sia aggiudicata per la ASL Avellino 1 la gara 2005 e 2007; per la ASL Napoli 2 la gara 2004, per la ASL Napoli 5 le gare 2005 e 2006 e per la ASL Seconda Università di Napoli la gara 2008.

¹⁶ Cfr. verbale Primogest, doc. 329, p. 2.

35. Si è osservato che le ASL e AO si avvalgono, inoltre, di *broker* per lo svolgimento delle procedure di acquisizione delle coperture assicurative. La figura del *broker* di assicurazione, mutuata dall'esperienza commerciale anglosassone, è riconducibile a quella di un mediatore al quale chi intende stipulare una polizza si rivolge allo scopo di ottenere consulenza o assistenza nella scelta della copertura assicurativa maggiormente aderente alle proprie esigenze. L'attività del *broker* è disciplinata dal Codice delle Assicurazioni il quale, abrogando espressamente la legge 28 novembre 1984, n. 792¹⁷, ha in parte modificato la definizione stessa di *broker* prevedendo, all'art. 109, comma secondo, lett. b), che debbano essere iscritti nel registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi «*i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati broker, in qualità di intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione*».

36. Nell'ambito dell'attività riconducibile alla pubblica Amministrazione la figura del *broker* si limita agli aspetti di consulenza nella redazione dei capitoli di polizza e non può spingersi fino alla scelta della copertura assicurativa che deve essere sempre effettuata in base alle norme di evidenza pubblica.

37. Con riferimento al presente caso, occorre, in primo luogo, analizzare le modalità di partecipazione alle gare che vedono coinvolta l'agenzia plurimandataria Primogest. Dalle informazioni acquisite in sede ispettiva e fornite dalle stesse parti risulta, infatti, che le tre Compagnie coinvolte nell'intesa abbiano avuto, almeno dal 2003, rapporti contrattuali con l'agenzia plurimandataria Primogest¹⁸.

Si rileva, sul punto, che le gare oggetto della presente istruttoria vedono Primogest come agente plurimandatario delle compagnie assicurative Gerling, Faro e Navale.

38. Faro ha precisato in sede di audizione che «*i rapporti con la società Primogest e con la società IGB (entrambe riconducibili ad ... amministratore delegato e socio unico di Primogest) risalgono al 2003 e sono iniziati in occasione della gara per i servizi assicurativi dell'ospedale Cardarelli di Napoli. Nel corso degli anni la società Faro ha sviluppato il rapporto di agenzia con Primogest e, anche in seguito al commissariamento (avvenuto nel giugno 2006 e protrattosi fino al giugno 2007) e al successivo cambio dell'assetto di controllo di Faro, ha deciso di interromperlo gradualmente a causa di problematiche sull'attività svolta*»¹⁹.

39. Sia le compagnie che Primogest hanno descritto, nel corso delle audizioni e nelle memorie prodotte, le modalità attraverso le quali si perfezionava la partecipazione ad una gara indetta da un Ente pubblico. In particolare, in base a quanto riportato da Primogest, l'agenzia, «*quando ha conoscenza dell'indizione di una gara da parte di un Ente ospedaliero, procede ad inviare indistintamente a tutte le Compagnie con le quali ha rapporti, a prescindere dal ramo assicurativo interessato dal bando di gara o dal possibile interesse che le Compagnie potrebbero avere, una comunicazione in cui descrive gli elementi essenziali della gara e si "prenota" per la rappresentanza nell'eventualità che le Compagnie vogliano partecipare*». Nel caso in cui più Compagnie manifestino interesse alla medesima gara «*l'agenzia prende l'impegno a partecipare alla gara con una sola compagnia e comunica alle altre l'impossibilità di rappresentarle. La*

¹⁷ L'art. 1, della legge 792/84 prevedeva che «*Agli effetti della presente legge è mediatore di assicurazione e riassicurazione denominato anche broker, chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione*».

¹⁸ Primogest ha peraltro precisato di non aver «*mai ricevuto procura generale da parte delle compagnie assicurative in portafoglio, ma solo, in alcuni sporadici casi, una procura speciale per singolo affare. Le attività svolte dalla Primogest rientrano in quelle tipiche del rapporto di agenzia, ossia di sostegno volto alla promozione di contratti nell'interesse delle preponenti compagnie, che conservavano la piena facoltà di concluderli*». Cfr. memoria Primogest. Doc. 358, p. 3.

¹⁹ Cfr. verbale di audizione del 20 luglio 2010, doc. n. 274, p. 2.

scelta viene fatta sulla base di vari criteri che possono essere quello di scegliere la compagnia in quel momento più competitiva che avrebbe più possibilità di aggiudicarsi la gara o quello cronologico (compagnia che manifesta per prima l'interesse)»²⁰.

40. Anche Navale sul punto ha precisato che: *«nel primo caso, offerta per il 100%, qualora più compagnie manifestino all'agente plurimandatario interesse alla gara, quest'ultimo non potrà partecipare alla gara per conto di più di una compagnia»²¹.*

41. Qualora più compagnie avessero manifestato a Primogest l'intenzione di partecipare al 100%, Primogest avrebbe, quindi, in base alle dichiarazioni agli atti, comunicato ad una compagnia l'assenso alla partecipazione e alle altre il diniego. Le compagnie cui Primogest rappresentava l'impossibilità di rappresentarle avrebbero, dovuto quindi, scegliere di partecipare in autonomia o per il tramite di altri intermediari²². Le compagnie che avessero voluto presentare offerta al 100% per una determinata gara, perciò, qualora non fossero state "scelte" da Primogest, avrebbero dovuto presentarsi in gara con altri intermediari o da sole.

42. Nel corso dell'istruttoria è stato, altresì, chiarito che le Compagnie assicurative assegnano la rappresentanza in una determinata gara – e, quindi, la provvigione – in base a dei criteri che spesso sono sintetizzati in circolari trasmesse agli intermediari. In particolare, Primogest ha spiegato che *«in base a circolari interne delle Compagnie assicurative, condizione per ottenere il mandato da una determinata Compagnia in una gara (e quindi guadagnare il diritto alla corresponsione delle provvigioni in caso di aggiudicazione) è che l'agente abbia in portafoglio l'Ente banditore»²³.* La circostanza ha trovato riscontro in una circolare fornita da Navale²⁴ nella quale viene specificato che *«in caso di cointeresse di più intermediari al medesimo bando l'assegnazione della gara verrà effettuata dalla Compagnia valutando complessivamente i seguenti elementi:*

- portafoglio in essere: prevale l'intermediario che ha assicurato l'Ente appaltante, anche per rischi diversi da quello richiesto nel bando. Quando vi siano, nel medesimo periodo, più intermediari che abbiano garantito l'Ente appaltante prevale quello che aveva in corso la polizza per gli stessi rischi previsti dalla gara e, in mancanza, l'intermediario che aveva con detto Ente i premi, in termini di volume, più alti

- prevale, quando non sia applicabile il principio del portafoglio in essere, l'intermediario che prima ha inoltrato formale richiesta di partecipazione...».

IV.d. Il mercato rilevante del prodotto e geografico

43. Alla luce di quanto sopra rilevato, sotto il profilo della domanda e dell'offerta, come sopra specificato, il mercato rilevante del prodotto appare individuabile con i servizi assicurativi RCT/RCO erogati alle ASL e AO a seguito di gara. Infatti, tenuto conto delle specifiche esigenze degli enti banditori – in termini di coperture richieste, dimensioni del bando, tempistica e requisiti

²⁰ Cfr. verbale audizione Primogest del 9 novembre 2010, doc. n. 329, p. 2 e la memoria di Primogest doc. 358. La procedura è minuziosamente descritta anche in un documento interno reperito presso la sede di Primogest durante l'attività ispettiva, denominato "Procedura Gare", doc. n. 94. La procedura sembra corrispondere a quella descritta anche da Faro nel documento allegato al verbale di audizione del 12 novembre 2010, doc. n. 335, p. 11 e a quella descritta nella circolare sulla Gestione gare bandite da Enti Pubblici di Navale allegata al verbale di audizione del 7 ottobre 2010 (doc. 310). Navale, peraltro, descrive la procedura anche nella risposta alla richiesta di informazioni del 22 ottobre 2010, doc. n. 318, p. 3.

²¹ Cfr. sul punto verbale audizione Navale, doc. n. 310, p. 2.

²² Cfr. anche memoria Primogest, doc. 358, p. 12: *«qualora invece più compagnie si fossero dimostrate interessate a concorrere per aggiudicarsi la copertura totale del rischio oggetto del bando, l'agente, nella piena legittimità delle sue funzioni, avrebbe potuto scegliere di supportare la compagnia che, nel caso di specie, avesse offerto le maggiori possibilità di aggiudicazione del contratto e della relativa provvigione. A tal proposito bisogna però precisare che restava comunque salva la facoltà, per le compagnie di partecipare alla gara in nome proprio o attraverso un eventuale altro agente o broker».*

²³ Cfr. verbale audizione Primogest, doc. n. 329, p. 2.

²⁴ Cfr. allegato I al verbale di audizione di Navale (doc. 310), Circolare avente ad oggetto la Gestione Gare bandite da Enti Pubblici.

soggettivi e oggettivi della fornitura – nel caso di specie le caratteristiche della domanda di servizi assicurativi RCT/RCO delle ASL e AO risultano idonee ad individuare per ciascuna gara ed ente un mercato rilevante distinto.

Sul punto, rileva osservare che in diversi procedimenti per fattispecie analoghe, infatti, l’Autorità ha individuato il mercato rilevante con riferimento alle sole forniture, aventi ad oggetto specifici beni o servizi, per le gare relative al singolo ente appaltante dando rilievo, tra l’altro, a elementi quali la modalità di esecuzione attraverso procedure ad evidenza pubblica, la predisposizione di un capitolato, le modalità e i tempi di pagamento²⁵. La stessa giurisprudenza si è espressa nel senso della correttezza di tale approccio, sostenendo che nel caso di intese restrittive la definizione del mercato rilevante è sempre relativa al contesto di riferimento e che nel caso di gare si debba fare una valutazione in funzione della rilevanza della medesima in termini di domanda espressa rispetto all’offerta²⁶.

44. Quanto all’individuazione del mercato geografico esso va delimitato a 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 tra loro in un rapporto di concorrenza. Come sopra specificato relativamente al lato dell’offerta, l’erogazione di servizi assicurativi RCT/RCO ad ASL e AO vede attive a seconda dell’area geografica ove è ubicato l’ente banditore solo alcune compagnie e solo specifici agenti/*broker*. Nel caso in esame gli enti che hanno espresso domanda di servizi RCT/RCO sono tutte ASL e AO localizzate nella Regione Campania. Infatti, come sopra riportato le società Gerling, Faro e Navale hanno raccolto premi per circa il 60% nell’ambito di gare tutte localizzate in Campania, tra l’altro ricorrendo al comune agente plurimandatario Primogest, a sua volta attivo solo in Campania. E’, pertanto, a questo ambito che deve essere delimitato il contesto di riferimento.

45. Se quanto sopra riportato consente di individuare il mercato rilevante nelle singole gare bandite dalle ASL e AO per servizi RCT/RCO tutte ubicate nella Regione Campania, si aggiunga che il caso in esame consente di considerare l’insieme delle gare oggetto della presente istruttoria alla luce del coordinamento tra le imprese in violazione delle norme a tutela della concorrenza²⁷.

46. Infatti, in base a numerosi precedenti e alla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato *«nell’ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva*

²⁵ Cfr. ad esempio, caso I 463 *Pellegrini/Consip*, provv. 10831 del 16 giugno 2002, in Boll. 24/02 e caso I474, *Aziende Trasporto Pubblico Locale-Petrolieri*, provv. 14235 del 20 febbraio 2003, in Boll. 8/03. La legittimità dell’orientamento dell’Autorità è stata confermata dalla giurisprudenza, ad esempio si veda Consiglio di Stato sentenza n. 926 del 2004, relativa al caso precedentemente richiamato Pellegrini/Consip.

²⁶ Cfr. sentenze n. 1189 e n. 1192 del 2001, relative al caso Assicurazione Rischi Comune di Milano. Più precisamente, il Consiglio di Stato ha sostenuto che *«...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»*. Cfr. anche sentenza del Consiglio di Stato 10 febbraio 2006 n. 1271, laddove si afferma che *«Nell’ipotesi di intese restrittive, la definizione di 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 tra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall’illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell’illecito. Invece nella diversa ipotesi di abuso di posizione dominante, la definizione di mercato rilevante precede quella della posizione dominante, e costituisce un presupposto dell’illecito»*.

²⁷ Sul punto il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1795 del 25 marzo 2009, ha chiarito, in merito ad un caso di ripartizione dei mercati nell’ambito delle gare per il TPL, che *«le gare per l’affidamento del servizio di trasporto 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 [...]. 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’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»*. Il CdS ha avallato la ricostruzione dell’Autorità in base alla quale il mercato rilevante era stato 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.

all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'illecito è commesso: 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 infatti funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito»²⁸.

47. A tale fine si osservi che le gare in esame presentano la peculiarità del coordinamento nella partecipazione alle stesse. Ciò consente di circoscrivere l'ambito merceologico e territoriale all'insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale. Tali gare vedono coinvolte le principali compagnie erogatrici dei servizi assicurativi RCT/RCO, tutte tra l'altro collegate dal ricorso al medesimo agente Primogest, attivo nella sola regione Campania. Si ritiene, pertanto, che nel presente procedimento sia la stessa condotta delle parti a consentire l'individuazione del mercato rilevante nel contesto competitivo rappresentato dall'insieme delle procedure di affidamento espletate dalle ASL e AO in merito ai servizi assicurativi ramo RCT/RCO nel seguito riportate:

Tabella 3: procedure oggetto dell'intesa

ASL/AO	procedura
AO S. Sebastiano di Caserta	gara 2004 (deserta) e 2004
AO Moscati di Avellino	gara 2006
AO Cotugno	gara 2006
AO Fondazione Pascale	gare 2004, 2006
AO Cardarelli	gare 2005 e 2008
ASL Caserta 1	gara 2005
ASL Napoli 1	gare 2002 (con riferimento alla coassicurazione del 2003) e 2006
ASL Salerno 1	2 gare 2005 (deserte), affidamento 2005 e gara 2008
ASL Napoli 3	2 gare 2005 (deserte), gare 2005 e successivo affidamento diretto

V. I COMPORTAMENTI DELLE IMPRESE

48. L'ambito dell'accertamento istruttorio è stato fissato, oltre che con riferimento alle singole gare²⁹ bandite dalla AO S. Sebastiano di Caserta (due gare nel 2004) e dalla AO Moscati di Avellino (gara 2006) anche con riguardo alle tredici gare, (AO Cotugno gara 2006, AO Fondazione Pascale gare 2004 e 2006, AO Cardarelli gare 2005 e 2008, ASL Caserta 1, gara 2005, ASL Napoli 1 gara 2002 e 2006, ASL Salerno 1, 2 gare nel 2005 (deserte) e successivo affidamento 2005 e gara 2008, ASL Napoli 3, 2 gare nel 2005 (deserte) e successivo affidamento diretto, tutte bandite da AO e ASL localizzate nella Regione Campania, aventi per oggetto i rami RCT/RCO, in cui risulta agli atti che, alle singole gare, ha partecipato una sola compagnia delle tre coinvolte, per un totale di 18 procedure.

²⁸ Cfr., da ultimo, C.d.S. 17 febbraio 2009, n. 2205, in relazione al caso I657 - Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma e C.d.S., 10 marzo 2006 n. 1271 in relazione al caso A351, Telecom Italia S.p.A.

²⁹ Col termine gara si fa genericamente riferimento alle procedure di evidenza pubblica, ad eccezione, quindi, dell'affidamento diretto.

V.a. Le gare AO S. Sebastiano di Caserta

V.a.1 Sintesi degli avvenimenti

49. Gli eventi susseguitisi nell'ambito delle forniture di servizi assicurativi per la AO S. Sebastiano di Caserta sono sintetizzati nella tabella che segue.

Tabella 4: Procedure di affidamento AO San Sabastiano di Caserta

AO San Sebastiano di Caserta		
Primo Bando <i>Licitazione privata</i> <i>RCT/RCO</i>	3 settembre 2004	Nessuna offerta valida
Secondo Bando <i>Pubblico incanto</i> <i>RCT/RCO</i>	22 dicembre 2004	solo offerta di Gerling
<i>RCT/RCO</i>	4 febbraio 2005	Aggiudicazione per 3 anni a Gerling (Unico offerente)
	marzo-aprile 2005	Co-assicurazione Gerling/Faro/Fondiaria
	9 giugno 2006	Gerling disdice polizza
	1 novembre 2006	revoca della disdetta Nuova polizza con Gerling con premio più alto
	settembre-novembre 2006	Co-Assicurazione Gerling-Navale 35%
	4 dicembre 2007	Proroga del contratto e Rischio assunto solo da Navale
<i>Incendio</i>	23 dicembre 2004	Faro e Assitalia presentano offerte, non considerate valide
	febbraio 2005	Faro si aggiudica lotto incendio a seguito di sconto di Gerling sul lotto RCT

Fonte: dati forniti dall'Ente.

50. Con riguardo ai premi corrisposti dalla AO, si rileva che gli stessi hanno subito un aumento nel periodo in cui è stata attuata l'intesa.

In particolare, nel 2003 il premio della polizza allora in vigore era pari a 594.000 euro. La gara, nel 2005, è stata aggiudicata a Gerling per un premio annuo di 1.500.000 euro. A seguito della rinegoziazione del premio avvenuta nel 2006 lo stesso è stato fissato in 2.100.000 euro. L'affidamento è stato prorogato a Navale nel 2007 per un premio annuo di 2.275.000 euro.

V.a.2 La prima gara

51. La AO S. Sebastiano di Caserta ha indetto, in data 3 settembre 2004, una licitazione privata per la copertura assicurativa di vari rischi, tra i quali quelli relativi alla RCT/RCO che, con riferimento a questi ultimi, non è stata aggiudicata per assenza di offerte valide.

52. Dalle risultanze istruttorie emergono i contatti avuti in occasione di questa procedura: rilevano, in particolare, una *e-mail* inviata da Primogest a Gerling il 27 settembre 2004 dalla quale emerge che alcune compagnie non praticano la coassicurazione successiva: «Per quanto riguarda la parte

RCT riteniamo che nell'ipotesi in cui i Lloyd's di Londra presentino offerta, risulterà difficile riuscire a prendere una quota successivamente»³⁰.

53. In secondo luogo è emerso uno scambio di *e-mail* del 26 ottobre 2004 in cui Primogest scrive a Gerling comunicando che la gara è andata deserta³¹ e Gerling risponde *«bene, dovranno andare a trattativa privata... sentirò ... [rappresentante della General Broker Service – GBS- che, all'epoca, era il broker dell'Ente n.d.r.], che vedo dopo domani per altre cose... cordialmente»³²*. Da un ulteriore scambio di *e-mail* tra Gerling e il broker dell'AO S. Sebastiano (GBS) si evince, inoltre, l'esistenza di un accordo tra Gerling e Faro in cui, a fronte della non partecipazione alla gara di quest'ultima, Gerling si impegna a cedere una quota in coassicurazione pari al 40 %. GBS scrive, infatti, il 27 ottobre 2004 a Gerling :*«L'importante è chiudere, spero di riuscire a convincere il cliente [AO S. Sebastiano n.d.r.] Domani ti telefona ... [responsabile danni di Faro n.d.r.] gli ho detto che chiedo un favore non una quotazione (enfasi aggiunta n.d.r.)»³³*. Questa *e-mail* si collega ad un'altra del 31 gennaio 2005 in cui Gerling scrive a Primogest *«come detto in fase di definizione dell'offerta, possiamo tenere il 60% del rischio. La Faro ha già tutta la documentazione posta a base della nostra quotazione. Vi prego di farvi parte attiva per una loro adesione come coass al 40% (in tal senso esisteva già un accordo di massima con il dr. Avilia già a margine del primo bando) ... (enfasi aggiunta n.d.r.)»³⁴*.

V.a.3 La seconda gara: lo sconto

54. Il 22 dicembre 2004 la AO San Sebastiano ha indetto una gara per pubblico incanto a termini abbreviati, strutturata su due lotti, per la copertura assicurativa dei rischi RCT/RCO e incendio. Tale gara è stata aggiudicata, per i servizi RCT/RCO (lotto 1), a Gerling, unica a presentare offerta valida, per una durata del contratto pari a tre anni mentre il lotto 2, incendio, non è stato aggiudicato in quanto i due unici partecipanti, Faro e Assitalia, sono stati esclusi per irregolarità delle offerte.

Faro è risultata, tuttavia, affidataria della polizza incendio in quanto Gerling, tramite Primogest, ha offerto uno sconto sul premio connesso ai servizi assicurativi che si era aggiudicata (i servizi RCT) a condizione che il rischio incendio venisse affidato alla società Faro.

55. Risulta, infatti, dagli atti di gara che *«il Gruppo Primogest, (che rappresenta sia la Soc. Gerling che la Soc. Faro) ha proposto in rappresentanza della Gerling uno sconto del 1,5% sulla polizza RCT a fronte dell'accettazione dell'offerta incendio della Faro»* e che *«la proposta deve ritenersi senz'altro conveniente per l'Azienda visto che il premio RCT viene decurtato di Euro 22.500 per l'anno»*. Alla luce di ciò la AO S. Sebastiano ha affidato alla società Faro la polizza incendio *«alle condizioni ed al costo di cui all'offerta pari ad Euro 24.289,24 (enfasi aggiunta .d.r.)»³⁵*.

56. Dai documenti ispettivi si evince che sia Gerling, sia Faro fossero a conoscenza dello sconto di cui sopra. Con riguardo alla prima, sono state reperite alcune *e-mail* presso Gerling da cui si evince la dinamica di formazione dello sconto stesso. Si fa riferimento, in particolare, ad una *e-mail* inviata da Primogest a Gerling il 31 gennaio 2005, dopo la comunicazione di avvenuta

³⁰ Cfr. doc. 47, p. 56.

³¹ Cfr. doc. 47, p. 26.: *«per quanto attiene al lotto RCT l'unica offerta presentata è stata quella dei Lloyd's [...] la suddetta compagnia ha posto una serie di condizioni che ne hanno determinato l'esclusione e la conseguente mancata aggiudicazione»*.

³² Cfr. doc. 47, p. 26.

³³ Cfr. doc. 47, p. 15.

³⁴ Cfr. doc. 54, p. 23.

aggiudicazione, in cui si scrive: «Egregio dottore, la preghiamo voler contattare urgentemente il nostro Signor Coviello che non riesce a mettersi in comunicazione con Lei, in quanto per sopravvenuti motivi tecnici - che le saranno spiegati dallo stesso Coviello - è necessario applicare sul premio della polizza de quo uno sconto dell'1,5%. La risposta di Gerling è stata «Va bene per lo sconto dell'1,5%»³⁶.

57. La conoscenza dello sconto da parte sia di Gerling che di Faro si evince anche da un fax inviato dal broker GBS alla AO S. Sebastiano, a Gerling, Faro e Primogest in cui si precisa che «lo sconto del 1,5% va inteso sul premio lordo offerto in sede di gara, pertanto il tasso che verrà applicato dovrà essere pari al 24,625 promille»³⁷. In una e-mail interna a Gerling del 21 febbraio 2005, inoltre, si legge: «ti allego la bozza di polizza da completare e alla quale va aggiunto il riparto Gerling delega 50%, coass Faro Ass. spa 30%, Fondiaria /Sai ag. Piazza vittoria divisione Sai Napoli 10%, Fondiaria/Sai ag. Napoli /Centro Divisione Fondiaria 10%. Fatto tutto emetti poi appendice n. 1 di sconto – stessa decorrenza e scadenza stesso riparto con bla bla bla, il premio lordo di comune accordo fra le parti viene ridotto al 24, 625 per mille...»³⁸.

58. Sul punto Primogest afferma che la Faro, nella gara AO San Sebastiano di Caserta del 2005, per il lotto incendio, era rappresentata dal broker General Broker Service S.p.A. (GBS) che avrebbe rivendicato la “paternità dell'affare” e la relativa provvigione in caso di aggiudicazione. Attraverso lo sconto «Primogest riuscì a farsi riconoscere da Faro la paternità dell'affidamento»³⁹.

V.a.4 La Seconda gara: la partecipazione coordinata e la coassicurazione

59. Dai documenti ispettivi si evince che Faro e Gerling hanno instaurato, fin dai primi giorni del 2005, una collaborazione volta alla partecipazione coordinata alla gara il cui termine di presentazione delle offerte scadeva il 27 gennaio 2005. Rileva, in primo luogo, una e-mail del 18 gennaio 2005⁴⁰, in cui Gerling scrive a Faro «stiamo approntando un'offerta per la nuova gara dell'Ospedale sopra indicato. Saremmo disponibili a darvi una quota di coass nella misura del 40%. Vi prego di precisarmi entro max domani mattina se intendete partecipare con noi, nel qual caso vi trasmetterò anche tutti i parametri della nostra offerta». Il 20 gennaio 2005 (quindi, 7 giorni prima la scadenza del termine di presentazione dell'offerta) Gerling scrive di nuovo a Faro «come d'accordo Le allego la documentazione di gara. Sulla base dei dati esposti abbiamo deciso di offrire un tasso del 25 per mille lordo con un premio anticipato di € 1.500.000 lorde che valgono anche come premio minimo comunque dovuto. Le esclusioni RCT, in caso di aggiudicazione, verranno poi estese anche alla RCO (c'è stato un errore nella redazione del capitolato) [...] Le preciso che i massimali esatti sono quelli indicati nella documentazione allegata e non quelli da me dati per telefono (ho fatto confusione con un'altra gara). L'inserimento del coassicuratore può avvenire dopo l'eventuale aggiudicazione per cui domani invierò l'offerta – a scanso di problemi di tempi di consegna in zona. In attesa di vostro riscontro ...»⁴¹. La cessione della quota non risulta oggetto di una specifica analisi e, come nel seguito precisato, verrà ulteriormente rivista per motivazioni non legate a considerazioni di tipo economico.

³⁵ Così la deliberazione n. 84 del 4 febbraio 2005, doc. 8 AO S. Sebastiano 2, p. 77. Lo sconto viene applicato solo per la parte di premio relativo alla RCT.

³⁶ Cfr. doc. 55, p. 1.

³⁷ Cfr. doc. 49, p. 10.

³⁸ Cfr. doc. 50, p. 1.

³⁹ Cfr. doc. 358, p. 8.

⁴⁰ Cfr. doc. 57, p. 1.

⁴¹ Cfr. doc. 56, p. 44.

60. La stessa Gerling, in sede di audizione, ha affermato che «*che nel caso della AO S. Sebastiano di Caserta, Gerling ha vinto la gara con una partecipazione al 100%. Tuttavia l'intenzione originaria di Gerling era di ripartire il rischio connesso al servizio oggetto di gara e per questo motivo la stessa società costituisce con Faro, dopo l'aggiudicazione, una coassicurazione. Quest'ultima società non aveva partecipato alla gara*»⁴².

61. Analogamente Faro «*con riguardo al caso specifico dell'AO S. Sebastiano di Caserta, afferma che in quell'occasione, Gerling, pur essendosi aggiudicata il rischio al 100 %, risulta aver successivamente fatto ricorso ad una coassicurazione, alla quale ha partecipato Faro, preferendo cedere una quota al fine di alleggerire la sua esposizione. Faro risulta aver partecipato a tale gara ma si riserva di accertare se lo avesse fatto per lo stesso lotto o per altri. Come emerge dalla lettura degli atti del procedimento, sembrerebbe che, nel caso della gara della AO S. Sebastiano, Gerling avesse già intenzione prima della aggiudicazione, pur avendo partecipato al 100% dell'offerta e avendo vinto la gara, di procedere in coassicurazione*»⁴³

62. Dagli elementi raccolti è emerso, infatti, che il rischio è stato assunto, successivamente all'aggiudicazione, in coassicurazione da Gerling, Faro e Fondiaria Sai. Come si vedrà, inoltre, il coinvolgimento di Fondiaria Sai è collegato al tentativo, posto in essere da Primogest, di effettuare uno scambio di quote con riferimento alla presente gara e a quella, differente, svolta nel medesimo periodo presso la ASL Caserta 2⁴⁴.

63. Risulta, in particolare, che Primogest abbia proposto a Gerling di offrire a Fondiaria Sai una quota in coassicurazione nella gara AO S. Sebastiano di Caserta al fine di ottenere in cambio una quota per conto della società Faro nella gara, quasi concomitante, della ASL Caserta 2.

64. Con specifico riguardo al riparto di coassicurazione, rileva una *e-mail* inviata da Primogest a Gerling il 31 gennaio 2005 «*Egregio dottore, siamo lieti di comunicarLe che la gara di cui all'oggetto in riferimento al lotto RCT/O è stata aggiudicata dalla spettabile Gerling con un premio annuo lordo di € 1.500.000,00, come da offerta da Lei presentata. Alla gara de quo hanno presentato offerta per il lotto RCT/RCO le seguenti compagnie: Ergo [...] Fondiaria Sai la quale ha partecipato alla gara presentando un prezzo più basso rispetto a quello offerto dalla Gerling, ma è stata poi esclusa per varianti al capitolato. Per motivi di etica professionale riteniamo di poter offrire alla Fondiaria Sai una quota del 20% in considerazione del fatto che la suddetta Compagnia, avendo presentato un prezzo più basso, risulta aggiudicataria sul piano morale. Avremmo, quindi, intenzione di fare il seguente riparto: Gerling 60%; Faro 20% e Fondiaria Sai 20% se accetta la quota* (enfasi aggiunta n.d.r.)». Gerling (Tacconi) risponde «*perfettamente d'accordo. Abbiamo ottimi rapporti con Sai che ci cede spesso delle quote, per cui siamo ben lieti di contraccambiare* (enfasi aggiunta n.d.r.)»⁴⁵.

65. Nella sede di Fondiaria Sai sono stati trovati documenti corrispondenti che riportano l'offerta della quota da parte di Gerling. Rilevano, in particolare, *fax* di Primogest a Fondiaria «*la spett. Gerling Konzern, aggiudicataria della gara AO San Sebastiano di Caserta, vi offre una quota del 20% per il lotto qui di seguito indicato...*»⁴⁶ e *fax* dell'agenzia Sai Piazza Vittoria di Napoli a Fondiaria Sai in cui si comunica che la Gerling offre una quota del 20% e si precisa che «*se doveste accettare tale quota andrà ripartita tra la nostra agenzia e la consorella di Napoli centro (div. Fondiaria)*»⁴⁷.

⁴² Cfr. verbale di audizione di Gerling doc. n. 332, p. 2.

⁴³ Cfr. verbale audizione Faro del 12 novembre 2010, doc. n. 335, p. 2.

⁴⁴ Cfr. tra i tanti, doc. 55, p. 6 e doc. 72, p. 1 e ss.

⁴⁵ Cfr. doc. 55, p. 6.

⁴⁶ Cfr. doc. 187, p. 16.

⁴⁷ Cfr. doc. 187 p. 15.

66. Dallo scambio di *e-mail* si evince un tentativo di rivedere il riparto così configurato, in seguito a richieste di Primogest e del *broker* dell'AO S. Sebastiano - GBS - per il mancato rispetto di un presunto accordo di cessione quote nella gara posta in essere dalla diversa stazione appaltante la ASL Caserta 2. La circostanza emerge da una fitta corrispondenza rinvenuta nelle sedi di Gerling e Fondiaria Sai.

67. Rileva, in particolare, uno scambio di *e-mail* avvenuto tra Fondiaria SAI e Gerling il 31 marzo 2005 in cui Fondiaria Sai scrive a Gerling «a seguito precedente richiesta della nostra agenzia "Piazza Vittoria" Divisione Sai di provvedere ad un diverso riparto della quota Fondiaria-Sai tra 3 agenzie, Primogest risponde con lettera del 29 marzo 2005 che la polizza relativa alla copertura del rischio in oggetto è stata regolarmente emessa, che l'Ente ha già provveduto alla firma ed al versamento del premio e che pertanto non è possibile modificare la ripartizione. In data 30 marzo 2005 Primogest comunica invece alla nostra agenzia che non ci sono più le condizioni per la permanenza di Fondiaria-Sai nel rischio in oggetto. Mi sembra che la seconda comunicazione sia conseguenza del mancato riconoscimento di una quota nella polizza RC ASL Caserta 2... (enfasi aggiunta n.d.r.)». Gerling risponde scrivendo: «caro ..., hai ragione nel collegare la vicenda alla questione ASL Caserta 2. sul San Sebastiano, Primogest mi ha chiesto (pare dopo accordo con il broker GBS) all'inizio un riparto 60% Gerling 40% Faro. Dopo la gara Primogest mi ha chiesto di inserire il Vostro Gruppo, riducendo la quota Gerling al 50%, 30% Faro e 20% gruppo Fondiaria Sai. In tal senso ho dato conferma di copertura a tutti gli interessati, Ente compreso. GBS ha poi lamentato problemi provvisionali con Voi chiedendo di ripristinare un riparto 60% Gerling -40% Faro. Primogest ha insistito per mantenere Fondiaria SAI e ho ribadito per iscritto il riparto 50 -30 - 20. a questo punto vengono rovesciate le carte e Primogest, irritata per non essere stata ammessa nel riparto della ASL Caserta 2, per ripicca mi chiede di eliminare il Vostro Gruppo dal riparto [...]. Indubbiamente Primogest contava all'origine su un possibile futuro scambio di favori con il vostro agente su Caserta 2 e, non avendolo ricevuto, cerca ora di rimangiarsi tutto (enfasi aggiunta n.d.r.)»⁴⁸.

68. La questione è esplicitata anche in una *e-mail* inviata da Gerling al *broker* dell'AO S. Sebastiano GBS, a Fondiaria Sai, a Primogest e a Faro il 9 febbraio 2005 in cui, a seguito della richiesta di GBS di mutare il riparto di coassicurazione escludendo Fondiaria Sai, Gerling scrive: «fermo il nostro apprezzamento per la spett. Faro, con cui abbiamo una fattiva collaborazione, non possiamo non segnalare la difficoltà in cui ci mette la Vostra decisione di mutare il riparto da Voi indicato e da noi accettato con delega Gerling 50%; Faro 30% e Gruppo Fondiaria Sai con 20% in un nuovo riparto Delega Gerling 60% e Faro 40%. Anche con Fondiaria Sai infatti abbiamo numerosi e fattivi rapporti di collaborazione. Ovviamente non è nostra intenzione esprimere classifiche di apprezzamento fra le varie Compagnie ma, fermo restando che la decisione di cambiare riparto non è dipesa da noi, ma solo da Vostre scelte, auspichiamo comunque una soluzione positiva della vertenza che si sta innestando»⁴⁹.

69. Un'ulteriore descrizione della vicenda è contenuta in una lunga *e-mail* del 1° aprile 2005 inviata da Gerling ad un agente di assicurazioni della Faro⁵⁰ dalla quale emerge anche un ruolo

⁴⁸ Cfr. le *e-mail* reperite sia nella sede Gerling doc. 72, p. 1 e ss., che presso Fondiaria Sai doc. 187 p. 1 e ss.

⁴⁹ Cfr. doc. 187, p. 10. si veda anche doc. 73, p. 1, *e-mail* del 29 marzo 2005 in cui Gerling scrive a Fondiaria con riferimento alla ASL Caserta 2 «ho ricevuto pressanti pressioni da Primogest Napoli che, nella polizza uscente, aveva un 15% come Faro, per un recupero in extremis della loro quota nella nuova polizza. Primogest è la stessa che ha fatto pressioni perché vi venisse riconosciuta una quota nella polizza del San Sebastiano di Caserta... che ne pensi? ».

⁵⁰ La *e-mail* è contenuta nel doc. 71, p. 1: «caro [...]I fatti (sembra un po' una telenovela): A febbraio partono due gare: A.O. San Sebastiano di Caserta alla quale partecipiamo con ... (Primogest n.d.r.) ASL Caserta 2 alla quale partecipiamo con Fondiaria Sai, assistiti in zona da MPA (altra agenzia di cui si serve Gerling n.d.r.) e con Marsh Napoli (Fon-Sai 50%

attivo di Gerling che è disposta a cedere una propria quota in riassicurazione a Faro nella fornitura ASL Caserta 2, per ricompensarla dell'esclusione dal riparto nella ASL Caserta 2 e scrive al predetto agente al fine di convincere Primogest (e quindi Faro) ad accettare l'offerta. In particolare, Gerling scrive: «*facendo la parte del buon samaritano che cerca di tirarlo fuori da un impasse che è soltanto suo [...] gli do (Gerling dà a Primogest n.d.r.) la disponibilità a cedere in riass alla Faro una quota pari al 20% della mia quota del 50 %. In tal modo, così recupera di fatto una quota pari al 10% del premio globale e gli riduco il danno, a condizione che lasci cadere la sua "brillante" iniziativa sul San Sebastiano. [...] capisco la sua rabbia per essere stato fregato... e qui do un'interpretazione benevola ai fatti (SAI nega l'esistenza di qualsiasi accordo), perché mi sembra più probabile che sia tutta una manovra per restare a galla in una gara (Caserta 2) in cui non aveva alcun titolo...*»⁵¹.

V.a.5 La rinegoziazione del premio e la coassicurazione con Navale

70. Risulta che in data 9 giugno 2006, ossia dopo circa un anno dall'aggiudicazione, la società Gerling abbia comunicato la volontà di disdire la polizza in essere (ramo RCT/RCO)⁵². L'Ente ha allora avviato un'indagine di mercato all'esito della quale l'unica impresa assicurativa disposta, a seguito di tale disdetta, ad assumere il rischio assicurativo per l'AO San Sebastiano è risultata essere la società Faro (che ha manifestato interesse sempre tramite l'agenzia Primogest). Tuttavia, le condizioni economiche in termini di premio assicurativo richiesto sono state ritenute dalla AO S. Sebastiano eccessivamente gravose e conseguentemente la AO stessa ha avviato una trattativa con la compagnia Gerling, sempre per il tramite dell'agenzia Primogest. All'esito di tale trattativa è stata definita una nuova polizza, con decorrenza 1° novembre 2006, che presenta delle modifiche rispetto alla precedente, tra le quali un premio annuo di 2.100.000 euro (a fronte del precedente di 1.477.500 euro). Appena dopo tale rinegoziazione la società Gerling ha stipulato un contratto di coassicurazione con Navale.

71. Il 4 dicembre 2007 la A.O. S. Sebastiano, ha deciso di prorogare il contratto RCT/RCO e rischio è stato assunto solo dalla coassicuratrice Navale.

- Gerling 50%). Vinciamo la gara dell'A.O. San Sebastiano di Caserta. ... [Primogest n.d.r.], all'inizio, mi prospetta un riparto post gara con Faro, delega Gerling 60%. Poi fa il diavolo a quattro per inserire dentro Fondiaria-SAI in nome dei buoni rapporti locali con un riparto Gerling 50% -Faro 30% Fondiaria Sai 20%. Alla fine accetto e do conferma di copertura a tutti (ente e broker GBS compresi) della copertura con il riparto che comprende FON-SAI. GBS non è molto contenta perché prende meno provvigioni e Faro neppure, tanto è vero che GBS ad un certo punto mi invia un riparto con Faro al 40% ma tengo duro e alla fine ribadisco una seconda volta a tutti (Ente compreso) che l'unico riparto valido è quello con FON_SAI. Faccio la polizza con tale riparto che viene consegnata all'Ente. Intanto si è svolta la gara della ASL di Caserta 2, il cui capitolato e testo di polizza pone come condizione di partecipazione che tutte le compagnie – anche le coass –abbiano raccolto negli ultimi 3 anni almeno 300.000.000 di euro nei rami danni. ... [Primogest n.d.r.] è presente, come Faro, nella polizza uscente con una quota del 15 % (noi del 10%). Faro non ha i requisiti per partecipare [...]. ... [Primogest n.d.r.] a quel punto – per quanto sono riuscito a capire – lascia perdere, contando sul fatto che FON-SAI gli renderà il favore che lui le ha fatto sul San Sebastiano. FON_SAI vince la gara e quando ... [Primogest n.d.r.] chiede una quota (marsh ha dato disponibilità a convincere l'Ente – se la delegataria è d'accordo – ad accettare un coass che non abbia i requisiti del bando) gliela rifiuta in quanto Faro non ha i requisiti. Conclusione: ... [Primogest n.d.r.], che era tagliato fuori in partenza, si è fidato e c'è cascato come un pollo. Geniale trovata di ... [Primogest n.d.r.]: in presenza di miei (di Gerling n.d.r.) fax di copertura anche all'A.O. San Sebastiano, Angelo invia a Fon-SAI comunicazione di sua estromissione dal riparto della polizza del San Sebastiano, senza neppure avvisarmi, ma inviandomi (inviando a Gerling n.d.r.) il fax alla Fon-Sai per conoscenza. [...]

⁵¹ Il 5 maggio 2005, infine, Tacconi scrive a Primogest (doc. 49, p. 3) «siamo stati informati da Fon Sai che avete bonificato il premio di loro spettanza. Riteniamo quindi conclusa la vertenza».

⁵² Come risulta dalla Deliberazione del Direttore Generale n. 624 del 2 novembre 2006.

72. La ASL ha indetto, il 24 luglio 2008, una nuova gara per l'affidamento dei servizi RCT/RCO aggiudicata, il 28 ottobre 2008, a Navale.

V.b. Le gare AO Moscati di Avellino

V.b.1 Sintesi degli avvenimenti

73. Gli eventi susseguitisi nell'ambito delle forniture di servizi assicurativi per la AO Moscati di Avellino sono sintetizzati nella tabella che segue.

Tabella 5: Procedure di affidamento AO Moscati di Avellino

AO Moscati di Avellino		
Primo Bando <i>Licitazione privata RCT/RCO</i>	11 maggio 2006	Presenta offerta solo Gerling con premio ritenuto troppo elevato da AO
	10 agosto 2006	Tramite Primogest, nuovo premio ed affidamento servizio a Gerling
	2007	- Su richiesta di Gerling (dietro minaccia disdetta) premio innalzato - Su richiesta di Primogest entra Navale 20%
	17 agosto 2008	- Co-assicurazione Gerling (40%), Faro (40%) e Navale (20%)
	1° ottobre 2008	- Gerling disdice polizza - Coassicurazione Faro (80%) e Navale (20%)

Fonte: dati forniti dall'Ente.

74. I premi corrisposti dalla AO hanno subito un aumento nel periodo in cui si è attuata l'intesa. Nel 2004, infatti, la gara era stata aggiudicata per un premio annuo pari a 1.476.952 euro. Nel 2006 la gara è stata aggiudicata a Gerling per un premio annuo di 2.531.296 euro che è stato ridotto a seguito di uno sconto applicato da Gerling su richiesta della AO, fino ad arrivare a 1.500.000 euro. Il predetto premio è stato rinegoziato nel 2007 attraverso la rideterminazione della base di calcolo consistente nelle retribuzioni lorde del personale dipendente della AO, fino ad arrivare a 2.500.000 euro.

V.b.2 La disdetta di Gerling e la rideterminazione del premio

75. L'11 maggio 2006 è stata indetta una licitazione privata per la stipulazione di una polizza assicurativa di durata triennale per la copertura dei rischi RCT/RCO, aggiudicata a Gerling, unica partecipante. Nei primi mesi del 2007 Gerling ha manifestato a Primogest e alla stazione appaltante la volontà di disdire la polizza. Il 2 marzo 2007 Gerling scrive a Primogest «... *la mia casa madre ha puntato il dito su Moscati, che sui premi di competenza (Earned Premium) ha già un rapporto s/p del 58,6%, destinato ovviamente a peggiorare con il passare del tempo[...] si conferma così, a giudizio della mia Direzione, che il premio di polizza non è tecnicamente adeguato (come peraltro era stato fatto presente all'Ente in sede di assunzione del rischio). ho ricevuto quindi istruzioni perchè venga data disdetta alla polizza ai sensi dell'art. 8 di polizza, con effetto dal 18,08,07 ...*»⁵³. Il 16 marzo 2007 Gerling invia una lettera alla AO Moscati in cui descrive l'andamento preoccupante dei sinistri e chiede una revisione «*delle condizioni normative e di premio, per poter riequilibrare la polizza, in modo da poter mantenere un rapporto costante*

⁵³ Cfr. doc. 60, p. 92.

nel tempo con la Vostra istituzione»⁵⁴. La A.O. Moscati, in un fax dell'8 maggio 2007, scrive: «Nel confermarvi l'impossibilità di modifica, in termini di maggiori oneri, dell'appalto del servizio assicurativo, aggiudicato attraverso la gara, vi rappresentiamo che questa Azienda ha in corso utili iniziative tendenti a migliorare la situazione del rischio dei sinistri»⁵⁵. Gerling, il 14 maggio 2007 comunica alla AO che «pur prendendo nella massima considerazione le attività da Voi programmate ai fini del miglioramento del rischio, la nostra Direzione non ritiene possibile continuare a mantenere in vita il contratto alle condizioni in corso, in considerazione della situazione sinistri [...]. Diamo, quindi, disdetta della polizza per sinistro ai sensi dell'art. 8 delle Condizioni Generali, a far data dalle ore 24,00 del 17 agosto 2007»⁵⁶. La disdetta è stata, successivamente revocata in quanto la AO Moscati ha comunicato un aumento delle retribuzioni lorde sul valore delle quali viene calcolato il premio della polizza di assicurazione e, conseguentemente, è stato aumentato il premio⁵⁷. Rilevano, in particolare, una lettera del 24 maggio 2007 a Primogest in cui la AO dichiara «si riscontra vostra nota del 16 maggio 2007 rappresentando che questa Azienda è in grado di garantire che la regolazione per le retribuzioni lorde potrà essere effettuata per una cifra non inferiore ad €80.000.000»⁵⁸ e un successivo fax in cui Gerling comunica a Primogest la volontà di revocare la disdetta alla luce della nuova regolazione del premio e la disponibilità a cedere una quota max del 10% sull'annualità 17 agosto 2007 – 17 agosto 2008⁵⁹.

V.b.3 L'ingresso di Navale

76. In occasione della rideterminazione del premio di polizza effettuata nel 2007 da Gerling e dall'AO Moscati di Avellino, successivamente alla revoca della disdetta, Primogest ha chiesto a Gerling di inserire uno o più coassicuratori e quest'ultima ha acconsentito. In particolare, tra i tanti documenti, rileva un fax del 2 giugno 2007 da Gerling a Primogest: «abbiamo preso atto della vostra necessità di inserire uno o più coassicuratori nella presente polizza fino a concorrenza di una quota globale del 20%. Nel darvi la nostra disponibilità in tal senso vi segnaliamo la situazione sinistri all'8.06.2007: la loss ratio sui premi di competenza ammonta attualmente al 96,9%. Tenuto conto degli accordi e delle garanzie date in sede di regolazione, tale loss ratio alla fine della prima annualità, calcolando il premio garantito di regolazione ed il trend dei sinistri, scende al 75,8%. Tenuto conto delle iniziative prese dall'Ente per il miglioramento della gestione del rischio, e dell'aumento del premio anticipato, riteniamo che la loss ratio alla fine del secondo anno possa scendere sotto il 70% (enfasi aggiunta)»⁶⁰.

⁵⁴ Cfr. doc. 60, p. 84.

⁵⁵ Cfr. doc. 60, p. 69.

⁵⁶ Cfr. doc. 60, p. 37.

⁵⁷ Cfr. doc. 108, p. 1.

⁵⁸ Cfr. doc. 60, p. 35.

⁵⁹ Cfr. doc. 60, p. 30. Si noti che Gerling ha in seguito aumentato la quota di rischio da cedere al 20% (cfr. doc. 60, p.27).

⁶⁰ Cfr. doc. 111, p. 1. Si vedano, inoltre, una e-mail da Primogest a Gerling del 6 giugno 2007 (doc. 60, p. 25) «come da accordi intercorsi con il Dr. ... [responsabile danni Gerling n.d.r.], la preghiamo predisporre una raccomandata indirizzata all'A.O. S. Giuseppe Moscati all'attenzione dell'Avv. ... – Direzione Funzionale Affari Legali – anticipata via fax al [...] e farci avere una copia, nei termini che seguono: [...] disponibilità a cedere una quota massima del 20% ad eventuale coassicuratore». Gerling effettivamente predispone e invia il fax (doc. 60, p. 22). La AO risponde con fax del 9 giugno 2007 (doc. 60, p. 15) in cui prende atto della revoca della disdetta della polizza e precisa che «nulla osta alla cessione di una quota massima del 20% ad altro assicuratore delle annualità prossime, a condizione che detta cessione attenga ai rapporti interni tra le società assicuratrici restando la Gerling Konzern, quale firmataria della polizza, unica interlocutrice in tutti i rapporti con l'Azienda Ospedaliera Moscati, nonché unica obbligata alla garanzia ed alla manleva anche in sede giudiziale». Gerling scrive a Primogest il giorno 11 giugno 2007 (doc. 60, p. 14) precisando che «nella

77. Risulta dai documenti ispettivi che Primogest abbia contattato Navale e Faro per collocare una quota della polizza in coassicurazione. La circostanza emerge, in primo luogo, da uno scambio di e-mail tra Primogest e Gerling. Gerling scrive a Primogest il 12 giugno 2007: *«in relazione al colloquio di poco fa, la richiesta da Voi avanzata di inserire un coassicuratore era stata giustificata dal fatto che volevate tacitare la possibile concorrenza di un agente locale che si appoggia a Faro (che comunque ha dato parere negativo ad una partecipazione al rischio) o forse a QBE. in tale senso e solo a tal fine abbiamo dato disponibilità per la cessione di una quota in coass fino al 20% apprendiamo ora che il coassicuratore dovrebbe essere la Navale, di cui siete procuratori e che quindi non dovrebbe essere un concorrente. sotto questo profilo sembrano venir meno le ragioni da parte nostra di una cessione di una quota del rischio»*. La risposta di Primogest a Gerling è stata: *«seguito colloquio con il nostro Signor ..., chiariamo che la quota, fino ad un massimo del 20%, viene offerta sia a FARO che a NAVALE e, ove possibile, ad altri competitors, finalizzando questa operazione all'obiettivo di essere noi il riferimento di questi competitors per la prossima gara. Se volete, siamo ben lieti se provvedeste direttamente a collocare tre quote del 7% oppure due quote da 7% ed una da 6% alle Società Faro, Navale e QBE, altrimenti fate provare noi. Riteniamo che detta strategia non sia assolutamente lesiva del comune operato e ci tutela per il futuro. Disposti, in cambio di questa cessione del portafoglio a restituirvi pari importo rischi AO San Sebastiano di Caserta, con premio e condizioni in equilibrio (enfasi aggiunta n.d.r.)»⁶¹. Gerling risponde *«prendo atto della vostra affermazione. Mi risulta che ... (Faro n.d.r.) non sia interessato a partecipare (informazione ricevuta da ...)»⁶².**

78. Sono agli atti, inoltre, le e-mail inviate da Primogest a Faro e Navale per offrire una quota della polizza⁶³. La quota è stata assunta, come si è visto, nella misura del 20% da Navale⁶⁴ la quale risultava essere a conoscenza del fatto che, in seguito all'aumento del premio, la situazione della polizza era ottimale. In una e-mail del 11 giugno 2007, infatti, Primogest scrive: *«in merito alla polizza in oggetto ed alla sua cortese e-mail del 24/5 c.a., occorre precisare che la decisione della Gerling di liberalizzare il contratto con due anni di anticipo era dovuta unicamente al fine di adeguare il premio annuo. Infatti la disdetta verrà revocata ed il premio lordo annuo sarà*

risposta dell'ente non possiamo però accettare che noi si risponda anche per l'eventuale coassicuratore. Deve rimanere il principio dell'assenza di obbligo solidale».

⁶¹ Cfr. doc. 60, p. 12 e doc. 130.

⁶² Gerling scrive poi a Primogest il 14 giugno 2007 (doc. 62, p. 183) *«... dato che la clausola di coassicurazione prevede l'onere di anticipare il 100% della liquidazione sinistro, salvo rivalsa nei confronti del coass., ho dovuto chiedere l'autorizzazione per i criteri di inserimento di un coassicuratore alla mia direzione. Questa pone come condizione di accettazione dell'eventuale coass che questo abbia il nostro stesso rating Standard & Poor's: A+. [...] Per quanto è a nostra conoscenza, la QBE non usa entrare i quota, specie per percentuali così basse. Faro non ha rating»*. Primogest invia a Gerling una e-mail il 17 settembre 2007 (doc. 62, p. 150) *«il prosieguo del contratto nei termini stabiliti decorre dal 17/08/2007, dovrà cortesemente prevedere il seguente riparto: Gerling-Konzern 80%; Navale 20%. Essendo la Navale Assicurazioni una società gestita al 100% dalla UNIPOL, il riferimento al rating è rapportato a quest'ultima»*. In una e-mail interna a Gerling si legge, infine, riferito a Primogest *«questi sono peggio di un'asciugatrice!»* doc. 62, p. 110.

⁶³ Si veda, in particolare, la lettera inviata da Primogest a Faro il 9 luglio 2007 (doc. 132) *«ci riferiamo alla polizza in oggetto (Moscati n.d.r.) per sottoporla alla sua cortese attenzione ai fini di acquisire una quota del 10% a decorrere dalla rata scadente il 17 agosto 2007. [...] ci preme inoltre evidenziare che, affinché il rischio sia in equilibrio, a decorrere dalla rata scadente il 17 agosto 2007, si procederà, previa regolazione del premio, ad un conguaglio del premio - da versarsi entro il 31/10/2007 - calcolato sulla maggiore cifra di euro 80.000.000,00 ed il premio anticipato sulla annualità 17/08/2007-17/08/2008 sarà computata, al pattuito tasso del 31,539 promille, su euro 80.000.000,00 di retribuzioni lorde e pagate in due rate semestrali [...] per tale effetto, il premio lordo annuo sarà aumentato dall'attuale euro 1.980.000,00 ad euro 2.523.120,00»;*

⁶⁴ Cfr. doc. 110, p. 1 e ss.

*aumentato dall'attuale Euro 1.980.000,00 ad Euro 2.500.000,00»⁶⁵ e sul punto assume particolarmente rilievo una e-mail interna a Navale del 12 settembre 2007⁶⁶ in cui il responsabile linea aziende e dell'area broker scrive alla collega sempre della Navale «*ho personalmente sentito il dr. ... (responsabile danni Gerling) in relazione alla copertura RCT/O San Giuseppe Moscati, il quale mi conferma la situazione che risulta ad oggi ottimale e anche se non pienamente d'accordo con la richiesta di ... [Primogest n.d.r.], cessione di una quota, non può comunque opporsi. Il massimale è 1,500,000,00 unico pertanto in caso di ns assunzione al 20% saremmo esposti per 300.000,00 € ns. ritenzione. il premio annuo imponibile è pari a 2,532,000,00 ns. quota 500,000,00. attendo tue riflessioni, comunque per me sarebbe ok* (enfasi aggiunta)»⁶⁷.*

79. Primogest ha osservato che la propria condotta «*era unicamente finalizzata al mantenimento della provvigione agenziale e all'accrescimento del proprio portafoglio clienti. Inoltre si segnala come il comportamento di Primogest abbia avuto effetti positivi: infatti, attraverso la sua opera di mediazione, ha evitato all'Azienda Ospedaliera i costi derivanti dall'indizione di una nuova gara d'appalto. Le medesime finalità commerciali hanno spinto Primogest a proporre il subentro in coassicurazione di Navale (al 20%) con l'unico obiettivo di acquisire un futuro diritto di prelazione sul San Giuseppe Moscati presso Navale stessa. Tale finalità risulta chiaramente dalla comunicazione inviata il 12 giugno 2007⁶⁸ al dott. ... (Gerling) dove ... (Primogest) afferma con chiarezza: "chiariamo che la quota, fino ad un massimo del 20%, viene offerta sia a FARO che a NAVALE e, ove possibile, ad altri competitors, finalizzando questa operazione all'obiettivo di essere noi il riferimento di questi competitors per la prossima gara"»⁶⁹.*

V.b.4 Il subentro di Faro e Navale in seguito alla seconda disdetta di Gerling

80. La coassicurazione è stata utilizzata anche per ovviare alla disdetta anticipata della polizza da parte di Gerling e consentire il subentro delle coassicuratrici Navale e Faro senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica. Questa tecnica viene utilizzata, oltre che nelle procedure di affidamento dell'A.O. Moscati, anche nell'ambito di altri enti sanitari, come si vedrà nel prosieguo. Sul tema rileva, in primo luogo, una e-mail inviata da Gerling a Primogest il 21 maggio 2008 in cui Gerling elenca gli Enti ai quali intende manifestare la volontà di disdire la polizza in essere⁷⁰. Non appena ricevuta la predetta comunicazione, Primogest inizia l'attività di collocazione delle quote inviando e-mail a Faro e Navale in cui annuncia la volontà di Gerling di disdire la polizza e chiede la disponibilità ad "assumere i contratti". Si può vedere, ad esempio, una e-mail da Primogest a Faro del 23 maggio 2008 «*desideriamo sapere, attesa una sinistrosità in equilibrio e che ci riserviamo di farvi avere nel dettaglio, se siete interessati ad assumere i contratti in oggetto ed in seguito specificati, alle stesse condizioni tecniche-normative-economiche in corso, alle rispettive scadenze...*

- AO Moscati scadenza 17/08/2008;

- AO Cotugno scadenza 31/05/2008;

⁶⁵ Cfr. doc. 147, p. 4. Si vedano, altresì, le varie e-mail reperite presso la sede di Navale e tutte contenute nel doc. 147, in cui, a fronte della richiesta di Primogest di assumere una quota del 20% sulla copertura assicurativa della AO Moscati,

Navale prima rifiuta e poi accetta.

⁶⁶ Cfr. doc. 147, p. 8.

⁶⁷ Cfr. doc. 147, p. 8.

⁶⁸ Messaggio inviato alle ore 13.06, documento n. 130.

⁶⁹ Cfr. memoria Primogest, doc. 358, p. 10.

⁷⁰ Cfr. doc. 136 «*Caro ... [Primogest n.d.r.], ti allego la lista degli enti sanitari in gestione che debbo stornare per evitare che mi salti l'estensione del trattato riassicurativo agli ospedali [...] le lettere partiranno il 29 p.v. e avranno efficacia Moscati dal 30.9.2008 [...] non ho margini di trattativa»* Si tratta degli ospedali ASL Napoli 1, AO Moscati di Avellino, AO Fondazione Pascale e AO Cotugno.

- *Fond. Pascale scadenza 15/08/2008*

ciò si rende per noi indispensabile a seguito di comunicazione della Gerling che intende disdettare anticipatamente detti contratti per ragioni di carattere riassicurativo e non per andamento tecnico negativo [...] come segno di attenzione esclusivo per voi, nel mentre vi segnaliamo che queste Aziende Sanitarie, da noi gestite da anni, tranne per il Pascale che si avvale di un consulente come contrattualizzato, non hanno broker. Chiediamo pertanto che non vengano rilasciate quotazioni ad altri soggetti intermediari e di lavorare insieme in via esclusiva. Noi ci impegniamo, per questi contratti, in esclusiva per voi (enfasi aggiunta)»⁷¹. Primogest contatta anche la Navale. In una e-mail del 10 giugno 2008 si legge « la Hdi Gerling, per ragioni puramente legate all'estensione del suo trattato riassicurativo alla copertura degli ospedali, ha deciso di stornare alcuni Enti Sanitari. Nella lista di questi c'è anche l'AO S.Giuseppe Moscati nella cui polizza siete annoverati come coassicuratori. La disdetta decorrerà delle ore 24 del 30/09/2008 [...] desideriamo sapere, attesa una sinistrosità in equilibrio, se siete interessati ad assumere il contratto in oggetto, in qualità di delegataria, alle stesse condizioni normative ed economiche in corso procedendo in questo ordine: -con decorrenza dalle ore 24 del 17/08/2008 sino alla scadenza della disdetta ore 24 del 30/09/2008 con il seguente riparto: HDI Gerling 35% delegataria; Navale 35% coass. Faro 30% coass. Alla scadenza del 30/09/2008 delega Navale Assicurazioni con il seguente riparto: Navale ass.ni 50% delegataria; Faro Ass.ni 50% coass. Vi informiamo inoltre che l'Ufficio legale dell'A.O. Moscati informalmente ci ha comunicato che le retribuzioni consuntive annue lieviteranno per cui ne potrebbe conseguire un premio annuo lordo del contratto di circa Euro 3.000.000,00 ...»⁷².

81. Il 4 giugno 2008, Primogest invia a Gerling, e per conoscenza a Faro, una e-mail avente ad oggetto "disdette polizze D.Cotugno – A.O. G. Moscati – Fondazione Pascale" in cui si legge «*egregi Signori, facciamo riferimento alle sopraelencate polizze per comunicarvi che è opportuno emettere, alla scadenza annuale di ogni singolo contratto, appendice che preveda la coassicurazione al 50% con Faro Assicurazioni SpA. Successivamente, emettere altra idonea appendice – sempre al 50% con Faro – con un rateo di premio dalla data di decorrenza del rata del contratto interessato e fino alla scadenza prevista per la disdetta effettuata. Sarà poi cura di Faro, giunti al termine contrattuale del rischio, decidere di proseguire il rapporto contrattuale al 100% direttamente con l'ente contraente*». Gerling, inoltra una e-mail ad una collaboratrice specificando : «*procediamo come suggeriscono di fare. In sostanza, a) un'appendice con cui inseriamo Faro come coass. Con effetto dalla scadenza più ravvicinata (15 maggio 2008 compreso); b) appendice con rateo come hai già fatto fino alla data dello storno, ma con riparto al 50% con Faro*».⁷³

82. L'utilizzo della coassicurazione in vista della disdetta di Gerling e al fine di subentrare nel servizio assicurativo emerge in tutta evidenza in uno scambio di e-mail del 10 giugno 2008 tra Primogest e Gerling in cui Primogest propone a Gerling due ipotesi di riparto differenti a seconda che Navale decida o meno di subentrare: «*Soluzione A nel caso in cui Navale subentra successivamente HDI Gerling delegataria 50% Navale coassicuratrice 50%; Soluzione B nel caso in cui la Navale rinunci al subentro successivo Gerling 40%; Faro 40% Navale 20%* ». Gerling risponde «*Ma mica posso fare un'appendice con diverse ipotesi di riparto!* (enfasi aggiunta n.d.r.)»⁷⁴ allora Primogest risponde indicando solo l'ipotesi A anche se, a quanto risulta da una nota scritta il 27 giugno da Primogest a Faro, il riparto fu 40% Gerling; 40% Faro e 20% Navale

⁷¹ Cfr. doc. 42, p.1.

⁷² Cfr. doc. 147, p. 12.

⁷³ Cfr. doc. 62, p. 41.

(quindi ipotesi B)⁷⁵. Si noti che, infatti, dopo la disdetta di Gerling le parti del contratto sono diventate Faro (80%) e Navale (20%).

83. Primogest scrive, inoltre, all'Ospedale Moscati il 2 luglio 2008 : «*ci riferiamo alla disdetta anticipata del contratto in oggetto, notificatavi dalla compagnia HDI-Gerling in data 27 maggio 2008, per elevata sinistrosità e che spiega i suoi effetti dalle ore 24.00 del 30/09/2008, per comunicarvi che la Compagnia Navale assicurazioni S.p.A. - società del Gruppo Unipol - oggi presente nel contratto ai sensi dell'art. 1911 c.c. - ha espresso la propria disponibilità a proseguire il rapporto contrattuale alla condizione che intervenga altro coassicuratore determinante per ulteriore frazionamento del rischio. del resto tale soluzione è già stata adottata da voi lo scorso anno... pertanto, fino e non oltre la scadenza originaria del contratto (17 agosto 2009) i coassicuratori si impegnano ad assumere al 100% il contratto vigente alle stesse condizioni in corso. sarà cura di entrambi farvi conoscere, in tempo utile, le determinazioni sulla scelta della coassicuratrice delegataria...*»⁷⁶.

84. Appaiono di rilievo anche varie e-mail interne di Navale dell'ottobre 2008 «*l'agenzia Primogest mi richiede, per la posizione in oggetto, un'autorizzazione relativa alla modifica della società delegataria. Nello specifico ti preciso che per l'A.O. Moscati il riparto di polizza fino alla data del 30/09/2008 era delega HDI Gerling 80% Navale 20%. In data 30/9/2008 la HDI Gerling ha inviato disdetta al contratto. Lo stesso contratto è stato ripreso dalla Faro con delega 80% e nostra quota sempre 20% (ti preciso che nessuna comunicazione di questa modifica ci è stata fatta dall'agenzia) ...*» e «*la polizza è in corso dal 17 agosto 2007, ad oggi [...] i sinistri sono gestiti da Gerling. Ora ci chiedono di cambiare la delega da Gerling a Faro, anche se sai quanta stima possa avere, ritengo opportuna una valutazione sulla gestione sx. ora possiamo mandare da subito tutti a casa, visto il cambio riparto vista la scadenza annuale, in alternativa dobbiamo tenere il rischio sino all'Agosto p.v. cortesemente parlane con Enrico e vediamo cosa rispondere*»⁷⁷. In realtà risulta agli atti che Primogest aveva informato Navale chiedendo la disponibilità ad assumere la quota di Gerling e la delega, ciò si evince da una e-mail del 26 giugno 2008 da Primogest a Navale: «*vi preghiamo autorizzarci ad elevare la vs quota dal 35% al 50% permettendoci in tal modo di sostituire, come delegataria, la HDI Gerling, precisando che il restante 50% sarà offerto alla Faro assicurazioni che ha già espresso la propria disponibilità*»⁷⁸. Alla fine delle sopra descritte trattative la Navale è subentrata nel nuovo riparto mantenendo la quota del 20%.

85. La stazione appaltante, nel 2009, ha indetto un'altra gara a cui ha partecipato solo Faro per il tramite dell'agenzia Primogest. Faro è risultata aggiudicataria a seguito di un ulteriore sconto praticato sul prezzo offerto⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. doc. 62, p. 38.

⁷⁵ Si veda (doc. 127) «*con riferimento alla polizza in oggetto (Moscati n.d.r.)[...] la HDI Gerling ha provveduto all'emissione dell'appendice n. 42 relativamente alla ripartizione dell'assicurazione nonché appendice n. 43 attinente l'incasso del premio dal 17 agosto 2008 al 30 settembre 2008 (data scadenza disdetta) con il seguente riparto: HDI Gerling delegataria quota 40%; Faro Assicurazioni Coassicuratrice quota 40%; Navale Assicurazioni Coassicuratrice quota 20%. il contratto, alla scadenza del 30 settembre 2008, e fino alla scadenza del 17 agosto 2009, emesso alle stesse condizioni normative-economiche in corso, prevedrà invece il seguente riparto: Faro Assicurazioni delegataria quota 80%; Navale assicurazioni coassicuratrice quota 20% [...] in allegato trasmettiamo le predette appendici [...] già sottoscritte dalla Navale*».

⁷⁶ Cfr. doc. 105 p. 1.

⁷⁷ Cfr. doc. 105, p. 29.

⁷⁸ Cfr. doc. 122, p. 1.

⁷⁹ Nei primi mesi del 2009 la AO Moscati bandisce un'altra gara per l'affidamento del servizio assicurativo. Il 7 gennaio 2009 Primogest scrive a Navale (doc. 147) : «*cortesemente vi preghiamo di valutare la possibilità di partecipare alla gara*

V.c. Le altre gare

V.c.1 Gare in cui si è riscontrata la coassicurazione, la disdetta e il subentro

a) AO Cotugno

86. La AO Cotugno ha indetto, il **31 marzo 2006**, un'asta pubblica per l'affidamento del servizio RCT/RCO aggiudicata a Gerling, unica partecipante, per un importo di 317.434 euro⁸⁰. Il 15 ottobre 2008 è stato deliberato l'ingresso di un coassicuratore, Faro, a far data dal 31 maggio 2008. Il 29 maggio 2008 Gerling ha disdetto la polizza e la disdetta ha avuto effetto dal 1° dicembre 2008. Il 20 novembre 2008 la AO ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio che però è andata deserta salvo l'unica offerta di Faro con premio superiore alla base d'asta. Il servizio è stato allora prorogato fino al 10 dicembre 2008. In data **10 dicembre 2008** è stata indetta una procedura negoziata, per la durata di tre mesi, con pubblicazione del bando di gara aggiudicata a Faro, unica partecipante, per 200.000 euro. Il 9 marzo 2009 è stata indetta una procedura negoziata aggiudicata a Faro per 200.000 euro cui non hanno partecipato altre compagnie. Infine il 22 luglio 2009 è stata aggiudicata a Faro una procedura negoziata per la durata di due anni con un premio pari a 630.000 euro.

87. Il premio di polizza è aumentato passando da 255.000 euro (premio di aggiudicazione nella precedente gara del 2002) a 317.434 euro nel 2006. A ciò si aggiunga che la successiva gara espletata dall'ente e andata a buon fine è stata aggiudicata a Faro, come si è visto, per 630.000 euro.

88. Con riguardo alla AO Cotugno rilevano i documenti già citati⁸¹ dai quali si evince che, una volta venuta a conoscenza dell'intenzione di disdire la polizza da parte di Gerling, Primogest si è attivata per inserire un coassicuratore (nel caso di specie Faro) al fine di consentire il subentro.

b) AO Fondazione Pascale

89. La AO Fondazione Pascale ha indetto, nel 2003, una gara a pubblico incanto per l'affidamento del servizio RCT/RCO aggiudicata il 5 agosto 2003 per un premio annuo di 530.000 euro. Gli altri partecipanti sono stati QBE e RAS. Nel **2004**, è stata indetta una gara aggiudicata il 6 ottobre 2004 a Gerling, in assenza di altre offerte, per un premio annuo di 300.000 euro. È stata indetta una ulteriore **gara nel 2006**, aggiudicata a Gerling, unica partecipante, il 14 settembre 2006 per un importo annuo di 750.000 euro. Il 30 novembre 2008 la AO ha preso atto della disdetta di Gerling. Con riguardo alla AO Fondazione Pascale rilevano i documenti già citati⁸² dai quali si evince che, una volta venuta a conoscenza dell'intenzione di disdire la polizza da parte di Gerling, Primogest

in base alle soluzioni di seguito riportate a) partecipazione al 100% Compagnia Navale con un premio più alto di quello attuale (€2.532.120,00 annuale lordo) di circa il 50% ovvero di € 3.700.000,00 B) coassicurazione al 20% (come nella polizza attuale) solo nel caso che Faro intenda presentare offerta con la ns. agenzia attuale delegataria». Navale, però, non parteciperà alla gara. A quanto risulta, infatti, l'unica offerta pervenuta è quella di Faro che ha offerto un premio pari al 40 per mille delle retribuzioni annue (cfr. richiesta di sconto della AO Moscati a Faro del 3 aprile 2009 doc. 32). In seguito Primogest scrive a Faro il 21 aprile 2009 (doc. 21) «in relazione alle comunicazioni dell'AO Moscati, ove si richiede uno sconto non inferiore al 19% annuo lordo, con la presente siamo a rappresentarvi che analoga richiesta fu formulata nella gara precedente del 2006 aggiudicata alla compagnia Gerling. La società tedesca accettò di scontare del 17% [...]. Riteniamo che ciò possa essere ripetuto dalla ns. società in analogia a comportamenti già consolidati». In seguito all'accettazione dello sconto (cfr. doc. 37) l'AO Moscati comunica a Faro l'aggiudicazione della gara (doc. 35).

⁸⁰ Si noti che in base a quanto stabilito dal bando di gara, sussisteva l'obbligo di prevedere la coassicurazione già in fase di gara, il rispetto delle condizioni previste per l'RTI e il principio della responsabilità solidale. Cfr. bando di gara AO Cotugno, doc. 8 AO Cotugno p. 22.

⁸¹ Cfr. doc. 42, p. 1 e doc. e doc. 62, p. 41.

⁸² Cfr. doc. 42, p. 1 e doc. e doc. 62, p. 41.

si è attivata per inserire un coassicuratore (nel caso di specie, Faro) al fine di consentire il subentro. Risulta agli atti che sia stata stipulata una coassicurazione tra Gerling e Faro⁸³ anche se, da quanto emerge dalla delibera del 25 novembre 2008, la AO ha rifiutato l'inserimento del coassicuratore e ha promosso tempestivamente la gara per il nuovo affidamento del servizio⁸⁴.

V.c.2 Le gare in cui emergono altri indizi di coordinamento

a) Asl Caserta 1

90. La ASL Caserta 1 ha indetto, il **22 dicembre 2006**, una procedura accelerata ristretta aggiudicata a Gerling e Navale, uniche partecipanti, in coassicurazione (50% ciascuna) per un premio annuo di 1.325.152 euro. La polizza è stata disdetta il 30 giugno 2009.

91. Con riferimento alla polizza Caserta 1, gara 2006, in cui Navale e Gerling partecipano in coassicurazione, rilevano vari documenti dai quali si evince che, in un primo momento, la Navale intendeva partecipare da sola alla gara⁸⁵. Poi Primogest ha comunicato a Navale che anche Gerling era interessata alla stessa gara: «*caro direttore, in riferimento alla gara in oggetto, ed in seguito all'offerta pervenuta dalla Gerling di partecipare come delegataria con quota di ritenzione del 50% e vostra quota del 50%, vi invio nostra lettera di risposta tenuto conto che le condizioni offerte dalla Gerling sono le stesse che intendete offrire voi*»⁸⁶.

92. La lettera di risposta è un fax del 7 dicembre 2006 da Primogest a Gerling⁸⁷ nel quale si legge «*in riferimento alla gara in oggetto, ed in risposta al tuo fax del 6 12 2010 ti comunico che può andar bene la tua delega con massima quota di ritenzione al 50% con premio lordo di € 1.620.000,00 annui con le condizioni tecniche di massimo favore per il cliente. Tuttavia Navale dovrebbe recedere dal suo obiettivo di essere la delegataria con quota di al 65% ed alle medesime condizioni tecniche da te proposte [...] in ogni caso penso di poter convincere la Navale in questo senso anche perché sta lavorando all'offerta sulla gara ASL Avellino 1 e dunque potrebbe non aver interesse ad esporsi su tante deleghe. Pertanto, se sei d'accordo, potrei dire che la Navale partecipa in quota con te delegatario su ASL Caserta 1 mentre su ASL Avellino 1 partecipi tu in quota con la Navale delegataria, sei d'accordo? [...] dunque ogni ultima parola spetta al direttore tecnico della Navale dott. ... (tel. ...)*».

93. Rileva, inoltre, una lettera da Primogest a Gerling e Navale del 7 dicembre 2006 «*... riepiloghiamo il da farsi: La Navale Assicurazioni S.p.A. farà offerta per la gara in questione con delega al 50%; La Gerling Konzern Assicurazioni si impegna come coassicuratore al 50%; [...] La Navale, a completamento del suo riparto, offrirà a Gerling anche quota per la Gara ASL Avellino 1, in relazione ai rischi RCT ed infortuni*». Si noti che, nonostante risulti che la Navale sia stata esclusa nella gara ASL Avellino 1 perché aveva proposto modifiche al capitolato, risulta, altresì, la presenza di almeno una coassicurazione con Gerling⁸⁸.

94. Si osserva che il precedente affidamento del 2004 era stato aggiudicato per un premio annuo pari a 1.044.687 euro mentre nel 2006 il premio è stato pari a 1.325.152,10 euro.

⁸³ Cfr. doc. 344, allegato risposta Faro.

⁸⁴ Cfr. allegato 2 alla risposta di Gerling, doc. 351.

⁸⁵ Cfr. doc. 153, p. 1.

⁸⁶ Cfr. doc. 156, p. 1.

⁸⁷ Cfr. doc. 48, p. 11.

⁸⁸ Cfr. determina dirigenziale ASL Avellino 1 del 23 settembre 2007, p. 3 (doc. 8) in cui si afferma che «*la Compagnia, [...] nello specificare i rischi coperti in coassicurazione con altre imprese, aveva indicato che i rischi Furto e Incendio erano coperti in coassicurazione in una copia dell'All. A4, con la compagnia AURORA Assicurazioni S.p.A. mentre, in un'altra copia dell'allegato A4, sono coperti in coassicurazione con la compagnia Gerling...*».

b) AO Cardarelli

95. La AO Cardarelli ha indetto, **il 6 aprile 2005**, una licitazione privata per l'affidamento dei servizi assicurativi RCT/RCO. La gara risulta aggiudicata Faro per un importo annuo di 2.859.870 euro⁸⁹ e risulta, altresì, che sia stata stipulata una riassicurazione tra Faro e Gerling⁹⁰. Alla gara hanno partecipato anche Lloyd's, QBE e Fondiaria Sai. La precedente polizza era stata aggiudicata per un importo annuo di 1.497.725,01 euro. Il **16 aprile 2008** è stata bandita una gara aggiudicata, il 20 giugno 2008, a Faro per un importo annuo di 2.150.000 euro. Sul punto Faro ha precisato che, a questa gara, Navale e Gerling non avevano partecipato in quanto non invitate dall'ente⁹¹. In realtà, come risulta anche dai documenti depositati da Primogest⁹², la procedura prevedeva che le Compagnie presentassero un'istanza di partecipazione cui sarebbe seguito l'invito della stazione appaltante. Gerling ha manifestato a Primogest di non essere interessata alla copertura di primo rischio precisando «*possiamo, se del caso, dare sostegno riassicurativo...*»⁹³.

c) ASL Napoli 1

96. Il 27 settembre 2002 la ASL Napoli 1 ha indetto una trattativa privata per l'affidamento dei servizi assicurativi ramo RCT/RCO, aggiudicati, il 7 marzo 2003, a Navale per un premio annuo pari a 4.882.500,00. L'affidamento è stato prorogato fino al giugno 2006, periodo in cui Navale ha disdetto la polizza. Nel corso delle proroghe il premio è stato aumentato in quanto, come dichiarato dalla ASL⁹⁴, dal 21 dicembre 2004 al 21 dicembre 2006 il premio pagato è stato di 5.487.991 euro annuo.

Dai dati forniti dalle parti risulta che, per il periodo 20 dicembre 2002 - 20 dicembre 2003 il rischio sia stato ripartito tra Navale (80%) e Gerling (20%). Nel periodo 20 dicembre 2003 - 30 settembre 2006 il rischio è stato ripartito tra Navale (50%), Gerling (20%) e Faro (30%)⁹⁵. Il giorno **11 luglio 2006** la ASL ha indetto un pubblico incanto che è stato aggiudicato a Navale per un premio annuo pari a 3.680.981,31. Dai dati forniti dalle parti risulta che il rischio sia stato condiviso tra Navale (65%), Aurora (3%) (società del gruppo Unipol come Navale) e Gerling (32%).

d) ASL Salerno 1

97. Il 20 settembre 2005, successivamente all'esperimento di due gare andate deserte, la ASL Salerno 1 ha affidato a trattativa privata a Faro il servizio assicurativi RCT/RCO per un premio annuo pari a 3.300.000 euro. Precedentemente il servizio era stato aggiudicato per un premio annuo pari a 1.558.357 euro. Nel **2008** la ASL Salerno 1 ha indetto una nuova gara aggiudicata, il 9 ottobre 2008, a Faro, unica partecipante, per un premio annuo pari a 2.798.000 euro.

⁸⁹ Cfr. delibera di aggiudicazione dell'AO Cardarelli, doc. 8, allegato AO Cardarelli p. 5. Sul punto deve peraltro osservarsi che la ASL ha fornito informazioni contrastanti in quanto, nella risposta alla richiesta di informazioni pervenuta il 7 settembre 2010 (doc. 290, p.1) ha affermato che la gara è stata aggiudicata a Gerling e Faro in coassicurazione. Le due Compagnie, sul punto hanno dichiarato di aver percepito, dalla AO Cardarelli per la polizza aggiudicata con la gara del 2005, Gerling euro 1.275.756 e Faro € 7.055.214,00. Dalla risposta di Gerling sembra potersi evincere che la polizza dalla stessa stipulata per Cardarelli 2005 fosse una polizza di secondo rischio.

⁹⁰ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Gerling, doc. 351.

⁹¹ Cfr. allegato al verbale di audizione di Faro del 12 novembre 2010 doc. 335, p. 9.

⁹² Cfr. allegato 2 a memoria Primogest, doc. 382

⁹³ Cfr. e-mail del 21 aprile 2008 da Gerling a Primogest, contenuta nell'all. 2 alla memoria di Primogest, doc. 382.

⁹⁴ Cfr. doc. 300, p. 2.

⁹⁵ Cfr. risposta Navale, doc. 318, p. 8.

e) *ASL Napoli 3*

98. Nell'aprile 2005 è stata indetta un'asta pubblica per l'affidamento dei servizi RCT/RCO. La gara è andata deserta. Successivamente è stata indetta una trattativa privata cui sono state invitate tredici ditte, anch'essa andata deserta.

99. In relazione a quest'ultima procedura rileva il documento reperito presso la sede di Faro avente ad oggetto l'invito a partecipare formulato dalla della ASL Napoli 3 e indirizzato a Navale⁹⁶. La peculiarità risiede nel fatto che l'invito è indirizzato a Navale assicurazioni e, a quanto si evince dal documento, il fax è stato inviato direttamente dalla Navale assicurazioni.

100. Il servizio assicurativo RCT/RCO è stato affidato in via diretta alla Faro assicurazioni il 5 agosto 2005, per un premio annuo pari a 740.000 euro (precedentemente il premio annuo pagato dalla ASL era pari a 723.824 euro). Contestualmente è stato affidato, sempre in via diretta a Navale il lotto RCA libro matricola, infortuni dipendenti in missione, Kasko dipendenti in missione. In merito rileva il documento con il quale Primogest ha formulato l'offerta alla ASL⁹⁷ Napoli 3 il 30 giugno 2005 in cui l'agenzia plurimandataria scrive al broker dell'Ente :*«in riferimento ai Vostri inviti rivolti a questa agenzia [...] agente plurimandatario che interviene nella presente procedura quale mandataria delle Società Navale Assicurazioni SpA e Faro Assicurazioni SpA, interessate a rami assicurativi diversi, declinano le seguenti quotazioni e offerte ...»*. Primogest offre quindi alla ASL una quotazione per RCT/RCO da parte di Faro e una quotazione per la polizza RCA da parte di Navale.

101. L'affidamento è stato prorogato fino al 22 ottobre 2009.

V.d. La coassicurazione

V.d.1 La coassicurazione nella fase di partecipazione alla gara

102. Le parti coinvolte nell'intesa hanno affermato che, qualora decidessero di partecipare alla gara solo per una quota del servizio, prima della presentazione dell'offerta lo comunicavano a Primogest la quale provvedeva alla ricerca di un coassicuratore. Navale ha affermato che *«devono essere distinti i contesti precedenti rispetto a quelli successivi all'aggiudicazione. Infatti, nella fase di presentazione dell'offerta in gara le compagnie possono decidere di presentare offerta per il 100% del rischio o ritenere di poter partecipare solo per una quota dello stesso. Nel primo caso, offerta per il 100%, qualora più compagnie manifestino all'agente plurimandatario interesse alla gara, quest'ultimo non potrà partecipare alla gara per conto di più di una compagnia. Si tratta di eventi che raramente si verificano anche perché l'agente conosce le compagnie che rappresenta e sulla base delle caratteristiche delle stesse, propone la partecipazione alle gare a quelle potenzialmente interessate. Nel secondo caso, ovvero quando la compagnia ritiene di poter coprire solo una parte del rischio, è lo stesso agente plurimandatario a ricercare, in primis tra le compagnie con le quali ha un rapporto di mandato, uno o più coassicuratori. Ciò differenzia l'agente plurimandatario dall'agente monomandatario nel senso che quest'ultimo ha l'incentivo a non promuovere la coassicurazione, dovendo cercare sul mercato compagnie diverse e quindi rinunciare ad una parte della provvigione, mentre il primo ha l'incentivo a utilizzarla maggiormente potendo comunque percepire la provvigione dai vari coassicuratori che rappresenta⁹⁸»*. Analogamente Faro ha precisato che, una volta venuta a conoscenza del bando di gara, *«comunica all'agente la disponibilità a partecipare in quota e l'agente procede poi alla*

⁹⁶ Cfr. doc. 28, p. 1.

⁹⁷ Cfr. memoria Primogest, doc. 382, all. 2 e 3.

⁹⁸ Cfr. verbale audizione Navale doc. 310 p. 2.

ricerca dei coassicuratori, i quali dovranno comunque essere di gradimento alla compagnia»⁹⁹. Primogest ha affermato che qualora una compagnia manifesti interesse ad assumere esclusivamente una quota del rischio «Primogest contatta tutte le altre compagnie con cui si hanno rapporti di agenzia offrendo la quota in coassicurazione. Una volta riscontrata la disponibilità di qualcuno a prendere una quota si mettono in contatto le compagnie le quali provvedono a concludere il contratto di coassicurazione».

103. Dai documenti ispettivi è emerso che, sovente, le Compagnie intrattenevano rapporti diretti, anche senza l'intermediazione di Primogest, per partecipare alle gare in coassicurazione.

V.d.2 La coassicurazione successiva all'aggiudicazione

104. Dai documenti ispettivi e dai dati forniti dalle parti risulta che le Compagnie coinvolte abbiano stipulato contratti di coassicurazione successivamente alla aggiudicazione della gara. Questa prassi viene considerata dalle parti ammissibile qualora il bando lo consenta. In particolare, Navale afferma che «*i riparti di coassicurazione devono essere formalizzati nel momento in cui viene presentata l'offerta di partecipazione alla gara di appalto. Una compagnia che ha presentato l'offerta, e non è risultata aggiudicataria, non può entrare a posteriori in Coassicurazione con chi ha vinto la gara. La possibilità di ricorrere all'istituto della Coassicurazione successivamente all'assegnazione della gara può essere esercitata nei casi in cui il bando esplicitamente lo preveda. In questi casi, la compagnia che risulta aggiudicataria può ricercare a posteriori una o più coassicuratrici tra le compagnie che non hanno presentato offerta. L'ente deve esprimere il proprio assenso al riparto proposto»¹⁰⁰. Per Faro è possibile che «*una compagnia, pur avendo valutato di avere capacità di fornire il 100% del servizio e che si è aggiudicata la gara, possa ritenere utile, e ciò si è più volte verificato, dar vita ad una coassicurazione facendo così ripartire il servizio e rischio connesso tra più compagnie. Ciò avviene sia con compagnie che hanno partecipato alla stessa gara sia con compagnie che non vi hanno partecipato. Nella formazione di tali coassicurazioni il ruolo dell'agente risulta utile al fine della ricerca delle compagnie interessate a partecipare per una quota del servizio. Sul punto precisa che spesso lo stesso agente è consapevole, conoscendo le varie compagnie, di come le stesse possano ripartirsi il rischio e quindi come eventualmente formare una coassicurazione sia nella fase di partecipazione sia eventualmente dopo la stessa aggiudicazione»¹⁰¹. Per Primogest «*la coassicurazione può avvenire anche dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipulazione del contratto con l'Ente banditore, quando il bando lo preveda (come nel caso della A.O. S. Sebastiano di Caserta). In questi casi la compagnia che si aggiudica la gara si riserva di indicare, prima della stipulazione del contratto, eventuali riparti in coassicurazione. Qualora non trovi altre compagnie disposte a ripartire il rischio la compagnia aggiudicataria dovrà coprirlo interamente e singolarmente. La ragione della ricerca di coassicuratori anche nei casi in cui sia possibile la copertura totale del rischio risiede nell'opportunità, per le compagnie, di distribuire il rischio tra più Enti nel rispetto dei vincoli riassicurativi»¹⁰².***

⁹⁹ Cfr. verbale audizione Faro del 12 novembre 2010, doc. 335, p. 2.

¹⁰⁰ Cfr. report allegato al verbale di audizione di Navale del 7 ottobre 2010 doc. 310, p. 23. Navale ribadisce questa posizione anche nella risposta alla richiesta di informazioni del 22 ottobre 2010, doc. n. 318, p. 3, ove afferma: «*le modalità di partecipazione alle gare bandite dalle ASL possono differire a seconda che : (i) il bando di gara preveda la possibilità di fare ricorso alla coassicurazione con obbligo di indicazione del riparto già nella fase di presentazione delle offerte (in questa fattispecie rientrano le gare ASL Caserta 1, ASL Napoli 1 e ASL Napoli 2) ovvero (ii) il bando di gara ammetta il ricorso all'istituto della coassicurazione con possibilità di indicare il riparto anche successivamente all'assegnazione della gara (in questa fattispecie rientra la gara A.O. Monaldi). In quest'ultimo caso la compagnia che è risultata aggiudicataria può ricercare a posteriori una o più coassicuratrici tra le compagnie che non hanno presentato offerta. In tal caso, l'ente appaltante deve esprimere il proprio assenso al riparto proposto».*

¹⁰¹ Cfr. Verbale audizione Faro del 12 novembre 2010, doc. n. 335, p. 2.

¹⁰² Cfr. Verbale Primogest doc. n. 329, p. 2 e ss.

V.d.3 La coassicurazione e i subentri

105. Le parti, nel corso delle audizioni, hanno affermato che talvolta, a causa di aumenti della sinistrosità delle polizze, il contratto di assicurazione veniva disdettato e l'Ente, invece di effettuare una nuova gara, instaurava con le Compagnie, anche per il tramite dell'intermediario, trattative per la rideterminazione del premio. In particolare, Primogest ha affermato che «*vi possono essere, inoltre, casi in cui una compagnia receda dal contratto per eccessiva sinistrosità. In questi casi le alternative per l'Ente sono due: i) prendere atto del recesso e bandire un'altra gara o ii) tentare strade alternative per mantenere in piedi il contratto, non sopportando i costi di una nuova gara, attraverso la rinegoziazione del premio. Primogest ha interesse all'adozione di quest'ultima soluzione in quanto, in questo modo, non deve rinunciare alle provvigioni già percepite e mantiene il rapporto con l'Ente. In quest'ottica Primogest ha paventato a Gerling la possibilità di rinegoziare il premio e quest'ultima, essendo state soddisfatte le proprie esigenze di adeguamento del premio, ha acconsentito. La rinegoziazione del premio avviene attraverso un ricalcolo dello stesso sulla base del monte retribuzioni al momento della disdetta, senza quindi influire sul tasso cristallizzato in sede di offerta di gara*»¹⁰³.

106. Nell'ambito delle gare oggetto di indagine si sono verificati almeno due casi di disdetta anticipata con successiva rideterminazione del premio e sono relativi ai rapporti assicurativi della AO. S. Sebastiano di Caserta e della AO Moscati di Avellino.

107. Dai documenti acquisiti in sede ispettiva e dalle dichiarazioni delle parti risulta che in vari casi la coassicurazione è stata utilizzata al fine di consentire l'ingresso di un assicuratore in vista di un successivo subentro quando l'assicuratore principale, Gerling, avesse eventualmente deciso di disdire la polizza. In particolare, Primogest ha spiegato che «*viste le frequenti disdette di Gerling, lui [Primogest n.d.r.] aveva elaborato la procedura del subentro che consisteva nell'inserire nel rapporto contrattuale tra la compagnia e l'Ente un coassicuratore, nel caso di specie [con riferimento al caso della AO Moscati di Avellino n.d.r.] Navale, nell'eventualità che la compagnia affidataria decidesse di disdire la polizza. In quest'ottica Primogest effettuava una ricerca tra le compagnie in portafoglio basandosi sul dato storico, sull'assetto della compagnia stessa, sul bisogno di premi e sulla politica aziendale, portando avanti un'attività di ricerca volta a raggiungere il risultato del mantenimento del contratto e del rapporto con l'Ente, eventualmente con la compagnia subentrante, fino alla naturale scadenza. Le compagnie subentranti valutavano autonomamente la sinistrosità – e quindi la convenienza - della polizza in essere: laddove Gerling aveva una valutazione alta dei sinistri riservati, le altre li valutavano di meno e ritenevano, quindi, di poter assumere proficuamente il rischio anche in presenza della disdetta di Gerling. Questa soluzione era proficua per Primogest, che non doveva così rinunciare a parte delle provvigioni portando avanti il rapporto contrattuale con l'Ente fino alla naturale scadenza. Al momento della nuova gara, bandita in seguito alla naturale scadenza del contratto, Primogest avrebbe potuto vantare l'Ente banditore tra i clienti in portafoglio ed ottenere quindi la rappresentanza dalla Compagnia che avrebbe presentato l'offerta, sulla base delle già descritte pratiche assuntive delle compagnie in base alle quali la priorità nell'assegnazione dell'affare spetta all'agenzia che ha in portafoglio l'Ente. La compagnia affidataria del servizio sarebbe stata, inoltre, più propensa a presentare offerta essendo già nel rischio*»¹⁰⁴.

108. Per Navale «*la coassicurazione successiva all'aggiudicazione e il subentro hanno avuto luogo in alcune gare oggetto del procedimento e che hanno ragioni legate al contesto ambientale e ai casi in cui i contratti stipulati vengono disdetti in anticipo. In tali casi alla fase di gara può*

¹⁰³ Cfr. verbale di audizione di Primogest, doc. n. 329, p. 3.

¹⁰⁴ Cfr. verbale di audizione Primogest del 10 novembre 2010, doc. n. 329, p. 3.

seguire una fase in cui vi può essere un cambio di soggetti che rendono il servizio e/o una diversa ripartizione dei rischi»¹⁰⁵.

109. Sul tema Faro precisa che *«occorre un'analisi caso per caso [...]l'agente ha interesse a mantenere in piedi il contratto e a non tenere scoperto un ospedale. [...] dal punto di vista di Faro, se l'andamento tecnico di una polizza è positivo non ci sono motivi per rifiutare la quota in coassicurazione e il successivo subentro»*.¹⁰⁶

VI. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

VI.a. La configurazione del mercato rilevante

110. Le Compagnie assicurative parti del procedimento hanno stigmatizzato la ricostruzione del mercato rilevante, affermando, in particolare, che *«nel momento in cui si delinea il mercato quale “insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione” si opera un'artificiosa distinzione che lascia – volutamente – fuori dal perimetro procedure competitive analoghe (per ambito merceologico e territoriale) nelle quali pure si deve essere svolto il confronto competitivo in questione»*¹⁰⁷.

111. Primogest, inoltre, afferma che *«trattandosi di bandi di gara a rilevanza europea, il mercato rilevante dal punto di vista dell'offerta sia [è] quello delle compagnie assicurative operanti nell'intera Unione Europea. Infatti, tutte queste compagnie avevano la possibilità di partecipare ai bandi di gara oggetto del presente procedimento. Di conseguenza il mercato geografico rilevante coincide con l'intero mercato unico. In via subordinata il mercato rilevante dovrebbe essere individuato nell'intero mercato nazionale»*¹⁰⁸.

VI.b. Le criticità del mercato

112. Le parti coinvolte nel procedimento hanno manifestato, sia nel corso delle audizioni sia nell'ambito delle memorie, la convinzione che le anomalie riscontrate nelle polizze oggetto di indagine fossero riconducibili alla particolare criticità del mercato caratterizzato da un alto tasso di sinistrosità.

113. Navale, nel *report* prodotto nell'ambito dell'audizione del 7 ottobre 2010¹⁰⁹, ha affermato che *«si è acuita la crisi nel rapporto tra medico e paziente a causa delle crescenti aspettative del paziente stesso. Le conseguenze sono:*

- 1. colpevolizzazione, in caso di esito negativo della prestazione, della struttura sanitaria e dei medici responsabili;*
- 2. aumento delle sentenze di condanna dei medici e delle strutture sanitarie;*
- 3. incremento al ricorso alle pratiche di “medicina difensiva” con costi crescenti a carico del SSN»*.

114. Sempre Navale ha dichiarato che: *«il crescere dei risarcimenti si è riflesso in un'inevitabile incremento dei premi pagati dalle strutture sanitarie per assicurarsi. [...] Le Compagnie, a causa delle difficoltà a mantenere l'equilibrio tecnico del settore RC Sanitaria, hanno iniziato a disdettare le polizze per uscire da questa area di business. Le condizioni poste nei capitolati di gara dalle aziende appaltanti, considerate dalle Compagnie non compatibili con le esigenze*

¹⁰⁵ Cfr. verbale audizione Navale, doc. 310, p. 2.

¹⁰⁶ Cfr. verbale di audizione Faro del 12 novembre 2010, doc. n. 335, p. 3.

¹⁰⁷ Cfr. doc. 435, memoria Navale, p. 18. In senso analogo anche l'intervento di Gerling durante l'audizione finale dinanzi al Collegio avvenuta il 23 giugno 2011, cfr. doc. 443, verbale audizione finale, allegato 3, p. 19 in cui la ricostruzione degli uffici è definita “circolare”.

¹⁰⁸ Cfr. memoria finale Primogest, doc. 437, p. 40.

¹⁰⁹ Cfr. allegato doc. 310, p. 16.

tecniche, hanno determinato una fortissima selezione in ingresso che ha ridotto sempre più il numero di Compagnie partecipanti alle gare. [...] Al fine di adempiere all'obbligo di sana e prudente gestione della Società, le compagnie che assumono questa tipologia di rischio ricorrono abitualmente alle sole tecniche praticabili di riduzione delle potenziali esposizioni: Coassicurazione e Riassicurazione»¹¹⁰.

115. Analogamente Gerling, nel verbale di audizione¹¹¹, precisa di essere «attiva nell'ambito della RCT/RCO ospedaliera nel periodo compreso tra il 1999 e il 2008. La decisione di fare ingresso nel settore è stata presa sulla base di una valutazione prospettica di possibile futura redditività. Con specifico riferimento al territorio del mezzogiorno – in particolare quello campano – si era valutato il basso numero di denunce derivante dal minor numero di interventi rischiosi effettuato e dalla bassa propensione alla denuncia da parte dei cittadini. In questa prospettiva il mercato campano appariva come un portafoglio interessante. Nel periodo sopra indicato ci sono state delle evoluzioni legate all'aumento di interventi complessi effettuati, alla maggior tendenza a denunciare i casi di sinistri da parte di pazienti lesi e all'aumento di decisioni giurisprudenziali che hanno riconosciuto la responsabilità medica e i collegati danni [...] nel 2008 Gerling ha esercitato diverse disdette al fine di uscire definitivamente dal settore delle assicurazioni mediche, dato che negli ultimi anni lo stesso si era dimostrato estremamente negativo».

116. Nel corso dell'audizione finale Gerling ha precisato che «le perdite subite da HDI nella gestione delle polizze oggetto della presunta concertazione rende del tutto inverosimile non solo la stessa sussistenza del cartello ma anche la produzione degli effetti predicati dagli uffici»¹¹². La stessa Gerling, inoltre, ha affermato che l'insussistenza degli effetti «di incremento dei premi a seguito dell'intesa emerge chiaramente dal raffronto [nella tabella che segue], fra i premi corrisposti nell'ultimo anno della presunta intesa e quelli richiesti successivamente...».

117. Primogest, infine, ha dichiarato con riferimento al settore oggetto di istruttoria, di «aver riscontrato una crescente sinistrosità e un conseguente aumento di premio delle polizze assicurative con difficoltà a reperire offerte sul mercato»¹¹³ e che «il settore dei servizi assicurativi ad enti pubblici, soprattutto nel ramo della responsabilità civile, si presentasse, allora come oggi, come un'area caratterizzata “da andamenti tecnici complessivamente non soddisfacenti” con richieste degli enti “antieconomiche”, “informazioni sui rischi in molti casi frammentarie” ed “elevati costi di gestione e oneri amministrativi”¹¹⁴. Tale area presentava, inoltre, “una generalizzata volontà di ritiro dal settore”¹¹⁵ da parte degli operatori su questo impegnati»¹¹⁶.

VI.c. L'assenza di coordinamento

VI.c.1 Le osservazioni generali

118. Le Compagnie assicurative parti del procedimento hanno sostenuto che i comportamenti riscontrati nell'ambito degli accertamenti istruttori non costituissero l'attuazione di un coordinamento restrittivo della concorrenza, ma fossero contatti di *routine*, tesi alla suddivisione dei rischi in maniera del tutto conforme alla normativa anticoncorrenziale.

¹¹⁰ Cfr. doc. 310, allegato 1, p. 19.

¹¹¹ Cfr. doc. 332, p. 2 e 3.

¹¹² Cfr. verbale audizione finale, doc. 443, all. 2, p. 13.

¹¹³ Cfr. verbale audizione Primogest, doc. 329, p. 1.

¹¹⁴ Bozza di circolare Allianz alle sue agenzie (Lloyd Adriatico, Ras, Subalpina ecc.), documento n. 213.

¹¹⁵ Nota del 7 novembre 2006 del broker all'Azienda Ospedaliera Napoli 1, ripresa dalla Comunicazione del 30 settembre 2009 dell'Azienda Ospedaliera Napoli 1 alla Giunta Regionale della Campania, doc. n. 8. 16 ASL NA 1, p. 2.

¹¹⁶ Cfr. memoria Primogest, doc. 358, p. 5.

119. Navale, nella risposta alla richiesta di informazioni del 22 ottobre 2010¹¹⁷, afferma che «*le decisioni relative alla partecipazione alle gare e l'eventuale ricorso all'istituto della coassicurazione (precedentemente ovvero successivamente all'aggiudicazione) sono assunte da Navale (i) in modo del tutto indipendente e (ii) sulla base di valutazioni basate esclusivamente su parametri economici obiettivi*». **120.** Per Gerling «*i rapporti che si sono venuti a creare tra Faro, Navale e Gerling rientrano nel contesto dell'agenzia plurimandataria. È quindi naturale che l'agente plurimandatario completi l'offerta come accade per esempio nei casi di coassicurazione o in questo caso. Sul punto precisa, altresì, che il rapporto dovrebbe essere visto in una prospettiva verticale Gerling –Primogest in quanto non ci sono rapporti orizzontali tra le Compagnie*»¹¹⁸.

121. In base a quanto dichiarato da Faro, infine «*nella gare in cui Faro ha partecipato, non si evincono elementi che facciano ipotizzare un cartello orizzontale di spartizione dei mercati ma il rapporto rilevante appare, invece, quello verticale con l'agente plurimandatario Primogest*»¹¹⁹.

122. Primogest, nella memoria presentata, precisa di non aver «*mai ricevuto procura generale da parte delle compagnie assicurative in portafoglio, ma solo, in alcuni sporadici casi, una procura speciale per singolo affare. Le attività svolte dalla Primogest rientrano in quelle tipiche del rapporto di agenzia, ossia di sostegno volto alla promozione di contratti nell'interesse delle preponenti compagnie, che conservavano la piena facoltà di concluderli. L'operato di Primogest nell'area gare ed appalti pubblici, nel periodo compreso tra l'anno 2003 e l'anno 2009, è stato pienamente conforme alle norme operative dettate dal proprio Regolamento interno [...] improntato ai principi di trasparenza e parità di trattamento tra le compagnie assicurative in portafoglio*»¹²⁰. Sempre Primogest osserva che «*non è dimostrata [...] l'esistenza fattuale di accordi o pratiche concordate, né risulta provato che i comportamenti assunti dalla Primogest potessero avere, come oggetto o effetto, l'impedimento, restrizione o distorsione del regime di libera concorrenza: proprio su quest'ultimo punto si è data evidenza di come spesso il supporto di Primogest abbia avuto invero effetti estremamente pro-competitivi e concretamente positivi per il consumatore del servizio assicurativo, segnatamente gli enti pubblici nosocomiali*»¹²¹.

123. Sempre Primogest, durante l'audizione finale, ha affermato che «*trattandosi di presunte condotte illecite a carattere istantaneo, il tentativo dell'Autorità di qualificare le condotte come parte di un'unica e complessa intesa appare quanto mai velleitario. Contrariamente a quanto fatto, l'Autorità avrebbe dovuto per ognuna delle gare che essa ritiene interessate dal presunto illecito dare compiuta ed adeguata prova delle violazioni contestate. Inoltre, un corollario di fondamentale importanza di quanto appena illustrato è che eventuali condotte illecite relative a tutte le gare la cui fase precedente alla presentazione delle offerte abbia avuto luogo anteriormente al maggio 2005, ossia antecedenti di cinque anni all'apertura dell'istruttoria, sarebbero, in ogni caso, coperte dalla prescrizione quinquennale di cui all'art. 25 del Regolamento 1/2003*»¹²².

VI.c.2 La partecipazione alle gare

124. Nel corso delle audizioni e nelle memorie presentate le parti hanno spiegato le procedure adottate per la partecipazione alle gare. Rileva, sul punto, quanto affermato da Navale secondo cui: «*l'aggiudicazione di questi rischi (rischi oggetto del procedimento n.d.r.) avviene attraverso gare*

¹¹⁷ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 2.

¹¹⁸ Cfr. verbale di audizione Gerling, doc. 332, p. 3.

¹¹⁹ Cfr. verbale di audizione Faro, doc. 335, p. 2.

¹²⁰ Cfr. memoria Primogest doc. 358, p. 3.

¹²¹ Cfr. memoria Primogest doc. 358, p. 14.

¹²² Cfr. Verbale audizione finale, doc. 443, allegato 5, p. 6.

pubbliche ed è diffuso tra le Compagnie stabilire procedure e prassi operative per gestire il processo di gestione delle gare»¹²³.

125. In relazione alla fase antecedente alla partecipazione ad una singola gara, in base a quanto dichiarato da Faro «Primogest segnalava alla Faro l'esistenza di un bando di gara. La Compagnia, a quel punto, verificava il possesso dei requisiti necessari previsti dalla lex specialis ai fini della partecipazione e procedeva all'analisi delle coperture richieste al fine di valutare la presentazione dell'offerta. A seconda dell'esito dell'analisi tecnica si manifestava all'agente la disponibilità a partecipare alla gara assumendo il rischio al 100% o in parte. La partecipazione alla gara avveniva, di regola, direttamente senza coinvolgere l'agente se non delegandolo ad assistere all'apertura delle offerte»¹²⁴.

126. Gerling, nel corso dell'audizione, ha affermato che «può capitare che la compagnia assuma il rischio in parte per esigenze dell'intermediario»¹²⁵. Successivamente la società ha precisato che: «la scelta iniziale di assunzione di un determinato rischio è assunta in totale autonomia dalla Società, indipendentemente da qualsiasi richiesta/esigenza manifestata dall'agente. In altri termini, eventuali esigenze dell'intermediario, sia esso agente o broker, non hanno rilevanza alcuna nelle scelte effettuate dalla società in materia di assunzione del rischio, le quali avvengono esclusivamente sulla base di parametri tecnici»¹²⁶.

127. Primogest ha spiegato che «in qualità di agente plurimandatario, inviava regolarmente a tutte le compagnie di cui promuoveva l'offerta commerciale comunicazioni relative alle gare indette dalle Aziende Ospedaliere. Le compagnie valutavano poi se partecipare o meno alla singola gara senza alcun tipo di intervento da parte di Primogest. A tal proposito Primogest ritiene che l'assenza di offerte valide da parte delle compagnie non costituisca di per sé un elemento che induca a presumere una collusione o un'intesa anticoncorrenziale tra le società che sia in qualche modo riconducibile o comunque imputabile ad essa [...] qualora invece più compagnie si fossero dimostrate interessate a concorrere per aggiudicarsi la copertura totale dei rischi oggetto del bando l'agente, nella piena legittimità delle sue funzioni, avrebbe potuto scegliere di supportare la compagnia che, nel caso di specie, avesse offerto le maggiori possibilità di aggiudicazione del contratto e della relativa provvigione. A tal proposito bisogna però precisare che restava comunque salva la facoltà, per le compagnie, di partecipare alla gara in nome proprio o attraverso un eventuale altro agente o broker»¹²⁷.

VI.c.3 L'uso della coassicurazione

128. Con riguardo all'uso della coassicurazione nell'ambito delle procedure oggetto di istruttoria, le parti hanno offerto la propria visione dei fatti sia in sede di audizione, sia nell'ambito delle memorie presentate. Primogest, in generale, ripercorrendo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza sul rapporto tra l'istituto della coassicurazione e la tutela della concorrenza, ha osservato che: «il parametro di valutazione da adoperarsi per lo scrutinio di potenziali intese anticoncorrenziali, in occasione di contratti assicurativi, deve essere particolarmente severo e rigoroso [...] la coassicurazione risulta pertanto non solo una buona pratica assuntiva volta "all'esigenza di rendere omogenei quantitativamente e qualitativamente i rischi assicurati" ma anche una prassi che "si presta ad impieghi di carattere contingente e settoriale"»¹²⁸ da parte

¹²³ Cfr. doc. allegato al verbale di audizione di Navale, doc. 310, p. 25. Si veda, sul punto, quanto descritto al capitolo 4.3.2.

¹²⁴ Cfr. verbale di audizione Faro doc. 335, p. 2.

¹²⁵ Cfr. verbale di audizione Gerling, doc. 332, p.2.

¹²⁶ Cfr. le precisazioni al verbale dell'audizione del 10 novembre 2010, doc. 336, p. 2.

¹²⁷ Cfr. memoria Primogest, doc. 358, p. 12.

¹²⁸ Sentenza Consiglio di Stato, sezione VI del 02 marzo 2001, n. 1188, che riporta in proposito le considerazioni espresse dall'ISVAP nel proprio parere.

*degli operatori su questo impegnati*¹²⁹. Primogest ha altresì osservato che «*tutte le Direttive in tema di partecipazione a gare pubbliche di ispirazione comunitaria e le relative trasposizioni italiane prevedono la facoltà di utilizzare strumenti cooperativi aventi la struttura di intese orizzontali. A titolo esemplificativo si vedano [...] l'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che implementa queste direttive nell'ordinamento italiano*»¹³⁰.

129. Anche Navale, nel corso dell'audizione finale, ha affermato che «*è lecito chiedersi dove gli Uffici abbiano trovato le prove o i documenti ulteriori che dimostrerebbero l'intento collusivo. Non sono stati infatti reperiti documenti o comunque prove di qualsiasi genere circa contatti precedenti alla gara tra le coassicuratrici, in cui ad esempio ci si accordasse per far partecipare la sola Navale al fine di evitare la competizione in gara, e successivamente ripartirsi la commessa. Né sono stati reperiti documenti o comunque prove di contatti successivi alla gara, in cui si desse conto del buon esito della gara grazie alla mancata partecipazione delle future coassicuratrici e si organizzasse il riparto già concordato*»¹³¹.

130. In particolare, prima della presentazione dell'offerta, le Compagnie assicurative hanno affermato che veniva manifestata all'agente l'esigenza di assumere solo una quota del rischio e, in seguito a ciò, Primogest procedeva a ricercare un coassicuratore¹³².

131. Faro, ad esempio, nel corso delle audizioni ha puntualizzato che: «*il ricorso alla coassicurazione, in linea teorica, avviene quando la Compagnia assicurativa non può o non intende assumersi la totalità del rischio. Nelle gare oggetto di istruttoria, tuttavia, si riscontrano modalità di partecipazione alle gare che hanno visto un ruolo peculiare dell'agente plurimandatario Primogest*»; in particolare, «*talvolta il ricorso alla coassicurazione può fondarsi su valutazioni di carattere più generale rispetto alle mere considerazioni di carattere economico, con un ruolo importante dell'agenzia plurimandataria Primogest*»¹³³ e «*la condotta non sembra avere risvolti anticoncorrenziali nella misura in cui le decisioni delle Compagnie sono autonome e si sono determinate successivamente all'aggiudicazione*»¹³⁴. Primogest, altresì, ha affermato di contattare «*tutte le altre Compagnie con cui si hanno rapporti di agenzia offrendo la quota in coassicurazione. Una volta riscontrata la disponibilità di qualcuno a prendere una quota si mettono in contatto le Compagnie le quali provvedono a concludere il contratto di coassicurazione*»¹³⁵.

132. In relazione alle ipotesi in cui la coassicurazione è stata stipulata dopo l'aggiudicazione della gara, Primogest, nel corso dell'audizione, ha affermato che «*la coassicurazione può avvenire anche dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipulazione del contratto con l'Ente banditore, quando il bando lo preveda (come nel caso della A.O. S. Sebastiano di Caserta). In questi casi la Compagnia che si aggiudica la gara si riserva di indicare, prima della stipulazione del contratto, eventuali riparti in coassicurazione. Qualora non trovi altre Compagnie disposte a ripartire il rischio la Compagnia aggiudicataria dovrà coprirlo interamente e singolarmente. La ragione della ricerca di coassicuratori anche nei casi in cui sia possibile la copertura totale del rischio risiede nell'opportunità, per le Compagnie, di distribuire il rischio tra più Enti nel rispetto dei vincoli riassicurativi*»¹³⁶.

¹²⁹ Cfr. memoria Primogest, doc. 358, p. 5.

¹³⁰ Cfr. memoria Primogest, doc. 382, p. 19.

¹³¹ Cfr. verbale audizione finale, doc. 443, allegato 4, p. 4.

¹³² Cfr. verbale di audizione Faro, doc. 335, p. 2 e verbale Navale, doc. 310, p. 2.

¹³³ Cfr. verbale di audizione Faro, del 20 luglio 2010, doc. 274, p. 2.

¹³⁴ Cfr. verbale di audizione Faro, del 12 novembre 2010, doc. 335, p. 3.

¹³⁵ Cfr. verbale audizione Primogest, doc. 329, p. 2.

¹³⁶ Cfr. verbale audizione Primogest, doc. 329, p. 2.

133. Per Navale «la possibilità di ricorrere all'istituto della Coassicurazione successivamente all'assegnazione della gara può essere esercitato nei casi in cui il bando esplicitamente lo preveda. In questi casi, la compagnia che risulta aggiudicataria può ricercare a posteriori una o più coassicuratrici tra le compagnie che non hanno presentato offerta. L'Ente deve esprimere il proprio assenso al riparto proposto»¹³⁷. Sul punto Navale ha precisato, infatti, che: «una Compagnia che ha presentato offerta, e non è risultata aggiudicataria, non può entrare a posteriori in Coassicurazione con chi ha vinto la gara»¹³⁸.

134. Con riferimento, infine, alle ipotesi di coassicurazione stipulate durante il rapporto contrattuale, Primogest ha osservato che la stessa «ha riguardato un ridotto e circoscritto numero di gare d'appalto, bandite in uno specifico arco temporale. Primogest ha presentato assistenza a compagnie in coassicurazione post-gara nei casi in cui la disdetta del contratto da parte di un assicuratore o di un coassicuratore avrebbe causato la risoluzione dell'intero contratto di copertura e quindi la perdita delle relative provvigioni. Ciò è avvenuto a seguito dell'abbandono del mercato da parte di Gerling [...]. Il ricorso alla coassicurazione post-gara permise peraltro agli Enti appaltanti di mantenere i contratti già conclusi rispettando i limiti di spesa pluriennale originariamente predeterminata, essendo gli stessi vincolati al contenimento della spesa sanitaria imposto dalla Regione Campania»¹³⁹.

135. Faro ha osservato, che «se l'andamento tecnico di una polizza è positivo non ci sono motivi per rifiutare la quota in coassicurazione e il successivo subentro»¹⁴⁰ e «non sembra contrario alla normativa antitrust il fatto che l'agente proponga gli affari alle compagnie proprie clienti [...] e cerchi di far subentrare nel rapporto le proprie clienti in caso di disdetta del contratto da parte del delegatario»¹⁴¹.

VI.c.4 Le osservazioni in merito a singoli episodi contestati

136. Con riguardo al profilo dello sconto offerto da Gerling nell'ambito della procedura per l'assegnazione dei servizi RCT/RCO e incendio della A.O. S. Sebastiano di Caserta¹⁴², a condizione che il lotto incendio fosse aggiudicato a Faro¹⁴³, quest'ultima, nel corso della prima audizione, non ha fornito spiegazioni e si riserva di rispondere alla specifica domanda effettuata dagli uffici in seguito¹⁴⁴. Nella memoria presentata il 22 febbraio 2011 Faro ha affermato che «non vi è alcun riscontro comprovante l'assenso o anche solo la semplice consapevolezza di Faro in merito all'iniziativa assunta dall'agente»¹⁴⁵.

137. Anche Gerling, nel corso dell'audizione, si è riservata di effettuare maggiori approfondimenti e ha affermato che «spesso le amministrazioni, anche per il tramite dei broker, chiedevano alla Compagnia aggiudicataria l'effettuazione di un ulteriore sconto e questo veniva concesso per mantenere buoni rapporti con l'Ente [...] i rapporti che si sono venuti a creare tra Faro, Navale e Gerling rientrano nel contesto dell'agenzia plurimandataria. È quindi naturale che l'agente plurimandatario completi l'offerta come accade per esempio nei casi di coassicurazione o in

¹³⁷ Cfr. doc. allegato al verbale audizione Navale, doc. 310, p. 23.

¹³⁸ Cfr. doc. allegato al verbale di audizione di Navale, doc. 310, p. 23.

¹³⁹ Cfr. memoria Primogest, doc. 382, p. 20-21.

¹⁴⁰ Cfr. verbale audizione Faro del 12 novembre 2010, doc. 335, p. 3.

¹⁴¹ Cfr. allegato al verbale Faro del 12 novembre 2010, doc. 335, p. 8.

¹⁴² Cfr. punto 8 dell'provvedimento di avvio 6 maggio 2010 n. 21069.

¹⁴³ Cfr. deliberazione del Direttore Generale della A.O. S. Sebastiano di Caserta n. 84 del 4 febbraio 2005.

¹⁴⁴ Cfr. verbale audizione Faro, doc. 274, p. 2. Nella memoria di Faro del 22 febbraio 2011, doc. 380, p. 13, si afferma, poi, che «...è del tutto fisiologico ... che il distributore intermediario svolga in favore delle imprese assicuratrici proprie clienti – che per legge devono essere una pluralità – un'ampia gamma di servizi di assistenza e consulenza. Tali servizi possono includere, tra l'altro, ovviamente anche la proposta di polizze in coassicurazione o il subentro in una polizza che, per esigenze tecniche, un altro cliente del medesimo intermediario intenda disdire autonomamente».

¹⁴⁵ Cfr. memoria di Faro, doc. 380, p. 3.

questo caso. Sul punto precisa, altresì, che il rapporto dovrebbe essere visto in una prospettiva verticale Gerling –Primogest in quanto non ci sono rapporti orizzontali tra le compagnie »¹⁴⁶. Successivamente, nell'ambito della risposta alla richiesta di informazioni, Gerling ha specificato che: «quella della concessione di sconti da parte delle compagnie di assicurazione agli enti ospedalieri è una prassi di mercato non insolita. Inoltre, non è raro che lo sconto sia richiesto dall'ente/concesso dalla compagnia, anche successivamente al momento di aggiudicazione della gara. Si tratta perlopiù di una consuetudine sviluppatasi nel tempo nelle relazioni tra compagnie ed enti ospedalieri e che è per così dire avallata dalle compagnie in quanto tali sconti, dati gli importi estremamente ridotti solitamente richiesti/concessi, non sono idonei ad incidere in misura significativa sull'offerta economica sottoposta e/o risultata aggiudicataria. Anche nel caso del S. Sebastiano di Caserta, si trattava per la Società di uno sconto di entità insignificante – pari ad un importo di poco superiore a 22.000 euro rispetto ad un premio annuo offerto dalla Società di ca. 1,5 milioni di euro – che HDI, a fronte di una richiesta in tal senso avanzata dall'ente ed in considerazione della suddetta prassi di mercato, ha ritenuto di poter concedere senza particolari criticità. Nel caso specifico lo stesso ... [responsabile danni Gerling n.d.r.], a cui abbiamo chiesto chiarimenti in relazione alla suddetta delibera, ci ha informato che fu Primogest a comunicargli la richiesta dell'ente di uno sconto, sconto che egli, considerato il limitato importo, accettò non avendo motivo alcuno di rifiutare. ...[responsabile danni Gerling n.d.r.] ci ha riferito di non essere a conoscenza delle intenzioni di Primogest (di far entrare Faro nel lotto incendio) ed al contempo ha sottolineato il ruolo di agente plurimandatario di questa, la quale era quindi interessata a piazzare il maggior numero di clienti (nel caso di specie HDI nel lotto RCT/RCO e Faro nel lotto incendio). Le negoziazioni con l'Ente erano condotte da Primogest in autonomia e negli archivi della Società non risulta copia della delibera in questione»¹⁴⁷.

138. Primogest, nel corso dell'audizione «con riferimento allo sconto effettuato da Gerling nel caso in cui la A.O. affidasse il lotto incendio a Faro, precisa che la motivazione dello stesso è stata quella di acquisire la paternità di portafoglio con riguardo a Faro, vale a dire una rappresentanza di Faro nell'ambito della A.O. S. Sebastiano. [...] Il dott. ... [a.d. Primogest n.d.r.] precisa che l'iniziativa dello sconto è stata assunta da lui personalmente senza manifestare né a Faro né a Gerling (che pur ha autorizzato lo sconto) la motivazione dello stesso sopra esposta. Precisa inoltre che, nella gara in questione, egli non deteneva la rappresentanza di Faro, come erroneamente scritto nella delibera di aggiudicazione della AO. S. Sebastiano.

Il dott. [a.d. Primogest n.d.r.] conclude affermando che rientra nella tipica attività dell'agente plurimandatario tentare di allocare i lotti di una gara sulle diverse Compagnie rappresentate e la scelta delle Compagnie in portafoglio mira anche alla migliore allocazione dei lotti in quanto ogni Compagnia ha le sue caratteristiche. Le Compagnie assicurative sono pienamente consapevoli di questo ruolo dell'agenzia plurimandataria»¹⁴⁸. Più specificamente, nella memoria, Primogest afferma che «forte di questa condizione migliorativa dell'offerta RCT a favore dell'Azienda Ospedaliera, ottenuta grazie ai suoi buoni uffici, Primogest si poté quindi presentare alla Direzione Generale dell'Azienda come interlocutore attento alle sue esigenze di bilancio e, di conseguenza, sollecitare l'affidamento diretto del Lotto 2 – incendio a Faro, che aveva già presentato un'offerta risultata più bassa. Così facendo Primogest riuscì a farsi riconoscere la paternità dell'affidamento con relativa provvigione, senza che quest'ultima avesse preso

¹⁴⁶ Cfr. verbale di audizione Gerling, doc. 332, p. 3.

¹⁴⁷ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Gerling, doc. 351, p. 5 e ss.

¹⁴⁸ Crr. Verbale audizione Primogest, doc. 329, p. 4.

minimamente parte all'operazione commerciale intessuta autonomamente da Primogest o ne avesse conosciuto i dettagli»¹⁴⁹.

139. In relazione alla coassicurazione effettuata nel 2006, sempre nell'ambito del servizio assicurativo per la AO S. Sebastiano di Caserta, successivamente alla rideterminazione del premio, tra Gerling e Navale, quest'ultima ha affermato che *«la partecipazione di Navale alla copertura del rischio in esame ha inizio proprio a partire dal 1° novembre 2006, a seguito delle modifiche tecniche intervenute, in qualità di coassicuratrice (con una quota del 35%) di Gerling (delegataria con una quota del 65%) per la durata di un anno [...]. Sulla base di quanto precede, quindi, non pare che si possa affermare – come fanno gli Uffici – che precedentemente all'ingresso di Navale “le condizioni contrattuali per la società offerente fossero ottimali (cfr. verbale audizione del 6 ottobre 2010). Come detto, infatti, con riferimento alla gara in esame, (i) Gerling ha dovuto formalizzare la disdetta per eccesso sinistri dopo 18 mesi circa dall'inizio del periodo di copertura e (ii) il broker incaricato dalla A.O. San Sebastiano di sostituire Gerling non è di fatto riuscito a reperire sul mercato offerte a condizioni soddisfacenti [...]. In definitiva, per quanto concerne specificamente Navale, è evidente che le decisioni relative (i) alla partecipazione alla copertura del rischio in qualità di coassicuratrice (al 35% nel 2006), (ii) all'assunzione del 100% del rischio (dal 2007 al 2008) e (iii) alla partecipazione alla gara bandita nel 2008 sono state basate esclusivamente su parametri tecnico –economici oggettivi»¹⁵⁰.*

140. Sul punto Primogest ha precisato che *«anche in questo caso non è astrattamente ipotizzabile che sia stata posta in essere una pratica anticoncorrenziale di cui Primogest possa essere ritenuta in qualche modo responsabile. Primogest ha in fatti perseguito il solo obiettivo di conservare il rapporto contrattuale già esistente con l'Azienda Ospedaliera tramite compagnie assicurative già presenti nel suo portafoglio, con la finalità ultima di non perdere le relative provvigioni. Questa pratica non è assolutamente contraria ai comportamenti sanzionati dall'art. 101 TFUE»¹⁵¹.*

141. In merito alla coassicurazione effettuata nel 2007 tra Gerling e Navale nell'ambito del rapporto contrattuale tra Gerling e la AO Moscati di Avellino, Navale ha precisato che: *«nel mese di maggio 2007, Primogest ha proposto a Navale la partecipazione – in coassicurazione con Gerling – alla copertura del rischio in oggetto con una quota del 20% , mantenendo in capo alla delegataria Gerling il restante 80%. Al riguardo, Navale non è stata informata delle ragioni per le quali Gerling aveva deciso di “cedere” in coassicurazione una parte del rischio. Tale dato risulta chiaramente dallo scambio di e-mail acquisito al fascicolo del Procedimento in cui un rappresentante di Navale dichiara espressamente di non conoscere le ragioni per le quali “viene liberalizzata dalla Gerling con due anni di anticipo” una polizza la cui “naturale scadenza [...] è fissata al 18/08/2009 (doc. 147, p. 1)»¹⁵².*

142. Con riferimento alle coassicurazioni successive nell'ambito dei servizi assicurativi AO S. Sebastiano di Caserta e AO Moscati di Avellino, Gerling ha precisato che *«in quei casi, probabilmente c'era stata una errata valutazione iniziale del rischio che aveva determinato, dopo poco tempo, l'esigenza di rinegoziare il premio. Con riferimento all'ingresso del coassicuratore Navale nel rapporto AO Moscati di Avellino avvenuto nel 2007 successivamente alla rinegoziazione spiega che, con tutta probabilità, la rinegoziazione del premio non aveva assorbito tutte le criticità del rischio e Gerling aveva avuto bisogno di ricorrere ad una coassicurazione la quale si è costituita attraverso Primogest»¹⁵³.*

¹⁴⁹ Cfr. memoria Primogest, doc. 358, p. 7 e ss.

¹⁵⁰ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 6.

¹⁵¹ Cfr. memoria Primogest doc. 358, p. 9.

¹⁵² Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 7.

¹⁵³ Cfr. verbale audizione Gerling, doc. 332, p. 3.

143. In merito al presunto scambio di quote tra Gerling e Navale nell'ambito delle gare ASL Caserta 1 e ASL Avellino 1, Gerling, nella risposta alla richiesta di informazioni, ha spiegato che «*Primogest agiva quale agente plurimandatario e catalizzava quindi le esigenze di più compagnie/clienti. In tale ottica sono da leggersi le comunicazioni di Primogest a HDI ed a Navale del 7 dicembre 2006 (di cui ai doc. 48 e 158 del fascicolo istruttorio), quale tentativo di un agente plurimandatario di realizzare in un sol colpo due affari per due clienti. Per quanto riguarda HDI, avendo questa – come sopra evidenziato – già valutato autonomamente il rischio di gara sotto un profilo tecnico ed avendo optato per una soluzione di coassicurazione, tali comunicazioni costituivano una risposta dell'agente alla necessità della Società di trovare un partner per entrambe le gare*»¹⁵⁴.

144. Con riguardo alla gara A.O. Monaldi del 2006 Navale ha precisato che «*Primogest si era impegnata a ricercare successivamente alla conclusione della gara un coassicuratore per una parte, pari al 20%, del rischio assunto da Navale (Cfr. doc. 148, p. 7). A conferma della correttezza del comportamento di Navale, che non può intendersi in contrasto con il diritto della concorrenza, si evidenzia che a fronte della proposta di Primogest di assegnare il 20% del rischio in coassicurazione a Faro Compagnia di Assicurazioni S.p.A. ("Faro"), la compagnia, dopo aver valutato come non gradito il coassicuratore proposto ("Faro [...] non è compagnia gradita") (Doc. 163, p. 1), ha ritenuto preferibile farsi carico di questo ulteriore 20%*»¹⁵⁵.

145. In merito alle procedure di affidamento della ASL Napoli 3, Primogest ha affermato che la propria condotta si è «*distinta per correttezza e trasparenza*»¹⁵⁶ in quanto, in occasione della prima gara del 2005, ha inviato la richiesta di partecipazione a tutte le compagnie in portafoglio le quali hanno risposto dichiarando di non voler partecipare in ragione delle condizioni previste nel capitolato tecnico¹⁵⁷. In seguito alla gara deserta, «*in data 22 luglio 2005 il broker dell'Ente, Assoconsulting, chiese alla Faro assicurazioni e per essa alla agenzia Primogest [...] la "migliore offerta [...] partendo dalle condizioni normativo-economiche richieste dal bando di gara"*»¹⁵⁸.

146. Con riguardo alla gara indetta dalla ASL Salerno 1 nel 2008 e aggiudicata a Faro, unica partecipante, Primogest ha dichiarato che «*in tale occasione la Faro prescelse l'agenzia di zona (Castellammare di Stabia), il che provocò un contenzioso tra Primogest e Faro, iniziato con un atto di significazione nel quale l'agenzia plurimandataria contestava alla Faro la violazione degli accordi in essere tra le due società dal 2007, oltre che, più in generale, dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali. Tale contenzioso ha poi determinato il progressivo allontanamento e la conseguente rottura dei rapporti tra le due società*»¹⁵⁹.

VII. IL PARERE ISVAP

147. Con parere pervenuto all'Autorità il 26 luglio 2011, l'ISVAP ha rappresentato, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, della legge n. 287/90, una serie di argomentazioni di natura tecnico-economica e giuridica, di seguito esposte in sintesi.

148. In particolare, l'Isvap ha affermato che «*la particolare rischiosità di simili coperture [RCT/RCO medica n.d.r.] rende frequente il ricorso da parte delle imprese del settore a strumenti di ripartizione dei rischi quali la coassicurazione e la riassicurazione, che, riducendone*

¹⁵⁴ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Gerling, doc. 351, p. 4.

¹⁵⁵ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 4.

¹⁵⁶ Cfr. memoria Primogest, doc. 382, p. 12.

¹⁵⁷ In realtà Primogest fornisce solo la risposta in tal senso di Gerling, cfr. doc. 382, all. 3.

¹⁵⁸ Cfr. memoria Primogest, doc. 382, p. 12.

¹⁵⁹ Cfr. doc. 437, memoria Primogest, p. 20.

l'aleatorietà e l'onerosità, possono concorrere a perseguire obiettivi di sana e prudente gestione delle stesse imprese e di adeguato ampliamento dell'offerta assicurativa.

149. *Detti obiettivi, per quanto meritevoli di considerazione, non possono tuttavia prescindere dalla necessaria compatibilità con gli interessi, ad essi pari ordinati ed egualmente meritevoli di protezione, dell'autonomia delle scelte imprenditoriali e della libertà e competitività del mercato. In tale prospettiva, mette conto osservare che, nella specie, come rilevato da codesta Autorità, le evidenze documentali acquisite risultano deporre nel senso di un impiego distorto dello strumento cooperativo della coassicurazione, nonché di un coordinamento tra le imprese in relazione alla partecipazione alle gare in esame.*

150. *Invero, i sistematici contatti tra le imprese per la attuazione di forme di coassicurazione, tanto nelle fasi preliminari all'aggiudicazione, quanto in quelle ad essa successive, eccedono la fisiologia dei contatti di routine necessari alla ripartizione dei rischi in coassicurazione, assumono piuttosto la natura di indici rivelatori di uno strutturale e continuativo coordinamento tra le imprese in questione teso ad influire sull'autonomia delle decisioni assunte da ciascuna di esse in merito alla partecipazione alle singole gare e, per tale via, a consentirne la spartizione senza il ricorso alla competizione. Coordinamento rispetto al quale è evidente il ruolo assunto, in termini di direzione e di raccordo, dalla società agenziale Primogest srl.*

Del pari non può non evidenziarsi l'insolito ricorso alla coassicurazione anche nel corso del rapporto contrattuale con il meccanismo del subentro delle altre parti in caso di disdetta dell'aggiudicatrice iniziale, meccanismo che ha determinato il mancato svolgimento di nuove gare, nonché delle obiettive anomalie nelle modalità di partecipazione a talune gare già bandite, in cui la presentazione di offerte economiche basate sullo scambio di quote ha consentito alle imprese di ottenere l'affidamento di servizi in assenza di confronto competitivo»¹⁶⁰.

VIII. VALUTAZIONE GIURIDICA

VIII.a. Qualificazione dell'intesa

151. Sulla base degli elementi raccolti risulta che le imprese parti del procedimento - Gerling, Faro, Navale e l'agenzia plurimandataria Primogest - abbiano posto in essere un'unica e complessa intesa - che ha avuto inizio nel 2003 e si è protratta fino alla fine del 2008 - avente per oggetto la spartizione di varie procedure di affidamento di servizi assicurativi rami RCT/RCO espletate da ASL e AO campane. Attraverso l'intesa si è sostituita consapevolmente ai rischi della concorrenza una collusione tra le imprese parti del procedimento, ciò attraverso la ripartizione delle quote di partecipazione in gara o successivamente alla stessa (coassicurazione prima o dopo l'aggiudicazione), lo scambio di lotti e/o di affidamenti in diversi enti banditori, la disdetta e successivo subentro con l'obiettivo di evitare il confronto competitivo e di mantenere nel tempo una certa stabilità dei servizi erogati. In tale intesa l'agente plurimandatario, Primogest, ha assunto il ruolo attivo di soggetto che coordinava la fase preparatoria alla partecipazione alla gara e quella successiva nel caso di disdetta e subentro, così da assicurare alle compagnie l'aggiudicazione in assenza di confronto competitivo, ripartendo tra le stesse le quote e/o ricercando nuove ripartizioni e subentri senza gara, con l'esito di mantenere il rapporto con l'ente ed estrarre le commissioni.

152. Tale intesa è stata posta in essere nell'ambito delle procedure di affidamento descritte nella tabella seguente:

¹⁶⁰ Cfr. parere ISVAP, doc. 445, p. 2 e ss.

Tabella 5: Gare nelle quali Gerling, Navale e Faro, con l'intermediazione di Primogest, non partecipano in concorrenza tra loro

ENTE APPALTANTE	data affidamento	PARTECIPANTI	IMPRESA AGGIUDICATARIA	EVENTI RILEVANTI
<u>AO San Sebastiano di Caserta</u>	<u>gara*</u> <u>2004</u>	nessuna offerta	-	intesa per non partecipazione di Faro e coassicurazione successiva
	<u>gara</u> <u>2004</u>	Gerling	Gerling	- intesa per non partecipazione di Faro e coassicurazione successiva; - coassicurazione successiva Navale nel 2007 - rinnovo solo a Navale - ripartizione di lotti tra Gerling e Faro - coassicurazione successiva Navale nel 2007;
<u>AO Moscati di Avellino</u>	<u>gara</u> <u>2006</u>	Gerling	Gerling	ingresso Navale e Faro nel 2008 e subentro in seguito alla disdetta di Gerling
<u>AO Cotugno</u>	<u>gara 2006</u>	Gerling	Gerling	- ingresso Faro nel 2008 e subentro in seguito alla disdetta di Gerling
<u>AO Fondazione Pascale</u>	<u>gara 2004</u>	Gerling	Gerling	assenza di concorrenza in gara
	<u>gara 2006</u>	Gerling	Gerling	tentativo di subentro di Faro in seguito a disdetta di Gerling non accettato dall'Ente
<u>ASL Caserta 1</u>	<u>gara 2006</u>	Navale e Gerling in coassicurazione	Navale e Gerling in coassicurazione	scambio di quote tra Caserta 1 e Avellino 1
AO Cardarelli	<u>gara 2005</u>	Faro	Faro	assenza di concorrenza in gara
	<u>gara 2008</u>	Faro	Faro	assenza di concorrenza in gara
<u>ASL Napoli 1**</u>	<u>gara 2002</u>	Navale Generali Ras Faro Milano	Navale	nel 2003 coassicurazione successiva alla gara tra Navale e Gerling e, successivamente, tra Navale Faro e Gerling
	<u>gara 2006</u>	Navale Generali e Lloyd's in coassicurazione	Navale e Gerling	assenza di concorrenza in gara
ASL Salerno 1	<u>gara 2005</u>	nessuna offerta	-	assenza di concorrenza in gara
	<u>gara 2005</u>	nessuna offerta	-	assenza di concorrenza in gara
	affidamento diretto 2005		Faro	assenza di concorrenza in gara
	<u>gara 2008</u>	Faro	Faro	assenza di concorrenza in gara
<u>ASL Napoli 3</u>	<u>gara 2005</u>	nessuna offerta	-	assenza di concorrenza in gara
	<u>gara 2005</u>	nessuna offerta	-	assenza di concorrenza in gara
	affidamento diretto 2005	Faro	Faro	- spartizione di lotti - spartizione dei lotti RCT/RCO e RCauto tra Faro e Navale

Fonte: dati forniti dalle ASL e AO.

* con il termine gara si fa riferimento, in generale, ad una procedura di evidenza pubblica ad eccezione, quindi, dell'affidamento diretto

** nell'ambito di questo affidamento, aggiudicato a Navale, si è svolta la prima coassicurazione successiva all'aggiudicazione tra Navale e Gerling e tra Faro e Gerling per il tramite di Primogest nel 2003.

153. Come si è definito in fatto, il mercato rilevante nel quale si è verificata l'intesa è costituito, sotto il profilo merceologico, dai servizi assicurativi rami RCT/RCO forniti alle ASL e AO. Si rileva, infatti, che i servizi assicurativi di cui sopra non sono sostituibili con altri a causa dei particolari rischi che coprono. La domanda, inoltre, è tipicamente espressa dalle ASL e AO attraverso procedure di evidenza pubblica ognuna delle quali caratterizzata da peculiari esigenze che vengono esplicitate nei capitolati di gara. Il caso in esame consente, inoltre, di circoscrivere ulteriormente il mercato all'insieme delle gare oggetto della presente istruttoria, sopra richiamate, alla luce del coordinamento tra le imprese in violazione delle norme a tutela della concorrenza. In tutte le gare considerate in tale contesto le tre compagnie parti del procedimento risultano legate dal medesimo rapporto con l'agenzia plurimandataria Primogest e sono o le vincitrici singole delle gare o in modo alternato o partecipanti per quota alla aggiudicazione.

154. Contrariamente a quanto affermato dalle parti, la ricostruzione del mercato coincidente con il contesto competitivo delle gare oggetto dell'intesa è stata più volte riconosciuta come corretta dal Giudice amministrativo e corrisponde ai principi elaborati a livello comunitario. Si richiamano, sul punto, vari precedenti in cui si è affermato che *«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 tra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivati dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito»*¹⁶¹. In quest'ottica è stato osservato che *«tale analisi sarà inevitabilmente "circolare", nel senso che l'individuazione del mercato rilevante risulta necessaria per valutare le condizioni di concorrenza, che a loro volta costituiscono uno degli elementi da valutare ai fini del mercato rilevante»*¹⁶².

155. Considerando un mercato geografico anche più esteso rispetto alle gare indicate, ovvero l'insieme delle gare per servizi assicurativi forniti ad ASL e AO campane nel periodo 2003-2008, le imprese assicurative parti del procedimento hanno una quota aggregata di mercato pari a circa il 60%, calcolata in base al valore degli affidamenti. Diversamente da quanto sostenuto dalle parti, rileva osservare che il confine del mercato geografico non può estendersi all'intero territorio nazionale in quanto ogni gara configura un ambito competitivo rilevante e le evidenze documentali mostrano, dalle stesse condotte delle parti, un coordinamento su più gare nell'ambito regionale campano.

156. L'intesa ha coinvolto sia la fase antecedente alle procedure di affidamento, sia la fase successiva in cui le tre imprese assicurative, grazie anche al ruolo di Primogest, si sono ripartite tra loro quote di premi assicurativi.

157. Le condotte precedentemente descritte in fatto, volte alla spartizione di varie procedure di affidamento per i servizi assicurativi delle citate gare nella Regione Campania, risalgono al 2003, anno in cui è iniziata la collaborazione di tutte le imprese coinvolte con l'agenzia plurimandataria Primogest e in cui si verifica la prima coassicurazione successiva all'aggiudicazione tra Faro, Navale e Gerling (queste ultime due società già in coassicurazione dai primi mesi del 2003) per il tramite della predetta agenzia plurimandataria (Napoli 1), rivelando l'esistenza di una articolata alterazione del confronto concorrenziale che si è sviluppata attraverso vari e numerosi contatti sia diretti tra le compagnie, sia intermediati da Primogest attraverso i rapporti da essa stessa ricercati e sviluppati nelle diverse fasi della gara e dopo la sua aggiudicazione. La condotta si è protratta, con

¹⁶¹ Così, tra le tante, CdS, 3 aprile 2009, n. 2092.

¹⁶² Cfr. CdS 27 gennaio 2004, n. 926.

il coordinamento nella partecipazione e ripartizione nelle altre gare sopra riportate, almeno sino al 2008, anno in cui Gerling ha deciso di non erogare più servizi RCT/RCO.

158. Attraverso Primogest, infatti, le imprese hanno potuto coordinare la partecipazione alle gare sopra indicate al fine di effettuare una spartizione sia degli affidamenti sia, all'interno del medesimo affidamento, delle quote di rischio. Ciò ha determinato la ripartizione e la storicizzazione delle quote tra le compagnie nelle varie gare in assenza di competizione tra le tre compagnie coinvolte. Per Primogest, inoltre, il coordinamento delle condotte delle società ha determinato la fidelizzazione dell'ente, ovvero il mantenimento del rapporto con lo stesso nel tempo garantendo la partecipazione e ripartizione delle aggiudicazioni alle sole compagnie per le quali operava come agente plurimandario. Le parti hanno, infatti, affermato che l'agenzia Primogest era interessata a promuovere contratti di coassicurazione tra le imprese in portafoglio in quanto, in questo modo, estraeva la provvigione da ciascuna di esse¹⁶³.

159. Vari documenti riportati in fatto e sotto sintetizzati¹⁶⁴ mostrano, tra i vari altri elementi istruttori, le reali motivazioni che per Primogest sono alla base delle cessioni di quote, come la stessa ha ammesso¹⁶⁵: distribuire quote di rischio per essere il riferimento dei nuovi *competitors* per la prossima gara. In particolare, le compagnie sono interessate ad evitare offerte aggressive in gara e a condividere quanto più possibile i rischi evitando confronti competitivi e ripartendosi quote dei servizi su più gare; Primogest è invece interessata a massimizzare le provvigioni e a godere del diritto di prelazione su eventuali partecipazioni a future gare con le compagnie stesse. L'insieme di tali interessi conduce all'unica e complessa intesa che vede le compagnie, consapevolmente, attive nel ripartirsi le quote dei servizi da erogare e Primogest attiva nel collocare quote di rischio spesso in fasi successive alla gara, in cui, data l'assenza di procedure di evidenza pubblica, non è possibile alcun confronto competitivo.

Primogest ha pertanto svolto un ruolo attivo partecipando come agente plurimandatario alle gare, presentando le offerte e contribuendo alla decisione delle ripartizioni tra le compagnie mandanti anch'esse parti dell'intesa¹⁶⁶.

160. Considerato che è principio fondamentale di concorrenza l'autonoma e indipendente determinazione della propria condotta imprenditoriale da parte dei soggetti operanti nel mercato, le imprese non possono coordinarsi, anche senza spingersi fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, per sostituire consapevolmente una pratica collaborazione ai rischi della concorrenza¹⁶⁷.

161. Si noti che, contrariamente a quanto prospettato dalle parti, il fatto che il settore dell'assicurazione rischi sanitari oggetto di analisi sia un settore delicato nel quale si sono riscontrate perdite da parte delle compagnie assicuratrici non esime le imprese attive sul mercato dal rispettare le regole di concorrenza¹⁶⁸. Ciò è esplicitato anche dall'Isvap¹⁶⁹ che nel parere reso ha chiarito che *«la particolare rischiosità di simili coperture [RCT/RCO medica n.d.r.] rende frequente il ricorso da parte delle imprese del settore a strumenti di ripartizione dei rischi quali la coassicurazione e la riassicurazione, che, riducendone l'aleatorietà e l'onerosità, possono*

¹⁶³ Cfr. ad esempio verbale audizione Navale, doc. 310, p. 2.

¹⁶⁴ Tra i tanti si veda doc. 60, p. 12.

¹⁶⁵ Cfr. memoria Primogest, doc. 358, p. 11.

¹⁶⁶ Sul punto si rileva che un'impresa può violare il divieto previsto dall'art. 101, n. 1, CE quando il suo comportamento, coordinato con quello di altre imprese, ha per obiettivo di restringere la concorrenza su un mercato rilevante particolare all'interno del mercato comune, senza che ciò presupponga necessariamente che essa stessa sia attiva sul tale mercato rilevante. Sul tema si veda, ad esempio, Tribunale di Primo Grado, 8 luglio 2009, *AC Treuhand AG*, caso T-99/04.

¹⁶⁷ Corte di Giustizia, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*.

¹⁶⁸ Come ha ricordato la Corte di Giustizia, infatti *«l'esistenza di una crisi sul mercato non può, di per sé stessa, escludere il carattere anticoncorrenziale di un accordo»*. Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 16 ottobre 2002, *LVM* e altri. Cfr. anche decisione della Commissione del 2 aprile 2003, Caso COMP/C.38.279/F3 - Carni bovine francesi.

¹⁶⁹ Cfr. doc. 445, parere ISVAP pervenuto in data 26 luglio 2011.

concorrere a perseguire obiettivi di sana e prudente gestione delle stesse imprese e di adeguato ampliamento dell'offerta assicurativa. Detti obiettivi, per quanto meritevoli di considerazione, non possono tuttavia prescindere dalla necessaria compatibilità con gli interessi, ad essi pari ordinati ed egualmente meritevoli di protezione, dell'autonomia delle scelte imprenditoriali e della libertà e competitività del mercato. In tale prospettiva, mette conto osservare che, nella specie, come rilevato da codesta Autorità, le evidenze documentali acquisite risultano deporre nel senso di un impiego distorto dello strumento cooperativo della coassicurazione, nonché di un coordinamento tra le imprese in relazione alla partecipazione alle gare in esame».

162. In quest'ottica, contrariamente a quanto sostenuto da Gerling, inoltre, non è rilevante il fatto che i premi assicurativi pagati da alcune ASL successivamente alla conclusione del cartello abbiano subito un aumento. Si rileva, peraltro, che nella tabella redatta da Gerling¹⁷⁰ vengono riportati dati che non tengono conto della riorganizzazione delle ASL/AO avvenuta nel 2009 nella Regione Campania che ha accorpato diverse Aziende. In particolare, gli incrementi di premio più significativi (ASL Caserta 1 + 202%; ASL Salerno 1 +250% e ASL Napoli 3 +325%) fanno riferimento a polizze che, rispetto a quelle oggetto della presente istruttoria, devono coprire un ambito ospedaliero molto più ampio. Infatti, la nuova ASL Caserta 1 comprende, attualmente, le ASL Caserta 1 e Caserta 2; la nuova ASL Salerno 1 comprende, attualmente, le vecchie ASL Salerno 1, Salerno 2 e Salerno 3 mentre la ASL Napoli 3 ha accorpato la vecchia ASL Napoli 3 e la ASL Napoli 2¹⁷¹.

163. Le condotte sopra richiamate che vedono Gerling, Faro, Navale e l'agente plurimandatario Primogest, coordinarsi nella ripartizione di gare e/o affidamenti in diversi enti banditori per i servizi RCT/RCO, configurano un'unica complessa intesa in violazione dell'articolo 101 TFUE. Infatti, ai sensi dell'articolo 101 TFUE costituiscono intese gli accordi, le pratiche concordate tra imprese, nonché le deliberazioni di consorzi o di associazioni di imprese¹⁷². Deve ritenersi, inoltre, che costituisca intesa restrittiva della concorrenza un accordo che abbia ad oggetto la non partecipazione di un'impresa ad una gara d'appalto¹⁷³.

164. Nel caso di specie le parti hanno posto in essere un'unica intesa continuata e complessa caratterizzata dalla ripetizione, nel tempo, di una serie di comportamenti collegati tra loro dalla comune volontà di ripartizione anticoncorrenziale delle gare e degli affidamenti su determinate ASL e AO campane. Un cartello complesso può essere visto, infatti, come un'unica e continua violazione commessa in un determinato arco temporale e con gradi di partecipazione variabili a seconda dell'impresa, in quanto ciò che rileva è il medesimo fine anticoncorrenziale. L'intesa può, inoltre, variare di volta in volta e i suoi meccanismi possono essere adeguati o rafforzati per tener conto delle situazioni sopravvenute. Contrariamente a quanto affermato da Primogest, la validità di

¹⁷⁰ Cfr. verbale audizione finale, doc. 443, all. 2, p. 13.

¹⁷¹ Cfr. Deliberazione della Giunta Regionale Campania n. 505 del 20 marzo 2009; in attuazione della Legge regionale n° 16 del 28 novembre 2008 recante "Misure straordinarie di razionalizzazione e riqualificazione del Sistema sanitario regionale per il rientro dal disavanzo" - Razionalizzazione degli ambiti territoriali delle Aziende sanitarie locali.

¹⁷² La giurisprudenza nazionale in materia ha adottato un'ampia definizione del concetto di intesa, affermando che «la dizione intesa restrittiva della concorrenza ha un ampio significato, ricomprendente tutte le iniziative comunque idonee ad alterare la libertà di concorrenza che risultano dalla collaborazione tra più imprese, sia quelle che hanno la finalità di coordinare il comportamento di imprese indipendenti, sia quelle che hanno come conseguenza il coordinamento del comportamento concorrenziale delle imprese sul mercato, negando il valore della nozione formale di intesa fondata su una precisa qualificazione della fattispecie a favore di una individuazione della natura sostanziale delle restrizioni al libero meccanismo concorrenziale, che derivano dalla cooperazione tra imprese, in qualunque modo queste si manifestino», così TAR Lazio Sez. I, dec. 12 aprile 1996, n. 605, sul caso ANIA. Da ultimo si ricorda CdS 11 gennaio 2010 n. 10, cit., e Tar Lazio 13 dicembre 2010, n. 36121, caso I 700 Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna

¹⁷³ Cfr. CdS. 2 marzo 2001, n. 1191, punti 4.1 e ss. in cui il Consiglio di Stato ritiene che l'accordo che abbia determinato l'impegno di un'impresa a non partecipare ad una gara costituisca intesa restrittiva della concorrenza. Si è rilevato, inoltre, che «non deve essere verificato se l'impegno di un "riconoscimento in altra gara importante" sia stato mantenuto o meno, in quanto tale circostanza attiene ad effetti dell'intesa, ulteriori e non rilevanti» (cfr. punto 4.7).

tale valutazione non è inficiata dalla possibilità che uno o più elementi di una serie di atti o di questo comportamento continuato possano individualmente e di per sé costituire una violazione dell'articolo 101 TFUE. In quest'ottica sarebbe artificioso distinguere ogni singola condotta quando si è di fronte ad un'unica complessa violazione che si manifesta in una serie di attività anticompetitive che hanno luogo nel periodo di attuazione dell'intesa¹⁷⁴. Conseguentemente, diversamente da quanto sostenuto dalle parti, anche rispetto all'arco temporale, il periodo di prescrizione decorre dalla cessazione della permanenza ovvero dall'ultimo atto posto in essere dalle parti riconducibile alla condotta restrittiva della concorrenza.

165. Nel caso di specie, pertanto, la contestazione riguarda un'intesa unica e complessa, che ha coinvolto tre Compagnie assicurative e l'agente plurimandatario Primogest e che ha interessato più gare assicurative di ASL e AO della Regione Campania. L'intesa si è svolta nell'arco temporale 2003-2008 e si è manifestata attraverso varie condotte tutte legate dalla comune volontà di ripartizione di varie gare tra le imprese parti dell'intesa.

Le condotte attraverso le quali si è sviluppata l'intesa sono riconducibili a:

- a) l'uso anticoncorrenziale della coassicurazione sia prima che successivamente alla aggiudicazione;
- b) il coordinamento nella partecipazione alle gare attraverso lo scambio di lotti, contatti/scambi di informazioni tra compagnie.

VIII.a.1 L'uso anticoncorrenziale della coassicurazione

166. Il procedimento istruttorio ha consentito di rilevare, come emerge dalle evidenze in fatto, che le tre compagnie e l'agente plurimandatario parti dell'intesa, hanno fatto ricorso alla coassicurazione per l'obiettivo restrittivo della concorrenza di procedere alla ripartizione degli affidamenti evitando la competizione in gara e garantendosi nel tempo i rapporti con gli enti banditori. Le parti, infatti, i) hanno concluso contratti di coassicurazione prima della presentazione delle offerte con l'esplicita finalità di garantirsi quote del servizio escludendo il rischio di partecipazione competitiva in gara; ii) hanno concluso contratti di coassicurazione dopo la presentazione delle offerte, e in un arco temporale prossimo alla stessa aggiudicazione, garantendosi l'aggiudicazione senza competizione e successivamente partecipando ad una quota nell'erogazione del servizio e iii) hanno concluso contratti di coassicurazione al fine di subentrare negli affidamenti dopo che questi sono stati erogati da una compagnia così da assicurare nel tempo una certa alternanza nella erogazione tra compagnie che invece avrebbero potuto competere.

167. Al fine di inquadrare tale fattispecie restrittiva rileva osservare, quindi, che non è la coassicurazione come tale ad essere ritenuta lesiva della concorrenza, bensì l'uso che le parti ne hanno fatto ripetutamente all'interno di un'unica e complessa intesa, quale strumento di coordinamento per evitare il confronto concorrenziale in gara. Nel caso di specie, infatti, più volte e in diverse procedure di affidamento le parti dell'intesa hanno utilizzato la coassicurazione determinando un complesso e articolato coordinamento attraverso partecipazioni su più affidamenti e la ripartizione dei servizi assicurativi in un numero elevato di stazioni appaltanti. Proprio l'istituto della coassicurazione è stato, in questo senso, strumento principe della collusione su più gare perché è servito per scambi di quote sia prima delle varie procedure sia in una fase successiva alle stesse. Con riferimento a quest'ultimo lasso temporale, come si è riportato in fatto e come verrà approfondito nel seguito, le parti, in una fase di completa assenza di confronto competitivo tra concorrenti, si sono scambiate quote del servizio anche al fine di subentrare nell'affidamento determinando l'assenza di ricorso alla gara.

¹⁷⁴ Si veda, da ultimo, la decisione della Commissione Europea sul caso *Marine Hoses*, del 28 gennaio 2009, caso COMP/39406, capitolo 5.3.4.

168. In linea generale la coassicurazione è un istituto giuridico che trova la propria disciplina sia nell'ordinamento nazionale, sia a livello comunitario. In particolare, l'articolo 1911 del codice civile prevede che, qualora la medesima assicurazione o l'assicurazione di rischi relativi alle stesse cose sia ripartita tra gli assicuratori per quote determinate, ciascun assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità assicurata soltanto in proporzione alla rispettiva quota, anche se unico è il contratto sottoscritto da più assicuratori¹⁷⁵.

169. Pertanto, tale istituto, astrattamente lecito dal punto di vista *antitrust* può essere utilizzato a fini anticoncorrenziali e pertanto può costituire un'intesa restrittiva della concorrenza. La coassicurazione è utilizzabile anche nell'ambito di procedure di evidenza pubblica che coinvolgono la pubblica amministrazione. Sul punto occorre ricordare che la generica previsione, nel bando di gara, della possibilità di ricorrere alla coassicurazione non esclude, di per sé, che l'istituto possa essere utilizzato a fini anticoncorrenziali¹⁷⁶. La coassicurazione successiva all'aggiudicazione è, peraltro, inammissibile in quanto consente di aggirare il principio dell'evidenza pubblica e della *par condicio* fra i partecipanti alle gare, finendo per consentire lo svolgimento del servizio da parte di soggetti che non hanno vinto alcuna gara.

170. Il ricorso da parte delle imprese ad una figura negoziale tipizzata dall'ordinamento, infatti, non esclude in nessun modo la responsabilità delle stesse rispetto alle violazioni della legge n. 287/90 e/o del Trattato, quando sia stato verificato in concreto l'utilizzo del tipo contrattuale per finalità anticoncorrenziali. Ciò che rileva è, dunque, la verifica della «[...] *causa dell'accordo concluso tra le parti, intesa non come astratta funzione economico - sociale di quel contratto, ma come ragione dell'affare, ovvero giustificazione dell'operazione economica posta in essere dalle parti quale essa è desumibile dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso in questione*»¹⁷⁷.

171. Deve sottolinearsi che, in quest'ottica, l'Isvap ha sottolineato che «*i sistematici contatti tra le imprese per la attuazione di forme di coassicurazione, tanto nelle fasi preliminari all'aggiudicazione, quanto in quelle ad essa successive, eccedono la fisiologia dei contatti di routine necessari alla ripartizione dei rischi in coassicurazione, assumono piuttosto la natura di indici rivelatori di uno strutturale e continuativo coordinamento tra le imprese in questione teso ad influire sull'autonomia delle decisioni assunte da ciascuna di esse in merito alla partecipazione alle singole gare e, per tale via, a consentirne la spartizione senza il ricorso alla competizione. Coordinamento rispetto al quale è evidente il ruolo assunto, in termini di direzione e di raccordo, dalla società agenziale Primogest srl*»¹⁷⁸.

172. Le evidenze in fatto e nel seguito sintetizzate mostrano che nelle gare sopra specificate la coassicurazione è stata utilizzata dalle imprese e dall'agente plurimandatario con il fine esplicito di determinare una ripartizione degli affidamenti, tra l'altro senza motivazioni economiche. In particolare, le parti hanno posto in essere una intesa unica e complessa ricorrendo alla coassicurazione: i) prima della presentazione delle offerte; ii) immediatamente dopo la presentazione delle offerte e iii) successivamente alla erogazione del servizio così da subentrare negli affidamenti.

173. In tutte queste condotte l'obiettivo perseguito è stato quello di alterare l'esito delle gare evitando la partecipazione in concorrenza (assicurando prima della partecipazione la ripartizione in quote con la sola finalità di ripartirsi i servizi oppure, dopo l'aggiudicazione, avendo la certezza

¹⁷⁵ La coassicurazione si distingue, pertanto, dalla riassicurazione in quanto quest'ultima opera attraverso una ripartizione del rischio verticale attraverso atti che non riguardano l'assicurato, ma solo il rapporto tra l'assicuratore diretto e quello indiretto.

¹⁷⁶ Questi principi sono stati espressi dal CdS, nelle sentenze sul caso I 193 *Assicurazione Rischi comune di Milano*, 2 marzo 2001, numeri da 1187 a 1192.

¹⁷⁷ Cfr. CdS., 14 gennaio 2002 n. 150, sul caso RAI - RTI/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹⁷⁸ Cfr. parere ISVAP, doc. 445, p. 2 e ss.

della vincita in capo ad una compagnia e quindi ripartendosi le quote) o evitando lo svolgimento di nuove gare subentrando in coassicurazione nel caso di disdetta.

Si osservi che le evidenze documentali circa il processo che ha condotto alla individuazione delle quote tra compagnie risultano ancor più significative alla luce dell'assenza di analisi economiche in merito ai rischi.

Tra l'altro la circostanza che la coassicurazione venga stipulata anche dopo l'aggiudicazione è ulteriore elemento che evidenzia il contesto non concorrenziale in cui un soggetto partecipa singolarmente alla gara, proponendo una offerta per l'intero servizio e assumendosi quindi il rischio per la sua interezza, in assenza di rischi concorrenziali in gara con soggetti che poi subentreranno con quote come coassicuratori.

174. Nel seguito vengono richiamate, per ogni gara, tali condotte riconducibili ad un'unica e complessa intesa restrittiva della concorrenza.

a) La coassicurazione prima della presentazione delle offerte

175. L'utilizzo della coassicurazione prima della presentazione delle offerte è avvenuto nella gara **ASL Caserta 1 del 2006** (Navale e Gerling).

176. In merito alla gara ASL Caserta 1, come è stato riportato in fatto, i comportamenti che Navale e Gerling hanno posto in essere nell'ambito dell'affidamento effettuato sono riconducibili ad un'intesa il cui oggetto trova una esplicita descrizione in vari documenti tra i quali rileva il *fax* che Primogest ha inviato a Gerling e Navale il 7 dicembre 2006: «... *riepiloghiamo il da farsi: La Navale Assicurazioni S.p.A. farà offerta per la gara in questione con delega al 50%; La Gerling Konzern Assicurazioni si impegna come coassicuratore al 50%; [...] La Navale, a completamento del suo riparto, offrirà a Gerling anche quota per la Gara ASL Avellino 1, in relazione ai rischi RCT ed infortuni*» (cfr. par. 5.3.2.1). In altri termini, appare evidente che la coassicurazione aveva l'esplicito obiettivo di definire le quote di servizio da erogare in vista della suddivisione di enti/gare tra compagnie altrimenti in grado di competere per vincere l'aggiudicazione.

177. I documenti mostrano anche che, inizialmente, Navale voleva partecipare alla gara per il 100% e, poi, detenendo una quota di rischio del 65%. Primogest ha comunicato questa intenzione a Gerling insieme all'intenzione di Navale di partecipare alla gara ASL Avellino 1. In seguito a ciò Navale e Gerling hanno deciso di condividere il rischio nella gara ASL Caserta 1 al 50% e di "completare il riparto" in un'altra gara (ASL Avellino 1), tra l'altro senza alcuna valutazione sulle condizioni tecniche o sulla necessità di coprire il rischio in coassicurazione. La coassicurazione è stata utilizzata, quindi, con la finalità di individuare tra le Compagnie, potenzialmente concorrenti, un equilibrio nell'erogazione dei servizi in modo da evitare offerte competitive tra le varie gare e ottenere, ciascuna, una quota dell'aggiudicazione.

Altrettanto evidente risulta, in tali gare, il ruolo di Primogest che ha tenuto i contatti tra le Compagnie e ha individuato le percentuali che consentono di rendere stabile l'intesa in quanto in grado di soddisfare il coordinamento tra le parti. Da una prima soluzione di comportamento competitivo che avrebbe visto Navale partecipare per l'intero lotto, si perviene alla ripartizione grazie al ruolo di collegamento che l'agente plurimandatario ha tra le Compagnie evitando che le stesse partecipino in modo aggressivo in gara.

Ciò è, inoltre, espressamente chiarito da Gerling la quale, nella risposta alla richiesta di informazioni, con riferimento a questo caso specifico, ha spiegato che «*Primogest agiva quale agente plurimandatario e catalizzava quindi le esigenze di più compagnie/clienti. In tale ottica sono da leggersi le comunicazioni di Primogest a HDI ed a Navale del 7 dicembre 2006 (di cui ai*

doc. 48 e 158 del fascicolo istruttorio), quale tentativo di un agente plurimandatario di realizzare in un sol colpo due affari per due clienti»¹⁷⁹.

178. Ne consegue, come riportato sopra, che pur essendo lecita la stipulazione, in astratto, di accordi di coassicurazione nella fase di presentazione delle offerte, nel caso di specie la stessa è stata invece conclusa dalle parti al fine di addivenire ad una ripartizione delle quote su più gare ponendo, quindi, in essere una fattispecie restrittiva della concorrenza in violazione della legge *antitrust*. Ciò è stato fatto attraverso l'intermediazione dell'agenzia plurimandataria Primogest la quale, come dichiarato dalle parti, era incentivata a proporre contratti di coassicurazione tra le imprese rappresentate¹⁸⁰.

b) La coassicurazione immediatamente successiva all'aggiudicazione

179. Le evidenze riportate in fatto hanno, inoltre, mostrato che la coassicurazione è stata utilizzata anche successivamente all'aggiudicazione avvenuta a favore di una sola Compagnia. In altri termini, si sono acquisite evidenze in merito a gare nelle quali, sebbene una compagnia abbia volutamente partecipato formulando offerta per il 100% la stessa ha proceduto, subito dopo l'aggiudicazione, a cedere quote di tale servizio ad altre compagnie stipulando con queste ultime una coassicurazione successiva all'aggiudicazione. Tra l'altro, le compagnie parti dell'intesa che entrano nella coassicurazione successivamente all'aggiudicazione non partecipano alla gara. La coassicurazione è, quindi, utilizzata in tali contesti per evitare offerte concorrenziali in fase di aggiudicazione e acquisire con certezza, una volta vinta la gara dalla compagnia vincitrice in assenza di concorrenti, una quota del servizio oggetto del bando.

180. In particolare, nel periodo compreso tra il 2003 e il 2008, le Compagnie coinvolte hanno stipulato vari contratti di coassicurazione successivi all'aggiudicazione nei seguenti affidamenti:

- **ASL Napoli 1** (gara 2002 aggiudicata nel 2003) in cui la gara è stata aggiudicata a Navale¹⁸¹ e si è verificata una coassicurazione tra Navale e Gerling (con effetto retroattivo rispetto all'aggiudicazione per il periodo 20 dicembre 2002 – 20 dicembre 2003) e tra Navale, Gerling e Faro (periodo 20 dicembre 2003 – 30 settembre 2006)¹⁸², quest'ultima coassicurazione con l'intermediazione di Primogest;

- **ASL San Sebastiano di Caserta del 2004** (aggiudicata nel 2005) in cui, successivamente all'aggiudicazione, ovvero nel mese di marzo, il rischio è stato condiviso tra Gerling, Faro e Fondiaria Sai.

181. Nel caso di **ASL Napoli 1** le evidenze agli atti mostrano che, successivamente alla aggiudicazione della gara a Navale, Gerling, che non aveva partecipato come concorrente in gara, ha acquisito una quota dei servizi da erogare attraverso la stipula di un contratto di coassicurazione con Navale. L'anomalia di tali condotte è, quindi, riconducibile, da un lato, alla circostanza che una impresa che aveva manifestato interesse e presentato offerta per il 100% dei servizi (conseguentemente in condizioni di affrontare i rischi) fa subentrare immediatamente dopo l'aggiudicazione un'altra impresa; dall'altro, alla circostanza che una impresa non partecipante alla gara si è resa disponibile ad erogare una parte del servizio solo dopo l'aggiudicazione e, quindi, senza necessità di affrontare alcun confronto competitivo tra offerte concorrenti in gara. Ne emerge, pertanto un uso della coassicurazione finalizzato ad evitare il confronto aggressivo di offerte concorrenti garantendo la ripartizione delle quote tramite la coassicurazione stessa.

¹⁷⁹ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Gerling, doc. 351, p. 4.

¹⁸⁰ Cfr. verbale di audizione Navale, doc. 310, p. 2.

¹⁸¹ Cfr. sul punto la risposta alla richiesta di informazioni della ASL Napoli 1, doc. n. 300, p. 2.

¹⁸² Cfr. risposta a richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 8.

182. Inoltre, nel mese di settembre 2003, un'altra compagnia, ovvero Faro, entra nel riparto con Gerling e Navale dando vita ad una nuova coassicurazione con la presenza dell'intermediazione di Primogest. Analogamente a quanto sopra indicato, anche questo nuovo riparto delle quote con la coassicurazione, successiva alla gara, ha l'obiettivo di evitare una nuova gara e assicurare, sempre tra le tre Compagnie parti della presente intesa, la ripartizione dei servizi da erogare in assenza di rischi concorrenziali.

183. Il coordinamento posto in essere attraverso la costituzione della coassicurazione successiva alla gara 2002, sopra richiamata, di fatto mostra una sua continuità anche nella gara successiva bandita dalla **ASL Napoli 1 nel 2006**. Infatti, risulta agli atti che tale gara sia stata aggiudicata a Navale (si veda la risposta della ASL¹⁸³), ma che la stessa abbia posto in essere una coassicurazione con Gerling sulla base di un riparto delle quote già prima della partecipazione alla stessa gara¹⁸⁴.

184. Con specifico riguardo al caso **AO San Sebastiano di Caserta** come descritto in fatto, Faro e Gerling avevano deciso di suddividere il rischio in coassicurazione successivamente all'eventuale aggiudicazione a favore di Gerling, unica a presentare offerta (cfr. cap. 5.1). Faro, infatti, non ha partecipato alla gara nella consapevolezza che avrebbe ottenuto una quota successivamente all'aggiudicazione. Ciò emerge da evidenze documentali quali le *e-mail* del 27 ottobre 2004, in cui GBS, che in questa fase era stato intermediario di Faro nonché *broker* della AO, dopo aver comunicato che la gara era andata deserta e nell'ottica di andare in trattativa privata, scrive a Gerling: «domani ti telefona ... (responsabile danni Faro n.d.r.), gli ho detto che chiedo un favore, non una quotazione»¹⁸⁵. A seguito della decisione dell'ente di non andare in trattativa privata, ma di bandire una nuova gara, rileva, sempre nell'ottica di ripartire le quote evitando concorrenza tra offerte in gara, una *e-mail* del 31 gennaio 2005 da Gerling a Primogest in cui la prima scrive «Faro ha già tutta la documentazione posta a base della nostra quotazione. Vi prego di farvi parte attiva per una loro adesione come coass al 40% (in tal senso esisteva già un accordo di massima con il dr. ... (responsabile danni Faro n.d.r.) già a margine del primo bando)»¹⁸⁶.

185. A ciò deve aggiungersi che, dietro proposta di Primogest, nel riparto è stata inserita Fondiaria Sai con una motivazione che evidenzia l'intento di spartizione che guida la formazione dei riparti, tra l'altro in assenza di ragioni economiche in merito alla distribuzione delle quote di rischio. In questo senso sono emblematiche le *e-mail* reperite presso Gerling che mostrano l'ampio coordinamento anche su più gare. Infatti, Gerling ha manifestato la disponibilità a soddisfare la richiesta di Primogest di far partecipare alla coassicurazione una società terza all'intesa (Fondiaria Sai) per garantire a Faro l'acquisizione di una quota in altra gara (Caserta 2). In particolare, Primogest scrive a Gerling «Egregio dottore, siamo lieti di comunicarLe che la gara di cui all'oggetto in riferimento al lotto RCT/O è stata aggiudicata dalla spettabile Gerling [...]. Per motivi di etica professionale riteniamo di poter offrire alla Fondiaria Sai una quota del 20% in considerazione del fatto che la suddetta Compagnia, avendo presentato un prezzo più basso, risulta aggiudicataria sul piano morale. Avremmo, quindi, intenzione di fare il seguente riparto: Gerling 60%; Faro 20% e Fondiaria Sai 20% se accetta la quota (enfasi aggiunta n.d.r.)». Gerling risponde «perfettamente d'accordo. (enfasi aggiunta n.d.r.)»¹⁸⁷.

186. Fondiaria Sai è una società estranea al cartello che è stata coinvolta, in questa fase, da Primogest, nella speranza di ottenere una quota di rischio a favore di Faro nella gara, non

¹⁸³ Cfr. doc. 300- pag. 2.

¹⁸⁴ Cfr. doc. 382 – all. 2.

¹⁸⁵ Cfr. doc. 47, p. 15.

¹⁸⁶ Cfr. doc. 54, p. 23.

¹⁸⁷ Cfr. doc. 55, p. 6.

compresa nella procedura Caserta 2 del 2005. In particolare, Primogest confidava nello scambio di favori con Fondiaria al fine di ottenere, a favore di Faro, una quota del servizio nella ASL Caserta 2, aggiudicata a Gerling (con l'intermediazione di un agente diverso da Primogest) e Fondiaria in coassicurazione, ma ciò non è accaduto e, per tale motivo, Primogest ha tentato di escludere Fondiaria dal riparto della AO San Sebastiano. Nel dettaglio, Gerling, spiegando a Fondiaria Sai l'accaduto, scrive: «*Primogest, irritata per non essere stata ammessa nel riparto della ASL Caserta 2, per ripicca mi chiede di eliminare il Vostro Gruppo dal riparto [...]. Indubbiamente Primogest contava all'origine su un possibile futuro scambio di favori con il vostro agente su Caserta 2 e, non avendolo ricevuto, cerca ora di rimangiarsi tutto*»¹⁸⁸.

187. Le evidenze riportate in fatto e sopra sintetizzate mostrano le condotte tenute dalle parti dell'intesa e dall'agente plurimandatario nella ricerca di un equilibrio nella ripartizione delle quote e delle commissioni su più gare anche in presenza di società non aderenti alla stessa intesa (come Fondiaria che infatti non accetta di cedere quote in Caserta 2 una volta entrata nel riparto in San Sebastiano). Gerling, infatti, consapevole del rapporto di reciproco scambio e collusione instauratosi attraverso Primogest con le altre Compagnie coinvolte (in questo caso Faro) ha assunto un ruolo di mediazione tentando di convincere Fondiaria Sai a cedere una quota di rischio nella gara Caserta 2 a Faro (senza successo)¹⁸⁹ e si è offerto di cedere una quota in riassicurazione a Faro, sempre nella gara Caserta 2, «*così [Primogest n.d.r.] recupera di fatto una quota pari al 10% del premio globale e gli riduco il danno, a condizione che lasci cadere la sua brillante iniziativa sul San Sebastiano*»¹⁹⁰.

188. Siffatte condotte sono qualificabili come parte di un'unica intesa restrittiva della concorrenza che ricorre alla coassicurazione successiva alla gara con l'obiettivo di alterare l'assetto concorrenziale del mercato.

I comportamenti sopra descritti sono già di per sé indice di un'intesa restrittiva della concorrenza. La stessa Navale ha affermato che anche una sola coassicurazione potrebbe essere ritenuta illecita qualora si reperiscano «*documenti o comunque prove di qualsiasi genere circa contatti precedenti alla gara tra le coassicuratrici, in cui ad esempio ci si accordasse per far partecipare la sola [Navale] al fine di evitare la competizione in gara, e successivamente ripartirsi la commessa. Né sono stati reperiti documenti o comunque prove di contatti successivi alla gara, in cui si desse conto del buon esito della gara grazie alla mancata partecipazione delle future coassicuratrici e si organizzasse il riparto già concordato*»¹⁹¹. I documenti fin qui citati, invece, sono proprio quelli che Navale ha indicato come prove di un'intesa.

189. La coassicurazione consente, infatti, una volta aggiudicata ad una delle tre compagnie la gara, di ripartire parte della stessa anche alle altre imprese senza il rischio di alcun confronto competitivo ma solo con la successiva ripartizione del servizio. Si è visto, infatti, che il meccanismo utilizzato dalle compagnie parti del procedimento e da Primogest prevede che, tra le imprese che decidono di stipulare una coassicurazione successiva alla gara, solo una partecipi alla gara stessa, mentre le altre attendono l'aggiudicazione, senza il rischio di offerte aggressive tra tali compagnie, per la stipulazione di una coassicurazione successiva. Ciò è stato confermato anche dalla Navale la quale ha affermato che: «*i riparti di coassicurazione devono essere formalizzati nel*

¹⁸⁸ Cfr. doc. 187 e 72. Per una compiuta descrizione della vicenda e delle evidenze documentali si rinvia alla descrizione in fatto.

¹⁸⁹ Cfr. doc. 73, p. 1, e-mail del 29 marzo 2005 in cui Gerling scrive a Fondiaria: «*ho ricevuto pressanti pressioni da Primogest Napoli che, nella polizza uscente, aveva un 15% come Faro, per un recupero in extremis della loro quota nella nuova polizza. Primogest è la stessa che ha fatto pressioni perché vi venisse riconosciuta una quota nella polizza del San Sebastiano di Caserta... che ne pensi?*».

¹⁹⁰ Cfr. doc. 71, p. 1.

¹⁹¹ Cfr. verbale audizione finale, doc. 443, allegato 4, p. 4.

momento in cui viene presentata l'offerta di partecipazione alla gara d'appalto. Una compagnia che ha presentato l'offerta e non è risultata aggiudicataria, non può entrare a posteriori in coassicurazione con chi ha vinto la gara. La possibilità di ricorrere all'istituto della coassicurazione successivamente all'assegnazione della gara può essere esercitata nei casi in cui il bando esplicitamente lo preveda. In questi casi, la Compagnia che risulta aggiudicataria può ricercare a posteriori una o più coassicuratrici tra le compagnie che non hanno presentato offerta [enfasi aggiunta n.d.r.]»¹⁹².

190. Analogamente Gerling, con riferimento al caso della AO San Sebastiano di Caserta, ha ammesso che *«l'intenzione originaria di Gerling era di ripartire il rischio connesso al servizio oggetto di gara e per questo motivo la stessa società costituisce con Faro, dopo l'aggiudicazione, una coassicurazione. Quest'ultima società non aveva partecipato alla gara»*¹⁹³.

191. Ciò determina, come conseguenza diretta, che:

1. le imprese terze estranee al cartello non vengono, di regola, inserite nel riparto in quanto non rappresentate da Primogest che perderebbe la provvigione per una parte del rischio;
2. le società parti del cartello evitano il rischio di confronti in gara con offerte aggressive ed evitano di dover realmente valutare le condizioni di offerta in un contesto di mercato non viziato dall'intesa, ripartendosi, invece, il servizio successivamente, contando su una condivisione dei rischi a scapito delle altre compagnie non parti dell'intesa che formulano offerte sulla reale capacità di assunzione dei rischi;
3. tali pratiche determinano la vittoria delle Compagnie parti dell'intesa con collegata storizzazione delle quote e conseguente annullamento dell'effetto pro-competitivo della gara.

192. Dall'analisi delle evidenze documentali si evince, pertanto, che la cessione delle quote nell'ambito dei rapporti tra le imprese coinvolte esula dall'utilizzazione tipica del contratto di coassicurazione e si inserisce nella complessiva strategia collusiva volta a soddisfare i coincidenti interessi delle compagnie ad aggiudicarsi una quota di rischio su più gare e di Primogest interessata a percepire le provvigioni relative.

c) La coassicurazione per evitare il ricorso alla gara

193. Specifica attenzione merita, inoltre, l'utilizzo della coassicurazione per evitare il ricorso alla gara e consentire i) l'inserimento di una compagnia in coassicurazione prima non aggiudicataria; ii) il subentro nel contratto qualora disdetto dalla aggiudicataria (è il caso di Gerling).

194. Quanto al primo profilo, dalle evidenze in atti è emerso che Primogest ha promosso l'ingresso di Navale nell'ambito di almeno due diversi rapporti contrattuali in una fase in cui non c'erano ragioni tecniche che giustificassero l'ingresso di un coassicuratore in quanto dopo la disdetta vi è sempre stata la rinegoziazione del premio per renderlo adeguato al rischio.

195. Si tratta del caso della AO S. Sebastiano di Caserta e della AO Moscati di Avellino.

196. Quanto alla **AO S. Sebastiano**, come riportato in fatto, il 9 giugno 2006 Gerling ha comunicato alla AO S. Sebastiano di Caserta la disdetta della polizza e si è aperta una fase di contrattazione con la AO, attraverso Primogest, al fine di rideterminare il premio. Successivamente a tale rideterminazione è stata stipulata una nuova polizza, e in tale contesto, senz'altro in equilibrio, è stato inserito il coassicuratore Navale. Diversamente da quanto affermato da Navale, quindi, le condizioni della polizza antecedentemente al suo ingresso non potevano che essere ottimali¹⁹⁴ in quanto la polizza era stata appena rinegoziata.

¹⁹² Cfr. *report* allegato al verbale di audizione Navale del 7 ottobre 2010, doc. 310, p. 23.

¹⁹³ Cfr. verbale di audizione Gerling, doc. n. 332, p. 2.

¹⁹⁴ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 6.

197. In merito all'AO Moscati di Avellino, analogamente a quanto sopra riportato, il 14 maggio 2007 Gerling ha disdetto la polizza a far data dal 17 agosto 2007. Il 30 maggio 2007, ad esito della rideterminazione del premio Gerling ha revocato la disdetta. Il 2 giugno 2007 Gerling, come si è visto, ha scritto a Primogest acconsentendo alla cessione di una quota di rischio e descrivendo il rapporto sinistri premi che, in seguito al ricalcolo del premio, appare ottimale¹⁹⁵. Primogest ha, poi, preso contatti con Navale e Faro per offrire loro una quota. Sul punto deve precisarsi che la Navale ha osservato di non essere stata informata delle ragioni per le quali Gerling avrebbe deciso, in quest'occasione, di cedere in coassicurazione una parte del rischio¹⁹⁶. In realtà, come risulta da vari documenti, Navale era a conoscenza del fatto che la polizza fosse in equilibrio. Come già richiamato (cfr. par. 5.2.3), infatti, in una e-mail del 11 giugno 2007, Primogest ha scritto a Navale: «in merito alla polizza in oggetto ed alla sua cortese e-mail del 24/5 c.a., occorre precisare che la decisione della Gerling di liberalizzare il contratto con due anni di anticipo era dovuta unicamente al fine di adeguare il premio annuo. Infatti la disdetta verrà revocata ed il premio lordo annuo sarà aumentato dall'attuale Euro 1.980.000,00 ad Euro 2.500.000,00»¹⁹⁷ e sul punto assume particolarmente rilievo una e-mail interna a Navale del 12 settembre 2007¹⁹⁸ in cui il responsabile linea aziende e dell'area broker ha scritto alla collega sempre della Navale «ho personalmente sentito il dr. [responsabile danni Gerling n.d.r.] in relazione alla copertura RCT/O San Giuseppe Moscati, il quale mi conferma la situazione che risulta ad oggi ottimale e anche se non pienamente d'accordo con la richiesta di ... [Primogest n.d.r.], cessione di una quota, non può comunque opporsi. Il massimale è 1,500,000,00 unico pertanto in caso di ns assunzione al 20% saremmo esposti per 300.000,00 € ns. ritenzione. il premio annuo imponibile è pari a 2,532,000,00 ns. quota 500,000,00. attendo tue riflessioni, comunque per me sarebbe ok (enfasi aggiunta)»¹⁹⁹.

198. Inoltre, le e-mail, reperite sia presso Gerling che presso Primogest, fanno emergere la sola finalità di ripartizione al fine di evitare qualunque rischio di confronto competitivo. Infatti, la stessa divergenza di opinioni tra Gerling e Primogest in merito all'opportunità di cedere una quota a Gerling mostra lo scopo collusivo di coordinamento tra compagnie altrimenti potenziali concorrenti. Sul punto si ricorda quanto Gerling ha scritto a Primogest, il 12 giugno 2007: «in relazione al colloquio di poco fa, la richiesta da Voi avanzata di inserire un coassicuratore era stata giustificata dal fatto che volevate tacitare la possibile concorrenza di un agente locale che si appoggia a Faro (che comunque ha dato parere negativo ad una partecipazione al rischio) o forse a QBE. in tale senso e solo a tal fine abbiamo dato disponibilità per la cessione di una quota in coass fino la 20% apprendiamo ora che il coassicuratore dovrebbe essere la Navale, di cui siete procuratori e che quindi non dovrebbe essere un concorrente. Sotto questo profilo sembrano venir meno le ragioni da parte nostra di una cessione di una quota del rischio». La risposta di Primogest a Gerling è stata: «chiariamo che la quota, fino ad un massimo del 20%, viene offerta sia a FARO che a NAVALE e, ove possibile, ad altri competitors, finalizzando questa operazione all'obiettivo di essere noi il riferimento di questi competitors per la prossima gara. Se volete, siamo ben lieti se provvedeste direttamente a collocare tre quote del 7% oppure due quote da 7% ed una da 6% alle Società Faro, Navale e QBE, altrimenti fate provare noi. Riteniamo che detta strategia non sia assolutamente lesiva del comune operato e ci tutela per il futuro. Disposti, in

¹⁹⁵ Cfr. doc. 111, p. 1.

¹⁹⁶ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Navale, doc. 318, p. 7.

¹⁹⁷ Cfr. doc. 147, p. 4. Si vedano, altresì, le varie e-mail reperite presso la sede di Navale e tutte contenute nel doc. 147, in cui, a fronte della richiesta di Primogest di assumere una quota del 20% sulla copertura assicurativa della AO Moscati,

Navale prima rifiuta e poi accetta.

¹⁹⁸ Cfr. doc. 147, p. 8.

¹⁹⁹ Cfr. doc. 147, p. 8.

cambio di questa cessione del portafoglio a restituirvi pari importo rischi AO San Sebastiano di Caserta, con premio e condizioni in equilibrio»²⁰⁰. Gerling ha risposto «prendo atto della vostra affermazione. Mi risulta che (Faro n.d.r.) non sia interessato a partecipare... (enfasi aggiunta n.d.r.)». Gerling, a fronte di tale proposta, non ha manifestato, quindi, un atteggiamento contrario né perplessità ma, anzi, ha accettato di cedere una quota a Navale, convinta dalla proposta di scambio.

199. È evidente ancora una volta il ruolo attivo di Primogest, la quale è parte dell'intesa e, attraverso l'attuazione della stessa, ha massimizzato le provvigioni e ha beneficiato del diritto di prelazione su eventuali partecipazioni a future gare.

200. Quanto al secondo motivo dell'inserimento dei coassicuratori nel corso del rapporto contrattuale esso è riconducibile, a fronte di una disdetta da parte dell'aggiudicatario, all'obiettivo di evitare il ricorso ad una nuova gara e consentire il subentro delle coassicuratrici parti della stessa intesa.

201. La tecnica del subentro è stata, del resto, ben spiegata da Primogest in sede di audizione: «viste le frequenti disdette di Gerling, lui [Primogest n.d.r.] aveva elaborato la procedura del subentro che consisteva nell'inserire nel rapporto contrattuale tra la Compagnia e l'Ente un coassicuratore, nel caso di specie [con riferimento al caso della AO Moscati di Avellino n.d.r.] Navale, nell'eventualità che la Compagnia affidataria decidesse di disdire la polizza. In quest'ottica Primogest effettuava una ricerca tra le Compagnie in portafoglio basandosi sul dato storico, sull'assetto della compagnia stessa, sul bisogno di premi e sulla politica aziendale, portando avanti un'attività di ricerca volta a raggiungere il risultato del mantenimento del contratto e del rapporto con l'Ente, eventualmente con la Compagnia subentrante, fino alla naturale scadenza. Le Compagnie subentranti valutavano autonomamente la sinistrosità – e quindi la convenienza – della polizza in essere: laddove Gerling aveva una valutazione alta dei sinistri riservati, le altre li valutavano di meno e ritenevano, quindi, di poter assumere proficuamente il rischio anche in presenza della disdetta di Gerling. Questa soluzione era proficua per Primogest, che non doveva così rinunciare a parte delle provvigioni portando avanti il rapporto contrattuale con l'Ente fino alla naturale scadenza. Al momento della nuova gara, bandita in seguito alla naturale scadenza del contratto, Primogest avrebbe potuto vantare l'Ente banditore tra i clienti in portafoglio ed ottenere quindi la rappresentanza dalla Compagnia che avrebbe presentato l'offerta, sulla base delle già descritte pratiche assuntive delle Compagnie in base alle quali la priorità nell'assegnazione dell'affare spetta all'agenzia che ha in portafoglio l'Ente. La Compagnia affidataria del servizio sarebbe stata, inoltre, più propensa a presentare offerta essendo già nel rischio»²⁰¹.

202. Tale comportamento non può ritenersi compatibile con i principi di diritto *antitrust* in quanto evita il ricorso alla gara, alterando il contesto competitivo tra le stesse Compagnie le quali, da un lato, non hanno presentato alcuna offerta in concorrenza tra loro e, dall'altro, hanno evitato che fossero presenti altre società non aderenti all'intesa potenzialmente in grado di alterare l'equilibrio raggiunto innescando un reale confronto di offerte concorrenti. Si noti, infatti, che Primogest ha inviato le richieste di coassicurazione finalizzate ad un futuro subentro esclusivamente a Navale e Faro. Tutte le società coinvolte, inoltre, sono state pienamente consapevoli della finalità anticoncorrenziale e hanno collaborato all'attuazione della strategia di ripartizione delle quote. Ciò si evince chiaramente dalle *e-mail* e dai *fax* inviati nel corso degli anni e nell'ambito di vari affidamenti.

²⁰⁰ Cfr. doc. 60, p. 12 e doc. 130.

²⁰¹ Cfr. verbale di audizione Primogest del 10 novembre 2010, doc. n. 329, p. 3.

203. Anche l'Isvap, sul punto, ha affermato che «non può non evidenziarsi l'insolito ricorso alla coassicurazione anche nel corso del rapporto contrattuale con il meccanismo del subentro delle altre parti in caso di disdetta dell'aggiudicatrice iniziale, meccanismo che ha determinato il mancato svolgimento di nuove gare»²⁰².

204. Evidenza di un simile utilizzo anticoncorrenziale della coassicurazione finalizzata al subentro dopo una disdetta si ha nel corso del servizio erogato a seguito della gara **AO Moscati di Avellino** (gara 2006). Infatti, richiamando quanto descritto in fatto (cfr. par. 5.2.4), merita citare la e-mail inviata da Primogest a Gerling il 10 giugno 2008 in cui Primogest ha proposto a Gerling due ipotesi di riparto differenti a seconda che Navale decida o meno di subentrare: «Soluzione A nel caso in cui Navale subentra successivamente HDI Gerling delegataria 50% Navale coassicuratrice 50%; Soluzione B nel caso in cui la Navale rinunci al subentro successivo Gerling 40%; Faro 40% Navale 20% ». Gerling ha risposto «Ma mica posso fare un'appendice con diverse ipotesi di riparto! (enfasi aggiunta n.d.r.)»²⁰³. Primogest ha replicato, quindi, indicando solo l'ipotesi A sebbene, a quanto risulta da una nota scritta il 27 giugno da Primogest a Faro, il riparto fu: 40% Gerling; 40% Faro e 20% Navale (ipotesi B)²⁰⁴. Dopo la disdetta di Gerling, come si è detto, le parti del contratto sono diventate Faro (80%) e Navale (20%).

205. I subentri si sono verificati anche nell'ambito dei servizi **AO San Sebastiano di Caserta** e **AO Cotugno**. Quanto al primo caso, il subentro si è perfezionato attraverso la proroga dell'affidamento a favore della sola Navale anche se il servizio era stato aggiudicato a Gerling. Navale, infatti, aveva acquisito una quota del rischio stipulando una coassicurazione con Gerling nel 2006 (cfr. par. 5.1.5). Al momento della naturale scadenza della polizza, mentre Gerling è uscita dal rischio, Navale ha deciso di prorogare la fornitura del servizio alla AO la quale ha pertanto prorogato l'affidamento solo a Navale. Nell'ambito della **AO Cotugno**, invece, il subentro a favore di Faro, che era stata inserita come coassicuratore, è avvenuto nel 2008 a seguito della disdetta di Gerling.

206. Il fatto che Gerling acconsenti a cedere delle quote di rischio in coassicurazione al fine di determinare il subentro evidenzia il rapporto collusivo instauratosi nel corso degli anni con le altre due compagnie e tra queste e l'agente plurimandatario, nell'ottica comune di tenere il rapporto con l'ente banditore evitando l'ingresso di Compagnie concorrenti sia su tale servizio, sia per altre gare.

207. Navale e Faro, inoltre, erano pienamente consapevoli della finalità della coassicurazione e del fatto che la stessa fosse finalizzata unicamente a consentire il subentro dopo la disdetta di Gerling, peraltro in assenza di regioni economiche, ciò non di meno hanno accettato la quota ceduta sostituendo, così, ad un rapporto di concorrenza uno di reciproco scambio e collusione.

²⁰² Cfr. parere ISVAP, doc. 445, p. 2 e ss.

²⁰³ Cfr. doc. 62, p. 38.

²⁰⁴ Si veda (doc. 127) «con riferimento alla polizza in oggetto (Moscati n.d.r.) [...] la HDI Gerling ha provveduto all'emissione dell'appendice n. 42 relativamente alla ripartizione dell'assicurazione nonché appendice n. 43 attinente l'incasso del premio dal 17 agosto 2008 al 30 settembre 2008 (data scadenza disdetta) con il seguente riparto: HDI Gerling delegataria quota 40%; Faro Assicurazioni Coassicuratrice quota 40%; Navale Assicurazioni Coassicuratrice quota 20%. il contratto, alla scadenza del 30 settembre 2008, e fino alla scadenza del 17 agosto 2009, emesso alle stesse condizioni normative-economiche in corso, prevedrà invece il seguente riparto: Faro Assicurazioni delegataria quota 80%; Navale assicurazioni coassicuratrice quota 20% [...] in allegato trasmettiamo le predette appendici [...] già sottoscritte dalla Navale».

208. Ciò si è verificato, come si è detto, per le gare: AO San Sebastiano di Caserta (successivamente alla gara 2005)²⁰⁵, AO Moscati di Avellino (successivamente alla gara 2006), AO Cotugno (successivamente alla gara 2006).

209. L'inserimento dei coassicuratori ha, inoltre, favorito la storicizzazione delle quote. Si è visto, infatti, che la gara AO San Sebastiano del 2009 è stata aggiudicata a Navale che era subentrata a Gerling, le gare AO Moscati di Avellino 2009, AO Cotugno 2008 e 2009 sono state aggiudicate a Faro. Sia Navale che Faro erano subentrate a Gerling per effetto delle coassicurazioni.

VIII.a.2 La partecipazione coordinata alle gare

210. Dalle evidenze in atti emerge che l'intesa ha avuto ad oggetto la partecipazione coordinata in varie gare a partire dal 2003 fino al 2008. Anche l'Isvap ha evidenziato le *«obiettive anomalie nelle modalità di partecipazione a talune gare già bandite, in cui la presentazione di offerte economiche basate sullo scambio di quote ha consentito alle imprese di ottenere l'affidamento di servizi in assenza di confronto competitivo»*.

211. Tale partecipazione coordinata si è palesata, infatti, oltre che attraverso il ricorso all'istituto della coassicurazione come sopra riportato, anche attraverso altri comportamenti tipici della ripartizione dei mercati, quali lo scambio di quote o lotti e la mancata partecipazione in concorrenza su determinate gare.

212. Quanto al primo profilo, ovvero il coordinamento tra le compagnie e l'agente attraverso la ripartizione dei lotti, rileva l'affidamento del servizio assicurativo AO San Sebastiano di Caserta del 2005. Il 22 dicembre 2004 la AO San Sebastiano ha, infatti, indetto una gara per pubblico incanto a termini abbreviati, strutturata su due lotti, per la copertura assicurativa dei rischi RCT/RCO e incendio (cfr. par. 5.1.3.). Tale gara è stata aggiudicata, per i servizi RCT/RCO (lotto 1), a Gerling, unica a presentare offerta valida, per una durata del contratto pari a tre anni mentre il lotto 2, incendio, non è stato aggiudicato in quanto i due unici partecipanti, Faro e Assitalia, sono stati esclusi per irregolarità delle offerte.

213. La società Faro è risultata, tuttavia, affidataria della polizza incendio in quanto la società Gerling ha offerto uno sconto sul premio connesso ai servizi assicurativi che si era aggiudicata a condizione che il rischio incendio venisse affidato alla società Faro, così come risulta dalla delibera di aggiudicazione della AO San Sebastiano²⁰⁶.

214. Primogest, Faro e Gerling non potevano, diversamente da quanto affermato, non essere a conoscenza dello sconto stesso e della sua motivazione volta a garantire l'aggiudicazione di più lotti, come si è evidenziato in fatto (cfr. cap. 5.1.3.). Invero, rileva osservare:

1. la circostanza dello sconto è stata ben spiegata nella delibera di aggiudicazione e pertanto deve ritenersi di pubblico dominio;
2. Primogest ha dichiarato che la motivazione dello sconto *«è stata quella di acquisire la paternità di portafoglio con riguardo a Faro, vale a dire una rappresentanza di Faro nell'ambito della AO S. Sebastiano»*²⁰⁷. È evidente che, dato che Faro era stata esclusa dalla gara e non si era quindi aggiudicata il lotto incendio, l'unico modo che Primogest aveva per ottenere la provvigione fosse dimostrare a Faro di aver contribuito all'aggiudicazione;
3. Faro e Gerling, avevano già deciso che Faro non avrebbe partecipato alla gara e che si sarebbero ripartiti il servizio RCT/RCO in coassicurazione.

²⁰⁵ Si noti che in quest'ambito non è avvenuta la disdetta di Gerling ma la polizza, giunta alla naturale scadenza, è stata prorogata a favore solo di Navale.

²⁰⁶ Cfr. deliberazione n. 84 del 4 febbraio 2005, doc. 8 AO San Sebastiano 2, p. 77.

²⁰⁷ Cfr. verbale audizione Primogest, doc. 329, p. 7 e ss.

215. La condotta sopra descritta vede ancora una volta due soggetti che dovrebbero essere concorrenti, Faro e Gerling, presentarsi in gara formulando offerte incrociate su più lotti nell'ottica, coordinata con l'intermediazione di Primogest, di assicurare l'aggiudicazione alle parti dell'intesa. La stessa Gerling ha affermato che «...i rapporti che si sono venuti a creare tra Faro, Navale e Gerling rientrano nel contesto dell'agenzia plurimandataria. È quindi naturale che l'agente plurimandatario completi l'offerta come accade per esempio nei casi di coassicurazione o in questo caso.»²⁰⁸. Successivamente Gerling ha specificato che: «quella della concessione di sconti da parte delle compagnie di assicurazione agli enti ospedalieri è una prassi di mercato non insolita. Inoltre, non è raro che lo sconto sia richiesto dall'ente/concesso dalla compagnia, anche successivamente al momento di aggiudicazione della gara. Si tratta perlopiù di una consuetudine sviluppatasi nel tempo nelle relazioni tra compagnie ed enti ospedalieri e che è per così dire avallata dalle compagnie in quanto tali sconti, dati gli importi estremamente ridotti solitamente richiesti/concessi, non sono idonei ad incidere in misura significativa sull'offerta economica sottoposta e/o risultata aggiudicataria...ed al contempo ha sottolineato il ruolo di agente plurimandatario di questa [Primogest], la quale era quindi interessata a piazzare il maggior numero di clienti (nel caso di specie HDI nel lotto RCT/RCO e Faro nel lotto incendio).»²⁰⁹. Pertanto, la stessa parte ha riconosciuto l'uso degli sconti su più lotti quale strumento non per competere all'aggiudicazione del lotto, bensì per i rapporti storici con l'agente/la compagnia e l'ente.

216. Relativamente ad altra gara, ovvero, ASL Napoli 3 nel 2005, come si è descritto in fatto (cfr. par. 5.3.2) la ASL aveva espletato una gara e una trattativa privata andate deserte. In seguito a ciò il broker della ASL aveva richiesto a Navale e Faro, tramite Primogest, di presentare un'offerta per i lotti RCT/RCO e RC Auto. Da un documento fornito da Primogest²¹⁰ si evince che non ci fu competizione tra le Compagnie parti del cartello, ma che Faro e Navale presentarono alla ASL, tramite Primogest, offerta ciascuna per un lotto diverso anche se entrambe erano attive nel mercato RCT/RCO e RC auto. Che ciò sia esito di un coordinamento collusivo si evince anche dal fatto che, presso la sede di Faro, è stato reperito l'invito a partecipare alla trattativa privata (poi andata deserta) trasmesso dalla ASL a Navale. Una simile circostanza attesta, ancora una volta, il rapporto collusivo basato su una assidua collaborazione tra le compagnie.

217. Oltre alle gare sopra richiamate (S. Sebastiano di Caserta e Napoli 3), le evidenze agli atti mostrano andamenti anomali e coordinati nell'esito di altre gare attraverso la mancata partecipazione e il successivo affidamento diretto, ad una delle parti della presente intesa, quindi in assenza di alcun confronto competitivo. Ciò si è verificato in un contesto dove era noto il rapporto storico di Primogest e di una compagnia con l'Ente e, pertanto, veniva evitata da parte delle altre due compagnie parti dell'intesa la partecipazione in concorrenza nell'offerta in gara. Tali gare rientrano, pertanto, in quel più ampio coordinamento che rende in violazione della legge *antitrust* anche atti tipicamente e altrimenti leciti, quali la coassicurazione.

218. Tale condotta coordinata, che rientra nel più ampio contesto collusivo sopra descritto, si verifica nei seguenti casi:

- gare AO Caldarelli, anno 2005 e anno 2008, nelle quali risulta sempre un'unica offerta presentata, in assenza, quindi, di alcun confronto competitivo, da parte di Faro; risulta, inoltre, agli atti che dopo l'aggiudicazione della gara 2005 Faro ha costituito una riassicurazione con Gerling, compagnia che non aveva manifestato interesse all'offerta in gara nonostante l'importanza (per

²⁰⁸ Cfr. verbale di audizione Gerling, doc. 332, p. 3.

²⁰⁹ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Gerling, doc. 351, p. 5 e ss.

²¹⁰ Cfr. memoria di Primogest, doc. 382, all. 3

entità dei premi) dell'ente. Si aggiunga che nel 2008 la stessa Gerling, che nuovamente non manifestò interesse a presentare offerta in gara, si è dichiarata ancora disponibile a stipulare una riassicurazione a vantaggio dell'aggiudicatario che risulterà essere sempre Faro;

- Gare Fondazione Pascale, anno 2004 e anno 2006, nelle quali Gerling risulta essere la sola partecipante e aggiudicataria in un contesto di evidente coordinamento data l'esistenza, dopo l'aggiudicazione della gara 2006, di un tentativo di subentro da parte di Faro, a seguito della disdetta di Gerling (utilizzata dalle parti per evitare nuove gare e per ripartirsi quote e/o enti), tentativo che non è andato a buon fine solo per il rifiuto dell'ente che ha bandito una nuova gara;

- gare Salerno 1, anno 2005 e anno 2008, nelle quali aggiudicazioni sono dovute all'assenza di offerte e al successivo affidamento diretto a Faro in assenza di alcun confronto competitivo;

219. Quanto sopra richiamato conferma il contesto collusivo in cui si svolsero i rapporti tra Gerling, Faro e Navale e il ruolo centrale di Primogest nella ripartizione delle quote.

220. Con riferimento alla gara da ultimo citata, ASL Salerno 1, anno 2008, il fatto che Faro abbia partecipato con un altro agente e che, per questo motivo, si sia instaurato un contenzioso con Primogest dimostra che la prassi consolidata era costituita dalla partecipazione coordinata e può costituire un sintomo dell'avvicinarsi del momento di crollo del cartello che, non a caso, si è concluso alla fine del 2008 con l'uscita dal mercato di Gerling e il progressivo deteriorarsi dei rapporti tra Primogest, Faro e Navale.

VIII.b. Pregiudizio al commercio

221. La sussistenza del pregiudizio al commercio fra Stati membri dipende da un complesso di fattori che possono non essere decisivi se considerati singolarmente e che, tra l'altro, includono: la natura degli accordi, la natura dei prodotti o servizi e la posizione delle imprese interessate²¹¹.

222. Inoltre, secondo il costante orientamento della giurisprudenza comunitaria, è suscettibile di pregiudicare gli scambi intracomunitari l'intesa che, sulla base di una serie di elementi oggettivi di diritto e di fatto, possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri, in una misura che potrebbe nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune.

223. Segnatamente, nell'ambito della fattispecie in esame, per la natura e il valore dei servizi oggetto di affidamento le gare analizzate sono di rilievo comunitario. A ciò si aggiunga che due delle quattro imprese coinvolte (Gerling e Navale) fanno parte di gruppi assicurativi di primo livello sul mercato europeo.

224. Deve, inoltre, considerarsi che l'estensione territoriale dell'intesa, seppur limitata alla Regione Campania, ha interessato un bacino demografico rilevante.

VIII.c. Conclusioni

225. Alla luce di tutto quanto esposto ai punti che precedono, si ritiene che le quattro imprese parti del procedimento – Gerling, Navale, Faro e Primogest - abbiano posto in essere una intesa – unica e complessa - contraria al divieto previsto dall'articolo 101 del TFUE, nell'ambito delle gare di appalto bandite dalle ASL e AO riportate nella tabella 1, negli anni dal 2003 al 2008. Tale intesa si è, infatti, verificata in un arco temporale compreso tra il 2003, anno in cui è iniziata la collaborazione di tutte e tre le imprese assicurative con Primogest e si è stipulata la prima coassicurazione successiva all'aggiudicazione nell'ambito dei servizi assicurativi della ASL Napoli 1, e la definitiva uscita dal mercato di Gerling databile alla fine del 2008. Si tratta di una

²¹¹ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea sulla nozione del pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 TCE .

fattispecie complessa che si è concretizzata: (i) nell'uso anticoncorrenziale della coassicurazione prima e successivamente all'aggiudicazione, nonché mediante disdette e subentri, per evitare il ricorso alla gara, (ii) e nella partecipazione coordinata alle gare con offerte economiche sulla base della ripartizione dei lotti.

226. Tale intesa è restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101, par. 1 TFUE, con un impatto potenzialmente molto significativo sull'assetto concorrenziale del mercato dei servizi assicurativi RCT/RCO, sopra indicato, avendo impedito lo svolgersi di gare realmente competitive.

227. Si ritiene che la restrittività dell'intesa si manifesti nel suo oggetto, ossia il condizionamento di gare ad evidenza pubblica e, in generale, procedure di affidamento a rilevanza europea. Oggetto di tale intesa, unica e complessa, è infatti l'eliminazione del rischio di qualunque confronto competitivo al fine di pervenire in modo coordinato alla ripartizione dei servizi da erogare. In tali circostanze, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE è superfluo prendere in considerazione gli effetti dell'intesa²¹², né occorre verificare l'eventuale consistenza della stessa trattandosi di intesa c.d. *hard core*²¹³. Si sottolinea, peraltro, che l'intesa ha riguardato Compagnie che, nel periodo in esame, si sono aggiudicate servizi assicurativi pari a circa il 60% del totale degli affidamenti campani. L'intesa ha avuto attuazione in quanto ha condizionato il comportamento delle parti nell'ambito delle gare evitando la presentazione di più offerte concorrenti tra le compagnie parti della stessa intesa. Soprattutto nella fattispecie in cui vi è stata la coassicurazione successiva e il ricorso a disdette/subentri le Compagnie che potevano competere in gara hanno evitato il confronto sul prezzo nell'offerta assicurandosi, comunque, l'erogazione del servizio.

VIII.d. La gravità delle violazioni

228. Ai sensi dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, nei casi di infrazioni gravi, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria alle imprese interessate. Secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, *“per valutare la gravità di una infrazione si deve tenere conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa”*. La medesima giurisprudenza ha, altresì, chiarito che la gravità dell'infrazione può essere valutata considerando in particolare la natura della restrizione della concorrenza, il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte, nonché la durata delle intese.

229. Nel caso in esame si è in presenza di una intesa orizzontale tra tre compagnie assicurative e un'agenzia plurimandataria.

Tale infrazione, molto grave per la sua stessa natura, è stata posta in essere con riferimento ad un bene particolarmente sensibile trattandosi della copertura assicurativa sui rischi sanitari. Inoltre

²¹² Cfr. Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato (2004/C 101/08). In giurisprudenza si veda, tra le tante Corti di Giustizia, 8 luglio 1999, proc. C-49/92 P, caso Anic.

²¹³ La configurazione delle intese di *bid rigging* come restrizioni *hard core* è ormai pacifica nella giurisprudenza nazionale e comunitaria. Si veda, inoltre, la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11) che espressamente afferma *«I cartelli sono intese e/o pratiche concordate tra due o più concorrenti, volte a coordinare il loro comportamento competitivo sul mercato e/o ad influire sui pertinenti parametri della concorrenza mediante pratiche consistenti nel fissare i prezzi di acquisto o di vendita od altre condizioni di transazione, nell'assegnare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati, anche mediante manipolazione delle gare d'appalto [...]». Queste pratiche si configurano tra le violazioni più gravi dell'articolo 81 CE»*. Si ricorda, infine, che la Commissione esclude espressamente dal novero delle intese che beneficiano della soglia *de minimis* quelle gravi. Cfr. Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (2001/C 368/07).

rileva, ai fini della gravità dei comportamenti, l'ampiezza dell'intesa in termini di: i) numero delle gare coinvolte ii) ASL e AO coinvolti e iii) periodo temporale in cui si è sviluppata.

Tale intesa, avendo, quindi, per oggetto il condizionamento di gare assicurative e la spartizione delle stesse e di lotti, insieme alla spartizione di quote del servizio assicurativo risulta essere molto grave.

VIII.e. Quantificazione delle sanzioni

230. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni. Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Ai fini dell'individuazione di tali criteri, si richiama altresì 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*".

231. Tenuto conto degli Orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione, per calcolare l'importo base della sanzione si è individuato il fatturato delle parti nel mercato nell'ultimo anno completo nel quale l'infrazione ha avuto luogo, prendendo a riferimento l'ammontare dei premi/provvigioni percepiti nel 2008 con riferimento alle gare coinvolte nell'intesa. Tale importo è stato incrementato del 10%. Tale importo è stato incrementato del 10% per le imprese assicurative in quanto il fatturato da queste realizzato nel 2008 non consente, in ragione delle modalità attraverso le quali si è sviluppata l'intesa, di cogliere appieno il peso dei comportamenti di dette imprese nell'infrazione e, quindi, di garantire la necessaria efficacia deterrente alle sanzioni²¹⁴. In particolare, occorre tener conto che, nel caso di specie, la collusione si è attuata anche attraverso condotte che, per loro natura (si pensi alla mancata partecipazione alle gare o alla decisione concordata di non aggiudicazione delle stesse), non sono idonee a generare alcun fatturato nell'anno preso a riferimento.

232. Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, si rileva che le condotte accertate costituiscono un'intesa volta alla limitazione del confronto concorrenziale nel settore della fornitura di servizi assicurativi per le strutture ospedaliere, rami RCT/RCO. Tale infrazione rappresenta una grave restrizione della concorrenza. La Comunicazione citata, infatti, al par. 22 prevede che "*per la loro stessa natura, gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza*". Pertanto, la proporzione del valore delle vendite considerata per le infrazioni di questo tipo si attesta sui valori più alti.

233. Coerentemente con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, la partecipazione all'intesa, per tutte le parti del procedimento, va collocata tra la prima coassicurazione stipulata da Gerling, Faro e Navale con l'intermediazione di Primogest (in occasione dell'affidamento ASL Napoli 1, dicembre 2003) fino alla fuoriuscita dal mercato di

²¹⁴ Si ricorda che la Commissione può stimare il valore totale delle vendite dei beni o servizi ai quali l'infrazione si riferisce al fine di esprimere appieno la dimensione aggregata delle vendite e il peso di ciascuna impresa nell'infrazione (cfr. punti 18 e ss. degli *Orientamenti*). La stessa Commissione, inoltre, precisa che «*nonostante i presenti orientamenti espongano la metodologia generale per la fissazione delle ammende, le specificità di un determinato caso o la necessità di raggiungere un livello dissuasivo possono giustificare l'allontanamento da tale metodologia o dai limiti fissati al punto 21*».

Gerling, databile a fine 2008. Coerentemente ai criteri previsti dalla Comunicazione della Commissione, al fine della determinazione della durata, verrà pertanto considerato un periodo corrispondente a 5,5 anni.

234. Sulla base di quanto esposto, l'importo-base della sanzione è fissato nella misura seguente:

HDI Gerling	5.868.703 €
Faro	10.077.720 €
Navale (ora UGF)	6.838.960 €
Primogest	809.647 €

235. Coerentemente con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende l'Autorità ha preso in considerazione alcune circostanze che comportano una riduzione dell'importo di base.

236. Come è noto l'articolo 35 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a) del Regolamento (CE) n. 1/2003 prevede che: *«in circostanze eccezionali la Commissione può, a richiesta, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare. La Commissione non concederà alcuna riduzione di ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. Una riduzione potrebbe essere concessa soltanto su presentazione di prove oggettive dalle quali risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore».*

237. In ragione delle situazioni di perdita in bilancio, nel caso di specie, si ritiene di dover applicare una riduzione all'importo base della sanzione, pari al 20% per la società Navale che nell'ultimo triennio ha registrato perdite d'esercizio consistenti. Si rileva peraltro che la fusione della predetta società con UGF S.p.A. induce a ritenere che la riduzione applicata sia sufficiente al fine di non pregiudicare irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa.

Con riferimento, invece, a Faro, alla luce dell'ingente perdita e dell'attuale situazione di liquidazione coatta amministrativa²¹⁵ in cui versa la società, l'Autorità ha applicato una riduzione della sanzione pari all'80%.

238. In considerazione di quanto sopra illustrato, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura seguente:

HDI Gerling	5.868.703 €
Faro	2.015.544 €
Navale (ora UGF)	5.471.168 €
Primogest	809.647 €

239. Tali importi sono inferiori al massimo applicabile, pari al 10% del fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio da ciascuna società parte del procedimento, fatta eccezione per la società Primogest, per la quale l'importo della sanzione è ridotto entro i limiti sopra indicati, e risulta pertanto fissato in 228.100 €.

²¹⁵ Cfr. Prov. del Ministero dello sviluppo economico del 29 luglio 2011.

Tutto ciò premesso e considerato

DELIBERA

a) che le società HDI-Gerling Industrie Versicherung AG, Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni S.p.A., Navale Assicurazioni S.p.A. (ora UGF S.p.A.) e Primogest S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, avente per oggetto la ripartizione e l'alterazione del confronto concorrenziale nell'ambito degli affidamenti del servizio assicurativo RCT/RCO per ASL e AO campane;

b) che le imprese 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 ai seguenti soggetti:

HDI Gerling	5.868.703 €
Faro	2.015.544 €
Navale (ora UGF)	5.471.168 €
Primogest	228.100 €

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata 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 verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul 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, 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

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C11095 - OVIESSE/RAMO DI AZIENDA DI F.LLI GIULIANI, MEDI & C.

Provvedimento n. 22839

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO, in particolare, l'articolo 19, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi del quale, nel caso in cui le imprese non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16 della medesima legge, l'Autorità può infliggere loro sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione;

VISTA la comunicazione della società Oviessa S.p.A., pervenuta in data 8 giugno 2011;

VISTA la propria delibera del 28 giugno 2011, notificata in data 11 luglio 2011, con la quale è stato disposto l'avvio del procedimento nei confronti della società Oviessa S.p.A., per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 per la mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge;

VISTA la comunicazione della società Oviessa S.p.A., pervenuta in data 4 agosto 2011, nel rispetto dei termini di cui all'articolo 18, comma 1, della legge n. 689/81;

VISTI gli altri atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Oviessa S.p.A. (di seguito, Oviessa) è una società interamente controllata dal Gruppo Coin S.p.A. (di seguito, Gruppo Coin), società *holding*, con funzioni di finanziamento e coordinamento (tecnico, commerciale, industriale e finanziario) delle proprie controllate, principalmente attive nel settore della distribuzione al dettaglio di abbigliamento e di accessori, con i marchi "Coin", "Oviessa", "Young Village" e "Upim".

Gruppo Coin è soggetto al controllo di PAI Partners S.A.S. (di seguito, PAI), una società di gestione di fondi di investimento controllata da persone fisiche. PAI è azionista di controllo di un ampio numero di società estere, attive nei rispettivi paesi nei settori più svariati (alimentari, assicurazioni, edilizia, meccanica, ecc.).

Nel 2010 il Gruppo Coin ha realizzato a livello mondiale un fatturato di circa 1,6 miliardi di euro, di cui 14,7 milioni di euro nel resto dell'Unione Europea e 1,5 miliardi di euro per vendite in Italia.

Oggetto dell'operazione è un ramo d'azienda costituito dall'esercizio commerciale per la vendita al dettaglio di abbigliamento, calzature e pelletteria, sito a Piombino (LI), in piazza Verdi 5, di proprietà di F.lli Giuliani, Medi & C. S.a.s. (di seguito, F.lli Giuliani).

F.Ili Giuliani è una società attiva nella vendita al dettaglio di generi non alimentari, in particolare, di capi di abbigliamento e accessori. Il capitale sociale di F.Ili Giuliani è ripartito fra sei persone fisiche.

Non sono disponibili i dati di fatturato del ramo d'azienda oggetto dell'operazione.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame, così come descritta nella relativa documentazione prodotta da Oviessa, consisteva nell'acquisizione da parte di quest'ultima del ramo di azienda della società F.Ili Giuliani, comprensivo di autorizzazione commerciale, impianti, arredi ed attrezzature, sito nel comune di Piombino (LI) ed avente ad oggetto la vendita al dettaglio di capi di abbigliamento ed accessori. A tal fine le Parti avevano sottoscritto, in data 2 maggio 2011, un contratto di cessione del ramo d'azienda citato.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, sembrava comportare l'acquisizione del controllo esclusivo di parte di un'impresa, e pertanto costituire una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera b), della legge n. 287/90.

Essa rientrava 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 era 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 era superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione dell'operazione (472 milioni di euro).

Dalle informazioni fornite da Oviessa risultava che l'operazione era stata perfezionata il 2 maggio 2011, ossia in un momento anteriore rispetto a quello in cui ne era stata data comunicazione (8 giugno 2011).

IV. LA POSIZIONE DELLE PARTI

Di seguito si riportano le principali argomentazioni dedotte dalla Parte, nella memoria difensiva del 4 agosto 2011, in merito alla comunicazione tardiva dell'operazione in esame.

Sull'elemento oggettivo dell'infrazione

Secondo Oviessa, nonostante la comunicazione dell'8 giugno 2011, non sussisteva alcun obbligo di comunicazione preventiva in quanto l'operazione in oggetto non ha comportato l'acquisizione del controllo esclusivo da parte di Oviessa del ramo di azienda della società F.Ili Giuliani.

Infatti, il ramo di azienda citato è stato acquistato da Oviessa e contestualmente ne è stata ceduta la gestione ad un'altra società (la 3P Group S.r.l., di seguito 3P) in forza di un contratto di affitto, allegato alla memoria del 4 agosto 2011. Il contratto di affitto con la società 3P, stipulato il 2 maggio 2011, successivamente al contratto preliminare di cessione del ramo d'azienda in essere fra Oviessa e F.Ili Giuliani, era sottoposto alla condizione sospensiva dell'acquisto da parte di Oviessa del ramo di azienda della società F.Ili Giuliani da effettuarsi entro la data del 10 maggio 2011. Pertanto, nel momento stesso in cui è stata perfezionata la cessione del ramo d'azienda in favore di Oviessa si è contestualmente verificata la condizione sospensiva prevista dal contratto di affitto con la società 3P. Oviessa, pertanto, non ha mai acquisito il controllo sul ramo citato. Per tali motivi la parte chiede l'adozione di una delibera di non luogo a provvedere.

Sull'inidoneità dell'operazione a produrre effetti anticoncorrenziali

In via subordinata, nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che l'operazione di acquisto del ramo di azienda integri una concentrazione, la parte chiede comunque l'archiviazione del procedimento. A detta di Oviessa, infatti, il brevissimo lasso di tempo, appena un mese, tra la conclusione del contratto di cessione del ramo d'azienda e la comunicazione inviata all'Autorità porterebbe ad escludere che si sia realizzata una violazione concretamente sanzionabile. Nel caso di specie infatti, sebbene la comunicazione sia indubbiamente avvenuta dopo la conclusione dell'operazione, il ritardo non avrebbe in concreto consumato il potere di controllo dell'Autorità. Ad essa sarebbe stato ancora efficacemente possibile impedire la realizzazione di eventuali effetti anticoncorrenziali. Infatti, quand'anche il contratto di cessione avesse astrattamente comportato effetti restrittivi della concorrenza, questi non avrebbero potuto, in pochi giorni, concretamente esplicarsi nel mercato di riferimento. In altri termini, il ritardo nel fornire la comunicazione preventiva non avrebbe raggiunto la soglia di anti giuridicità punibile, in quanto non avrebbe minato il bene giuridico che l'art. 16, comma 1, della legge n. 287/90 tutela nell'imporre la comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione.

Sull'elemento soggettivo

Ad ogni modo, la Parte osserva che, laddove l'Autorità ritenesse di comminare una sanzione pecuniaria, questa dovrebbe essere meramente simbolica, determinata nella misura edittale minima, in quanto la Parte ha spontaneamente proceduto alla notifica dell'operazione, seppur tardivamente, e comunque entro un lasso temporale molto ridotto. Pertanto, dovrebbe escludersi l'esistenza di una volontà diretta ad eludere dolosamente il controllo dell'Autorità sull'operazione in questione.

Sulla gravità della presunta infrazione

La Parte ritiene che, quand'anche la concentrazione si fosse esaurita nel solo contratto di cessione del ramo di azienda, essa non avrebbe comunque avuto effetti restrittivi della concorrenza, dato che le caratteristiche dell'operazione sarebbero tali da comportare una modestissima variazione della quota di mercato di Oviessa e comunque inidonee a modificare l'assetto concorrenziale del mercato interessato.

V. VALUTAZIONI SULLA NATURA DELL'OPERAZIONE E SULLA COMUNICAZIONE TARDIVA

Sulla base delle informazioni fornite dalla Parte successivamente all'avvio del procedimento, contenute nella memoria del 4 agosto 2011 e sopra riportate, si osserva che l'operazione complessiva è stata realizzata attraverso due diversi contratti: il contratto di cessione del ramo d'azienda stipulato fra F.lli Giuliani e Oviessa e il contratto di affitto stipulato fra Oviessa e la società 3P. Quest'ultimo contratto, stipulato il 2 maggio 2011, successivamente al contratto preliminare di cessione del ramo d'azienda in essere fra Oviessa e F.lli Giuliani, era sottoposto alla condizione sospensiva dell'acquisto da parte di Oviessa del ramo di azienda della società F.lli Giuliani, da effettuarsi entro la data del 10 maggio 2011. Pertanto, al perfezionarsi della cessione del ramo d'azienda in data 2 maggio 2011, si è verificata la condizione sospensiva citata, con conseguente acquisizione del controllo del ramo d'azienda da parte di 3P, in forza del contratto di affitto stipulato con Oviessa.

Alla luce di quanto esposto, atteso il perfezionamento del contratto di cessione in data 2 maggio 2011 e il contestuale avverarsi della condizione sospensiva prevista nel contratto di affitto fra Oviessa e 3P, si ritiene che l'operazione comunicata, in quanto non comportava l'acquisizione del

controllo esclusivo di parte di un'impresa, non costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.

Di conseguenza, in relazione all'operazione di cui si tratta, non sussisteva l'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'art. 16 della legge n. 287/90.

CONSIDERATO, pertanto, che l'operazione in oggetto, in quanto non comportava l'acquisizione del controllo di parte di un'impresa, non costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che, pertanto, l'operazione sopra individuata non era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva previsto dall'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90;

DELIBERA

a) che non vi è luogo a provvedere ai sensi dell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90;

b) che non vi è luogo a provvedere ai sensi dell'art.16, comma 4, della legge n. 287/90.

Il presente provvedimento verrà 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'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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

C11243 - IGIENE MEDICA/LILLE HEALTHCARE

Provvedimento n. 22840

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società ONTEX BVBA, pervenuta in data 5 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

ONTEX BVBA (di seguito, Ontex) è una società di diritto belga attiva nel settore della produzione e vendita di prodotti per la cura e l'igiene della persona, tra cui prodotti per la cura dei bambini (pannolini, pannolini a mutandina e salviettine), prodotti per l'igiene femminile (assorbenti interni, salviette, assorbenti igienici e salvaslip) e prodotti di protezione per l'incontinenza degli adulti.

Ontex è controllata congiuntamente (i) da fondi d'investimento che sono associati a The Goldman Sachs Group, Inc, New York, USA (di seguito, Goldman Sachs) e (ii) da fondi d'investimento associati a TPG Holdings I, L.P., Forth Worth, USA (di seguito, TPG I). TPG I è una società veicolo partecipata da vari fondi d'investimento. TPG I appartiene al Gruppo TPG, società leader a livello mondiale nel *private equity* che investe in società attraverso acquisizioni e ristrutturazioni aziendali.

Il fatturato realizzato in Italia da Ontex è stato, nel 2010 di circa [10-47]¹ milioni di euro, mentre i Gruppi Goldman Sachs e TPG hanno realizzato in Italia, nel 2009, un fatturato rispettivamente pari a circa [100-472] milioni di euro e [100-472] milioni di euro.

Lille Healthcare SAS (di seguito, Lille Healthcare) è una società con sede in Francia attiva nel settore sanitario. Essa produce e commercializza esclusivamente prodotti per l'incontinenza degli adulti.

Il capitale sociale di Lille Healthcare è interamente detenuto dalla società di diritto belga Cala Capital Sprl.

Il fatturato realizzato in Italia da Lille Healthcare è stato, nel 2010 di circa [inferiore a 1 milione di] euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame consiste nell'acquisizione da parte di Ontex, tramite la propria controllata Hygiene Medica SA, dell'intero capitale sociale di Lille Healthcare.

Inoltre, il contratto di cessione prevede che per un periodo di tre anni dalla data del *closing* dell'operazione tutti i membri del gruppo cedente (intesi come persone fisiche), inclusi alcuni *manager* chiave, saranno tenuti a non (i) svolgere attività in concorrenza con il gruppo Lille Healthcare in paesi in cui il gruppo è attivo, (ii) stornare clienti del gruppo Lille Healthcare, (iii) stornare dipendenti chiave del gruppo Lille Healthcare o (iv) utilizzare alcun marchio, *domain*

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

name o indirizzo *e-mail* che possa essere confuso con quello utilizzato dai dipendenti del gruppo Lille Healthcare.

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.

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 di cui all'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 472 milioni di euro.

Il patto di non concorrenza a carico dei venditori, precedentemente descritto, costituisce una restrizione accessoria all'operazione in quanto appare strettamente funzionale alla salvaguardia del valore dell'azienda acquisita a condizione che abbia una durata limitata nel tempo, non eccedente il periodo di due anni, e sia circoscritto agli ambiti merceologici e geografici in cui l'impresa acquisita è attiva².

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati del prodotto

Il mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti

Ontex e Lille Healthcare sono entrambe attive nella produzione e vendita di prodotti per la protezione dell'incontinenza degli adulti. Ontex è anche attiva nella fabbricazione e commercializzazione di altri prodotti per l'igiene della persona, tra cui i prodotti per la cura dei bambini (pannolini, pannolini a mutandina e salviette), e prodotti per l'igiene femminile (assorbenti interni, salviette, assorbenti igienici e salvaslip), tuttavia, atteso che Lille Healthcare non opera in tale mercato, in linea con i precedenti dell'Autorità³ il mercato del prodotto rilevante deve essere individuato nel mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti.

I prodotti per l'incontinenza degli adulti sono prodotti "usa e getta" rivolti in modo specifico ad adulti affetti da problemi di incontinenza. Essi possono essere distinti in pannolini a mutandina, pannolini sagomati, pannolini rettangolari e ausili salvamaterasso. Essi sono simili ai prodotti per la cura e l'igiene femminile e ai pannolini per bambini, ma la tecnologia relativa alla super-assorbenza è differente nei tre tipi di prodotti (per l'incontinenza, pannolini per bambini e assorbenti femminili), per soddisfare il diverso grado di assorbenza richiesta in ciascun caso.

L'Autorità, riferendosi ai principali canali di vendita dei prodotti per l'incontinenza degli adulti, in passato ha distinto tra clienti "istituzionali" e clienti *retail*⁴. I primi comprendono gli ospedali e in generale le strutture sanitarie pubbliche e le case di riposo, pubbliche e private; i clienti *retail* sono invece rappresentati dalla grande distribuzione, come le catene di supermercati, dalla distribuzione tradizionale e dalle farmacie. Inoltre, la domanda di prodotti per l'incontinenza degli adulti può ulteriormente suddividersi in consumi a carico dello Stato, comprendenti gli acquisti da parte delle

² Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, 2005/C 56/03, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 5/3/2005, C 56/24.

³ Cfr. provv. n. 15652 del 28 giugno 2006, C7776 – *Conter/Quidnovi* in Boll. n. 26/06; provv. n. 6035 del 28 maggio 1998, C3106 – *Fater/Dignity* in Boll. n. 22/98; e provv. n. 3038 dell'11 maggio 1995, C2061 – *McNeil PPCConfab/Confab International*, in Boll. n. 19/95.

⁴ C3106, cit..

strutture pubbliche e quelli effettuati dai privati che il settore pubblico rimborsa, e in consumi il cui costo è sostenuto dagli utilizzatori medesimi.

In Italia, i prodotti a carico del settore pubblico sono disciplinati dal Nomenclatore Tariffario, documento emanato e aggiornato periodicamente dal Ministero della Salute, che stabilisce per ogni prodotto in esso elencato, compresi i prodotti per l'incontinenza, il prezzo massimo pagabile dallo Stato per l'acquisto del medesimo, in caso di vendita diretta a strutture pubbliche, o per il rimborso, in caso di acquisto da parte dell'utilizzatore.

I clienti privati normalmente acquistano prodotti per l'incontinenza degli adulti presso le farmacie o i supermercati. Le farmacie sono autorizzate a rimborsare le ricette dei medici per certi prodotti per l'incontinenza, perciò il costo dell'ausilio prescritto non è sopportato dal paziente ma dallo Stato.

Quando, infine, i consumatori acquistano i prodotti per l'incontinenza a loro spese, sia in farmacia senza una ricetta del medico, sia presso i supermercati, la loro scelta è condizionata dalla qualità del prodotto così come dal rapporto qualità-prezzo.

Malgrado le distinzioni sopra fatte il mercato del prodotto rilevante risulta essere quello dei prodotti per l'incontinenza degli adulti, in virtù della complementarità dei prodotti che assolvono lo scopo di proteggere la persona e il letto, della sostanziale analogia tra le caratteristiche dei medesimi e del fatto che essi sono fabbricati dai medesimi produttori.

Il mercato dei nonwovens

Inoltre, poiché una società del Gruppo TPG detiene una partecipazione di controllo nella società Vita, attiva nella produzione di *nonwovens*, ovvero del cosiddetto "tessuto-non-tessuto" che viene utilizzato per la fabbricazione di prodotti per l'incontinenza degli adulti, un ulteriore mercato del prodotto rilevante, collegato verticalmente con il precedente, deve essere individuato nel mercato dei *nonwovens*.

Il tessuto *nonwoven* è costituito da uno strato simile a garza, equivalente ad una struttura a rete in cui sono intrecciate fibre o filamenti (e pellicole perforate) in modo meccanico, termico o chimico. I fogli sono piatti e porosi, realizzati direttamente attraverso fibre separate, o tramite plastica fusa o pellicola di plastica. I tessuti-non-tessuto assolvono specifiche funzioni in termini di assorbenza, repellenza al liquido, resistenza, elasticità, morbidezza, forza, alleviamento del rossore, lavabilità, imbottitura, filtraggio, barriera ai batteri e sterilità. Queste proprietà sono spesso combinate per creare tessuti adatti a usi specifici.

Il gruppo TPG produce, insieme a numerosi altri tipi di *nonwovens*, prodotti *nonwovens* che vengono utilizzati come materia prima nella fabbricazione di prodotti sanitari "usa e getta", inclusi i prodotti per l'incontinenza degli adulti. Questi tessuti sono chiamati "strati di acquisizione e distribuzione" (o "ADL"). Lo strato ADL si colloca sotto la parte superiore idrofila di un assorbente. Esso raccoglie le perdite fisiologiche e le distribuisce nel cuore assorbente del pannolino.

L'industria dei *nonwovens* è caratterizzata dalla presenza di grandi imprese multinazionali, molte delle quali producono e vendono *nonwovens* per un largo numero di applicazioni. In particolare, il gruppo TPG produce "tessuto-non-tessuto" che viene utilizzato per la fabbricazione di un ampio numero di prodotti di vario tipo, compresi biancheria intima, rivestimenti per abbigliamento, biancheria da letto, mobilio e prodotti sanitari "usa e getta".

Tuttavia, nel caso di specie, date le considerazioni che seguono sulla struttura dell'offerta nel settore, una precisa distinzione e segmentazione in ulteriori mercati del prodotto, a seconda delle applicazioni finali dei *nonwovens*, tra cui, ad esempio, il mercato dei *nonwovens* per applicazioni igienico-sanitarie, non è necessaria.

Il mercato geografico

Il mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti

In passato l'Autorità ha rilevato che alcuni elementi supportavano una definizione del mercato geografico dei prodotti per l'incontinenza degli adulti esteso ad almeno lo Spazio Economico Europeo ("SEE"), mentre altri elementi potevano indurre ad una definizione di mercato geografico limitato al territorio nazionale, non ritenendo necessario giungere ad una conclusione nella fattispecie in esame.

Nella decisione *GS/TPG/Ontex*⁵, la Commissione Europea (la "Commissione") è giunta alla conclusione che la definizione geografica del mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti debba ritenersi per lo meno equivalente allo SEE.

In effetti, i produttori di articoli per l'incontinenza operano attraverso uno o pochi stabilimenti in Europa, da cui vengono riforniti clienti situati in tutto lo SEE. Ad esempio, sia Ontex sia Lille Healthcare non possiedono stabilimenti per la fabbricazione dei prodotti per l'incontinenza in Italia, ma riforniscono clienti in Italia attraverso stabilimenti siti in altri Paesi dello SEE. In particolare, Ontex realizza i prodotti per l'incontinenza negli stabilimenti siti in Belgio (Buggenhout), Repubblica Ceca (Turnov), Francia (Arras) e Spagna (Segovia). Lille Healthcare fabbrica tutti i suoi prodotti per l'incontinenza degli adulti in Francia (Wasquehal).

Inoltre, anche altri produttori di pannoloni per l'incontinenza sono attivi in Italia attraverso le esportazioni, come, ad esempio, Svenska Cellulosa Aktiebolaget, Svezia ("SCA"), con stabilimenti in Francia, Paesi Bassi, Polonia e Svezia, Paul Hartmann AG, Germania ("Hartmann") con stabilimenti in Germania, Laboratorios INDAS S.A.U., Spagna ("Indas"), con stabilimenti in Spagna, Attends Healthcare Group, Regno Unito ("Attends") con stabilimenti in Svezia, e Torunskie Zakłady Materialów.

L'insieme di questi elementi lascerebbe propendere per una definizione più ampia della dimensione geografica del mercato rilevante, coincidente con lo SEE. Tuttavia, considerata la posizione delle parti in entrambi i possibili ambiti geografici – di cui si dirà oltre – non appare necessaria una definizione puntuale dell'ampiezza geografica del mercato rilevante.

Il mercato dei nonwovens

In passato, sia l'Autorità⁶ che la Commissione⁷ CE sono giunte alla conclusione che la definizione geografica del mercato dei *nonwovens* coincide per lo meno con l'ambito dello SEE. Infatti, i produttori di *nonwovens* operano principalmente attraverso un numero ridotto di stabilimenti, dai quali spediscono i tessuti-non-tessuto ai clienti situati in tutta Europa.

Effetti dell'operazione

Il mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti

Nel mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti le quote di mercato di Ontex e di Lille Healthcare sono rispettivamente pari al [5-10%] e al [1-5%] a livello dello SEE, e rispettivamente pari al [1-5%] e a meno dell'1% in Italia. Di conseguenza, la quota di mercato congiunta risultante dalla concentrazione ammonterà a circa il [5-10%] a livello dello SEE e a meno del [1-5%] in Italia.

Il mercato dei prodotti per l'incontinenza è caratterizzato dalla presenza di forti e ben radicati concorrenti, principalmente internazionali, che sono attivi a livello europeo, quali SCA, Hartmann,

⁵ Decisione COMP/M.5958 - *GS/TPG/Ontex*, para. 40.

⁶ Cfr. provv. n. 2671 del 10 gennaio 1995, C1836 - *Toray Industries/Alcantara*, in Boll. n. 1-2/95.

⁷ Cfr. la citata decisione *GS/TPG/Ontex*.

Intigena, Indas, Attends e TZMO. I suddetti concorrenti sono altresì presenti in Italia attraverso l'esportazione. Sul mercato italiano dei prodotti per l'incontinenza sono attivi anche produttori locali, quali Eurofil, Fater e Silc.

Per quanto precede, l'operazione comunicata non appare in grado di modificare significativamente gli assetti concorrenziali del mercato dei prodotti per l'incontinenza degli adulti né a livello Comunitario né a livello nazionale.

Il mercato dei nonwovens

Come già specificato, la società acquisenda non opera nel mercato dei *nonwovens*, mercato collegato verticalmente a monte rispetto a quello dei prodotti per l'incontinenza degli adulti nei quali opera la Lille Healthcare. Tuttavia, in tale mercato opera uno dei due gruppi, il Gruppo TPG, che detiene congiuntamente il controllo della società acquirente. In particolare, nel mercato dei *nonwovens*, a livello europeo, il gruppo TPG risulta in possesso di una quota contenuta, pari a circa il [1-5%].

Anche con riferimento al solo segmento dei *nonwovens* per applicazioni igienico-sanitarie, la quota di mercato attribuibile al gruppo TPG risulta pari a circa il [1-5%]. Mentre, nel segmento comprendente solo l'ADL utilizzato nella fabbricazione di prodotti igienici - che è un segmento molto più ristretto rispetto alla categoria di *nonwovens*, già molto specifica, ossia i *nonwovens* per applicazioni igienico-sanitarie - la quota di mercato del gruppo TPG sarebbe non superiore al [15-20%] a livello dello SEE.

Al fine di valutare i possibili effetti verticali derivanti dalla concentrazione si può fare riferimento alla decisione della Commissione CE (nel citato caso COMP/M.5958 - *GS/TPG/Ontex*) relativa all'acquisizione da parte di Goldman Sachs e TPG del controllo congiunto di Ontex nel 2010. L'operazione ha dato origine al rapporto verticale tra Vita e Ontex. Allora la Commissione CE constatò che non vi erano rischi di preclusione né a livello di approvvigionamento né a livello della clientela. La Commissione ritenne in particolare che l'operazione non sollevasse alcun rischio di *input foreclosure* dato che TPG non avrebbe avuto la capacità di avere un impatto negativo ed incrementale sui costi dei concorrenti di Ontex. Infatti, qualora Vita avesse deciso di fornire *nonwovens* a condizioni anticoncorrenziali, i suddetti produttori concorrenti di Ontex avrebbero facilmente potuto rivolgersi ad altri fornitori. Analogamente, la Commissione esclude il rischio di *customer foreclosure* in ragione del fatto che i concorrenti di Vita avrebbero avuto sufficienti sbocchi alternativi per i loro prodotti *nonwovens* qualora Ontex avesse deciso di rifornirsi presso Vita con accordi di esclusiva.

Sulla base di quanto precede, anche con riferimento agli effetti verticali, l'operazione non appare in grado di condurre ad una struttura dell'offerta indesiderabile sotto il profilo concorrenziale.

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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

C11246 - BENCOM/RAMO D'AZIENDA DI DITTA INDIVIDUALE

Provvedimento n. 22841

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società Bencom S.r.l., pervenuta in data 6 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Bencom S.r.l. (di seguito, Bencom) è una società con sede in Ponzano Veneto (TV), interamente controllata da Benetton Group S.p.A..

Benetton Group S.p.A. e le società alla medesima facenti capo (assieme, il Gruppo Benetton) producono, fanno produrre e commercializzano articoli ed accessori per abbigliamento casual, abbigliamento sportivo e c.d. street, incluse calzature, contraddistinti dai marchi di proprietà, tra i quali "United Colors of Benetton", "Sisley", "012", "The Hip Site", "Killer Loop" e "Playlife". Il gruppo Benetton, infine, produce e fa produrre e commercializza *skateboards* e *snowboards* con il marchio "Killer Loop". La commercializzazione e la vendita dei prodotti ed accessori di abbigliamento avviene per il tramite di esercizi commerciali, allo stato per lo più di proprietà e gestione di terzi, specializzati nella vendita dei summenzionati prodotti e "ad immagine".

Nel 2010 il Gruppo Benetton ha realizzato a livello mondiale un fatturato di circa 2 miliardi di euro, di cui circa 1,6 miliardi di euro realizzati nell'Unione Europea e circa 931 milioni di euro in Italia.

Oggetto dell'operazione è l'acquisto di un ramo d'azienda di proprietà della Ditta Individuale Ferraro Alessia, costituito dall'attività commerciale di vendita al dettaglio di generi non alimentari, da esercitarsi, in forza dell'autorizzazione amministrativa nell'immobile sito in Savona, Corso Italia 139-141 R, di proprietà di un terzo.

Ditta Individuale Ferraro Alessia è attiva nel commercio al dettaglio di articoli di abbigliamento e accessori.

Nel 2010 il ramo d'azienda oggetto dell'operazione ha realizzato un fatturato pari a circa 58.988 euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame ha per oggetto l'acquisto da parte di Bencom del ramo d'azienda di cui sopra, comprensivo oltre che dell'autorizzazione amministrativa, di arredi, dell'avviamento commerciale e del diritto di condurre in locazione l'immobile in forza di idoneo contratto di locazione.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di parte di impresa, costituisce concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90.

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, in quanto il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 472 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Mercato del prodotto

Il settore interessato dalla presente operazione è quello della distribuzione al dettaglio di capi di abbigliamento e dei relativi accessori; in particolare, il gruppo Benetton è attivo a livello nazionale nella produzione di capi femminili, maschili e per bambino, di genere sia formale sia informale, attraverso numerosi punti vendita gestiti sia direttamente che da soggetti terzi. Gli articoli e gli accessori per l'abbigliamento sono prodotti e commercializzati dal Gruppo Benetton con diversi marchi tra i quali "United Colors of Benetton", "Sisley", "012", "The Hip Side", "Killer Loop" e "Playlife".

In Italia la distribuzione dei capi d'abbigliamento e degli accessori avviene attraverso due canali principali: i negozi tradizionali, spesso specializzati per tipologie di prodotto, e la distribuzione moderna. La distribuzione moderna si distingue da quella tradizionale al dettaglio innanzitutto per il servizio offerto al cliente: nei punti vendita della distribuzione moderna prevale, infatti, il libero servizio, mentre nei negozi tradizionali la vendita assistita. Inoltre, la distribuzione moderna si caratterizza, dal punto di vista della tipologia dei punti vendita, per la grande superficie di questi ultimi e per la presenza di reparti dedicati a differenti categorie di prodotti (abbigliamento uomo, donna, bambino, abbigliamento intimo), mentre i punti vendita tradizionali sono spesso specializzati in una gamma ristretta di prodotti.

Deve, tuttavia, osservarsi che i punti vendita di abbigliamento sono, ormai in misura significativa, negozi specializzati nella vendita di un unico marchio, i cosiddetti negozi "monomarca" (ad esempio, "Max Mara", "Stefanel", "Replay", "Mariella Burani", "Max & Co."), dove prevale il libero servizio, che permette al consumatore di scegliere autonomamente, ma allo stesso tempo assicura, qualora venga richiesta, la vendita assistita tipica dei negozi tradizionali. E' necessario, inoltre, evidenziare come la disposizione in un unico punto vendita di tutte le tipologie di prodotto non rivesta un'importanza determinante, in quanto i capi di abbigliamento e gli accessori sono beni durevoli, di valore unitario elevato, che soddisfano vari bisogni: quello primario di vestirsi, ma anche un insieme complesso di altre necessità legate all'immagine individuale e sociale di una persona. Il consumatore è, dunque, disposto a visitare diversi negozi, comparandone le offerte in termini di qualità, prezzo e gusto, nonché a ripetere la ricerca per ogni articolo di cui ha bisogno.

Sulla base di queste considerazioni, si ritiene, dunque, che la distribuzione moderna e i negozi tradizionali facciano parte del medesimo mercato.

Mercato geografico

Dal punto di vista geografico, il mercato del prodotto ha dimensione locale. L'esatta delimitazione della dimensione geografica deve essere effettuata caso per caso sulla base della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e del loro livello di sovrapposizione.

Nel caso di specie, il mercato geografico rilevante ha dimensione provinciale, corrispondente alla provincia di Savona.

Effetti dell'operazione

Nel 2010 la quota di mercato detenuta dal gruppo Benetton nella provincia di Savona è stata pari a circa il [5-10%]¹, mentre al ramo d'azienda oggetto di acquisizione è attribuibile una quota [inferiore all'1%].

Si osserva, altresì, che nel mercato in esame sono presenti numerosi e qualificati concorrenti, quali ad esempio H&M, Motivi, Oviessa, Stefanel, Chicco e Prenatal.

Data l'entità della quota detenuta dal gruppo Benetton e la trascurabile incidenza dell'acquisizione, da parte dello stesso, di un ulteriore ramo d'azienda, si ritiene che l'operazione di concentrazione comunicata non avrà effetti pregiudizievoli per la concorrenza nel mercato della distribuzione di capi di abbigliamento e accessori nella provincia di Savona.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato interessato, 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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

C11247 - BENCOM/RAMO DI AZIENDA DI GROTTO

Provvedimento n. 22842

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società BENCOM S.r.l., pervenuta in data 6 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Bencom S.r.l. (di seguito, Bencom) è una società con sede in Ponzano Veneto (TV), interamente controllata da Benetton Group S.p.A..

Benetton Group S.p.A. e le società alla medesima facenti capo (assieme, il Gruppo Benetton) producono, fanno produrre e commercializzano articoli ed accessori per abbigliamento *casual*, abbigliamento sportivo e c.d. *street*,

incluse calzature, contraddistinti dai marchi di proprietà, tra i quali "United Colors of Benetton", "Sisley", "012", "The Hip Site", "Killer Loop" e "Playlife". Il gruppo Benetton, infine, produce, fa produrre e commercializza *skateboards* e *snowboards* con il marchio "Killer Loop". La commercializzazione e la vendita dei prodotti ed accessori di abbigliamento avviene per il tramite di esercizi commerciali, allo stato per lo più di proprietà e gestione di terzi, specializzati nella vendita dei summenzionati prodotti e "ad immagine".

Nel 2010 il Gruppo Benetton ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato di circa 2 miliardi di euro, di cui circa 1,6 miliardi di euro realizzati nell'Unione Europea e circa 931 milioni di euro in Italia.

Oggetto dell'operazione è un ramo d'azienda di proprietà della società Grotto S.p.A., avente per oggetto la vendita al dettaglio di generi non alimentari, ubicato nei locali siti in Treviso, via Calmaggione n. 32.

Grotto S.p.A. è una società attiva nel commercio al dettaglio di abbigliamento e accessori ed è soggetta al controllo della società LUNA S.r.l..

Nel corso dell'esercizio 2010, il ramo d'azienda oggetto dell'operazione ha realizzato un fatturato di circa 370.000 euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame riguarda l'acquisto da parte di Bencom del ramo di azienda sopra citato, costituito dai beni strumentali, dall'avviamento commerciale, dall'autorizzazione amministrativa per la vendita al dettaglio di generi non alimentari e dal diritto di condurre in locazione l'immobile in cui è ubicato il ramo, attraverso il subentro nella qualità di conduttore nel contratto di locazione stipulato fra la società cedente e i terzi proprietari dell'immobile.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di parte di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90.

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 472 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato del prodotto

Il settore interessato dalla presente operazione è quello della distribuzione al dettaglio di capi di abbigliamento e dei relativi accessori; in particolare, il gruppo Benetton è attivo a livello nazionale nella produzione di capi femminili, maschili e per bambino, di genere sia formale sia informale, e degli accessori attraverso numerosi punti vendita gestiti sia direttamente che da soggetti terzi. In Italia la distribuzione dei capi d'abbigliamento e degli accessori avviene attraverso due canali principali: i negozi tradizionali, spesso specializzati per tipologie di prodotto, e la distribuzione moderna. La distribuzione moderna si distingue da quella tradizionale al dettaglio innanzitutto per il servizio offerto al cliente: nei punti vendita della distribuzione moderna prevale, infatti, il libero servizio, mentre nei negozi tradizionali la vendita assistita. Inoltre, la distribuzione moderna si caratterizza, dal punto di vista della tipologia dei punti vendita, per la grande superficie di questi ultimi e per la presenza di reparti dedicati a differenti categorie di prodotti (abbigliamento uomo, donna, bambino, abbigliamento intimo), mentre i punti vendita tradizionali sono spesso specializzati in una gamma ristretta di prodotti.

Deve, tuttavia, osservarsi che i punti vendita di abbigliamento sono, ormai in misura significativa, negozi specializzati nella vendita di un unico marchio, i cosiddetti negozi "monomarca" (ad esempio, "Max Mara", "Stefanel", "Replay", "Mariella Burani", "Max & Co."), dove prevale il libero servizio, che permette al consumatore di scegliere autonomamente, ma allo stesso tempo assicura, qualora venga richiesta, la vendita assistita tipica dei negozi tradizionali. E' necessario, inoltre, evidenziare come la disposizione in un unico punto vendita di tutte le tipologie di prodotto non rivesta un'importanza determinante, in quanto i capi di abbigliamento e gli accessori sono beni durevoli, di valore unitario elevato, che soddisfano vari bisogni: quello primario di vestirsi, ma anche un insieme complesso di altre necessità legate all'immagine individuale e sociale di una persona. Il consumatore è, dunque, disposto a visitare diversi negozi, comparandone le offerte in termini di qualità, prezzo e gusto, nonché a ripetere la ricerca per ogni articolo di cui ha bisogno.

Sulla base di queste considerazioni, si ritiene, dunque, che la distribuzione moderna e i negozi tradizionali facciano parte del medesimo mercato.

Il mercato geografico

Dal punto di vista geografico, il mercato del prodotto ha dimensione locale. L'esatta delimitazione della dimensione geografica deve essere effettuata caso per caso, sulla base della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e del loro livello di sovrapposizione.

Il mercato geografico rilevante ai fini dell'operazione presenta dimensione provinciale, corrispondente alla provincia di Treviso.

Effetti dell'operazione

Nel 2010 la quota di mercato detenuta dal gruppo Benetton nella provincia di Treviso è stata pari a circa il [5-10%]¹, mentre al ramo d'azienda oggetto di acquisizione è attribuibile una quota pari a [inferiore all'1%].

Si osserva, altresì, che nel mercato in esame sono presenti numerosi e qualificati concorrenti, quali ad esempio Stefanel, Motivi, Oviessa, Max & Co. e Glenfield.

Data l'entità della quota detenuta dal gruppo Benetton e la trascurabile incidenza dell'acquisizione, da parte dello stesso, di un ulteriore punto vendita, si ritiene che l'operazione di concentrazione comunicata non avrà effetti pregiudizievoli per la concorrenza nel mercato della distribuzione di capi di abbigliamento e accessori nella provincia di Treviso.

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 sul mercato interessato, 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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

C11248 - BENCOM/RAMO D'AZIENDA DI ROXY

Provvedimento n. 22843

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società Bencom S.r.l., pervenuta in data 6 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Bencom S.r.l. (di seguito, Bencom) è una società con sede in Ponzano Veneto (TV), interamente controllata da Benetton Group S.p.A..

Benetton Group S.p.A. e le società alla medesima facenti capo (assieme, il Gruppo Benetton) producono, fanno produrre e commercializzano articoli ed accessori per abbigliamento casual, abbigliamento sportivo e c.d. *street*, incluse calzature, contraddistinti dai marchi di proprietà, tra i quali "United Colors of Benetton", "Sisley", "012", "The Hip Site", "Killer Loop" e "Playlife". Il gruppo Benetton, infine, produce e fa produrre e commercializza *skateboards* e *snowboards* con il marchio "Killer Loop". La commercializzazione e la vendita dei prodotti ed accessori di abbigliamento avviene per il tramite di esercizi commerciali, allo stato per lo più di proprietà e gestione di terzi, specializzati nella vendita dei summenzionati prodotti e "ad immagine".

Nel 2010 il Gruppo Benetton ha realizzato a livello mondiale un fatturato di circa 2 miliardi di euro, di cui circa 1,6 miliardi di euro realizzati nell'Unione Europea e circa 931 milioni di euro in Italia.

Oggetto dell'operazione è l'acquisto di un ramo d'azienda di proprietà di Roxy S.r.l., costituito dagli impianti, dalle macchine elettroniche, dagli arredi e dall'avviamento commerciale, ubicato nell'immobile sito in Grosseto, Corso Carducci n. 29, di proprietà di terzi.

Roxy S.r.l. è attiva nel commercio al dettaglio di confezioni per adulti e bambini nonché nella locazione e compravendita di beni immobili propri.

Nel 2010 il ramo d'azienda oggetto dell'operazione ha realizzato un fatturato pari a 430.997 euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame ha per oggetto l'acquisto da parte di Bencom del ramo d'azienda di cui sopra, comprensivo del diritto di condurre in locazione l'immobile di proprietà di terzi, in forza di un contratto di locazione che verrà sottoscritto direttamente tra i proprietari dell'immobile e Bencom, essendo stato risolto il precedente contratto di locazione tra i proprietari dell'immobile e Roxy S.r.l.. Quest'ultima esercitava in precedenza, nell'immobile oggetto di locazione, attività di vendita al dettaglio di generi non alimentari in forza di autorizzazione amministrativa rilasciata dal Comune di Grosseto, allo stato già scaduta.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata non costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 287/90, bensì un'ipotesi di crescita interna¹, in quanto essa si sostanzia nella mera acquisizione da parte di Bencom di un complesso di beni a cui non può essere chiaramente attribuito un fatturato, in assenza dell'autorizzazione amministrativa, e che, nel caso di specie, non determinano una modifica delle quote di mercato facenti capo alle società interessate.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, della legge n. 287/90;

DELIBERA

che non vi è luogo a provvedere.

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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

¹ Cfr., in proposito, Decisione Consiglio di Stato n. 2869/02 del 24 maggio 2002.

C11249 - ROBERT BOSCH/RAMI DI AZIENDA DI UNIPOINT ELECTRIC MFG CO.

Provvedimento n. 22844

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'atto della società Robert Bosch GmbH, pervenuto in data 6 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Robert Bosch GmbH (di seguito, Bosch) è una società di diritto tedesco a capo dell'omonimo gruppo attivo a livello mondiale nei settori (i) della fornitura di componenti e macchinari utilizzati nel settore automobilistico, (ii) della produzione e distribuzione di elettrodomestici ed elettrotensili per hobby, fai-da-te e giardinaggio, (iii) della produzione e distribuzione di sistemi di automazione industriale, (iv) degli elettrotensili per l'artigianato e l'industria, (v) dei sistemi di sicurezza e di imballaggio.

Nel 2010 il fatturato realizzato a livello mondiale dal gruppo Bosch è stato di circa 47,3 miliardi di euro, di cui circa 25,4 miliardi di euro realizzati nell'Unione Europea e circa 2 miliardi di euro realizzati in Italia.

Oggetto di acquisizione sono le società e i rami d'azienda (di seguito, insieme, gli *asset*) del gruppo Unipoint relativi alla produzione di motori di avviamento, alternatori, unità di controllo della temperatura e tergicristalli, ovvero componenti di ricambio esclusivamente finalizzati al settore dell'*after market*. Il gruppo Unipoint è controllato dalla società di diritto taiwanese Unipoint Electric MFG Co., Ltd (di seguito, Unipoint). Il capitale sociale di Unipoint è indirettamente detenuto al 100% dalla famiglia Sheu.

Nel 2010 il fatturato realizzato a livello mondiale dagli *asset* oggetto di acquisizione è stato di circa 124 milioni di euro, di cui circa 3,7 milioni di euro realizzati in Italia¹.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame consiste nell'acquisizione da parte di Bosch (ed in particolare da parte della divisione "Automotive Aftermarket" di Bosch) degli *asset* detenuti da varie società del gruppo Unipoint relativi alla produzione di motori di avviamento, alternatori, unità di controllo della temperatura e tergicristalli, ovvero componenti di ricambio esclusivamente finalizzati al settore dell'*after market*.

Ai sensi del Global Purchase Agreement (di seguito, GPA), le diverse società del gruppo Unipoint da cui provengono gli *asset* oggetto di acquisizione si impegnano, per un periodo di due anni dalla data del *closing*, a non svolgere, direttamente o indirettamente, alcuna attività o partecipare ad alcuna impresa che operi in concorrenza con il *business* oggetto del contratto.

¹ Il fatturato realizzato dagli *asset* oggetto di acquisizione coincide con il fatturato consolidato dello stesso gruppo Unipoint.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di imprese e di parti di impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.

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 472 milioni di euro.

Il patto di non concorrenza sottoscritto dalle parti e descritto nel paragrafo precedente può essere ritenuto direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionale alla salvaguardia del valore delle imprese acquisite, a condizione che esso sia limitato geograficamente all'area d'attività delle imprese acquisite e non impedisca ai venditori di acquistare o detenere azioni a soli fini di investimento finanziario².

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati del prodotto

In considerazione dell'attività svolta dagli *asset* oggetto di acquisizione, l'operazione interessa i mercati dei componenti utilizzati in applicazioni automobilistiche post-vendita e, in particolare, i mercati dei sistemi e componenti per motori di avviamento, sistemi e componenti per alternatori, motori e ventilatori per sistemi di aria condizionata e tergicristalli.

Va premesso che, in quest'ambito, sia la Commissione Europea che l'Autorità distinguono due diversi settori: il settore c.d. di primo equipaggiamento (Original Equipment Market, OEM) e il settore dei componenti di ricambio (After Market, AM); nell'ambito del settore AM si individuano poi il settore dei componenti di ricambio delle case automobilistiche (Original Equipment Spares, OES) e il settore dei componenti di ricambio distribuiti con marchio diverso da quello delle case automobilistiche (Independent After Market, IAM). L'operazione in esame interessa esclusivamente il settore IAM.

Sistemi e componenti per motori di avviamento

I motori presenti negli autoveicoli hanno bisogno di assistenza per essere avviati. Tale assistenza è fornita dai cd. sistemi di avviamento, che comprendono un motore specifico per l'avviamento. La Commissione ha osservato che i motori elettrici per le diverse applicazioni automobilistiche non sono sostituibili né dal lato della domanda, né dal lato dell'offerta in quanto ogni singola applicazione richiede uno specifico know-how³. Appare pertanto ragionevole definire il mercato rilevante come il mercato dei motori di avviamento.

Sistemi e componenti per alternatori

Un alternatore è un dispositivo elettromeccanico che converte l'energia meccanica in energia elettrica sotto forma di corrente alternata. I veicoli a motore hanno bisogno di un alternatore per caricare la batteria ed alimentare l'impianto elettrico. Secondo l'Autorità, gli alternatori costituiscono un mercato distinto⁴.

² Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.

³ Caso M.4878 *Continental/Siemens VDO*, decisione del 29 novembre 2007.

⁴ Cfr. provv. n. 4287 del 27 settembre 1996, C2551 – *FKI/NMM*, in Boll. n. 39-40/96.

Unità di controllo della temperatura (motori e ventilatori per sistemi di aria condizionata)

La Parte notificante ritiene ragionevole definire il mercato rilevante come il mercato di tutte le unità di controllo della temperatura, ovvero sia motori per aria condizionata che ventilatori, considerato che tali prodotti svolgono la stessa funzione. Inoltre, motori e ventilatori sono generalmente venduti assieme.

Tergicristalli

I tergicristalli sono i componenti principali del sistema di pulizia del parabrezza e del lunotto posteriore delle automobili. La loro funzione è di fornire in ogni momento al conducente una visibilità sufficiente dall'interno del veicolo.

Secondo la parte notificante, il mercato rilevante è costituito dal mercato della vendita IAM dei tergicristalli.

I mercati geografici

Per quanto concerne la dimensione geografica dei mercati di cui sopra, si rileva che mentre i mercati OEM e OES sono considerati di dimensione pari almeno allo Spazio Economico Europeo, se non di ampiezza mondiale, i mercati IAM, rilevanti nel caso di specie, sono generalmente definiti sia dalla Commissione che dall'Autorità come mercati di dimensione nazionale.

Effetti dell'operazione

Nel mercato italiano dei sistemi e componenti per motori di avviamento destinati all'IAM, Unipoint detiene una quota pari al [1-5%]⁵ circa, mentre Bosch detiene una quota pari al [15-20%] circa. A seguito dell'operazione, pertanto, Bosch verrà a detenere una quota pari al [20-25%] circa.

Nel mercato italiano dei sistemi e componenti per alternatori destinati all'IAM, Unipoint detiene una quota pari al [1-5%] circa, mentre Bosch detiene una quota pari al [10-15%] circa. A seguito dell'operazione, pertanto, Bosch verrà a detenere una quota pari al [10-15%] circa.

Nel mercato italiano dei motori e ventilatori per sistemi di aria condizionata destinati all'IAM, Unipoint detiene una quota [inferiore all'1%], mentre Bosch detiene una quota [inferiore all'1%]. A seguito dell'operazione, pertanto, Bosch verrà a detenere una quota pari al [1-5%] circa.

Infine, nel mercato italiano dei tergicristalli destinati all'IAM, Unipoint detiene una quota pari al [1-5%] circa, mentre Bosch detiene una quota pari al [20-25%] circa. A seguito dell'operazione, pertanto, Bosch verrà a detenere una quota pari al [20-25%] circa.

In tali mercati sono presenti numerosi e qualificati concorrenti.

In virtù di quanto considerato, si ritiene che nei mercati di riferimento l'operazione non avrà effetti pregiudizievoli per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali nella struttura concorrenziale degli stessi.

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;

RITENUTO, altresì, che gli obblighi di non concorrenza intercorsi tra le Parti sono accessori alla presente operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove ne sussistano i presupposti, i suddetti patti che si realizzino oltre i limiti ivi indicati;

⁵ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

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

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

C11251 - INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION/FITCH RISK MANAGEMENT

Provvedimento n. 22845

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'atto della società International Business Machines Corporation, pervenuto in data 7 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

International Business Machines Corporation (di seguito, IBM) è una società di diritto statunitense, costituita ai sensi della legge dello Stato di New York, attiva a livello mondiale nello sviluppo, nella produzione e nella commercializzazione di un'ampia gamma di prodotti informatici che comprendono *software*, sistemi (*server*, sistemi di *storage*) e servizi (consulenze d'affari e servizi per infrastrutture informatiche).

IBM è quotata alla borsa di New York ad azionariato diffuso. Nessun azionista detiene più del 5% delle azioni della società, o esercita, individualmente o collettivamente, un'influenza determinante sulla stessa.

Nel 2010 IBM ha realizzato un fatturato consolidato pari a circa 75,3 miliardi di euro a livello mondiale, di cui circa [20-30]¹ miliardi di euro per vendite nell'Unione Europea e circa [2-3] miliardi di euro per vendite in Italia.

Fitch Risk Management Inc. (di seguito, Fitch Risk Management) è una società di diritto statunitense, costituita ai sensi della legge dello Stato di New York, *holding* del gruppo Algorithmics, attivo nella fornitura di soluzioni per la gestione del rischio di impresa (*software*, servizi di analisi e di consulenza) con riferimento ai rischi di mercato, di credito e operativi, nonché con riferimento alla gestione del capitale e delle garanzie.

Fitch Risk Management è controllata da Fitch Group, che ne detiene il 100% del capitale sociale. Fitch Group è controllata da Fimalac SA, che ne detiene il 60% del capitale sociale; il restante 40% del capitale sociale di Fitch Group è detenuto dalla società di diritto statunitense Hearst Corporation. Fimalac SA è controllata da Groupe Marc De Lacharrière; quest'ultima società è controllata da una persona fisica che ne detiene il 100% del capitale sociale.

Nel 2010² Fitch Risk Management ha realizzato un fatturato pari a circa 123,5 milioni di euro a livello mondiale, di cui circa [47-100] milioni di euro per vendite nell'Unione Europea e circa [1-10] milioni di euro per vendite in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

Secondo quanto previsto nello *Stock Purchase Agreement* (di seguito, l'Accordo), IBM acquisirà da Fitch Group il 100% del capitale sociale di Fitch Risk Management.

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

² L'esercizio finanziario di Fitch Risk Management si chiude il 30 settembre di ogni anno.

L'Accordo prevede una clausola di non concorrenza in base alla quale, nei tre anni successivi al *closing* dell'operazione, Fitch Group si impegna ad astenersi dallo svolgere qualsiasi attività (anche, indirettamente, mediante accordi di cooperazione o consulenza con società terze) in materia di progettazione, sviluppo, distribuzione, commercializzazione, licenza ovvero vendita di *software*, servizi di analisi, contenuti informativi, nonché di ogni altro prodotto o servizio riguardante principalmente la gestione del rischio di impresa con riguardo alla gestione dei rischi di mercato, di credito e operativi, nonché alla gestione delle garanzie e del capitale. Tale impegno, tuttavia, non pregiudica in alcun modo la capacità di Fitch Group di continuare a svolgere le sue attuali attività legate al credito e ai mercati finanziari (o attività sostanzialmente simili a quelle attualmente svolte), incluse, ad esempio, la prestazione di servizi di *rating*, la gestione di banche dati e la vendita di strumenti riguardanti i crediti *default swap*, la fornitura di servizi di consulenza in materia di monitoraggio e quantificazioni dei rischi creditizi in base agli accordi di Basilea ed altre forme simili di gestione del rischio di impresa. Simili accordi sono stati sottoscritti dagli azionisti di Fitch Group.

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.

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 472 milioni di euro.

I patti di non concorrenza sottoscritti dalle Parti e descritti nel paragrafo precedente possono essere ritenuti direttamente connessi e necessari alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionali alla salvaguardia del valore dell'impresa acquisita, a condizione che essi siano limitati geograficamente all'area d'attività dell'impresa acquisita³.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati del prodotto

L'operazione comunicata riguarda il settore informatico (*IT sector*) e, in particolare, lo sviluppo, produzione e marketing di *packaged software*. La società di ricerca IDC (International Data Corporation), sulle cui analisi si è basata la Commissione Europea nell'individuazione dei mercati rilevanti in numerosi casi, identifica tre categorie principali di *packaged software*: "*applications*", "*applications development and deployment software*" e "*system infrastructure software*", i quali a loro volta sono suddivisi in diversi segmenti e *sub-segmenti*⁴.

In particolare, la categoria principale "*applications*" si articola in vari segmenti, tra cui vi sono i due segmenti delle "*enterprise resource management applications*" e delle "*operations and manufacturing applications*". Nell'ambito delle "*enterprise resource management applications*" è possibile individuare le Financial Accounting Applications; analogamente, nell'ambito delle "*operations and manufacturing applications*" è possibile individuare il Services Operations Management.

³ Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.

⁴ Cfr. ad es. Decisione della Commissione n. COMP/M.5317 *IBM/ILOG*, del 10 novembre 2008.

Fitch Risk Management è presente, mediante Algorithmics, nei citati due *sub*-segmenti Financial Accounting Applications e Services Operations Management. IBM è attiva in uno dei citati *sub*-segmenti, e precisamente nel *sub*-segmento Services Operations Management, oltre che in altri segmenti e *sub*-segmenti del settore informatico.

Ai fini della valutazione della presente operazione non è, comunque, necessario procedere ad un'esatta definizione dei mercati merceologici rilevanti, in quanto, anche nell'ipotesi più restrittiva, l'operazione non appare idonea a modificare le condizioni di concorrenza esistenti.

I mercati geografici

IBM ritiene che in relazione ai *sub*-segmenti del settore informatico sopra individuati la dimensione geografica rilevante sia mondiale. Ciò in ragione delle seguenti considerazioni: tutti i maggiori fornitori si fanno concorrenza e distribuiscono i loro prodotti su scala mondiale; i clienti hanno esigenze e preferenze in termini di sviluppo che sono simili, se non addirittura identiche, a livello mondiale; i costi di trasporto sono del tutto marginali in rapporto al prezzo, permettendo la commercializzazione del prodotto a livello mondiale; i servizi di manutenzione ed assistenza dei *software* in esame sono generalmente offerti dal fornitore per telefono o via *internet*; non esistono importanti barriere commerciali, di carattere tariffario o non tariffario: i clienti possono ottenere senza difficoltà i prodotti in questione da numerose fonti localizzate anche a distanza dalle loro sedi.

In ogni caso, la definizione geografica dei mercati può essere lasciata aperta, in quanto, anche nell'ipotesi più restrittiva, non muterebbe la valutazione degli effetti della presente operazione.

Effetti dell'operazione

Nel *sub*-segmento Financial Accounting Applications, Algorithmics detiene quote pari allo 0,1% circa, sia a livello mondiale sia a livello di EMEA⁵, mentre IBM non è attiva.

Nel *sub*-segmento Services Operations Management, Algorithmics detiene quote pari allo 0,5% circa a livello mondiale e all'1,2% circa a livello di EMEA, mentre IBM detiene quote pari allo 0,01% circa a livello mondiale e allo 0,02% circa a livello di EMEA.

In tali mercati sono presenti numerosi e qualificati concorrenti.

In virtù di quanto considerato, si ritiene che nei mercati di riferimento l'operazione non avrà effetti pregiudizievole per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali nella struttura concorrenziale degli stessi.

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;

RITENUTO, altresì, che gli obblighi di non concorrenza intercorsi tra le Parti sono accessori alla presente operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove ne sussistano i presupposti, i suddetti patti che si realizzino oltre i limiti ivi indicati;

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.

⁵ La regione che comprende l'Europa, il Medio Oriente e l'Africa.

Il presente provvedimento verrà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

C11252 - SAS SHIPPING AGENCIES SERVICES/BLUVACANZE

Provvedimento n. 22846

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società Msc Crociere Sa, pervenuta in data 8 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Msc Crociere Sa (di seguito, Msc), è una società di diritto svizzero attiva nell'offerta di viaggi in crociera, prevalentemente nell'area del Mar Mediterraneo, attraverso una propria flotta di navi. Msc fa parte dell'omonimo gruppo presente anche nel settore del trasporto internazionale di *container*.

L'intero capitale di Msc è detenuto dalla società svizzera Mediterranean Shipping Company Holding Sa, *holding* del gruppo Msc.

Il fatturato conseguito dal gruppo Msc nell'esercizio 2010 in relazione all'attività crocieristica è stato complessivamente pari a 1,3 miliardi di euro, di cui [472-700]¹ milioni di euro e [100-472] milioni di euro per vendite realizzate rispettivamente nell'Unione europea e in Italia.

Bluvacanze S.p.A. (di seguito, Blv) è una società italiana titolare di una rete di agenzie di viaggio (gestite sia direttamente che in associazione), presenti su tutto il territorio nazionale con il marchio "Bluvacanze", rivolte a clientela privata (*leisure*). Al momento della realizzazione dell'operazione Blv, oltre a continuare a detenere l'intero capitale sociale del *tour operator* Going S.r.l., risulterà interamente proprietaria del capitale della società italiana Cisalpina Tours S.p.A. (di seguito, Csp), anch'essa attiva quale *network* di agenzie di viaggio (gestite sia direttamente che in associazione) presenti su tutto il territorio nazionale con i marchi "Vivere&Viaggiare" e "Cisalpina Tours" rivolti, rispettivamente, a clientela privata (*leisure*) e a clientela d'affari (*business*).

L'intero capitale di Blv risulta allo stato detenuto dalla società Blu Holding S.p.A. (sia direttamente che per il tramite della attuale controllata Csp), a sua volta riconducibile ad una società di *private equity* (Investitori Associati S.p.A.).

Il fatturato consolidato di Blv, Csp (considerando l'importo delle sole commissioni di vendita) e Going S.r.l., realizzato quasi interamente in Italia, è risultato pari per il 2010 a [100-472] milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

La comunicazione in esame riguarda l'acquisizione da parte di Msc, in particolare per il tramite di un'altra società del gruppo Msc (Sas Shipping Agencies Services Sàrl), del controllo di Blv (e, quindi, delle società Csp e Going S.r.l.) mediante l'acquisto di una frazione del relativo capitale sociale pari al 51%, con il rimanente 49% appannaggio della società UniCredit S.p.A..

In particolare, gli accordi di *governance* prevedono che il Consiglio di amministrazione di Blv sia composto di tre ovvero di cinque membri; in entrambi i casi, vi sarà un unico amministratore

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

nominato da UniCredit S.p.A., la quale potrà esercitare -anche in sede assembleare- soltanto i diritti di veto inerenti la tutela della propria posizione di azionista di minoranza (aumenti di capitale, modifiche statutarie).

L'operazione mira a risolvere la situazione di dissesto finanziario in cui allo stato versano Blv e Csp, evitando la procedura di liquidazione.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera b), della legge n. 287/90.

Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 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, dalle società di cui è prevista l'acquisizione è stato superiore a 47 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato del prodotto

Da un punto vista merceologico, il settore interessato dall'operazione in esame è quello turistico in cui operano le società oggetto di acquisizione.

All'interno di tale settore, è possibile distinguere tre livelli di attività². Nel primo, l'offerta proviene dalle imprese di servizi turistici attraverso l'organizzazione e la gestione di strutture ricettive, mentre la domanda è espressa da *tour operator* che realizzano pacchetti turistici comprendenti solitamente il trasporto, il soggiorno (vitto, alloggio) ed eventualmente altri servizi (intrattenimenti, escursioni, ecc) legati al godimento della vacanza. Nel secondo livello i *tour operator* rappresentano invece l'offerta, che intende rispondere alle esigenze espresse dalle agenzie di viaggio. Nel terzo livello, infine, queste ultime (lato offerta) a loro volta vendono al dettaglio i pacchetti turistici ai consumatori finali (lato domanda). Nel caso delle crociere, esse vengono di norma commercializzate direttamente attraverso agenzie di viaggio, senza il passaggio per un *tour operator*.

L'operazione in esame interessa dunque il primo e il terzo dei suddetti livelli. Da una parte, l'organizzazione e la gestione di crociere possono considerarsi non solo come parte della più ampia attività di organizzazione e gestione di strutture ricettive, ma anche come un pacchetto turistico completo offerto nella nave che trasporta i passeggeri: essa permette infatti lo svolgimento di una vacanza di tipo itinerante e quindi funziona come struttura turistico-ricettiva nella quale vengono offerte, oltre a trasporto, vitto e alloggio, possibilità di svago e servizi vari di animazione e intrattenimento. A questo livello, le crociere possono costituire uno specifico mercato del prodotto (in quanto strutturalmente diverse da altre tipologie di vacanza³) ovvero rientrare in un mercato più ampio, comprendente ad esempio anche i prodotti offerti da altri operatori turistici. Tuttavia, date le caratteristiche dell'operazione in esame, la questione può essere lasciata aperta.

L'altro livello interessato è quello cosiddetto dei servizi turistici di agenzia (la distribuzione di servizi turistici al consumatore finale viene infatti effettuata, per lo più, attraverso il canale delle

² Cfr. provv. n. 21516 del 28 agosto 2010, C10709 - *Usgoal/Edreams Enterprises*, in Boll. n. 33/10 e provv. n. 17697 del 5 dicembre 2007, C8954 - *Apollo Management Vi/Regent Seven Seas Cruises*, in Boll. n. 46/07.

³ Si tratta infatti di un viaggio di più notti a bordo di una nave, specificamente attrezzata anche per particolari esperienze di intrattenimento, svago e convivialità, intrapreso a fini di vacanza (*leisure*) per raggiungere varie località di interesse turistico.

agenzie di viaggio). I servizi turistici di agenzia consistono nella consulenza al consumatore finale per l'effettuazione di viaggi, nella prenotazione di soggiorni presso strutture ricettive (o navi da crociera), nella biglietteria relativa ai diversi mezzi di trasporto utilizzabili, nella distribuzione al dettaglio di pacchetti turistici (o di viaggi in crociera) e in altri servizi turistici connessi. Il livello in esame può essere eventualmente distinto nei segmenti della clientela affari (*business*) e della clientela privata (*leisure*); nel primo caso, vengono soddisfatti i bisogni delle imprese in relazione alle missioni di *manager* e dipendenti secondo i relativi *budget* e piani aziendali; nel secondo caso, i servizi turistici di agenzia vengono rivolti a persone che viaggiano per turismo, vacanza o necessità personali. E' poi possibile effettuare una ulteriore distinzione a seconda delle modalità di vendita utilizzate (canale *on line* attraverso *internet* o canale tradizionale attraverso i punti vendita fisici delle agenzie turistiche). Ad ogni modo, nel caso di specie non è necessario considerare la eventuale rilevanza di tali possibili segmentazioni, atteso che la valutazione viene condotta in ipotesi ristrette.

Il mercato geografico

Anche l'esatta delimitazione del contesto geografico di riferimento dell'offerta di crociere non appare necessaria; al riguardo, può essere sufficiente osservare la rilevanza dell'ambito nazionale in cui tali servizi vengono forniti. Ciò in considerazione del fatto che gli operatori attivi nei vari Paesi sono spesso differenti, che si verifica un adattamento alle esigenze dei consumatori nazionali (ad esempio per quel che riguarda le località di partenza delle crociere e la caratterizzazione linguistica dei servizi offerti) e che le campagne pubblicitarie e le reti di distribuzione sono di rilievo nazionale. Ciononostante, i diversi ambiti geografici nazionali non possono essere considerati totalmente separati, in quanto potrebbero non sussistere barriere tali da impedire a operatori nazionali di estendere la propria attività anche ad altri Paesi senza necessariamente ivi disporre di particolari strutture. Ad ogni modo, nel caso di specie la valutazione viene condotta nel più ristretto ambito nazionale.

Per quanto riguarda la rilevanza geografica dei servizi turistici di agenzia, il relativo mercato può essere ritenuto tendenzialmente locale con riferimento al segmento *leisure*, poiché il grado di sostituibilità tra agenzie localizzate in aree diverse è limitato dalla disponibilità del consumatore a spostarsi sul territorio per l'acquisto dei relativi servizi; si è comunque in presenza di un certo grado di evoluzione dell'offerta di servizi di agenzia⁴ tale da ritenere ragionevole ampliarne l'ambito geografico di riferimento. Ad ogni modo, nel caso di specie non è necessario addivenire ad una esatta definizione geografica.

Effetti dell'operazione

Nell'ipotesi più restrittiva che le crociere costituiscano un distinto ambito merceologico, l'operazione in esame non dà luogo a sovrapposizioni orizzontali tra le attività del gruppo acquirente (produzione di crociere) e quelle delle società oggetto di acquisizione (servizi di agenzia di viaggio e *tour operating*). Ad ogni modo, anche qualora si considerasse invece l'offerta di Msc in concorrenza con le diverse proposte di pacchetti turistici dei *tour operator*, la quota congiunta di Msc e della società Going sarebbe, in ambito nazionale e secondo stime delle parti, [0-15%].

Quanto agli effetti di natura verticale, essi si realizzano con riferimento al segmento *leisure*⁵ dove, tuttavia, appaiono non particolarmente problematici da un punto di vista concorrenziale.

⁴ In particolare, in relazione alla diffusione e allo sviluppo di *network* di agenzie, su scala regionale e/o nazionale, e alla crescente rilevanza delle vendite tramite canali non tradizionali (rete *internet*, telefonate ai *call center*).

⁵ I casi di organizzazione di crociere ad uso specificamente d'affari risultano, anche nell'esperienza della stessa Msc,

Da un lato, infatti, il mercato a valle dei servizi turistici di agenzia risulta frammentato (e senza particolari barriere all'ingresso), con un elevato numero di punti vendita distribuiti sul territorio nazionale rispetto ai quali i *network* di Blv e Csp rappresentano appena il [5-10%] del totale, con una quota ad essi attribuibile all'incirca pari al [5-15%] in termini sia di valore che di volume delle vendite (ad un livello simile si situano i tre principali *network* nazionali concorrenti, ossia BravoNet, Uvet e Welcome Travel)⁶. Oltre alla rilevanza dei canali alternativi di vendita (rete *internet* e *call center*), una eventuale chiusura degli sbocchi commerciali ai concorrenti a monte comporterebbe effetti negativi in termini di clientela finale, interessata piuttosto ad un'offerta completa di crociere e altri pacchetti turistici. Peraltro, le crociere rappresentano in generale una parte marginale del fatturato delle agenzie (anche di Blv e Csp), che quindi risulterebbero penalizzate nel focalizzarsi esclusivamente su di un determinato tipo di prodotto (crociere e in particolare crociere Msc).

Dall'altro lato, il pur rilevante peso di Msc con riferimento al mercato a monte delle crociere⁷ ([35-40%] in ambito nazionale) è comunque inferiore a quello del principale operatore del settore (Costa Crociere del gruppo Carnival con il [55-60%] circa; altri operatori attestati su livelli inferiori sono Louis Cruises e Royal Caribbean). Di conseguenza, oltre alla rilevanza degli altri prodotti turistici distribuiti dalle agenzie di viaggio (pacchetti vacanza proposti dalla generalità dei *tour operator*), una eventuale chiusura degli approvvigionamenti per i concorrenti a valle comporterebbe effetti negativi per la stessa Msc in termini di ridotta capacità distributiva dei propri prodotti (allo stato venduti per il tramite delle reti Blv e Csp in una percentuale soltanto marginale).

Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare idonea a modificare significativamente le dinamiche concorrenziali nei mercati rilevanti.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei 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.

assolutamente poco frequenti; peraltro, Msc e UniCredit S.p.A. risultano aver già regolato gli effetti di una prospettata cessione del ramo business di Csp ad un soggetto terzo da individuare.

⁶ Anche considerando una disaggregazione a livello regionale, il peso di Blv e Csp in termini di numero di agenzie rimane in generale contenuto. Ciò si verifica anche nelle regioni (Lombardia e Piemonte-Valle d'Aosta) in cui si registra il maggior numero di loro punti vendita: in questi casi la loro incidenza non supera infatti il [10-15%].

⁷ In questo caso barriere all'entrata sussistono in relazione al costo per l'acquisto delle navi; tali barriere possono tuttavia essere ridimensionate ricorrendo al noleggio, all'acquisto di imbarcazioni usate e/o alla riqualificazione di navi impiegate per altri scopi.

Il presente provvedimento verrà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS870 - COMUNE DI VENTIMIGLIA (IM) - LIMITE DI OPERATIVITA' RICHIESTO PER LE SOCIETA' STRUMENTALI

Roma, 24 gennaio 2011

Comune di Ventimiglia
Sindaco

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesto Comune, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente alla portata della previsione di cui all'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, l'Autorità esprime le seguenti considerazioni.

Premesso che l'art. 22 della legge n. 10 ottobre 1990, n. 287, attribuisce all'Autorità il potere di rendere pareri su *“problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato”* (art. 22, comma 1), appare utile richiamare quanto recentemente osservato sul punto dal Consiglio di Stato, secondo il quale, ai sensi dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, l'imposizione di un «oggetto sociale esclusivo», non va intesa come divieto delle società c.d. *multi-utilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro (C. Stato, Sez. V, 07-07-2009, n. 4346¹).

I giudici amministrativi, pertanto, appaiono avallare l'interpretazione della norma che preferisce circoscrivere il vincolo di esclusività non all'attività affidata alla società *in house* quanto, invece, ai soggetti pubblici beneficiari delle attività strumentali.

Dal punto di vista concorrenziale, tale interpretazione risulta, peraltro, essere l'unica in linea con quanto evidenziato dalla Corte di Giustizia a proposito dei requisiti che giustificano il ricorso all'*in house*². Gli elementi necessari per il regolare svolgimento della procedura di affidamento *in house* sono, come noto, il c.d. “controllo analogo” e “l'attività prevalente”. Sul primo profilo, come noto, la giurisprudenza comunitaria ha coniato, in quest'ambito, il concetto di “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”. Il “controllo analogo”, pur essendo necessario per qualificare

¹ Più di recente, il consiglio di Stato, nello stesso solco, ha evidenziato che *“l'enunciato dell'art. 13 d.l. n. 223/2006 rende evidente che la limitazione della legittimazione negoziale delle società strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tali attività; la qualificazione differenziale tra attività strumentali e gestione di servizi pubblici deve essere invece riferita non all'oggetto della gara, bensì invece all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa”* (C. Stato, sez. V, 22-03-2010, n. 1651).

Coerentemente, si vedano anche C. Stato, sez. VI, 15-05-2009, n. 3001, C. Stato, sez. VI, 16-01-2009, n. 215, C. Stato, sez. VI, 15-05-2009, n. 3001 e C. Stato, sez. V, 25-08-2008, n. 4080.

² Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, nel procedimento C-107/98 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal S.r.l. e Comune di Viano,

l'impresa come un braccio operativo della amministrazione, non è, tuttavia, sufficiente ad impedire le possibili distorsioni della concorrenza. A tal fine, è stato introdotto il principio della "attività prevalente" in base al quale il soggetto affidatario deve svolgere la parte più importante della propria attività con l'ente che ne detiene il capitale sociale.

L'Autorità resta in attesa di conoscere, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, le iniziative adottate in relazione alle problematiche sopra evidenziate.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

AS871 - LIMITI MINIMI ALLA CHIUSURA ESTIVA DELLE FARMACIE

Roma, 1 settembre 2011

All'Assessorato alla Promozione dei Servizi Sociali e
della Salute di Roma Capitale
Azienda Sanitaria Locale Roma A
Azienda Sanitaria Locale Roma B
Azienda Sanitaria Locale Roma C
Azienda Sanitaria Locale Roma D
Azienda Sanitaria Locale Roma E
Ordine dei Farmacisti di Roma e Provincia
Associazione Sindacale dei Farmacisti Titolari di Roma
e Provincia

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, Autorità), nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n.287, nella sua adunanza del 25 agosto 2011, ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti osservazioni in ordine alla definizione, da parte degli enti in indirizzo, del limite minimo di chiusura estiva che deve essere osservato dalle farmacie operanti nel Comune di Roma per l'anno 2011.

L'Autorità è venuta a conoscenza del fatto che, nell'ambito di una Conferenza di Servizi tenutasi in data 16 febbraio 2011, sarebbe stato consentito in via sperimentale di ridurre il periodo feriale estivo da 21 a 14 giorni alle farmacie che ne facciano richiesta, purché poste all'interno della ZTL o all'esterno del GRA.

Nelle segnalazioni *Regolamentazione orari e turni delle farmacie* (AS194 in Boll. n. 7/2000) e *Vincoli relativi all'orario di apertura degli esercizi farmaceutici* (AS381 in Boll. n. 3/2007), l'Autorità aveva già auspicato una revisione delle normative regionali che, pur mantenendo gli esistenti obblighi di apertura minima, eliminasse i limiti e le distorsioni della concorrenza derivanti *inter alia* dalla fissazione di limiti minimi di ferie annuali: la possibilità di prestare servizio al di là di tali limiti consentirebbe infatti agli operatori del settore di articolare la propria offerta anche in termini di apertura al pubblico, rendendola più congeniale alle esigenze dei consumatori ed evitando così che il bacino d'utenza di ciascuna farmacia venga a cristallizzarsi artificialmente. Peraltro, l'ingresso sul mercato di nuovi operatori per effetto dell'art. 5 della l. 248/2006 (che consente la vendita di farmaci da banco da parte di esercizi commerciali diversi dalle farmacie), rende ancora più pressante la necessità per queste ultime di disporre di una maggiore libertà nel compimento delle proprie scelte commerciali.

In quest'ottica, va certamente valutato positivamente il tentativo di procedere ad una parziale "liberalizzazione" del periodo di chiusura, seppur limitatamente a zone circoscritte della città;

occorre però rilevare che, proprio in ragione degli evidenti benefici che consumatori ed operatori del settore trarrebbero da una maggiore flessibilità in termini di chiusura estiva, non sussiste alcuna ragione perché questa venga concessa solo alle farmacie situate in specifiche zone della città.

L'Autorità, pertanto, auspica che per il futuro gli enti in indirizzo vogliano tener conto, ogni qualvolta si trovino a definire i tempi e le modalità di chiusura estiva della farmacie, dei principi concorrenziali sopra enunciati.

L'Autorità resta in attesa di conoscere, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, le iniziative adottate in relazione alle problematiche sopra evidenziate.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, Legge 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

AS872 - MECCANISMO DI RIPARTIZIONE DEL COSTO NETTO DEL SERVIZIO UNIVERSALE PER GLI ANNI 1999-2000-2002-2003

Roma, 1 agosto 2011

Presidente dell'Autorità per le
Garanzie nelle Comunicazioni

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da parte di codesta Autorità, pervenuta in data 14 luglio 2011, in merito agli schemi di provvedimento concernenti *‘Rinnovazione del procedimento relativo all’applicabilità del meccanismo di ripartizione del costo netto del servizio universale’* per gli anni 1999, 2000, 2002, 2003, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell’art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, intende svolgere le seguenti considerazioni.

Gli schemi di provvedimento in esame concludono i procedimenti istruttori volti a definire le condizioni di applicazione del meccanismo di ripartizione del costo del servizio universale per gli anni di riferimento, determinando le quote di competenza degli operatori coinvolti.

In proposito si osserva che la *ratio* delle disposizioni in materia di ripartizione dei costi netti del servizio universale temporalmente applicabili ad ogni anno di riferimento scaturisce dalla relazione di interdipendenza fra il prestatore del servizio universale e gli altri fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica. La sussistenza di un sufficiente grado di interdipendenza tra gli operatori, nella misura in cui concorre a ridurre la possibilità per il fornitore del servizio universale di recuperare i relativi costi, sostanzia infatti la qualificazione come “iniquo” o “ingiustificato” dell’onere ricadente sul prestatore del servizio universale, e giustifica la definizione di un meccanismo che lo ripartisca tra tutti gli operatori, in funzione del grado di utilizzo della rete pubblica commutata per fornire la generalità dei servizi di telecomunicazioni.

Nella pratica, alla luce delle indicazioni rinvenibili nel vigente quadro normativo e regolamentare, di origine nazionale e comunitaria, la valutazione di tale relazione di interdipendenza si traduce in un’analisi del grado di sostituibilità esistente tra i servizi prestati dal soggetto incaricato di fornire il servizio universale e quelli forniti dai potenziali contribuenti ai relativi oneri.

Alla luce della *ratio* della normativa, si ritiene che tale analisi non vada effettuata nell’ottica della definizione di un mercato rilevante, bensì in quella di analizzare le condizioni del mercato al fine di valutare l’esistenza di un grado di sostituibilità tra i predetti servizi tale da giustificare la partecipazione di tutti i relativi prestatori agli oneri del servizio universale.

Come ripetutamente evidenziato dal Consiglio di Stato, la suddetta analisi deve essere effettuata verificando “[i] comportamenti degli utenti di telefonia, [la] convenienza economica delle offerte, [l’]evoluzione tecnologica dei prodotti”, onde appurare se “domanda ed offerta dei due servizi di telefonia” “si contrappongono in condizione di sostituibilità e concorrenzialità” (cfr. ad esempio sentenza n. 535/2010 e sentenza n. 243/2010).

Nella fattispecie, si rileva che l’analisi condotta da codesta Autorità è incentrata, per ogni anno preso in considerazione, proprio sui suddetti elementi. Nel merito, inoltre, si ritiene che tale analisi

sia completa e assistita da un esauriente apparato motivazionale, pervenendo a conclusioni sostanzialmente condivisibili.

In particolare, dall'esame degli elementi presi in considerazione, codesta Autorità ha correttamente dedotto l'esistenza di un sufficiente grado di sostituibilità tra il servizio di telefonia in postazione fissa e quello in postazione mobile, sia dal lato della domanda sia da quello dell'offerta. In particolare, sembrano al riguardo assumere un rilievo decisivo le valutazioni svolte circa i *trend* del traffico su rete fissa (e, in particolare, del traffico fisso-mobile), il tasso di ripartizione della spesa degli utenti tra servizi di telefonia fissa e mobile.

In conclusione, quindi, l'Autorità ritiene di condividere le valutazioni svolte e le conclusioni raggiunte da codesta Autorità circa le condizioni di applicazione del meccanismo di ripartizione dei costi netti del servizio universale per gli anni 1999, 2000, 2002, 2003.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro 30 giorni dal ricevimento del presente, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS6145 - NESTLÈ MIO POLPA DI FRUTTA-MANCATO SCONTO

Provvedimento n. 22805

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 22 settembre 2011

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*”, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*”, adottato con delibera dell’Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTA la comunicazione, pervenuta in data 4 luglio 2011, con la quale la società Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia S.r.l. ha presentato impegni ai sensi dell’art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell’art. 8 del Regolamento;

VISTI gli atti del procedimento;

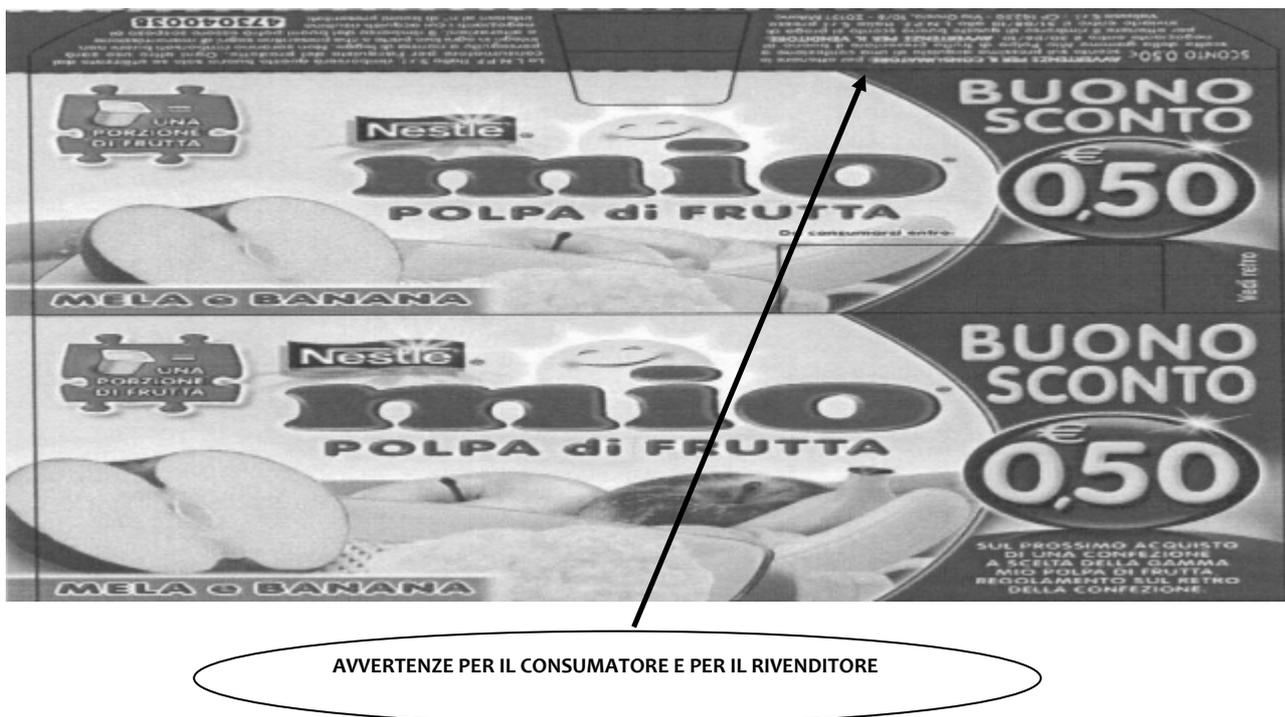
I. LA PARTE

1. Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia S.r.l. (di seguito, anche “LNPF”), in qualità di professionista ai sensi dell’art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società, con sede legale in Melzo (Milano), opera nel settore lattiero-caseario. Il bilancio della società, relativo all’esercizio chiuso al 31 dicembre 2010, presenta ricavi per 110,7 milioni di euro ed una perdita di esercizio pari a circa 9 milioni di euro.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

2. Il procedimento concerne la pratica commerciale posta in essere dal professionista, con riferimento alla campagna promozionale relativa al prodotto “*Mio Polpa di Frutta*” Nestlé, diffusa dal 5 aprile al 30 giugno 2010, consistente nel mancato riconoscimento, da parte di alcuni esercenti e supermercati, del buono sconto di 0,50 euro rinvenibile sulle confezioni del prodotto ed utilizzabile per un successivo acquisto di una confezione a scelta della gamma Mio Polpa di Frutta Nestlé.

3. In particolare, sulla confezione del prodotto risultano presenti alcune avvertenze per il consumatore e per il venditore, di seguito riportate: “*AVVERTENZE PER IL CONSUMATORE: per ottenere lo sconto sul prossimo acquisto di una confezione a scelta della gamma Mio Polpa di frutta presentare il buono al negoziante entro il 30/06/10. AVVERTENZE PER IL VENDITORE: per ottenere il rimborso di questo buono si prega di inviarlo entro il 31/08/10 alla L.N.P.F. Italia S.r.l. presso [...]. La L.N.P.F. Italia S.r.l. rimborserà questo buono solo se utilizzato dal consumatore per l’acquisto del prodotto [...]. Non saranno rimborsati buoni non integri in ogni loro parte o che presentino segni di manomissione o alterazioni [...]*” (vedi immagine seguente).



AVVERTENZE PER IL CONSUMATORE E PER IL RIVENDITORE

4. Tale modalità promozionale con la formula del buono sconto sul riacquisto è stata (e viene tuttora) adottata dal professionista che si avvale della rete di vendita. Questa, secondo usi consolidati nella prassi commerciale, aderisce ai meccanismi della promozione sulla base di comportamenti concludenti, rappresentati dall'accettazione della merce presso i rispettivi punti vendita.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO: LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI

1) *L'iter del procedimento*

5. Sulla base di una segnalazione pervenuta il 14 giugno 2010 da parte di un consumatore e alla luce delle informazioni acquisite da LNPF ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo¹, in data 8 giugno 2011 è stato comunicato al professionista l'avvio del procedimento istruttorio n. PS6145. In tale sede è stato ipotizzato che la condotta di LNPF fosse suscettibile di integrare una violazione degli articoli 20 e 21, comma 1, lettera *d*), del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

6. In data 4 luglio 2011 il professionista ha dato riscontro alla richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio del procedimento², presentando, al contempo, formali impegni ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 8 del Regolamento.

7. In data 27 luglio 2011 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria, fissata al 16 agosto 2011, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

¹ In data 13 gennaio 2011 LNPF ha risposto alla richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità il 26 gennaio 2011, integrandola con successiva nota del 17 febbraio 2011.

² Contestualmente alla comunicazione di avvio, è stato chiesto al professionista, ai sensi dell'art. 27, commi 3 e 4, del Codice del Consumo e dell'art. 12, comma 1, del Regolamento, di fornire informazioni circa: i) i costi delle campagne pubblicitarie; ii) numero e localizzazione dei rivenditori che hanno aderito all'iniziativa, indicandone la quota sul totale dei

2) Gli elementi acquisiti e gli impegni del professionista

8. Con la citata nota del 4 luglio 2011 il professionista ha, da un lato, documentato di aver già provveduto a modificare la formulazione del buono sconto presente sulla confezione dei prodotti distribuiti nell'ambito delle promozioni programmate per l'anno in corso (2011) inserendo la frase "I buoni non sono cumulabili con altri stessi buoni, altre promozioni o altri diritti. Sconto valido nei punti vendita che aderiscono all'iniziativa"³, dall'altro ha presentato una proposta di impegni, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 8 del Regolamento.

9. In particolare, tali impegni prevedono l'adozione delle seguenti misure: "1) LNPF si impegna affinché su tutti i buoni sconto adesivi applicati sulle confezioni ovvero sulle confezioni stesse (quando non vi sia un buono adesivo) dei prodotti interessati a campagne promozionali attuate con la formula del buono sconto sul riacquisto, nonché su tutti i relativi materiali promozionali, sia riportata la seguente dicitura: "I buoni non sono cumulabili con altri stessi buoni, altre promozioni od altri diritti. Sconto valido nei punti vendita che aderiscono all'iniziativa. Per ogni informazione contatta il numero verde 800 - 434434 (o altro numero se fosse variato)".

Il professionista ha allegato il seguente esempio di buono sconto adesivo (in modalità fronte/retro) conforme all'impegno proposto:



rivenditori dei prodotti del professionista; iii) prezzo di vendita al pubblico di ogni singolo prodotto oggetto delle campagne promozionali effettuate con la formula del buono sconto sul riacquisto.

³ In particolare, LNPF ha modificato la dicitura dell'adesivo recante il buono sconto riconosciuto sugli acquisti futuri di alcuni prodotti della propria gamma, sia per la campagna di marzo che per quella di luglio 2011. Su tutte le confezioni è sempre presente in evidenza il numero verde del Servizio Consumatori.



2) LNPF si impegna ad utilizzare la nuova dicitura per tutte le promozioni che saranno attuate dopo la notifica del provvedimento di chiusura del procedimento; 3) LNPF si impegna inoltre a riconoscere ai consumatori che hanno segnalato o dovessero in futuro segnalare, in relazione alle iniziative già poste in essere e ancora in corso⁴, il mancato riconoscimento dello sconto, l'invio di prodotti omaggio corredati di buoni sconto di valore corrispondente. A tale fine LNPF contatterà direttamente i consumatori che hanno già lasciato il loro recapito agli operatori del Servizio Consumatori e qualora in futuro ricevesse nuove segnalazioni li informerà di questa forma di ristoro direttamente tramite il Numero Verde”.

IV. VALUTAZIONE DEGLI IMPEGNI

10. L'Autorità ritiene che gli impegni proposti dal professionista siano idonei a sanare i possibili profili di illegittimità della pratica commerciale contestati nella comunicazione di avvio del 8 giugno 2011.

11. In particolare, si evidenzia che l'istruttoria avviata nei confronti di LNPF muoveva dall'assunto in base al quale un professionista che realizzi una iniziativa promozionale volta a incentivare l'acquisto di un determinato prodotto debba sempre essere in grado di garantirne l'effettiva applicazione ai consumatori, anche quando l'applicazione dello sconto promesso (riduzione di prezzo di x euro sul riacquisto di un prodotto della stessa gamma), riportata direttamente sulla confezione dei prodotti in vendita, dipenda dall'adesione all'iniziativa di rivenditori terzi.

12. Nel caso di specie, le misure già adottate e gli impegni proposti da LNPF, così come sopra illustrati, appaiono in grado di risolvere il problema alla radice in quanto adeguatamente indirizzati a rimuovere gli aspetti controversi della pratica, assicurando ai consumatori una piena applicazione della promozione.

13. In primo luogo, dal punto di vista delle informazioni rese al consumatore, il professionista ha già provveduto, per alcune delle promozioni poste in essere nel 2011, a modificare le diciture

⁴ Con riferimento all'anno 2010, LNPF ha effettuato campagne promozionali con la formula del buono sconto sul riacquisto per i seguenti prodotti: • LC1 (gennaio - marzo 2010); • Mio Yogurt (aprile 2010); • Mio polpa di frutta (aprile - maggio 2010); • Fruttolo Misto 6 X 50 g (luglio 2010); • Fruttolo Misto 6 X 50 g (settembre 2010); • Mio Yogurt (settembre 2010). Per quanto riguarda l'anno 2011, le campagne promozionali concluse o in corso sono le seguenti: • LC1 (febbraio 2011); • Mio Yogurt (marzo - aprile 2011); • Fruttolo Misto 6 X 50 g (marzo 2011); • Fruttolo Mono 4 X 50 g (marzo 2011); • Mio Yogurt (maggio - giugno 2011); • Yogurt alla greca (maggio - luglio 2011); • Fruttolo Misto 6 X 50 g (giugno - luglio 2011); • Fruttolo Mono 4 X 50 g (giugno - luglio 2011).

presenti sui buoni sconto adesivi o direttamente sulle confezioni, specificando, all'interno delle *AVVERTENZE PER IL CONSUMATORE*, che *lo Sconto (è) valido nei punti vendita che aderiscono all'iniziativa*; inoltre, si è impegnato a non limitare tale modifica alla sola campagna oggetto di segnalazione (*Mio Polpa di Frutta*) ma a tutte le campagne pubblicitarie realizzate con la formula del buono sconto sul riacquisto ed a tutto il relativo materiale pubblicitario.

14. Tale misura appare idonea ad informare il consumatore, prima che questi effettui la propria scelta di acquisto, della necessità di verificare l'effettiva applicazione dell'offerta presso il punto vendita del prodotto, così da decidere in piena consapevolezza se procedere o meno all'acquisto del prodotto stesso.

15. In secondo luogo, va poi evidenziato che il professionista si è impegnato, a differenza di quanto avveniva in precedenza, a riorientare comunque il consumatore che segnali (o che abbia già segnalato), attraverso un numero verde all'uopo predisposto, il mancato riconoscimento del buono sconto, inviandogli prodotti in omaggio corredati da ulteriori buoni sconto di valore corrispondente. In tal modo, la buona riuscita della promozione verso il consumatore appare garantita direttamente dal suo promotore, superando così le incertezze derivanti dall'eventuale rifiuto opposto dal rivenditore al consumatore al momento dell'acquisto del prodotto a dare applicazione alla promozione concedendo lo sconto promesso.

16. Pertanto, gli impegni formulati appaiono idonei a modificare sostanzialmente la pratica commerciale del professionista in quanto conducono ad una maggiore chiarezza informativa sul meccanismo di funzionamento di questa specifica tipologia di promozione, parallelamente ad un effettivo e tempestivo intervento a garanzia della piena fruizione della promozione stessa da parte del consumatore.

17. Essi inoltre riguardano tutte le promozioni della medesima tipologia che il professionista intenderà svolgere, riferiti quindi ad una pluralità di prodotti più ampia rispetto al prodotto *Mio Polpa di Frutta* da cui ha preso origine il presente procedimento.

18. Infine, i citati impegni risultano idonei a compensare gli effetti pregiudizievoli sopportati dai consumatori con riferimento alle campagne promozionali già concluse.

19. Alla luce di quanto esposto, si ritiene che gli impegni presentati soddisfino i requisiti previsti dall'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo.

RITENUTO, pertanto, che gli impegni presentati dalla società Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia S.r.l., nei termini sopra esposti, siano idonei a far venir meno i possibili profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di istruttoria;

RITENUTO, inoltre, di disporre l'obbligatorietà dei suddetti impegni nei confronti della società Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia S.r.l.;

RITENUTO, pertanto, di poter chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione;

DELIBERA

a) di rendere obbligatori, nei confronti della società Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia S.r.l., ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 2, lettera a), del Regolamento, gli impegni dalla stessa società proposti, in data 4 luglio 2011, nei termini sopra descritti;

b) di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 2, lettera a), del Regolamento;

c) che la società Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia S.r.l., entro sessanta giorni dalla data di notifica della presente delibera, informi l'Autorità delle modalità di attuazione degli impegni.

Ai sensi dell'articolo 8, comma 3, del Regolamento, il procedimento potrà essere riaperto d'ufficio, laddove:

- a) il professionista non dia attuazione agli impegni;
- b) si modifichi la situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fonda la decisione;
- c) la decisione di accettazione di impegni si fondi su informazioni trasmesse dalle parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

IP80 - IMP-RICHIESTA PAGAMENTO NON DOVUTO

Provvedimento n. 22828

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, *Codice del Consumo*);

VISTO, in particolare, l'articolo 27, comma 12, del *Codice del Consumo*, in base al quale, in caso di inottemperanza ai provvedimenti di urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la propria delibera n. 20908 del 18 marzo 2010 (caso PS1028), con la quale l'Autorità ha accertato la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere dalla società International Masters Publishers S.r.l. (di seguito anche "IMP"), nel periodo agosto 2007-marzo 2010, con riferimento alle modalità di acquisizione del consenso per la stipula di un "contratto/abbonamento", all'aggressività per gli invii di materiale editoriale non richiesto, nonché all'omesso riscontro alle richieste di disdetta effettuate dai consumatori;

VISTA la propria delibera n. 22364, del 4 maggio 2011, con la quale l'Autorità ha contestato alla società International Masters Publishers S.r.l. la violazione di cui all'articolo 27, comma 12 del *Codice del Consumo* per non aver ottemperato alla delibera n. 20908 del 18 marzo 2010;

VISTA la richiesta di proroga del termine di conclusione del procedimento pervenuta in data 9 settembre 2011;

VISTA la propria delibera del 14 settembre 2011, con la quale l'Autorità ha prorogato al 30 settembre 2011 il termine di conclusione del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Con provvedimento n. 20908 del 18 marzo 2010 (provvedimento notificato all'operatore in data 1° aprile 2010), al termine del procedimento istruttorio PS1028, l'Autorità ha deliberato la scorrettezza della condotta posta in essere da IMP, consistente:

- a) nel non avere indicato - nei diversi strumenti utilizzati per la promozione delle proprie iniziative editoriali - con sufficiente trasparenza e chiarezza che compilando il modulo al fine di ottenere gratuitamente il primo numero di una data collezione ed il relativo omaggio, si attivava un abbonamento a tale prodotto editoriale, né specificato le modalità con le quali esercitare il diritto di recesso;
- b) nell'aver inviato ai consumatori pubblicazioni non richieste, senza poi dare seguito alle specifiche e ripetute comunicazioni di disdetta inviate dai consumatori stessi e pretendendo, anche nei casi di ordini contestati, il pagamento del relativo corrispettivo.

2. Nel provvedimento deliberato dall'Autorità il comportamento di IMP è stato considerato scorretto sotto il duplice profilo dell'ingannevolezza e dell'aggressività, in violazione degli articoli 21, 22, 24, 25, lettera d), e 26, lettera f), del Codice del Consumo. Pertanto, alla società IMP è stata comminata una sanzione di 70.000 euro.

3. Con richieste di intervento successivamente pervenute (tra il dicembre 2010 e il febbraio 2011¹) numerosi consumatori hanno segnalato la reiterazione della pratica commerciale oggetto del provvedimento sopra citato; in particolare, nelle segnalazioni pervenute, si lamenta la diffusione di materiale promozionale contenente indicazioni oscure e poco trasparenti sulle modalità di attivazione degli abbonamenti ai prodotti editoriali del professionista, il continuo invio di solleciti di pagamento a seguito della ricezione di materiale editoriale non richiesto e il mancato riscontro alle comunicazioni di disdetta. Ulteriori segnalazioni sono pervenute nei mesi di marzo e aprile 2011.

4. Con comunicazione del 24 febbraio 2011, sono state richieste informazioni alla società IMP. In particolare, alla società è stato richiesto, per ogni singolo segnalante, di fornire copia dei contratti o di ogni altra documentazione da cui risultasse espressa la volontà di aderire all'offerta editoriale promossa dalla società.

5. Con comunicazione pervenuta in data 18 marzo 2011², per quanto riguarda le segnalazioni pervenute all'Autorità nel periodo dicembre 2010-febbraio 2011 e relative ad offerte promosse successivamente alla notifica della delibera n. 20908 del 18 marzo 2010, IMP ha risposto che tutti i clienti indicati nella richiesta di informazioni avevano aderito all'offerta inviando lo specifico *coupon* oppure avevano aderito a specifiche offerte formulate tramite la campagna di *Telemarketing*. In particolare, IMP ha dichiarato che: *i)* nel caso di uno dei segnalanti indicati nella richiesta di informazioni, aveva ricevuto il *coupon* firmato (di cui allega copia); *ii)* nel caso degli altri segnalanti, IMP ha dichiarato di averli contattati telefonicamente, ottenendo il consenso all'invio del "Pacco regalo".

6. A completamento della risposta, IMP ha prodotto documentazione relativa alle promozioni via *Direct Mailing* (allegando il *fac-simile* delle buste con "Buono d'ordine con regalo" utilizzate dalla società per tre collezioni editoriali) e alle campagne via *Telemarketing* (allegando i test degli *script* utilizzati in tali campagne).

7. Come risulta da tale documentazione, per quanto riguarda il *Direct Mailing*, la società ha introdotto *coupon* qualificati, sul frontespizio, come "*Buono d'ordine con regalo*", che riportano sul *recto* la richiesta di adesione del destinatario alla ricezione di un omaggio con espressioni quali "*Sì, accetto l'offerta speciale. Riceverò il mio Pacchetto di Benvenuto per soli 1,95 €, come contributo alle spese di spedizione. In seguito riceverò una nuova spedizione ...ogni 3/4 settimane circa*" seguita dall'indicazione del costo di ciascuna spedizione, oltre che dall'affermazione "*Sono a conoscenza delle condizioni riportate sul retro di questo Buono d'Ordine*". Sul fondo dei *coupon* è riportata, a caratteri di maggiori dimensioni e con colori più accesi rispetto al resto del testo, la frase: "*risponda subito: il pacco Regalo di Benvenuto è suo GRATIS*!*". A differenza della versione analizzata nell'ambito del procedimento PS1028, nella versione del *coupon* diffusa dopo la delibera dell'Autorità del 2010 è richiesta la firma del *coupon* prima del suo inoltro a IMP.

8. Sul retro dei *coupon* vi è una sezione intitolata, a seconda della collezione, "*Come ordinare le schede di <Nome della Collezione>*", nella quale è ancora illustrata, a caratteri abbastanza ridotti,

¹ Tali segnalazioni si riferiscono a offerte promozionali realizzate dalla società IMP successivamente alla notifica del provvedimento n. 20908 del 18 marzo 2010 (cfr. tra gli altri, doc. nn. 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10, 12).

² Cfr. doc. n. 20.

la “procedura” che il consumatore deve seguire per ricevere il “Pacco di Benvenuto”. In particolare:

- al punto 1) sono illustrate le spiegazioni per ricevere il “Pacco di Benvenuto” contenente il primo numero della collezione. Al consumatore è indicata la necessità, per ricevere il suddetto pacco, di spedire il *coupon* “Buono d’Ordine con Regalo” compilato, utilizzando la busta allegata, nonché la possibilità, qualora il *coupon* venga rispedito entro 10 giorni dal ricevimento del messaggio, di ricevere ulteriori omaggi;

- al punto 2) è precisato “*dopo aver esaminato il suo Pacco... se non desidera ricevere altri invii ... le basterà comunicarcelo entro 10 giorni e noi provvederemo immediatamente a bloccare ogni invio successivo*”. Non sono tuttavia illustrate le modalità con cui è possibile effettuare la comunicazione di recesso, né è riportato contestualmente l’indirizzo postale a cui inviare tale comunicazione con raccomandata A/R;

- al punto 3), è indicato che ogni 3/4 settimane verranno inviate 12 nuove schede della collezione prescelta che il consumatore potrà esaminare gratuitamente per 10 giorni. Si precisa, poi, che “*se vorrà trattenerle pagherà solo <prezzo prodotto> € (+ 1,95 € come contributo per le spese di spedizione)*”. Sono riportate, inoltre, le indicazioni su come effettuare la disdetta una volta iniziata la collezione “*Lei non ha alcun obbligo di collezionare un numero minimo di schede ...e ha la libertà di interrompere i successivi invii in qualsiasi momento, senza spese né spiegazioni. Le basterà contattare il Servizio Clienti, da lunedì a venerdì, dalle 9.00 alle 18.00 ai seguenti numeri: 02... - fax 02...oppure scrivere a Servizio Clienti ...*”. Seguono l’informativa sul trattamento dei dati personali e il consenso al loro trattamento da parte di IMP.

9. Inoltre, dall’analisi della documentazione inviata dal professionista, risulta che, per le promozioni via *Telemarketing*, lo *script* utilizzato³, prevede una frase di presentazione⁴, seguita dalla descrizione della promozione in corso (“*vorrei proporre alla sua attenzione un’imperdibile offerta, riservata esclusivamente ai nostri clienti migliori. Infatti oggi lei ha la possibilità di ricevere una confezione di benvenuto della nostra nuovissima collezione: <Nome della Collezione> una pratica collezione a schede Potrà ricevere la Confezione di Benvenuto a solo 1.95 € quale contributo alle spese di spedizione.*”). Nel caso di interesse da parte del consumatore, l’operatore procede con la descrizione della Confezione di Benvenuto (“*Signor/a <Nome del consumatore>, lei riceverà una Confezione di Benvenuto, al prezzo di solo 1.95 € come contributo alle spese di spedizione che conterrà: - 3 pacchi da 12 schede ...; - un pratico raccoglitore dove archiviare tutte le schede ...; -in più riceverà gratuitamente un fantastico Regalo, una bellissima parure collana e orologio da polso con meccanismo al quarzo allegata alla sua quarta spedizione.*”).

10. Solo nel seguito della conversazione, viene spiegato al consumatore che “*dopo la Confezione di Benvenuto, lei può decidere se proseguire o meno la raccolta di <Nome della collezione>. Le basterà comunicarci entro 10 giorni dalla ricezione della confezione di benvenuto la sua intenzione di non proseguire (il pacco rimarrà comunque suo).*” Poi viene comunicato in modo incidentale il prezzo dei successivi invii (“*In seguito le verrà recapitato ogni 3 /4 settimane un pacco con 36 schede al prezzo di <prezzo dell’invio> €*”) per tornare con insistenza ai regali previsti (“*Non dimentichi che se prosegue la collezione riceverà una bellissima parure collana e orologio da polso allegata alla sua quarta spedizione*”).

³ Cfr. testo allegato alla risposta di IMP pervenuta il 18 marzo 2011 (doc. 20).

⁴ Quale ad esempio, “Buongiorno, l’abbiamo contattata/o utilizzando i dati che ci ha fornito in occasione di precedenti acquisti”.

11. La chiusura della telefonata comporta la conferma di nome e recapito del consumatore, nonché il riepilogo degli invii previsti (“*Le invio subito per posta un riepilogo di quanto ci siamo detti e tra 2 /3 settimane riceverà il suo primo invio. Se non ci perverrà nessuna comunicazione contraria entro 10 giorni dalla ricezione della Confezione di Benvenuto, dopo 3 /4 settimane partirà una seconda spedizione con 36 schede al prezzo di <prezzo invio> €, incluse le spese di spedizione. Il tutto dovrà essere pagato attraverso il bollettino postale che troverà all’interno di ogni spedizione entro la scadenza comunicata. Le invieremo immediatamente una lettera di conferma di quanto ci siamo detti oggi che riceverà prima della Confezione di Benvenuto.*”). Nella conversazione con il consumatore, quindi, l’operatore non utilizza mai il termine abbonamento.

12. In definitiva, dalle informazioni agli atti è risultato che IMP nelle fasi di promozione mediante i diversi strumenti pubblicitari utilizzati (*Direct Mailing*, *Inseriti* e *Telemarketing*), di vendita e di post-vendita delle proprie opere editoriali abbia continuato ad adottare una condotta sostanzialmente analoga a quella censurata con il provvedimento n. 20908 del 2010. Infatti, i materiali e le informazioni predisposte e diffuse da IMP alla clientela successivamente alla citata delibera dell’Autorità continuano a non informare il destinatario con sufficiente chiarezza che con la ricezione del “Pacco regalo” i consumatori sono, di fatto, automaticamente “abbonati” ai numeri successivi di una collana editoriale. In particolare, la terminologia utilizzata sia nei *coupon* per il “Buono d’ordine con regalo”, sia negli *script* del *Telemarketing* continua a fare riferimento a ulteriori invii di materiale a pagamento come se tale opzione fosse una scelta solo eventuale del consumatore, senza mai informare esplicitamente che con l’accettazione del regalo viene di fatto sottoscritto un abbonamento. In tal modo, viene mantenuto il meccanismo in base al quale i consumatori sono chiamati a esprimere espressamente la propria volontà di ricevere il materiale editoriale collezionabile non al momento dell’adesione all’iniziativa promozionale, coincidente con il consenso al ricevimento del pacco omaggio di benvenuto, bensì al momento della sua disdetta, avendo già aderito inconsapevolmente.

13. Inoltre, l’informativa sulle modalità di recesso continua a essere oscura e poco trasparente in quanto non indica con esattezza la procedura da seguire per interrompere gli invii a pagamento (sul retro del *coupon* si indica “*Lei ... e ha la libertà di interrompere i successivi invii in qualsiasi momento, senza spese né spiegazioni. Le basterà contattare il Servizio Clienti, da lunedì a venerdì, dalle 9.00 alle 18.00 ai seguenti numeri: 02... - fax 02... oppure scrivere a Servizio Clienti ...*”; mentre nello *script* del *Telemarketing* si afferma “*Le basterà comunicarci entro 10 giorni dalla ricezione della confezione di benvenuto la sua intenzione di non proseguire (il pacco rimarrà comunque suo)*”), senza specificare la necessità di inviare una raccomandata con ricevuta di ritorno. Di conseguenza, al consumatore non perviene alcun riscontro formale sulla propria richiesta di recesso. A riprova di ciò, numerosi denunciati lamentano l’impossibilità di ottenere un riscontro da parte di IMP nel momento in cui decidono di restituire o interrompere l’invio dei materiali collezionabili ricevuti.

14. Per quanto fin qui esposto, pertanto, la pratica commerciale posta in essere da IMP presenta i medesimi profili di scorrettezza già accertati. Di conseguenza, con provvedimento del 4 maggio 2011, n. 22364, l’Autorità ha contestato alla società International Masters Publishers S.r.l. la violazione di cui all’articolo 27, comma 12 del Codice del Consumo per non aver ottemperato alla delibera n. 20908 del 18 marzo 2010.

15. Successivamente alla delibera del 4 maggio 2011, n. 22364, sono pervenute ulteriori segnalazioni (circa quaranta) nei mesi di maggio, giugno, luglio e agosto 2011. Nell’ambito di tali segnalazioni, oltre a non riconoscere di aver effettuato alcun ordine⁵, alcuni consumatori hanno

⁵ Cfr., tra gli altri, doc. nn. 22, 23, 38, 53, 72.

lamentato le difficoltà riscontrate nel contattare il Servizio Clienti di IMP⁶ e nell'ottenere un riscontro alla propria richiesta di recesso dalla promozione eventualmente attivata⁷. In particolare, una serie di disguidi sembrano derivare dal ripetuto invio da parte di IMP di merce, anche dopo l'esercizio del recesso da parte del consumatore interessato, nonché dalla successiva sequenza di solleciti di pagamento⁸.

16. Infine, la Parte ha contattato i segnalanti, di cui ha avuto notizia nell'ambito del procedimento, offrendo loro una serie di ulteriori omaggi, come compensazione, chiedendo in cambio di sottoscrivere un modulo dove si dichiarano soddisfatti del riscontro ricevuto al proprio reclamo. Nel corso del procedimento il professionista ha prodotto copia di tali moduli.

II. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE

17. Il provvedimento di contestazione dell'inottemperanza alla citata delibera n. 20908 del 18 marzo 2010 è stato comunicato al professionista in data 13 maggio 2011.

18. Quest'ultimo, con comunicazione pervenuta in data 3 giugno 2011, ha precisato quanto segue:

- con riferimento alla contestazione mossa dall'Autorità circa la mancanza di chiarezza delle condizioni di invio riportate nel *coupon*, la società IMP ha sottolineato di aver inserito nella busta contenente la proposta promozionale una lettera di accompagnamento (che resta al cliente) dove viene esplicitamente precisato al cliente che “Ogni 3/4 settimane riceverà in abbonamento” il prodotto richiesto. Questa precisazione è riportata anche al punto 2 sul retro del *coupon* (che viene eventualmente spedito per ordinare il pacco di benvenuto);

- con riferimento alla pretesa oscurità e scarsa trasparenza dell'informativa relativa al recesso, la società IMP nega la contestazione secondo la quale, dopo l'invio del *coupon*, al cliente non resterebbe alcuna documentazione sulle modalità di recesso né sul numero del Servizio Clienti da contattare. In tal senso, infatti, la società precisa che tali dati sono riportati nella citata lettera di accompagnamento, che resta al cliente, nonché nel foglio contraddistinto dalla dicitura “IMPORTANTE”, che è stato inserito nella busta contenente l'offerta promozionale;

- sempre riguardo alle modalità di recesso, la società IMP afferma di aver introdotto, dopo la delibera dell'Autorità del 2010, una procedura che consente la gestione dei resi da parte dei clienti senza costi a loro carico nella maggior parte dei casi;

- infine, le modalità di recesso sono riportate in ognuna delle comunicazioni che accompagnano il prodotto (in particolare, nella fattura allegata).

- 19. In occasione dell'audizione tenutasi presso gli uffici dell'Autorità il 27 giugno 2011, la società IMP ha spiegato, in via generale, quanto segue:

- la promozione prevede un'offerta iniziale consistente in un pacco regalo con prodotti in omaggio a fronte di un costo di spedizione, e un campione di schede rappresentative del prodotto editoriale promosso;

- la natura di “abbonamento senza alcun vincolo di durata” di tale promozione è illustrata nel *coupon* di adesione e nella lettera di accompagnamento dell'offerta e ribadita in ciascuna fattura-bollettino inviata al cliente insieme al pacco-regalo;

- la descrizione della procedura di recesso, illustrata nella lettera contenente la fattura e il bollettino di pagamento (punto 4), riporta un invito al cliente che intende sospendere la collezione a contattare telefonicamente il Servizio Clienti.

⁶ Cfr., tra gli altri, doc. nn. 28, 37, 55.

⁷ Cfr., tra gli altri, doc. nn. 42, 44, 52, 70, 73.

⁸ Cfr., tra gli altri, doc. nn. 48, 122.

19. Con particolare riguardo alla gestione dei resi, la società IMP ha fatto presente che le problematiche derivanti dall'affidamento di tale servizio a una società esterna fino al 2009 (periodo considerato nell'ambito del procedimento concluso dall'Autorità nel 2010) sono state risolte e attualmente il servizio funziona correttamente. Inoltre, IMP ha scelto di contabilizzare a favore del cliente anche i cosiddetti "resi fittizi", che non sono stati effettivamente ricevuti dalla società, qualora quest'ultimo abbia dichiarato di averli effettivamente spediti.

20. IMP ha inoltre spiegato che il meccanismo di sollecito prevede l'invio automatico di un richiamo al cliente dopo il terzo invio di materiale in assenza di pagamento (ovvero dopo circa 3 mesi dall'adesione iniziale alla promozione). Il cliente che intende sospendere la collezione non ha, peraltro, alcun obbligo di acquisto minimo: a questo proposito, IMP ha evidenziato che l'offerta prevede modalità meno vincolanti rispetto a una forma tipica di abbonamento.

21. Nella memoria pervenuta il 2 agosto 2011, a completamento di quanto già esposto in precedenza, IMP ha ribadito quanto messo in atto a seguito della delibera dell'Autorità del 2010 con riguardo:

a. alle campagne via *Direct Mailing* (tramite invio di *coupon* postali), per le quali il *coupon* è denominato "Buono d'ordine con regalo" e non più come in precedenza "Certificato di benvenuto con regalo"; la parola "gratis" è accompagnata dalla specificazione "salvo contributo alle spese di spedizione"; l'inserimento in tutti i materiali promozionali del riferimento esplicito al fatto che l'invio del *coupon* comporta l'attivazione di un abbonamento a un prodotto collezionabile con garanzia di diritto di recesso;

b. alle campagne di *Telemarketing*, nell'ambito della quali, a maggior tutela del cliente, è stata introdotta la prassi di inviare sempre al cliente una lettera riassuntiva dell'ordine effettuato, con ampio anticipo rispetto all'invio postale; nella lettera è indicato il recapito e l'indirizzo ai quali il cliente può rivolgersi per gestire l'eventuale recesso o interruzione dell'ordine; nel materiale promozionale si precisa che il reso non comporta la cancellazione automatica dell'ordine, per cui è sempre necessario contattare il Servizio Clienti per evitare disguidi; è stata cessata ogni azione di recupero crediti rispetto agli ordini telefonici, per cui IMP si limita a inviare ogni 25 giorni circa una comunicazione amichevole relativa all'ordine effettuato; dopo la quinta comunicazione, IMP provvede alla sospensione degli invii e il sistema di gestione annota automaticamente la rinuncia al credito stornando l'importo con chiusura bonaria della pratica;

c. il numero del Servizio Clienti, trasformato in numero geografico (con prefisso 02), è stato riportato su tutte le comunicazioni al cliente; l'orario lavorativo è stato esteso dalle 9.00 alle 18.00 dal lunedì al venerdì.

22. Con riferimento alle segnalazioni dei consumatori presenti nel fascicolo del presente procedimento, la Parte ha precisato quanto segue⁹:

i) le segnalazioni pervenute all'Autorità rappresentano un numero esiguo rispetto al complessivo numero dei contatti gestiti dal Servizio Clienti;

ii) tutte le segnalazioni di cui IMP è venuta a conoscenza a seguito dell'accesso al fascicolo del presente procedimento sono risultate adeguatamente gestite dal Servizio Clienti;

iii) alcuni consumatori, anche successivamente a episodi di contestazione del servizio fornito da IMP, hanno espresso spontaneamente la propria soddisfazione per la conclusione positiva del caso.

23. Da ultimo, la Parte ha prodotto, in data 21 settembre 2011, una memoria riguardante la ricostruzione dei rapporti intercorsi con alcuni (14) dei soggetti che hanno inviato una segnalazione nel periodo luglio-agosto 2011.

⁹ Cfr. doc. n. 100, all. A, B e C.

24. La Parte ha anche prodotto una serie di statistiche riguardanti i flussi di spedizioni, cancellazioni e resi relativi alle collezioni promosse da IMP nel periodo 2009-2011¹⁰.

25. Tali dati mostrano in primo luogo che le modalità di promozione sono mutate tra il periodo 2009-2010 (relativo al primo procedimento dell'Autorità) e il periodo 2010-2011: in particolare, è fortemente aumentata l'importanza dei nuovi ordini avviati tramite *Telemarketing*, mentre si è ridotta l'incidenza di quelli formulati tramite inserti o *Direct Mailing*. In tale contesto, il giro d'affari della società IMP non appare sostanzialmente mutato, né come tipologia delle spedizioni (distinte tra confezioni di benvenuto e invii regolari), né come entità degli invii, tra i due periodi di riferimento.

III. VALUTAZIONI

26. Il presente procedimento riguarda i comportamenti posti in essere dalla società IMP a seguito della conclusione del procedimento PS/1028. Alla luce della documentazione agli atti, si ritiene che il comportamento posto in essere dal professionista costituisca inottemperanza alla delibera del 18 marzo 2010, n. 20908.

27. Nel corso del procedimento istruttorio, infatti, risulta la reiterazione della pratica commerciale già sanzionata, consistente nel non avere indicato, nell'ambito delle proprie promozioni, con sufficiente trasparenza e chiarezza che la compilazione del *coupon* relativo al pacco di benvenuto gratuito comporta l'attivazione di un abbonamento a una data collezione editoriale, nonché nell'aver inviato ai consumatori pubblicazioni non richieste, senza poi dare seguito alle specifiche e ripetute comunicazioni di disdetta.

28. Successivamente alla citata delibera n. 20908 del 18 marzo 2010¹¹ e anche nel corso del presente procedimento¹², infatti, sono pervenute altre segnalazioni di utenti che riferiscono di aver ricevuto da IMP prodotti non richiesti e di non essere riusciti a contattare il Servizi Clienti per recedere dall'abbonamento involontariamente attivato.

29. Sulla base della documentazione acquisita, relativamente al *Direct Mailing*, è emerso che i messaggi contenuti nel "Buono d'ordine con regalo" ora in diffusione enfatizzano con particolare evidenza l'opportunità di regali, di invii gratuiti (la parola "gratis" è accompagnata dalla specificazione "salvo contributo alle spese di spedizione"), omaggi non condizionati all'acquisto, senza specificare che il pagamento delle opere editoriali collezionabili sarà richiesto in un successivo momento, mentre l'indicazione che l'invio del *coupon* comporta l'attivazione di un abbonamento a un prodotto collezionabile con garanzia di diritto di recesso resta un'informazione secondaria, contraddistinta da un carattere grafico più piccolo e dall'assenza di enfasi. In tal senso, la necessità di apporre la firma sul *coupon* non sembra indurre maggiore consapevolezza nel consumatore circa il fatto che tale documento rappresenta un contratto di adesione a una successione di invii, quanto piuttosto la conferma di accettare l'invio del pacco regalo, presso l'indirizzo specificato.

30. Inoltre, le indicazioni fornite al cliente nel *coupon*, in base alle quali una volta ricevuto il Pacco regalo, se soddisfatto, non deve fare nulla, poiché ogni 3/4 settimane riceverà in abbonamento i successivi invii della collezione, appaiono idonee a indurre in errore i consumatori circa la necessità di attivarsi per bloccare il primo invio (e dunque la stessa attivazione dell'abbonamento) e quelli successivi.

¹⁰ Cfr. doc. n. 100, all. D.

¹¹ Documenti nn. 1-5, 8-10, 21-25, 27-30 del fascicolo istruttorio.

¹² Documenti nn. 32-33, 40-43, 44-45, 48-53, 55, 70, 72, 73, 122 e 130 del fascicolo istruttorio.

31. Un comportamento sostanzialmente analogo è stato adottato da IMP nelle promozioni effettuate tramite canale telefonico (*Telemarketing*). Ad esempio, negli *Script* utilizzati per il *Telemarketing*, la descrizione dell'offerta viene orientata principalmente alla "possibilità di ricevere una confezione di benvenuto della nostra nuovissima collezione: <Nome della Collezione> Potrà ricevere la Confezione di Benvenuto a solo 1.95 € quale contributo alle spese di spedizione", piuttosto che alla struttura dell'opera e al suo prezzo complessivo. Inoltre, nel caso di interesse da parte del consumatore, viene in primo luogo descritta la Confezione di Benvenuto e il fatto che il suo ricevimento comporta soltanto le spese di spedizione (pari a 1,95 euro), senza precisare che l'invio della Confezione comporta l'automatica adesione alla collezione e rimandando alla fase successiva l'informativa circa le modalità di recesso ("dopo la Confezione di Benvenuto, lei può decidere se proseguire o meno la raccolta di <Nome della collezione>. Le basterà comunicarci entro 10 giorni dalla ricezione della confezione di benvenuto la sua intenzione di non proseguire (il pacco rimarrà comunque suo)", nonché la comunicazione sui numeri del Servizio Clienti.

32. Contrariamente a quanto affermato dalla Parte circa la sufficiente chiarezza di tale messaggio promozionale, anche a seguito delle modifiche apportate dopo il procedimento dell'Autorità, esso non appare idoneo a rendere consapevole il consumatore sulla reale natura dell'offerta. In tal senso, il messaggio non chiarisce che l'adesione alla collezione di prodotti editoriali a pagamento si attiva già accettando l'invio del Pacco di Benvenuto gratuito e non fornisce elementi utili a comprendere già dal momento iniziale il costo complessivo dell'opera oggetto della promozione. Nonostante le modifiche apportate dalla Parte al testo delle comunicazioni inviate ai consumatori (o contenute nello *script* predisposto per gli operatori del *Telemarketing*), infatti, questi ultimi sono indotti a compiere le proprie scelte commerciali senza la consapevolezza di aver aderito all'acquisto di un prodotto editoriale con invii multipli, poiché la loro attenzione è attratta da una serie di richiami alla gratuità dell'invio di benvenuto.

33. Pertanto, sulla base degli elementi acquisiti e delle considerazioni svolte, si rileva che la scelta dei consumatori di aderire all'offerta di IMP si realizza su indicazioni che non corrispondono alla reale natura della promozione e che non consentono di comprendere la portata della sottoscrizione al momento della sottoscrizione del contratto (che si realizza con la firma e l'invio del *coupon* oppure con l'accettazione del Pacco di Benvenuto tramite l'operatore di *Telemarketing*), bensì solo a seguito della ricezione del Pacco di Benvenuto.

34. In tal senso, non sono accoglibili le argomentazioni della Parte che ritiene di aver ottemperato alle indicazioni contenute nel provvedimento dell'Autorità n. 20908, avendo modificato le indicazioni contenute nel *coupon* (ora denominato "Buono d'ordine con regalo"), in cui è descritto con enfasi (in grassetto) il contenuto del Pacco di Benvenuto inviato gratuitamente, mentre si specifica in caratteri più piccoli il fatto che l'offerta prevede una successione di invii a pagamento ("in seguito riceverò una nuova spedizione di <Nome Collezione> ogni 3 /4 settimane circa al costo di <prezzo collezione> + 1,95 € come contributo per le spese di spedizione"), seguita dall'avvertenza a leggere le informazioni sul retro ("sono a conoscenza delle condizioni riportate sul retro di questo Buono"). Infatti, tale precisazione, che accenna brevemente alle caratteristiche e al prezzo unitario dei prodotti da collezionare, non appare sufficiente ad attirare l'attenzione del consumatore sulla reale natura dell'offerta (una serie di invii collezionabili a pagamento con diritto di recesso), essendo il Buono d'ordine principalmente finalizzato al ricevimento del Pacco di Benvenuto gratuito.

35. Né appare sufficiente ad eliminare i profili di decettività della proposta editoriale pubblicizzata, l'invio al consumatore unitamente al pacco regalo, vale a dire in un momento

successivo all'effettiva adesione alla collezione, di una lettera dove viene precisata la natura dell'abbonamento. Al riguardo, infatti, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, la valutazione in merito all'ingannevolezza di un messaggio va effettuata tenendo conto esclusivamente del testo di quest'ultimo, a prescindere dalla circostanza che il consumatore, in un momento successivo alla consultazione del messaggio, possa acquisire informazioni ulteriori in merito al contenuto e alle caratteristiche essenziali dell'offerta¹³.

36. Analoghe osservazioni valgono per il messaggio dello *script* relativo alla promozione via *Telemarketing*, nel quale l'operatore descrive ampiamente al consumatore il contenuto del Pacco di Benvenuto, posticipando alla parte finale della conversazione l'indicazione sulle caratteristiche della collezione oggetto della promozione.

37. Per quanto riguarda le modalità di esercizio del diritto di recesso, si rileva che anche la descrizione riportata sui *coupon* e nello *script* del *Telemarketing*, diffusi dalla società IMP successivamente alla delibera dell'Autorità del 2010, continua a far riferimento alla comunicazione telefonica al Servizio Clienti e alla comunicazione via posta come modalità equivalenti per esercitare tale diritto. Tale procedura, che non richiede esplicitamente l'invio di una raccomandata con ricevuta di ritorno per esercitare il diritto di recesso, priva il consumatore di un adeguato riscontro da parte del professionista in caso di attivazione di tale facoltà. In tal senso, la maggior parte delle segnalazioni pervenute fanno riferimento alle difficoltà incontrate dai consumatori nell'ottenere riscontro o conferma da parte di IMP alla propria richiesta di interrompere gli invii successivi al Pacco di Benvenuto.

38. Nello specifico, vale sottolineare il ripetersi di casi in cui, anche a seguito di una disdetta da parte del cliente e della restituzione al mittente della merce già consegnata, sono stati inviati da IMP numerosi solleciti di pagamento dal contenuto via via sempre più minaccioso (*"Gentile Signor <Nome Cliente>, la informiamo che ad oggi non risulta pervenuto il suo pagamento relativo agli invii sotto elencati."* – Primo sollecito; *"Gentile Signor <Nome Cliente>, la sua pratica presenta ancora una posizione debitoria a suo carico, nonostante le nostre precedenti comunicazioni e i nostri solleciti. ... La invitiamo a regolarizzare la sua posizione al più presto possibile. In caso contrario saremo costretti a trasferire la sua pratica al nostro Servizio di Recupero Crediti."* – Secondo sollecito dopo 3 settimane dal primo)¹⁴.

39. A questo proposito non risulta accoglibile l'argomentazione della Parte in merito alla circostanza che il meccanismo di sollecito prevede l'invio automatico di un richiamo al cliente dopo il terzo invio di materiale in assenza di pagamento (ovvero dopo circa 3 mesi dall'adesione iniziale alla promozione). In particolare, non appare accettabile il ripetersi di contestazioni da parte di consumatori che hanno ripetutamente tentato di contattare il Servizio Clienti senza ottenere un riscontro formale alla propria richiesta di recesso oppure si sono visti addebitati gli invii già restituiti al mittente attraverso il canale postale.

40. Più in generale, permane inalterato il meccanismo di acquisizione degli ordini da parte di IMP, caratterizzato dall'assenza di una manifestazione espressa del consenso negoziale del consumatore al ricevimento di una collezione di prodotti editoriali, che rappresenta una forma di indebito condizionamento, idonea a limitare in misura apprezzabile la sua libertà di scelta.

41. Alla luce delle considerazioni svolte, si ritiene che il comportamento posto in essere dalla Parte costituisce inottemperanza alla delibera del 18 marzo 2010 n. 20908, in quanto la condotta tenuta da IMP successivamente alla notifica del provvedimento, rappresentata dall'informativa utilizzata

¹³ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenze n. 633 del 20 gennaio 2010, n. 647 del 21 gennaio 2010, n. 13789 del 29 dicembre 2009.

¹⁴ Cfr. segnalazione di un consumatore del 14.7.2011, doc. n. 73.

nell'ambito delle attività promozionali per l'offerta delle collezioni editoriali (ovvero nei *coupon* relativi al "Buono d'ordine con regalo" e negli *script* del *Telemarketing*) non risulta idonea a rendere consapevole il consumatore circa la sua adesione a ricevere una collezione di prodotti editoriali a pagamento al momento della sottoscrizione del contratto (che si realizza con la firma e l'invio del *coupon* ovvero con il consenso dell'invio del pacco di benvenuto reso durante la chiamata dell'operatore di *Telemarketing*), né tantomeno della necessità di attivarsi entro 10 giorni dal ricevimento del pacco di benvenuto per interrompere gli invii di ordini a pagamento.

42. Inoltre, IMP non ha interrotto la pratica consistente nel mancato riscontro formale alle richieste di recesso pervenute, come dalla stessa richiesto, per via telefonica al Servizio Clienti, dando luogo a una serie di disservizi e disguidi con numerosi consumatori.

43. Al riguardo, non può considerarsi risolutiva la circostanza riferita da IMP relativa alla esiguità delle segnalazioni, rispetto alla totalità dei clienti regolarmente abbonati, posto che il professionista non ha predisposto adeguate modalità informative e procedurali per evitare il reiterarsi della pratica commerciale in questione. Peraltro, nel corso del procedimento le segnalazioni, nelle quali si lamentano le medesime modalità poco trasparenti con cui vengono promosse le collezioni editoriali da parte di IMP e le difficoltà di recesso, hanno continuato a pervenire numerose.

44. Per tali motivi, si ritiene che il comportamento posto in essere dal professionista costituisca inottemperanza alla delibera n. 20908 del 18 marzo 2010.

IV. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

45. Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza ai provvedimenti inibitori, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro.

46. 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.

47. Con riferimento alla gravità, la pratica deve ritenersi particolarmente grave, in quanto la stessa, diffusa su una pluralità di mezzi e in grado di interessare un numero significativo di consumatori, nonché caratterizzata da profili sia d'ingannevolezza che di aggressività, è stata consapevolmente reiterata nelle medesime forme e per entrambi i profili già censurati.

48. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata realizzata nell'arco temporale intercorrente tra la fine del mese di aprile 2010 ed il mese di agosto 2011 (ovvero relativamente ad offerte promosse successivamente alla notifica della delibera n. 20908 del 18 marzo 2010).

17. In considerazione di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione in misura pari a 150.000 € (centocinquantamila euro).

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che il comportamento della società International Masters Publishers S.r.l., consistito nell'aver violato la delibera del 18 marzo 2010, n. 20908, costituisce inottemperanza a quest'ultima;

b) che, per tale comportamento, venga comminata alla società International Masters Publishers S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di 150.000 € (centocinquantamila 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 verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

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, 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

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

IP124 - AIRITALY.IT-COMMISSIONI CARTA DI CREDITO

Provvedimento n. 22829

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*”, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (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 di urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la propria delibera n. 22121 del 16 febbraio 2011, con la quale l'Autorità ha accertato la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere, a partire dal luglio 2008, dalla compagnia aerea Air Italy S.p.A. e relativa alle modalità di presentazione dei prezzi delle tariffe aeree offerte sul proprio sito *internet* (www.airitaly.it) e attraverso il relativo sistema di prenotazione e acquisto *on line*. L'accertamento ha, precisamente, riguardato l'assenza di un'immediata, chiara e completa informazione in merito alla previsione, alla natura e alle modalità di calcolo di un onere economico aggiuntivo (il c.d. *credit card surcharge*) rispetto al prezzo del biglietto richiesto dal professionista al termine del processo di prenotazione *on line* in funzione della carta di credito/debito utilizzata dal consumatore per il pagamento della transazione.

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Con provvedimento n. 22121 del 16 febbraio 2011, l'Autorità ha deliberato la scorrettezza della descritta pratica ai sensi dell'art. 20, comma 2 e 21, comma 1, lettera *d*), del codice del Consumo sia (*i*) perché contraria ai principi di trasparenza informativa sulla tariffa offerta che, alla luce del quadro normativo di riferimento, devono essere osservati dal professionista indipendentemente dal mezzo di comunicazione utilizzato, sia (*ii*) perché non permette di comprendere la reale natura e modalità di calcolo del supplemento addebitato dal professionista a titolo di cd. *credit card surcharge*, posto che lo stesso non è associato all'acquisto di un servizio ulteriore o diverso rispetto a quello del trasporto passeggeri risultando una componente di costo del servizio di trasporto come tale non scorporabile dal suo prezzo, anche alla luce del contesto normativo vigente (vd., in particolare: legge n. 40/07 e Regolamento CE n. 1008/08; Decreto Legislativo n. 11/10), né può ritenersi un servizio opzionale ed evitabile per il fatto di non essere applicato in caso di pagamento con una specifica carta di credito.

2. Il 4 agosto 2011 è pervenuta la relazione di ottemperanza al citato provvedimento n. 22121 nella quale il professionista dichiara di aver modificato il proprio sito *internet* (www.airitaly.it) in modo che le tariffe pubblicizzate siano inclusive di “*tutte le spese prevedibili al momento dell'acquisto, compresi i diritti amministrativi collegati all'acquisto con carta di credito*”.

3. Sulla base delle informazioni acquisite d'ufficio dall'Autorità in data 9 settembre 2011, è emersa la reiterazione della pratica commerciale oggetto del provvedimento sopra citato e, in particolare, che i prezzi dei biglietti aerei offerti in promozione dal professionista sulla *home page* del proprio sito *internet* e quelli indicati nel processo di prenotazione *on line* presente nello stesso sito *web*, sono indicati al netto dell'onere economico associato al pagamento con carta di credito/debito. Tale onere, adesso denominato "*diritti amministrativi*" viene, infatti, aggiunto solo al termine dell'iter di prenotazione al momento della scelta da parte del consumatore della carta di credito/debito accettata per il pagamento.

4. La pratica commerciale presenta quindi il medesimo profilo di scorrettezza già accertato. In particolare, permane il profilo di scorretta presentazione delle tariffe per il servizio di trasporto derivante dallo scorporo dalla tariffa offerta di un onere economico aggiuntivo che viene richiesto dal professionista al termine del processo di prenotazione *on line* al momento del pagamento con la carta di credito/debito utilizzata dal consumatore.

5. Il citato provvedimento n. 22121 del 16 febbraio 2011 risulta comunicato al professionista in data 4 marzo 2011. Dalle evidenze documentali, risulta che la pratica ritenuta scorretta è stata nuovamente diffusa nel corso del mese di agosto 2011.

6. Ricorrono, in conclusione, i presupposti per l'avvio del procedimento previsto dall'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro.

RITENUTO, pertanto, che i fatti accertati integrano una fattispecie di inottemperanza alla delibera dell'Autorità n. 22121 del 16 febbraio 2011, ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo;

DELIBERA

a) di contestare alla società Air Italy S.p.A. la violazione di cui all'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, per non aver ottemperato alla delibera dell'Autorità n. 22121 del 16 febbraio 2011;

b) l'avvio del procedimento per eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo;

c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Letizia Giliberti;

d) che può essere presa visione degli atti del procedimento presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti, della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore, dell'Autorità, dai legali rappresentanti della società Air Italy S.p.A., ovvero da persone da essa delegate;

e) che entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti, nonché chiedere di essere sentiti;

f) che il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni dalla data di notificazione del presente provvedimento.

Il presente provvedimento verrà 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, 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

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

PS4066 - FASTWEB-MANCATA DISATTIVAZIONE CONTRATTO*Provvedimento n. 22830*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni, recante "*Codice del Consumo*" (di seguito, Codice del Consumo);VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTO il proprio provvedimento del 15 giugno 2011, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTO il proprio provvedimento del 28 giugno 2011, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi della società Fastweb S.p.A.;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. Fastweb S.p.A. (di seguito anche "Fastweb"), in qualità di professionista ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società è attiva nella fornitura di servizi di telefonia e navigazione in *internet* a consumatori e professionisti e, nell'esercizio 2010, ha totalizzato ricavi per 1.880.145.000 euro e perdite per 72.449.000 euro¹.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

2. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista, consistente nella frapposizione di ostacoli all'esercizio di diritti contrattuali, quali il diritto di risolvere il contratto o di interrompere l'erogazione di un servizio.

3. In particolare, secondo diverse segnalazioni pervenute nel periodo aprile 2009 – luglio 2011 anche attraverso la Direzione *Contact Center*², il professionista non avrebbe provveduto a cessare i contratti, o lo avrebbe fatto con notevole ritardo, nonostante i segnalanti avessero inviato le relative richieste di disdetta, come previsto da Fastweb, mediante raccomandata A/R, spesso seguita da numerosi solleciti telefonici effettuati al Servizio Clienti della società.

4. Inoltre, il professionista non avrebbe dato seguito alle richieste di disattivazione di singoli servizi, quali la TV di Fastweb, il servizio ADSL, il servizio di telefonia mobile e internet in mobilità, continuando a emettere le relative fatture ed effettuando attività di recupero crediti, anche tramite apposita società, nonostante la volontà manifestata dai consumatori per iscritto e telefonicamente a Fastweb.

¹ Cfr.: doc. n. 228, Allegato 2 "Gruppo Fastweb - Bilancio consolidato per l'esercizio 2010" del fascicolo istruttorio.

² Cfr. docc. n. 1, 2, 3, 6, 4, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 21, 24, 26, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 42, 44, 50, 51, 55, 56, 58, 60, 62, 67, 68, 70, 72, 74, 75, 76, 79, 84, 88, 89, 90, 92, 93, 96, 97, 98, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 115, 118, 120, 121, 123, 126, 127, 128, 130, 131, 133, 138, 193, 197, 198, 199, 200, 206, 207, 208, 209, 211, 217, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 234, 235 del fascicolo istruttorio.

5. In ogni caso, il professionista non avrebbe adottato iniziative e procedure finalizzate a ottenere una tempestiva regolarizzazione delle richieste di recesso che sono state considerate inadeguate, in quanto non comunicate nelle forme appositamente previste, così da evitare la conseguente reiterata fatturazione di importi non dovuti.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

6. In relazione alla pratica commerciale sopra descritta, in data 4 aprile 2011 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS4066, con contestuale richiesta di informazioni, per possibile violazione degli artt. 20, 24 e 25, lettera *d*), del Codice del Consumo. In tale sede, era in particolare ipotizzata l'aggressività della pratica commerciale oggetto di valutazione in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a condizionare indebitamente, se non escludere, la libertà dei consumatori di non usufruire più dei servizi erogati dal professionista, attraverso l'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso e la sollecitazione di pagamenti per servizi non più richiesti dagli utenti, effettuata anche mediante il ricorso a procedure di esecuzione coattiva, in caso di mancata corresponsione delle somme fatturate ai consumatori e dagli stessi contestate.

7. In data 26 aprile 2011 Fastweb ha depositato le risposte alla richiesta di informazioni formulata nella comunicazione di avvio.

8. In data 4 maggio 2011, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, e dell'art. 8, del Regolamento, il professionista ha presentato impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione.

9. A seguito di quanto disposto nella delibera dell'Autorità del 15 giugno 2011, in data 28 giugno 2011 è stata comunicata alla Parte la proroga del termine di conclusione del procedimento al 1° ottobre 2011.

10. A seguito di quanto disposto nella delibera dell'Autorità del 28 giugno 2011, in data 7 luglio 2011 è stato effettuato un accertamento ispettivo presso le sedi di Fastweb di Milano e di Roma.

11. In data 15 luglio il professionista ha presentato istanza di riservatezza e trasmesso della documentazione.

12. In data 23 agosto 2011 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

13. In data 5 settembre 2011 è pervenuta la memoria difensiva di Fastweb.

2) *Le evidenze acquisite*

14. Secondo quanto previsto dalle Condizioni Generali di Contratto Fastweb, il cliente che decide di cessare il contratto o di disdire un singolo servizio deve inviare una lettera raccomandata A/R, indirizzata a Fastweb Servizio Clienti, Casella Postale n. 126, 20092, Cinisello Balsamo (MI).

15. Da novembre 2008 a marzo 2011, Fastweb ha disattivato [100.000-300.000]³ contratti, di cui [50.000-150.000] sono stati cessati tra i trenta e i sessanta giorni dalla data di ricezione della raccomandata A/R e [20.000-80.000] a distanza di oltre sessanta giorni, per questi ultimi la disattivazione è stata effettuata dopo il primo ciclo di fatturazione⁴.

³ Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁴ Cfr.: pag. 6 doc. n. 225.6 "PS4066 – Ritardo disattivazione servizi" del fascicolo istruttorio, acquisito durante la verifica ispettiva.

16. Nel medesimo periodo, Fastweb ha ricevuto [100.000-400.000] richieste di recesso o di rientro in Telecom Italia, inviate mediante lettera raccomandata A/R. I tempi di gestione dell'attività di "retention" praticata dal professionista sono stati superiori a dieci giorni per [100.000-150.000] richieste ([omissis])⁵.

17. In relazione alla disdetta del servizio mobile, nel periodo febbraio 2010 - marzo 2011, su [10.000-40.000] richieste di disdetta [2.000-6.000] sono state gestite oltre i trenta giorni dalla ricezione della raccomandata A/R ([omissis]), registrando un backlog pari a [5.000-15.000]. Per quanto riguarda, la TV di Fastweb, su [6.000-60.000] richieste di disdetta, ricevute nell'arco temporale novembre 2008 - marzo 2011, [5.000-20.000] sono state gestite non rispettando gli SLA⁶ ([omissis])⁷.

18. Da novembre 2008 a marzo 2011 Fastweb ha ricevuto [1.000-10.000] reclami, effettuati dai consumatori oltre trenta giorni dalla data di richiesta della disdetta, per tematiche di ritardi nella disattivazione dei servizi con conseguente prolungamento della relativa fatturazione. Dei suddetti reclami [2.000-6.000] sono pervenuti in fase di "pre-gestione retention", [omissis] [1.000-3.000], riguardano consumatori a carico dei quali è stata avviata una "gestione stragiudiziale successiva per recupero crediti"⁸.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

19. Nella risposta alla richiesta di informazioni, la società ha innanzitutto specificato che le informazioni fornite in merito alle richieste di recesso riguardano solo le comunicazioni, inviate dai consumatori mediante lettera raccomandata A/R, volte a chiedere la cessazione dell'abbonamento con Fastweb oppure la cessazione con il rientro in Telecom Italia, in quanto ogni altro passaggio verso un diverso operatore alternativo avviene mediante l'uso del codice di migrazione nell'ambito delle procedure di migrazione interoperatore.

20. I ritardi nella fase di esecuzione delle richieste di cessazione/rientro in Telecom Italia sarebbero riconducibili, essenzialmente, a tre motivazioni: a) errate modalità dell'esercizio del recesso; b) incompleta o errata indicazione dei dati necessari all'identificazione del cliente, così da produrre il suo mancato riconoscimento da parte dei sistemi; c) provenienza del recesso da un soggetto differente dall'intestatario della linea; d) bocciatura di Telecom Italia per il rientro del cliente, in questo caso, il cliente rimane attivo con Fastweb che ritenta la procedura di rientro in Telecom.

21. Il professionista, inoltre, ha rappresentato che a partire dalla metà del 2008 è stata introdotta la procedura di migrazione interoperatore, che consente ai clienti di passare da un operatore alternativo ad un altro senza dovere necessariamente rientrare in Telecom Italia. Tale procedura, con processi e tempistiche stabilite dalle delibere AGCOM, ha avuto un notevole impatto sui sistemi aziendali dedicati alla gestione delle procedure di recesso del cliente, causando in alcuni casi situazioni di "conflitto" nei casi in cui il cliente, oltre ad aver inviato la richiesta di cessazione tramite raccomandata A/R, abbia avviato una procedura di migrazione. Infatti, in caso di "doppia richiesta" Fastweb ha dovuto verificare col cliente a quale richiesta dare seguito (se alla cessazione o alla migrazione).

⁵ Cfr.: pag. 5 doc. n. 225.6 "PS4066 – Ritardo disattivazione servizi" del fascicolo istruttorio, acquisito durante la verifica ispettiva.

⁶ Service Level Agreement.

⁷ Cfr.: pag. 7 doc. n. 225.6 "PS4066 – Ritardo disattivazione servizi" del fascicolo istruttorio, acquisito durante la verifica ispettiva.

⁸ Cfr.: pag. 9 doc. n. 225.6 "PS4066 – Ritardo disattivazione servizi" del fascicolo istruttorio e pag. 4 doc. n. 225.7, acquisiti durante la verifica ispettiva.

22. Le comunicazioni inviate ad indirizzi diversi da quello indicato dalla società o con modalità diverse dalla raccomandata A/R non sono lavorate nei tempi stabiliti dal normale processo e sono inserite in modo manuale successivamente. Fastweb si avvale di un fornitore esterno, che ha il compito di “caricare” sui sistemi le richieste di recesso entro un massimo di cinque giorni, dalla data di ricezione del documento. Una volta inseriti i dati sui sistemi, viene aperto in automatico un “ticket” che segnala ad un gruppo interno al *customer care* che il cliente ha chiesto la disattivazione del servizio e viene avviata la procedura di cessazione o rientro in Telecom Italia.

23. Nel caso in cui il cliente non abbia esplicitato la propria volontà di rientrare in Telecom Italia, il *customer care* lo contatta per verificare le intenzioni. Se il cliente decide di rientrare in Telecom Italia, viene avviata la procedura di “cessazione con rientro”, che si conclude al massimo entro trenta giorni. Tale tipo di cessazione consente al cliente di mantenere la numerazione telefonica portandola in Telecom Italia. Se, invece, il cliente chiede la cessazione definitiva la relativa procedura comporta la perdita del numero. A seguito della chiusura del ticket di disattivazione, Fastweb invia al cliente un sms e/o una mail, per ricordargli l’obbligo di riconsegna degli apparati forniti in comodato d’uso entro trenta giorni dalla data di disdetta e le relative modalità di riconsegna.

24. Il cliente che desidera disdire un singolo servizio deve compilare e sottoscrivere un modulo, da richiedere al *customer care*, e inviarlo con raccomandata A/R che viene gestita seguendo lo stesso flusso indicato per le disattivazioni totali (caricamento sui sistemi da parte di un fornitore esterno, apertura del ticket di disattivazione parziale, chiusura e dismissione del servizio). Il ritardo nella disattivazione di un singolo servizio può essere imputabile alla mancata corrispondenza dei dati del clienti con quelli presenti sui sistemi, per l’errata compilazione del modulo, e all’invio della richiesta tramite mezzo differente dalla raccomandata.

25. Il processo di fatturazione si interrompe nel momento in cui l’account del cliente è disattivato. Se la gestione del recesso avviene oltre i tempi contrattualmente previsti, e se, pertanto, Fastweb emette erroneamente fatture successive alla richiesta di recesso, la società interviene sui sistemi di fatturazione per stornare gli importi eventualmente fatturati tramite l’emissione di note di credito o di assegni.

26. La fatturazione può avvenire anche nei casi in cui il processo di fatturazione sia già partito prima del completamento della gestione della raccomandata di cessazione totale o parziale dei servizi da parte del cliente, per cui non è possibile intervenire per bloccarlo. In questi casi, nel primo ciclo di fatturazione utile vengono stornati gli importi non dovuti ed emessa nota di credito.

27. Il recupero crediti per la maggior parte dei casi è stato avviato prima della richiesta di disattivazione in quanto il cliente risultava già moroso e, di conseguenza, ha fatto riferimento ad importi fatturati e dovuti in quanto riferiti a periodi antecedenti la richiesta di disattivazione. La parte rimanente dei clienti sui quali è stata avviata una procedura di recupero credito si riferisce a casi in cui presumibilmente il cliente ha deciso di attivare un nuovo contratto con un altro operatore senza usufruire della *Number Portability*, chiedendo al nuovo operatore un nuovo numero ed un nuova linea, senza inviare richiesta di recesso a Fastweb.

28. Nella memoria difensiva, il professionista ha sottolineato che la gestione ritardata di una parte delle richieste di recesso inviate mediante raccomandata A/R troverebbe origine nel mutamento del quadro regolamentare, avviato con le delibere dell’AGCOM n. 4/06/CONS e n. 274/07/CONS. Inoltre, a seguito dei lavori del tavolo tecnico interoperatore sono state definite le specifiche tecniche per l’implementazione della procedura di “migratore”, che, ai sensi della delibera n. 274/07/CONS, includono tutte le casistiche di passaggio di un cliente finale a) tra operatori alternativi e b) da operatore alternativo a Telecom Italia. Questa situazione regolamentare, secondo

Fastweb, ha causato numerosi problemi, in quanto l'implementazione delle procedure di migrazione, nel rispetto delle tempistiche concordate con l'AGCOM e con gli altri operatori, ha richiesto un enorme impiego di mezzi e di personale, con impatti rilevanti anche sui profili procedurali e organizzativi.

IV. GLI IMPEGNI PRESENTATI DAL PROFESSIONISTA

29. In data 4 maggio 2011, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, e dell'art. 8, del Regolamento, il professionista ha presentato impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione. Le misure a tal fine individuate da Fastweb riguardano la creazione di un indirizzo di Posta Elettronica Certificata (PEC) e la modifica delle Condizioni Generali di Contratto.

30. L'impegno proposto da Fastweb consiste nel creare una casella di PEC dedicata esclusivamente all'invio delle richieste di recesso da parte dei clienti, che si affiancherebbe all'invio tramite raccomandata A/R. La PEC è un sistema di invio delle comunicazioni tramite una casella di posta certificata che ha lo stesso valore legale e probatorio di una classica lettera raccomandata A/R. Il vantaggio offerto dalle PEC è, oltre alla gratuità del servizio, la riduzione dei tempi di consegna e la facilità con la quale l'intestatario della PEC ha evidenza, in tempi brevissimi, anche della ricezione del messaggio inviato.

31. Fastweb, inoltre, si è impegnata a modificare le indicazioni sulle modalità di recesso, riportando le indicazioni per la cessazione definitiva del servizio, da richiedere tramite l'invio di lettera raccomandata A/R o via PEC, distinte dalle modalità da utilizzare per il passaggio integrale ad altro operatore e/o rientro in Telecom Italia e per il passaggio ad altro operatore e/o rientro in Telecom Italia per il solo servizio voce.

32. Inoltre, Fastweb, per agevolare ulteriormente l'esercizio della facoltà di recesso, indirizzando il cliente verso la procedura più adatta in base alle sue esigenze, ha dichiarato di voler inserire una F.A.Q.⁹ all'interno della *MyFastPage* (il portale ad accesso riservato a disposizione del cliente) che consentirà di reperire agevolmente le informazioni necessarie.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

a) Valutazioni di merito

33. La pratica commerciale oggetto di valutazione, nell'ambito del presente provvedimento, è quella relativa alle modalità di gestione, da parte del professionista, delle richieste di risoluzione del contratto o di disattivazione di singoli servizi, quali la TV di Fastweb, il servizio ADSL, il servizio di telefonia mobile e internet in mobilità. In particolare, in un numero rilevante di casi, i consumatori, nonostante l'invio della lettera raccomandata A/R per comunicare la volontà di recedere dal contratto o da un singolo servizio¹⁰, hanno continuato a ricevere da Fastweb fatture e solleciti di pagamento, anche tramite società di recupero crediti, non avendo il professionista dato seguito alle richieste di cessazione nei tempi contrattualmente previsti.

34. Al riguardo, gli elementi acquisiti nel corso del procedimento rivelano l'esistenza di una pratica di ampia portata, connotata da ritardi e inefficienze nel sistema di gestione dei rapporti tra il professionista e la propria clientela, tale da pregiudicare sia l'efficace esecuzione della volontà

⁹ *Frequently Asked Questions*.

¹⁰ Cfr. docc. n. 2, 4, 8, 10, 13, 14, 17, 24, 29, 35, 37, 42, 50, 51, 55, 56, 70, 72, 75, 76, 84, 93, 96, 101, 111, 115, 120, 121, 123, 128, 130, 197, 200, 206, 207, 209, 221, 226, 231, 234, 235 del fascicolo istruttorio.

dei consumatori di recedere dal rapporto contrattuale, sia la tempestiva interruzione del processo di fatturazione successivamente alla richiesta di disattivazione dei servizi.

35. La documentazione agli atti rinvenuta anche in sede ispettiva testimonia, in primo luogo, la piena consapevolezza di Fastweb circa l'esistenza e la dimensione del problema relativo alla mancata/tardiva esecuzione delle richieste dei consumatori di cessazione del contratto o del singolo servizio. In particolare, si evidenzia che su un totale di [100.000-300.000] contratti disattivati, nell'arco temporale novembre 2008 a marzo 2011, in media il [20-50%] dei contratti sono stati cessati tra i trenta e i sessanta giorni dalla data di ricezione della raccomandata A/R e il [10-30%] a distanza di oltre sessanta giorni.

36. In relazione, alla disdetta del servizio mobile, si rileva che su [10.000-40.000] richieste di disdetta, pervenute nel periodo febbraio 2010 - marzo 2011, il [10-30%] sono state processate non rispettando gli SLA. Per quanto riguarda, invece, la TV di Fastweb, su [20.000-70.000] richieste di disdetta, ricevute nel periodo novembre 2008 - marzo 2011, il [10-40%] sono state gestite oltre trenta giorni dalla data di ricezione della raccomandata A/R.

37. Risulta, infine, dalla documentazione agli atti che Fastweb ha ricevuto, da novembre 2008 a marzo 2011, [1.000-10.000] reclami, per tematiche relative ai ritardi nella disattivazione, effettuati dai consumatori trascorsi trenta giorni dalla data di richiesta di disdetta.

38. Dalle evidenze acquisite emerge che Fastweb ha utilizzato i ritardi e il prolungamento dei tempi di gestione dei recessi anche per effettuare apposite attività di *retention*, [omissis].

39. Pertanto, contrariamente a quanto argomentato dal professionista, i dati illustrati palesano la sussistenza di rilevanti e non occasionali criticità, a fronte delle quali Fastweb non ha adeguatamente monitorato la tempistica di gestione delle richieste di disdetta in fase di lavorazione, correttamente inviate dai consumatori tramite lettera raccomandata A/R.

40. In secondo luogo, i dati acquisiti nel corso del procedimento indicano che Fastweb, nonostante la piena consapevolezza in ordine alla natura e all'entità del problema, non ha previsto alcuno strumento gestionale per la tracciabilità delle richieste di disdetta e degli eventuali reclami ad esse conseguenti, per informare adeguatamente i consumatori sullo stato della disdetta in fase di lavorazione e per evitare non solo l'imposizione di oneri economici, altrimenti connessi alla prosecuzione del rapporto contrattuale, ma anche la costituzione in mora del consumatore al fine di recuperare l'insoluto tramite società di recupero crediti. Si evidenzia, in proposito, che il [10-30%] dei suddetti reclami riguarda consumatori a carico dei quali è stata avviata una "*gestione stragiudiziale successiva per recupero crediti*".

41. Inoltre, sulla base delle dichiarazioni effettuate dal professionista sembra che la società non abbia previsto strumenti adeguati per agevolare le modalità di recesso. Infatti, dalle informazioni fornite da Fastweb, risulta che i clienti per disdire l'erogazione di un singolo servizio devono contattare il *customer care* della società per richiedere l'apposito modulo da compilare, sottoscrivere e inviare con raccomandata A/R all'indirizzo indicato.

42. Si evince, peraltro, la sussistenza di un concreto pregiudizio economico derivante dalla pratica commerciale in esame in relazione ai consumatori interessati dalla tardiva esecuzione delle proprie richieste di disattivazione del servizio, che hanno subito non solo il prolungamento della fatturazione dei servizi, ma anche la minaccia di esecuzione coattiva in caso di mancato versamento delle somme contestate.

b) Valutazione degli impegni presentati dal professionista

43. Anche alla luce delle precedenti considerazioni, si ritiene che gli impegni proposti dal professionista nel corso del procedimento non possano essere accolti, in quanto inidonei a rimuovere i profili di scorrettezza contestati nella comunicazione di avvio del procedimento. In

particolare, si ritiene, sulla base dell'ampia documentazione e delle evidenze acquisite durante l'attività ispettiva, che le misure proposte da Fastweb non riguardino affatto le contestazioni circa i ritardi del professionista nel cessare il contratto o un servizio a seguito di ricezione della lettera raccomandata A/R contenente la richiesta di disdetta.

44. Si osserva, infatti, che gli impegni assunti non solo non appaiono in grado di consentire una riparazione con effetto retroattivo delle condotte poste in essere, ma non prevedono nemmeno interventi volti rendere chiaro ed agevole, nonché a monitorare e migliorare il processo di gestione delle disdette; se, da un lato, il professionista non ha proposto alcuno strumento per monitorare il processo di gestione delle richieste di disdetta e degli eventuali reclami ad esse conseguenti, dall'altro, si è limitato a prospettare una modalità di invio che consiste, in realtà, in un obbligo previsto dalla legge¹¹ equivalente alla comunicazione mediante raccomandata A/R.

45. Sussiste, peraltro, nel caso di specie, l'interesse dell'Autorità a procedere all'accertamento dell'infrazione.

c) Conclusioni

46. In base al complesso degli elementi acquisiti nel corso del procedimento, la condotta posta in essere da Fastweb risulta integrare una fattispecie di pratica commerciale aggressiva, in quanto idonea a condizionare indebitamente la libertà di scelta dei consumatori, ostacolandone il pieno ed effettivo esercizio di un diritto fondamentale di primaria importanza, quale il diritto di recedere dal rapporto contrattuale con il professionista, ed esigendo il reiterato pagamento di corrispettivi per la fruizione di servizi non più richiesti.

47. Il comportamento di Fastweb deve, inoltre, ritenersi contrario al grado di diligenza ragionevolmente esigibile nel caso di specie. Infatti, attesa la propria consapevolezza circa la natura e la dimensione del problema, il professionista avrebbe dovuto assumere misure e iniziative efficaci e adeguate ad assicurare una gestione sufficientemente corretta e tempestiva delle richieste di recesso dei consumatori, nonché l'immediata sospensione del processo di fatturazione almeno per il tempo necessario a verificare, in caso di incertezza, l'effettiva volontà espressa dal cliente mediante la richiesta di interruzione del rapporto contrattuale.

48. Alla luce delle suesposte considerazioni, la pratica commerciale posta in essere da Fastweb deve pertanto ritenersi scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25, lettera *d*), del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante l'esercizio di un indebito condizionamento, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione ai servizi offerti.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

49. 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 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

50. 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.

¹¹ Cfr.: d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito nella legge 28 gennaio 2009, n. 2., con cui è stata resa obbligatoria per imprese e professionisti la Posta Elettronica Certificata.

51. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, che Fastweb rappresenta un importante operatore attivo sul territorio nazionale nel settore della fornitura di servizi integrati di telefonia fissa e mobile, navigazione *internet* e audiovisivi, nonché della sua piena consapevolezza in merito alla natura ed entità dei problemi conseguenti alle significative carenze del proprio sistema di gestione delle richieste di cessazione.

52. La gravità deve, inoltre, valutarsi in relazione all'ampia diffusione della pratica commerciale, testimoniata dall'elevato numero di consumatori intenzionati a porre termine al rapporto contrattuale con il professionista e direttamente interessati dall'inefficiente e tardiva gestione delle relative richieste da parte di Fastweb; nonché in relazione al pregiudizio economico effettivamente arrecato ai consumatori che hanno subito non solo il prolungamento della fatturazione dei servizi, ma, in diversi casi, anche la minaccia di esecuzione coattiva in caso di mancato versamento delle somme contestate.

53. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti e sulla base delle segnalazioni ricevute, risulta che la pratica commerciale oggetto di contestazione è stata attuata nel periodo aprile 2009 – luglio 2011.

54. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione nella misura di 210.000 € (duecentodiecimila euro).

55. In considerazione del fatto che il professionista risulta già destinatario di provvedimenti adottati in applicazione delle disposizioni contenute nel Codice del Consumo¹², si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 230.000 € (duecentotrentamila euro).

56. Inoltre, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla società Fastweb S.p.A. nella misura di 200.000 € (duecentomila euro);

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 lettera *d*), del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a condizionare indebitamente la libertà di scelta dei consumatori in relazione ai servizi offerti da Fastweb, ostacolando il pieno ed effettivo esercizio del diritto a recedere dal rapporto contrattuale con il professionista e richiedendo loro il pagamento di corrispettivi per la fruizione di servizi non più desiderati

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Fastweb S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25, lettera *d*), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società Fastweb S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 200.000 € (duecentomila euro);

c) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di trenta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

¹² Cfr.: fra gli altri provv. n. 20938 del 24 marzo 2010, caso PS2674 - *Fastweb - Offerta famiglia*, in Boll. n. 12/10; provv. n. 20462 del 12 novembre 2009, caso PS1410 - *Fastweb - Velocità di connessione ADSL*, in Boll. n. 45/09; provv. n. 20053 del 9 luglio 2009, caso PS3028 - *Fastweb - Mancata indicazione canone*, in Boll. n. 27/09.

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.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in considerazione della natura dell'illecito e per assicurare al pubblico la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale.

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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

PS4714 - ALLIANZ-RICHIESTA PAGAMENTO POLIZZA ANNULLATA

Provvedimento n. 22831

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni, recante "*Codice del Consumo*" (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTO il proprio provvedimento del 23 marzo 2011, n. 22230, con il quale è stata deliberata la non adozione della misura cautelare, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 9, comma 1, del Regolamento;

VISTO il proprio provvedimento del 17 maggio 2011, n. 22436, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTO il proprio provvedimento del 4 agosto 2011, n. 22671, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, allo scopo di assicurare un adeguato contraddittorio tra le Parti, a seguito dell'accoglimento, nelle date del 1° e del 14 luglio 2011, delle istanze di partecipazione, pervenute il 29 giugno e il 6 luglio 2011, da parte di numerosi consumatori;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Allianz S.p.A. (di seguito, anche "Allianz"), in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società è attiva nel settore assicurativo con prodotti vita e danni. Nell'esercizio 2010, Allianz ha realizzato un fatturato, calcolato ai sensi dell'art. 16, comma 2, della legge n. 287/90, pari a 2.907.917.361 euro.

2. Previstudio di Cantelli Samuele & C. S.a.s. (di seguito, anche "Previstudio"), agenzia "Allianz Lloyd Adriatico" di Thiene Industria, in provincia di Vicenza, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. Nell'esercizio 2009, Previstudio ha realizzato un fatturato di 107.589 euro.

3. Tasca Giovanni & Mottin Alessio S.a.s. Ag. di Ass.ni (di seguito, anche "Tasca & Mottin"), agenzia "Allianz Lloyd Adriatico" di Bassano del Grappa, in provincia di Vicenza, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. Nell'esercizio 2009, Tasca Giovanni & Mottin Alessio ha realizzato un fatturato di 1.438.654 euro.

4. Ventidue segnalanti, in qualità di consumatori ai sensi dell'art. 18, lettera *a*), del Codice del Consumo.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

5. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dai professionisti, consistente nell'invio ad alcuni dei propri clienti di comunicazioni di sollecito di pagamento relative a polizze assicurative RC Auto e degli altri rami danni, con riferimento alle quali i destinatari avevano già manifestato validamente la propria volontà di recedere e con l'avvertenza che sarebbero state intraprese azioni di recupero in caso di mancata quietanza delle somme dovute. In taluni casi, a seguito del mancato riscontro da parte degli assicurati a questi solleciti, è stato fatto ricorso ad una società di recupero credito che ha inviato ulteriori comunicazioni minacciando altrimenti di adire l'autorità giudiziaria.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

6. In relazione alla pratica commerciale sopra descritta, in data 18 febbraio 2011 è stato comunicato ai professionisti l'avvio del procedimento istruttorio n. PS4714 per possibile violazione dell'art. 20 del Codice del Consumo. In sede di avvio veniva in particolare ipotizzata la possibile scorrettezza della pratica in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione al pagamento del premio e alla permanenza del rapporto contrattuale.

7. Con la medesima comunicazione, considerata la potenziale sussistenza dei requisiti per l'adozione di una misura cautelare ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell'art. 9, comma 1, del Regolamento, ai professionisti è stato assegnato un termine per la presentazione di memorie e documenti utili alla valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria della pratica commerciale. Sulla base delle deduzioni formulate da Allianz, con memorie pervenute in data 1° marzo 2011, e da parte delle società Previstudio e Tasca & Mottin, con memorie pervenute nelle date del 1° e 2 marzo 2011, l'Autorità, nella sua adunanza del 23 marzo 2011, ha deliberato di non adottare la misura cautelare.

8. Successivamente Allianz ha versato in atti in data 18 marzo 2011 una memoria difensiva concernente il merito della condotta contestata e una comunicazione di risposta alla richiesta di informazioni effettuata contestualmente all'avvio del procedimento.

9. Tra il 28 aprile e il 29 giugno 2011 sono pervenute le istanze di partecipazione al procedimento di quattro consumatori segnalanti, accolte rispettivamente nelle date del 25 maggio, 7 giugno, 16 giugno e 1° luglio 2011.

10. Nelle date del 28 giugno e 1° luglio 2011 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento fissata al 15 luglio 2011.

11. In data 6 luglio 2011 è pervenuta l'istanza di partecipazione al procedimento da parte di ventuno consumatori segnalanti¹. L'istanza è stata accolta in data 14 luglio 2011 e, in pari data è pervenuta una memoria da parte dei medesimi consumatori.

12. In data 14 luglio 2011 è stata comunicata alle Parti la proroga del termine di conclusione della fase istruttoria al 1° agosto 2011.

13. Nelle date del 25 e 26 luglio 2011², rispettivamente Allianz e i consumatori intervenienti nel procedimento hanno presentato memorie conclusive.

¹ Di questi ventuno consumatori, tre erano già Parti del procedimento a seguito delle istanze di partecipazione al procedimento (cfr. punto 9 del provvedimento) presentate in data 20 maggio, 8 e 29 giugno 2011, accolte, rispettivamente, in data 7 giugno, 16 giugno e 1° luglio 2011.

² La memoria conclusiva dei consumatori intervenienti è stata anticipata via fax in data 26 luglio 2011 ed è pervenuta in originale con allegazioni in data 28 luglio 2011.

14. In data 2 agosto 2011 Allianz ha presentato un'ulteriore memoria.

2) Le evidenze acquisite

15. Le condotte oggetto dell'accertamento istruttorio risultano essere connesse ad un avvicendamento nel mandato agenziale avvenuto nella sede di Thiene di Allianz, in provincia di Vicenza, e ad un complesso contenzioso instauratosi tra la società Casarin Assicurazioni S.a.s., precedente società titolare dell'agenzia in questione, e Allianz. In data 4 agosto 2009, infatti, conseguentemente all'asserita violazione dell'art. 13 del contratto di agenzia da parte della società Casarin Assicurazioni S.a.s., la compagnia assicurativa Allianz ha receduto per giusta causa, maturando, ai sensi dell'art. 22 del medesimo contratto, il diritto ad ottenere la riconsegna immediata dell'agenzia di Thiene. Tale riconsegna tuttavia è avvenuta solo in esecuzione di un provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c. emesso dal Tribunale Civile di Trieste in data 4 settembre 2009, che ha imposto alla società Casarin Assicurazioni S.a.s. di dare immediato corso alle operazioni di riconsegna dell'agenzia e della documentazione detenuta, la cui effettiva attuazione si è protratta dal 10 settembre 2009 al 27 aprile 2010. In ogni caso, a partire dalla data del 4 agosto 2009, la gestione delle polizze in carico all'agenzia di Thiene è stata affidata alle Agenzie "Allianz Lloyd Adriatico" di Thiene Industria e di Bassano del Grappa.

16. Le 37 segnalazioni pervenute all'Autorità, infatti, si riferiscono a disdette di circa 100 polizze RC Auto e/o altri rami danni collocate dall'ex agente Allianz di Thiene (la società Casarin Assicurazioni S.a.s.), i cui intestatari (pari a 39 soggetti) hanno seguito l'ex agente in questione acquistando prodotti della compagnia Italiana Assicurazioni S.p.A. con cui attualmente collabora la società Casarin Assicurazioni S.a.s..

17. Nel periodo oggetto di accertamento istruttorio (settembre 2009 - febbraio 2011) Allianz ha ricevuto un totale di 85 reclami relativi a disdette di polizze RC Auto e/o altri rami danni sempre collocate dall'ex agente Allianz di Thiene. Ventitre di questi reclami provengono da soggetti che hanno effettuato anche richiesta d'intervento all'Autorità, due riguardano il medesimo assicurato e tre sono relativi a soggetti non qualificabili come consumatori. Escludendo i soggetti non qualificabili come consumatori e le posizioni assicurative dei segnalanti già sopra considerate, le disdette oggetto dei reclami in esame riguardano circa 129 polizze RC Auto e/o degli altri rami danni intestate a 59 assicurati diversi.

18. Circa il 76% dei 229 recessi esercitati nel periodo oggetto di accertamento istruttorio (173 polizze intestate a 78 assicurati diversi) è stato ritenuto invalido e/o inefficace da Allianz in quanto caratterizzato da carenze "strutturali": inosservanza dei termini previsti dal D.L. 31 gennaio 2007, n. 7³, o dal contratto, per l'esercizio della facoltà di recesso e assenza della dichiarazione di svincolo del beneficiario.

19. Delle restanti 56 polizze che Allianz ha riconosciuto come validamente disdettate, 28 (intestate a 9 consumatori) sono state disdettate mediante comunicazione effettuata direttamente alla compagnia assicurativa. Dalla documentazione in atti, tuttavia, risulta che, per queste ultime, il riconoscimento della validità delle disdette (e il conseguente storno dei relativi contratti) è avvenuto, per oltre il 90% dei casi (26 polizze intestate a 8 consumatori), in un arco di tempo variabile tra i sei e i diciassette mesi dalla disdetta, sempre a seguito dell'avvio del procedimento e dopo l'invio di diversi solleciti di pagamento, con il successivo ricorso di Allianz a una società di recupero crediti.

20. Per le rimanenti 28 polizze (intestate a 11 consumatori) - disdettate mediante comunicazioni effettuate all'ex agente sig. Eugenio Casarin durante il periodo di gestione provvisoria a seguito

³ Convertito con modificazioni in legge 2 aprile 2007, n. 40.

della revoca del mandato intervenuta il 4 agosto 2009 - Allianz ha confermato l'annullamento per la scadenza indicata solo dopo aver acquisito la prova dell'avvenuta dichiarazione di disdetta. Tale circostanza si è verificata allorché la documentazione in possesso dell'Agenzia gestita dal sig. Eugenio Casarin è stata riconsegnata ad Allianz in attuazione del citato provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., in un arco temporale dilatato (settembre 2009 - aprile 2010). Dagli accertamenti istruttori, tuttavia, è emerso che, anche in tal caso, per oltre il 40% di queste polizze assicurative (12 polizze intestate a 6 consumatori) il riconoscimento della validità delle disdette è avvenuto in tempi eccessivamente lunghi: a distanza di cinque mesi/un anno dall'aprile 2010 e a seguito dell'avvio del procedimento, ma soprattutto dopo l'invio di diversi solleciti di pagamento anche da parte di una società di recupero crediti.

21. La prassi aziendale di Allianz in tema di invio di solleciti di pagamento delle polizze assicurative prevede che l'Agenzia possa inviare una lettera al cliente per segnalare la scadenza della polizza. Successivamente, entro 75 giorni dalla scadenza, per le polizze i cui premi risultano ancora insoluti nonostante la suddetta comunicazione, l'Agenzia segnala e trasmette queste ultime in Direzione indicando:

- a. le polizze alle quali riservare la pratica legale;
- b. le polizze per le quali si richiede il recupero stragiudiziale del premio;
- c. le polizze per le quali si richiede l'annullamento per irrecuperabilità del credito.

22. Alla sola Direzione compete in ogni caso di valutare l'iniziativa suggerita dall'Agenzia e decidere l'azione di recupero ritenuta più opportuna. La Direzione dà impulso all'attività di recupero tramite l'invio di una lettera di sollecito al cliente. All'esito di tale tentativo, la Direzione affida il recupero del premio sulle polizze al *partner* professionista incaricato del recupero stragiudiziale, oppure al legale esterno per il recupero giudiziale. In ogni caso, durante l'intera fase del recupero, l'Agenzia è costantemente aggiornata dello stato della pratica.

3) Le argomentazioni difensive

La compagnia assicurativa Allianz

23. I casi segnalati rappresenterebbero per Allianz un numero esiguo se raffrontato al numero di polizze gestite dalle due Agenzie interessate dal procedimento, pari a [omissis]⁴, per un portafoglio totale di poco meno di [omissis] euro⁵, e al numero di disdette che le stesse hanno registrato, nel solo anno 2010, rispettivamente, pari a [1.000-2.000] disdette nel ramo "altri danni" e [400-800] nel ramo RC Auto, per l'agenzia di Thiene Industria, e pari a [200-500] disdette nel ramo "altri danni" e [800-1.500] nel ramo RC Auto, per quella di Bassano del Grappa.

Inoltre, il problema sarebbe riferibile a condotte ritorsive dell'ex agente, sig. Eugenio Casarin, il quale nell'indurre gli assicurati a recedere dai contratti, avrebbe "ispirato" l'invio seriale di richieste d'intervento al solo scopo di creare problemi alla compagnia assicurativa⁶.

24. Secondo quanto sostenuto da Allianz, la compagnia avrebbe risposto a tutti gli assicurati segnalanti/reclamanti, comunicando loro la cessazione del rapporto assicurativo per la prima scadenza annua successiva o per la scadenza indicata dallo stesso contraente, ovvero l'insussistenza dei presupposti per l'annullamento del contratto. Soltanto per alcune posizioni si sarebbe registrato un disagio di carattere amministrativo o meramente operativo che avrebbe determinato l'erroneo invio da parte della compagnia di solleciti di pagamento per rate di premio

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

⁵ Al 1° gennaio 2010, il numero di polizze ammontava a [omissis] per circa [omissis] euro di portafoglio.

non dovute e generato reclami da parte dei clienti. Anche in questi casi, tuttavia, la circostanza sarebbe addebitabile all'ex agente, che avrebbe omesso o ritardato l'inoltro agli uffici direzionali delle disdette pervenute, impedendo di fatto alla compagnia di procedere tempestivamente allo storno delle polizze. In ogni caso, l'esiguità del numero di segnalazioni pervenute all'Autorità, così come il fatto che esse abbiano coinvolto esclusivamente due agenzie (quelle di fatto subentrate nel portafoglio dell'ex agente), escluderebbe, nel caso in esame, la sussistenza di una pratica scorretta, intenzionalmente preordinata ad alterare le scelte economiche dell'assicurato/consumatore⁷.

25. Allianz avrebbe inoltre richiamato specificamente l'attenzione dei propri agenti sulla novità del recesso libero introdotto dal D.L. 31 gennaio 2007, n. 7⁸, in quanto di diverso spessore rispetto all'ordinaria disdetta riferita a contratto di durata annuale. A fronte di una dichiarazione di disdetta/recesso pervenuta in agenzia ovvero presso la sede della compagnia, Allianz, effettuate le necessarie verifiche, comunicherebbe sempre per lettera all'assicurato l'accettazione della "disdetta" ovvero le motivazioni del rigetto.

Di conseguenza i destinatari degli avvisi di sollecito sarebbero soggetti "sensibilizzati" sul punto avendo ricevuto direttamente da Allianz, anteriormente all'invio del preavviso stesso, la comunicazione di avvenuta accettazione del recesso per la prima scadenza annua successiva o per la scadenza indicata dallo stesso contraente, ovvero l'insussistenza dei presupposti per l'annullamento del contratto.

26. Con la memoria conclusiva pervenuta in data 25 luglio 2011, Allianz ha dichiarato - senza tuttavia produrre alcuna documentazione a supporto - di aver definito una serie di ulteriori iniziative a tutela dei propri assicurati-consumatori, quali:

- il rinnovo delle istruzioni alla rete agenziale volte a focalizzarne l'attenzione sulle corrette modalità di gestione delle comunicazioni di disdetta/recesso e a evidenziare l'importanza di procedere alla tempestiva registrazione/lavorazione di quelle pervenute in Agenzia;
- l'attribuzione agli uffici ispettivi di compiti di verifica del puntuale rispetto da parte della rete agenziale delle istruzioni ricevute relativamente alla corretta gestione delle comunicazioni di disdetta/recesso;
- l'introduzione nei sistemi informativi della compagnia di strumenti che, in deroga al criterio del controllo *on demand*, consentano un monitoraggio costante e "procedimentalizzato" del fenomeno;
- la modifica del testo delle comunicazioni di sollecito inviate alla clientela finalizzata a consentire l'immediata interruzione della azione di recupero in corso nel caso in cui l'assicurato confermi l'avvenuto invio della disdetta/recesso.

Le Agenzie: Previstudio e Tasca & Mottin

27. Le due Agenzie, Previstudio e Tasca & Mottin, hanno rappresentato di non avere potere decisionale in merito all'accettazione o al rifiuto degli annullamenti contrattuali richiesti dai contraenti, di non avere mai inviato ai propri assicurati solleciti di pagamento di premi arretrati per polizze scadute, siano esse state o meno disdettate e di non avere potere decisionale o di iniziativa circa eventuali azioni legali per il recupero dei premi arretrati.

⁶ Ne costituirebbero riprova: i) le segnalazioni a cliché; ii) l'omessa allegazione delle risposte fornite dalla compagnia ai singoli assicurati.

⁷ Cfr. in questi termini, Tar Lazio - Roma, sez. I, 6 aprile 2009, n. 3692: "La mancata dimostrazione circa l'effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione nonché della identità configurativa) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati da singole filiali, esclude che essi possano ex se assurgere al rilievo di pratica, ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità".

⁸ Convertito con modificazioni in legge 2 aprile 2007, n. 40.

Più precisamente, l'invio dei solleciti di pagamento sarebbe frutto di un'autonoma iniziativa da parte di Allianz e su tale procedura le Agenzie non avrebbero alcuna facoltà d'intervento. Di tali invii, le Agenzie sarebbero informate da parte della compagnia assicurativa via *e-mail* o tramite l'invio di apposito tabulato o all'uopo inviati dalla compagnia assicurativa stessa alle medesime.

IV. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

28. Nel caso di specie, unica destinataria del provvedimento deve ritenersi la compagnia assicurativa Allianz, in quanto soggetto che materialmente ha inviato le comunicazioni di sollecito di pagamento con riferimento a polizze RC Auto e degli altri rami danni validamente disdette.

29. Si ritiene, per contro, di poter escludere agli stessi fini la responsabilità delle società Previstudio e Tasca & Mottin, titolari rispettivamente delle Agenzie "Allianz Lloyd Adriatico" di Thiene Industria e di Bassano del Grappa, in quanto dagli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria risulta che l'impulso all'attività recuperatoria dipende esclusivamente dagli uffici direzionali di Allianz.

Valutazioni nel merito

30. La pratica commerciale oggetto di valutazione riguarda l'invio da parte di Allianz ad alcuni dei propri clienti di comunicazioni di sollecito di pagamento relative a polizze assicurative RC Auto e degli altri rami danni, con riferimento alle quali i destinatari avevano già manifestato validamente la propria volontà di recedere e con l'avvertenza che sarebbero state intraprese azioni di recupero in caso di mancata quietanza delle somme dovute. In taluni casi, a seguito del mancato riscontro da parte degli assicurati a questi solleciti, Allianz ha fatto ricorso a una società di recupero credito che ha inviato ulteriori comunicazioni minacciando di adire l'autorità giudiziaria.

31. Le risultanze istruttorie consentono di circoscrivere la condotta all'avvicendamento nel mandato agenziale avvenuto nella sede Allianz di Thiene, in provincia di Vicenza, e al complesso contenzioso instauratosi tra la società Casarin Assicurazioni S.a.s. - precedente titolare dell'agenzia in questione - e Allianz a seguito del recesso per giusta causa esercitato da quest'ultima dal rapporto di agenzia e di ricondurla alle disdette di polizze assicurative collocate dall'ex agente in questione, che i relativi intestatari hanno seguito acquistando prodotti della compagnia Italiana Assicurazioni S.p.A. attualmente collocati dalla società Casarin Assicurazioni S.a.s..

32. La condotta oggetto di valutazione riguarda le disdette relative a polizze assicurative, collocate dall'ex agente di Thiene, che Allianz ha riconosciuto valide (circa 56 polizze intestate a 20 assicurati) e in rapporto alle quali, tuttavia, in poco meno del 70% dei casi (complessivamente 38 polizze), la compagnia assicurativa ha provveduto allo storno dei relativi contratti solo con significativi ritardi e dopo l'invio di numerosi solleciti di pagamento ai consumatori.

33. La condotta è stata posta in essere innanzitutto con riferimento alle disdette trasmesse all'ex agente Allianz, sig. Eugenio Casarin, durante il periodo di gestione provvisoria a seguito della revoca del mandato e che non sono state trasmesse ad Allianz, ovvero sono state trasmesse a distanza di tempo (circa 28 polizze). Secondo Allianz, proprio la circostanza che i nuovi agenti⁹ non abbiano avuto tempestivo accesso alle disdette e ai sistemi informatici (la riconsegna dell'agenzia e della documentazione detenuta si è protratta dal 10 settembre 2009 al 27 aprile 2010) non le avrebbe consentito di conoscere l'esatta situazione amministrativa e contabile di tutti

⁹ Quelli che di fatto sono subentrati nel portafoglio dell'ex agente, sig. Eugenio Casarin, delle Agenzie "Allianz Lloyd Adriatico" di Thiene Industria e di Bassano del Grappa.

i clienti in carico all'ex agente Allianz¹⁰ e avrebbe determinato l'invio di solleciti di pagamento per premi non dovuti. Una volta acquisita la documentazione e verificata la validità delle dichiarazioni di disdetta, la compagnia avrebbe tempestivamente stornato le polizze interessate. A tale riguardo, però, è da rilevare che, anche nell'ipotesi in cui Allianz fosse entrata in possesso della documentazione dell'agenzia non prima della fine di aprile 2010, per alcune polizze assicurative (12 polizze) il riconoscimento della validità delle disdette è avvenuto in tempi eccessivamente lunghi (cinque mesi/un anno), a seguito dell'avvio del procedimento, ma soprattutto dopo l'invio di diversi solleciti di pagamento e il successivo ricorso di Allianz a una società di recupero crediti.

34. Analoghi ritardi sono stati riscontrati in relazione alla gestione delle ulteriori 28 disdette inviate direttamente alla sede legale di Allianz a Trieste; il riconoscimento della validità di queste disdette è avvenuto, nella quasi totalità dei casi (circa 26 polizze), in un arco di tempo variabile tra i sei e i diciassette mesi, sempre a seguito dell'avvio del procedimento, dopo l'invio di diversi solleciti di pagamento e con il successivo ricorso di Allianz a una società di recupero crediti.

35. Secondo il professionista la pratica risulterebbe inidonea a influenzare le scelte del consumatore, che avrebbe comunque ottenuto l'annullamento dei contratti assicurativi non appena la compagnia assicurativa è venuta a conoscenza delle disdette, con la riacquisizione dell'agenzia e della documentazione presso la stessa detenuta ovvero con l'acquisizione di tutte le segnalazioni pervenute all'Autorità. Sul punto si rileva che la nozione di decisione di natura commerciale non comprende soltanto la scelta di acquistare o meno un prodotto, ma si estende a ogni determinazione di carattere economico che il consumatore assume in relazione ad un bene o un servizio, inclusa, per esplicita indicazione dell'art. 18, comma 1, lettera *m*), del Codice del Consumo, quella "*se pagare integralmente o parzialmente*". Nel caso di specie, appare verosimile che la ricezione di solleciti di pagamento formulati in termini perentori possa indurre i destinatari - tratti in errore in ordine alla sussistenza del vincolo contrattuale e intimoriti dalla minaccia di azioni legali - a effettuare versamenti non dovuti in relazione a polizze assicurative pur validamente disdettate. Poiché tale pagamento, impregiudicata la possibilità di recuperare le somme eventualmente versate, costituisce una decisione di natura commerciale, deve concludersi nel senso dell'idoneità della pratica commerciale oggetto di valutazione a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori. Oltretutto, come sopra rilevato, la condotta ha riguardato anche polizze, sempre collocate dall'ex agente Allianz di Thiene, le cui disdette sono state inoltrate direttamente alla sede legale di Allianz e il cui annullamento è comunque avvenuto con notevole ritardo.

36. Nelle proprie memorie difensive Allianz ha sostenuto che i fatti lamentati dai consumatori nelle denunce e nei reclami acquisiti agli atti costituirebbero fatti episodici e circoscritti, del tutto privi di finalità sleali o ingannevoli e che, per il numero limitato e per il contesto nel quale si sono svolti, non sarebbero idonei a far considerare la condotta in esame una pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del Consumo.

37. A tale proposito, premesso che la condotta di Allianz ha comunque riguardato quasi il 70% delle polizze assicurative collocate dall'ex agente e validamente disdettate nel periodo di riferimento, occorre rilevare che l'art. 18, lettera *d*) del Codice del Consumo fornisce una definizione estremamente ampia di "*pratiche commerciali tra professionisti e consumatori*" che, a prescindere da un criterio statistico o quantitativo, lo stesso legislatore identifica come "*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione comunicazione commerciale ivi compresa la*

¹⁰ Cfr. Doc. 100, par. 1.4.

pubblicità e la commercializzazione del prodotto posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”.

Pertanto, la nozione sopra riportata ricomprende ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio offerto, che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista ed un singolo utente. Alla luce del dettato normativo, dunque, la condotta di Allianz si configura come “*pratica commerciale*” posta in essere dal professionista nei confronti dei consumatori, suscettibile di essere valutata secondo le disposizioni del Codice del Consumo.

Con riferimento sempre a tale aspetto, inoltre, anche il giudice amministrativo nella sentenza n. 3722 del 9 aprile 2009, ha precisato che “*l’illiceità del comportamento al fine di assumere rilevanza ai sensi delle riportate disposizioni del Codice del Consumo, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi, altrimenti, sono legittimati a porre in essere fuori da condizionamenti e/o orientamenti decettivi) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell’illecito (non già di danno) ma di mero pericolo (in quanto intrinsecamente idonea a condurre alle conseguenze che la disciplina di legge ha inteso, invece, scongiurare)”.*

38. Sulla base delle predette considerazioni, la pratica commerciale posta in essere da Allianz risulta scorretta, ai sensi degli art. 20, comma 2, del Codice del Consumo. In primo luogo, infatti, essa non appare conforme al parametro della diligenza professionale. Allianz non ha tenuto il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si poteva attendere da operatori dello specifico settore di attività. Il principio di correttezza avrebbe imposto a Allianz in generale, a fronte delle difficoltà riscontrate in occasione del subentro nella gestione agenziale, di procedere a una attenta verifica e di contattare i consumatori la cui situazione amministrativa meritasse dei chiarimenti, al fine di evitare l’invio di perentori solleciti di pagamento per premi non dovuti. Le comunicazioni di sollecito di pagamento rivolte alla clientela avrebbero poi dovuto illustrare fedelmente la situazione determinatasi, richiedendo di confermare, se del caso, l’effettiva vigenza del contratto assicurativo.

39. Al contrario, il tenore delle intimazioni indirizzate ai consumatori risulta al tempo stesso confusorio e aggressivo. Per un verso, infatti, si riporta nelle comunicazioni di sollecito di pagamento l’ammontare delle somme da corrispondere relative a premi o rate di premio in realtà non dovuti, senza aver espletato un controllo accurato. Per altro verso, si minaccia di adire le vie legali per il recupero di un credito insussistente. Si palesa dunque la contrarietà della pratica commerciale al requisito della diligenza professionale.

40. In secondo luogo, in contrasto con quanto ritenuto da Allianz, la pratica commerciale appare suscettibile di incidere pregiudizievolemente sul comportamento economico dei consumatori che ne vengano raggiunti. A tale riguardo, si sottolinea che l’art. 18 del Codice del Consumo definisce l’alterazione apprezzabile del comportamento economico in relazione alla idoneità della pratica commerciale ad indurre i consumatori ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso. Il consumatore, pur avendo esercitato la facoltà di recesso dal contratto assicurativo, nel vedersi recapitare una comunicazione di sollecito di pagamento può essere indotto in errore circa la validità della disdetta soprattutto in ragione della sua limitata confidenza con gli strumenti tecnico-giuridici e della minacciosa assertività e assiduità dei solleciti.

V. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

41. 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 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

42. 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.

43. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, da un lato, della rilevante dimensione economica del professionista, che rappresenta uno dei principali operatori sui mercati assicurativi in Italia e, dall'altro, della limitata ampiezza della pratica commerciale scorretta contestata dai consumatori, circoscritta al bacino di utenza delle agenzie di Thiene Industria e di Bassano del Grappa.

44. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere da dicembre 2009 ad aprile 2011.

45. Sulla base di tali elementi, si ritiene di comminare a Allianz una sanzione amministrativa pecuniaria di 45.000 € (quarantacinquemila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo in quanto nella gestione dei rapporti contrattuali relativi a polizze assicurative RC Auto e degli altri rami danni il professionista ha tenuto nei confronti della clientela una condotta contraria alla diligenza professionale e idonea - mediante solleciti e minacce di ricorso all'azione legale - di indurre i destinatari al pagamento di premi assicurativi non dovuti;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Allianz S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società Allianz S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 45.000 € (quarantacinquemila 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.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in considerazione della natura dell'illecito e per assicurare al pubblico la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale.

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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

PS6892 - PASTA COLAVITA CON BETAGLUCANI RIDUCE IL COLESTEROLO

Provvedimento n. 22834

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 settembre 2011;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni, recante "*Codice del Consumo*" (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTO il proprio provvedimento del 27 luglio 2011, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. Industria alimentare Colavita-IND.AL.CO S.p.A. (di seguito, anche "Ind.al.co"), in qualità di professionista ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società fa parte del *Gruppo Scasserra* ed è attiva, anche nel mercato internazionale, nella produzione di paste alimentari, *cuscus* e prodotti farinacei congeneri.

Dall'ultimo bilancio disponibile della società relativo all'esercizio 2010 risulta un fatturato pari a quasi 14 milioni di euro.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

2. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista, consistente nella diffusione – in internet, sulle confezioni dei prodotti, mediante cartellonistica e *flyers* - di messaggi pubblicitari intesi ad ascrivere al prodotto "*Pasta Colavita ai betaglucani*" (nei formati *penne rigate*, *linguine*, *fusilli* e *spaghetti*), appartenente alla linea denominata "Su Colavita", effetti di "*riduzione del colesterolo*", di "*contenimento della glicemia*", nonché di "*regolarizzazione dell'attività intestinale*" e "*del peso corporeo*" grazie allo specifico contenuto di betaglucani¹ recato dall'alimento. In particolare, in data 27 dicembre 2010, è pervenuta una richiesta di intervento da parte di un consumatore in riferimento a messaggi diffusi sul sito internet aziendale, www.pastacolavita.it, nei quali veniva promosso il consumo del suddetto prodotto in quanto "*scelta ideale per chi è attento al proprio benessere ... che nasce da una miscela di semola di grano duro e orzo, fonte naturale di betaglucani, componenti della fibra alimentare solubile di diversi cereali, che aiutano a ridurre il colesterolo e a contenere la glicemia*" (grassetto nel testo).

3. Il *packaging* della pasta in esame – per 500 gr. di prodotto – identico per tutti i formati, reca la sagoma di un cuore - sul quale campeggia, a caratteri ingranditi rispetto al resto, la parola "β-glucani" - e, più sotto, il *claim* "*aiuta a ridurre il colesterolo*". A lato, un riquadro di colore

¹ I betaglucani, come meglio specificato in seguito, sono fibre di cereali solubili presenti, tra l'altro, nell'orzo e nella crusca d'orzo.

contrastante reca la presentazione del prodotto² ove si ribadisce che “Una porzione di “Su Colavita” (80 gr.) fornisce all’organismo più della metà della razione giornaliera utile a tenere sotto controllo il colesterolo”. Sul retro della confezione è riportata, a caratteri molto piccoli, la tabella dei *valori nutrizionali* dalla quale si evince, tra l’altro, che un etto di prodotto contiene 2,3 gr. di betaglucani mentre una porzione di pasta (80 gr.) reca un quantitativo di 1,8 gr. di tali fibre (si riporta l’immagine della confezione di spaghetti da gr. 500)



4. Il sito internet del professionista dedica ampio spazio alla promozione dei propri prodotti caratterizzati dalla presenza di betaglucani: già nella *homepage* compare, tra altri, il link “Linea Salute, aiuta a ridurre il colesterolo con B-Glucani”, tramite il quale è possibile accedere a una pagina *web* dove, oltre alle affermazioni sopra descritte e specificamente segnalate dal denunciante, il link “Betaglucani: vuoi saperne di più?” conduce a un’ulteriore sezione, intitolata “I benefici dei betaglucani” ove si legge, tra l’altro: “Diversi studi hanno dimostrato che i β -

² “Specialità alimentare arricchita con farina d’orzo. Ingredienti: Semola di grano duro, farina d’orzo (20%), acqua. La nuova pasta funzionale “Su Colavita” è stata prodotta utilizzando farina d’orzo, arricchita naturalmente con β -glucani. I β -glucani sono componenti della fibra alimentare solubile e, come tali, esercitano nel nostro organismo importanti effetti fisiologici contribuendo a ridurre i livelli di colesterolo e a contenere la glicemia. (...) Abbinata ad uno stile di vita sano e ad una alimentazione equilibrata, la pasta “Su Colavita” può dare un contributo concreto alla tua salute senza rinunciare alla bontà e al gusto”.

*glucani apportano importanti benefici fisiologici all' organismo: - regolano l'attività intestinale; - aiutano a ridurre il colesterolo (colesterolo-LDL); - controllano i picchi di glicemia; - stimolano la sensazione di sazietà e contribuiscono al controllo del peso corporeo*³.

5. Nella sezione “Pubblicità e comunicazione”⁴ è inoltre possibile visionare il materiale pubblicitario diffuso dal professionista nel quale sono parimenti riprodotti i descritti claims: i) il *Calendario per il 2010*⁵, ii) le *affissioni 6 x 3 della linea "Su Colavita"*⁶; nonché iii) il *flyer per la pasta con betaglucani*⁷ (si riporta l'immagine dell'affissionale).

³ Si trova anche l'affermazione che “Una razione (80 g) di Su Colavita offre all'organismo più della metà della razione giornaliera utile a contenere colesterolo e glicemia”. Analoghe indicazioni si trovano nella sezione “Colavita story”, in cui si trova una sintetica descrizione della storia aziendale.

⁴ Accessibile anche al link www.pastacolavita.it/3a.php.

⁵ Dove, in corrispondenza di ciascun mese dell'anno, vengono reclamizzati altrettanti prodotti distribuiti dal professionista. In particolare, nella pagina riservata ad agosto, accanto all'immagine di formati di pasta con betaglucani, si legge: “*Tutti i vantaggi dei betaglucani – Regolarizzano il funzionamento intestinale; - catturano il colesterolo in eccesso; - contengono la glicemia; - facilitano il raggiungimento del senso di sazietà*”.

⁶ Uno dei manifesti, in particolare, reca sotto il logo della linea aziendale, la dicitura ben evidenziata, dimensionalmente e cromaticamente “*Mangia in salute*”. Segue l'invito, a caratteri più ridotti: “*Prova la nostra nuova pasta naturalmente ricca di beta-glucani. La scelta giusta per chi è attento alla propria salute, ma non vuole rinunciare al gusto*” (grassetto nel testo). Più sotto ancora compare il *claim*, ben visibile e riquadrato in uno spazio di colore contrastante “*AIUTA A RIDURRE IL COLESTEROLO*”, attorniato da varie immagini di diversi formati di prodotto.

⁷ La facciata anteriore dello stesso reca in centrale evidenza, sullo sfondo della sagoma di un cuore, la scritta “*β-glucani*” e il sottostante claim “*aiuta a ridurre il colesterolo*”. Immediatamente al di sotto, accanto all'immagine di una confezione di spaghetti, compare un'ampia presentazione nella quale è, tra l'altro ribadito che “*La nuova linea “Su Colavita” naturalmente ricca di β-glucani (...) che aiutano a ridurre il colesterolo e a contenere la glicemia*”. La facciata posteriore del flyer reca una fitta descrizione dei “benefici dei betaglucani indicando che “*Studi derivanti dalla ricerca scientifica italiana ed internazionale attestano la capacità dei β-glucani d'orzo di svolgere funzioni fisiologiche di peculiare interesse salutistico: - Regolarizzano il funzionamento intestinale grazie all'attività fermentativa; -Catturano il colesterolo in eccesso nell'organismo, aiutando l'eliminazione e contribuendo a ridurre l'assorbimento; -Contribuiscono a contenere la glicemia, favorendo il lento assorbimento del glucosio, che comporta una maggiore efficienza di tutto l'organismo e una riduzione del livello di trigliceridi nel sangue; - Facilitano il raggiungimento del senso di sazietà, contribuendo al controllo del peso corporeo*” (grassetto nel testo).



6. Il medesimo sito⁸, riferisce, altresì, che proprio la linea di pasta “Su Colavita” ai betaglucani ha conseguito a Shanghai, nel 2010, “il premio "Trend & Innovations" come miglior prodotto per gusto, packaging e benefici salutistici”, nell’ambito del SIAL-CHINA, manifestazione fieristica internazionale dei prodotti e delle industrie alimentari. Inoltre, il sito illustra che l’azienda ha ottenuto la “certificazione Kosher, garantita dal Services International Kosher Supervision Ltd”⁹.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) L’iter del procedimento

7. A seguito della segnalazione pervenuta in Autorità e sulla base di verifiche successivamente effettuate d’ufficio sul sito internet del professionista, www.pastacolavita.it, in data 4 aprile 2011 è stato comunicato a IND.AL.CO. l’avvio del procedimento istruttorio PS6892 per presunta violazione degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettere b) ed f), 22 e 23, comma 1, lettere d) ed s), del Codice del Consumo.

⁸ Al link: <http://www.pastacolavita.it/3ad.php?id=156>.

⁹ <http://www.pastacolavita.it/1b.php> (sub anno 1993).

8. Il 18 maggio 2011 è pervenuta, da parte del professionista, una documentata memoria di replica alle contestazioni e alle richieste di informazioni formulate dall'Autorità.

9. In data 27 luglio 2011, l'Autorità ha deliberato la proroga di trenta giorni del procedimento.

10. L'8 agosto 2011 è stato comunicato al professionista il termine di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del *Regolamento*.

2) *Le evidenze acquisite*

Campagna promozionale e commercializzazione dei prodotti

11. La pasta della linea "Su Colavita" è stata oggetto di campagna promozionale sul sito internet aziendale - a far tempo dal 4 maggio 2010¹⁰ e sino ad oggi - nonché a mezzo cartellonistica "6 x 3" e diffusione di *flyers*¹¹ "prevalentemente a base regionale (Molise)".

12. La commercializzazione della pasta *de qua*, nei quattro formati sopra illustrati, è stata avviata ad ottobre 2009 presso punti vendita della GDO.

Le vendite, nel periodo da ottobre 2009 e fino a marzo 2011, ammontano complessivamente a [omissis]¹² chilogrammi di prodotto, per un fatturato (valore netto) pari a [omissis] euro.

Il premio "Trend & Innovations" e la "certificazione Kosher"

13. In esito alle richieste istruttorie contenute nella comunicazione di avvio del procedimento, il professionista ha prodotto, in allegato alla propria memoria difensiva, documentazione a comprova dell'acquisizione del suddetto premio nonché copia della "certificazione Kosher" rilasciata in data 31 dicembre 2009, e avente validità fino al 31 dicembre 2010, da S.I.K.S. - *Services International Kosher Supervision Ltd*¹³.

La normativa in materia di etichettatura e indicazioni salutistiche per i prodotti alimentari

14. Dopo l'entrata in vigore di alcune direttive europee in materia, debitamente recepite dalla legislazione italiana¹⁴, è stato emanato il Regolamento 20 dicembre 2006, n. 1924/2006/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo che persegue lo scopo di evitare che le indicazioni nutrizionali¹⁵ presenti nell'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari risultino

¹⁰ L'informazione è desunta dal medesimo sito, nella sezione "News", all'indirizzo:

<http://www.pastacolavita.it/3a.php?cpage=2>.

¹¹ Pubblicati anche sul sito internet a far tempo, rispettivamente, dal 24 marzo e dal 21 aprile 2010.

¹² Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹³ Si tratta di una "non stock non profit religious corporation", avente sede principale a Gerusalemme, che rilascia, a richiesta delle aziende alimentari e dietro effettuazione di specifici controlli, l'autorizzazione ad apporre un contrassegno ("s.i.K.s.") sui prodotti presentati, il quale attesta lo status "Kosher" dei prodotti medesimi, ossia la circostanza che le relative procedure di produzione e confezionamento nonché ogni singolo ingrediente utilizzato nella preparazione sono conformi al *Kasheruth*, il corpus di regole alimentari ebraiche. Sulla homepage del sito internet di S.I.K.S. (<http://www.siks.org/italy/default.asp>, verificato anche alla data del 25 agosto 2011), entro un banner a scorrimento compare, tra altri, anche il logo del professionista quale cliente dell'organizzazione medesima. La società ha, altresì, dichiarato di essere in attesa della stessa certificazione anche per l'anno 2011, in virtù della già avvenuta effettuazione, con esito positivo, dei relativi controlli.

¹⁴ Si tratta del Decreto Legislativo 16 febbraio 1993, n. 77 - di attuazione della direttiva 90/496/CEE del Consiglio del 24 settembre 1990 relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari - secondo cui l'etichettatura nutrizionale è facoltativa, ma diviene obbligatoria quando un'informazione nutrizionale (ossia una descrizione o un messaggio pubblicitario che affermi, suggerisca o richiami che un alimento possiede particolari caratteristiche nutrizionali) figura in etichetta o nella presentazione o nella pubblicità dei prodotti alimentari. Il successivo Decreto Legislativo 23 giugno 2003, n. 181, di attuazione della direttiva 2000/13/CE, ha dettato alcune disposizioni di carattere generale (su etichettatura, presentazione e pubblicità) volte ad evitare comunicazioni ingannevoli relativamente ai prodotti alimentari: in particolare, l'etichettatura deve essere tale da: non indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche del prodotto alimentare; non attribuire al prodotto effetti o proprietà che non possiede; non suggerire che il prodotto possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche; non attribuire al prodotto alimentare proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia.

¹⁵ Per indicazione nutrizionale si intende qualsiasi indicazione che affermi, suggerisca o sottintenda che un alimento abbia particolari proprietà nutrizionali benefiche, dovute al valore calorico o alle sostanze nutritive o di altro tipo che contiene/non contiene/contiene in proporzioni ridotte o accresciute.

fuorvianti per il consumatore medio inducendolo a scelte alimentari ingiustificate sul piano scientifico (*considerando 16*)¹⁶.

15. Al fine di garantire che le indicazioni nutrizionali e sulla salute risultino *veritiere, chiare, affidabili e utili* ai consumatori, il Regolamento predispone una articolata procedura di autorizzazione da parte della Commissione Europea la quale si avvale della collaborazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare-EFSA al fine di giungere ad una valutazione scientifica *del più alto livello possibile e armonizzata* tra gli stati membri (*considerando 23* ed art. 4).

In particolare, l'art. 5, lettera *d*), del Regolamento indica espressamente fra le condizioni da rispettare per l'utilizzo di un *health claim* che *“la quantità del prodotto tale da poter essere ragionevolmente consumata fornisce una quantità significativa della sostanza nutritiva o di altro tipo cui si riferisce l'indicazione, ai sensi della legislazione comunitaria o, in mancanza di tali regole, una quantità tale da produrre l'effetto nutrizionale o fisiologico indicato, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate”*.

16. L'art. 13 del Regolamento prevedeva che gli Stati membri fornissero, entro il 31 gennaio 2008, gli elenchi delle indicazioni sulla salute che descrivono o fanno riferimento – tra altri – al ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, corredati delle relative condizioni applicabili e dei riferimenti alla fondatezza scientifica pertinente.

La norma prescriveva, altresì, che entro il 31 gennaio 2010 la Commissione avrebbe adottato ufficialmente, in base alla procedura di cui all'articolo 25, paragrafo 2, tale elenco comunitario previa consultazione dell'EFSA, tenuta, ai sensi del successivo articolo 16, a rendere pubblico il proprio parere. L'art. 17 del Regolamento prescrive, infine, che in esito all'autorizzazione rilasciata dalla Commissione, *“le indicazioni sulla salute incluse negli elenchi di cui agli artt. 13 e 14 possono essere utilizzate in osservanza delle condizioni ad esse applicabili da qualsiasi operatore del settore alimentare”*.

17. Lo Stato italiano – assieme agli altri paesi membri dell'Unione - ha provveduto alla trasmissione entro il 31 gennaio 2008 dei claim di cui al paragrafo 1 del suddetto art. 13, che sono andati a costituire un elenco provvisorio composto da più di 44.000 claim¹⁷.

18. Ad oggi, la Commissione - nonostante il decorso del termine previsto nel medesimo articolo - non ha ancora formalizzato la lista definitiva dei claims autorizzati, principalmente in ragione dell'imponente numero pervenuto da sottoporre all'opinione scientifica dell'EFSA¹⁸.

¹⁶ Il Regolamento ravvisa, infatti, la necessità di garantire che le sostanze per le quali è fornita un'indicazione abbiano un accertato effetto nutrizionale o fisiologico benefico (*considerando 14*): pertanto, la fondatezza scientifica dovrebbe essere l'aspetto principale di cui tenere conto nell'utilizzo di indicazioni nutrizionali e sulla salute, e gli operatori del settore alimentare che ne fanno uso dovrebbero giustificarle (*Considerando 17*). Onde garantire la veridicità delle indicazioni, è necessario, inoltre, che la sostanza oggetto dell'indicazione sia presente nel prodotto finale in quantità sufficienti (...) e, laddove opportuno, una quantità significativa della sostanza che produce l'effetto nutrizionale o fisiologico indicato dovrebbe essere fornita da una quantità dell'alimento tale da poter essere ragionevolmente consumata (*Considerando 15*).

¹⁷ Il professionista produce l'intero elenco - ANNEX 1 CODIFICATO – di cui si riporta un estratto relativo ai betaglucani dell'orzo (pag. 4):

Food or Food component	Health Relationship	Conditions of use (if any)	Nature of evidence	References	Example of wording
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Barley/ barley betaglucan	Blood cholesterol Levels	3g/day	Authoritative Body Barley (FDA)	See: Dietary fibre - Barley beta-glucan and Cholesterol	barley helps reduce cholesterol

¹⁸ In un comunicato stampa del 27 settembre 2010 (reperibile all'URL <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1176&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>) la Commissione aveva annunciato l'intento di riformare il procedimento per la progressiva adozione della lista

Da ultimo - in esito alla pubblicazione da parte della Autorità alimentare europea del sesto ed ultimo *batch* sui claim salutistici per alimenti (e annessa condizione d'uso) ex art. 13 Reg. 1924/06 - la Commissione ha confermato che l'elenco definitivo verrà adottato entro la fine del 2011¹⁹.

I betaglucani e relativi claim salutistici

19. I beta-glucani sono “polisaccaridi *non amilacei lineari costituiti da molecole di glucosio unite insieme mediante legami glicosidici b-(1-3) e b-(1-4)*”²⁰. Presenti nella parete cellulare di alcuni lieviti da panificazione oppure estratti dalla crusca di alcuni cereali (grano, avena ed orzo), essi sono i maggiori componenti della frazione solubile della fibra alimentare e, come tali, esercitano, nel nostro organismo, taluni effetti benefici come, ad es., il rallentamento dello svuotamento gastrico o l'incremento della intestinale.

Diverse risultanze sperimentali raccolte ed esaminate, tra altri, dall'agenzia americana *Food and Drug Administration* (FDA) e dall'*Autorità Europea per Sicurezza Alimentare* o *EFSA*, hanno evidenziato il ruolo dei betaglucani dell'orzo e dell'avena nel contenimento del livello di colesterolo e di ematico nell'uomo e in animali da laboratorio: le ricerche scientifiche sinora effettuate convergono, in genere, sulla necessità di un consumo di betaglucani pari ad almeno 3 gr./*pro die* al fine di ottenere tale benefico risultato, come espressamente indicato nell'elenco provvisorio (cfr. nota 18).

20. L'EFSA ha pubblicato numerose opinioni scientifiche rendendo alcuni pareri circa le indicazioni salutistiche correlate ai *betaglucani*. Per quanto riguarda la correlazione tra tali fibre ed il colesterolo ematico, nell'ottobre 2009, l'EFSA ha reso un primo parere relativo alle indicazioni sulla salute in merito “*ai betaglucani e al mantenimento delle normali concentrazioni di colesterolo nel sangue*”²¹, concludendo che, nell'ambito di un'accertata relazione di causa-effetto tra consumo di tali fibre e livello di colesterolo nel sangue, il claim “*il regolare consumo di betaglucani contribuisce a mantenere le normali concentrazioni di colesterolo nel sangue*” possiede evidenza scientifica ma che per poter essere supportato, è necessario che l'alimento reclamizzato sia in grado di apportare, in una o più porzioni, almeno 3 grammi – giornalieri - di betaglucani²².

La medesima condizione d'uso è stata indicata anche nel successivo parere pubblicato a dicembre del 2010²³ nel quale l'EFSA ha validato scientificamente il wording “*E' stato dimostrato che il betaglucano abbassa/riduce il colesterolo nel sangue. L'abbassamento del colesterolo può ridurre il rischio di patologie coronariche*”.

21. In distinti pareri adottati a luglio 2009, l'EFSA non ha invece rilevato, in base ai dati disponibili, una relazione di causa-effetto tra consumo di betaglucani e mantenimento/raggiungimento di un normale peso corporeo

dei claim salutistici di cui all'art. 13 del Regolamento, articolandolo in due fasi progressive e stabilendo – a fine 2011 – il nuovo termine per la formalizzazione dell'elenco.

¹⁹ Comunicato stampa diffuso il 28 luglio 2011 Reperibile sul sito dell'Istituzione, all'url <http://europa.eu/rapid/pressReleases.Action.do?reference=IP/11/933&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr> ove testualmente si precisa “Una volta che la lista del claim salutistici consentiti sarà definitivamente adottata e pienamente operativa, i consumatori dell'Unione avranno la certezza che tutti i claim salutistici utilizzati nel mercato comune hanno evidenza scientifica e non sono ingannevoli”.

²⁰ La definizione tecnica è tratta dal parere scientifico reso dall'EFSA a luglio 2009 in merito ai claim salutistici riferiti ai Beta-glucani “*Scientific Opinion on the substantiation of health claims related to beta-glucans and maintenance of normal blood cholesterol concentrations (ID 754, 755, 757, 801, 1465, 2934) and maintenance or achievement of a normal body weight (ID 820, 823) pursuant to Article 13(1) of Regulation (EC) No 1924/2006*”.

²¹ Il parere, reperibile all'URL <http://www.efsa.europa.eu/it/scdocs/scdoc/1254.htm>, ha approvato specificamente i claim 754, 755, 757, 801, 1465, 3934 di cui all'elenco ex art. 13 del Regolamento

²² E' ivi precisato, infine, che il target di popolazione cui si riferiscono le osservazioni rilasciate nel parere è costituito da “adulti con normale o mediamente elevato livello di concentrazione di colesterolo nel sangue”, ossia soggetti con valori non patologici di colesterolemia.

²³ reperibile all'URL <http://www.efsa.europa.eu/en/scdocs/doc/1885.pdf>.

(<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/1254.htm>) ed ha, inoltre, ritenuto che non potesse essere supportato scientificamente, allo stato, un claim che collegasse al consumo di fibre (intese come “*all carbohydrate components occurring in foods that are non-digestible in the human small intestine*”) un effetto, tra altri, di normale funzionalità intestinale (<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/1735.htm>).

22. A giugno 2011, l’EFSA ha pubblicato un nuovo parere²⁴ circa la sostenibilità, alla luce della documentazione scientifica al riguardo acquisita²⁵, di alcune indicazioni salutistiche per alimenti recanti betaglucani da avena e orzo. In particolare, sulla premessa che detti “componenti” risultano “*sufficientemente caratterizzati*”:

i) è stata confermata²⁶ l’evidenza scientifica del *wording* - riferibile alla generalità della popolazione - che colleghi all’ alimento contenente dette fibre “*il mantenimento delle normali concentrazioni nel sangue del colesterolo LDL*” ;

ii) non è stata rinvenuta una relazione di causa-effetto tra consumo di betaglucani da avena/orzo ed *un sostanziale aumento del senso di sazietà che conduca ad una riduzione dell’apporto energetico e, quindi, alla riduzione del peso corporeo*;

iii) è stata riconosciuta evidenza scientifica al claim “*il consumo di betaglucani da orzo/avena contribuisce alla riduzione dell’innalzamento del glucosio dopo il pasto*”. Per supportare tale indicazione, l’EFSA precisa, però, che è necessario consumare – a pasto – 4 g. di dette fibre per ogni 30 g. di carboidrati (pane/pasta) disponibili²⁷;

iv) non è stata riconosciuta sufficiente individuazione al claim “*il beta-glucano migliora la funzione digestiva*”. La genericità dello stesso e la non riferibilità ad una specifica indicazione salutistica ne ha impedito la valutazione, in base alle prescrizioni del *Regolamento Claims*.

23. Anche in tale parere, l’EFSA precisa espressamente che il medesimo – in ossequio a quanto complessivamente previsto dal regolamento CE n. 1924/2006 – non costituisce affatto una “autorizzazione” all’utilizzazione, a fini commerciali, del claim salutistico validato. Sarà infatti la Commissione Europea a consentire, ufficialmente e in via definitiva, i *wordings* e le relative condizioni d’uso in esito al completamento della procedura prevista dall’art. 13 del medesimo *Regolamento*²⁸.

3) *Le argomentazioni difensive del professionista*

24. Nella memoria difensiva pervenuta il 18 maggio 2011, trasmessa in esito alla comunicazione di avvio del presente procedimento, IN. DAL. CO. ha rigettato ogni addebito di scorrettezza in riferimento alla diffusione di messaggi pubblicitari relativi al prodotto “Su Colavita”, in quanto “*rendono edotto il consumatore di tutte le informazioni necessarie per consentire allo stesso di assumere una decisione consapevole circa l’acquisto o meno del prodotto*”, il quale “*consiste in una pasta <<funzionale>> prodotta, oltre che con semola di grano duro, anche con farina di orzo arricchita naturalmente di betaglucani*”.

²⁴ Reso a marzo 2011, detto parere è reperibile all’URL <http://www.efsa.europa.eu/it/efsajournal/pub/2207.htm>.

²⁵ La documentazione scientifica analizzata da EFSA è costituita dalle informazioni rese dagli Stati membri - sia in seno all’elenco trasmesso ai sensi dell’art. 13 del Reg. sia successivamente - oppure direttamente dagli interessati. La lista di tutta la documentazione esaminata è disponibile su: <http://www.efsa.europa.eu/panels/nda/claims/article13.htm>.

²⁶ In quanto già attestata nel precedente parere pubblicato a dicembre 2010.

²⁷ “*The following wording reflects the scientific evidence: <<Consumption of beta-glucans from oats and barley contributes to the reduction of the glucose rise after meal.>> In order to obtain the claimed effect, 4 g. of beta-glucans from oats or barley for each 30 g. of available carbohydrates should be consumed per meal. The target population is individuals who wish to reduce their post-prandial glycaemic responses*”.

²⁸ Vedasi *Appendix B. EFSA Disclaimer* (pag. 17).

25. Secondo il professionista, il claim “*aiuta a ridurre il colesterolo*” presente su detti messaggi, oltre ad essere supportato dalle ricerche scientifiche allegate²⁹, è rispondente al *wording* validato nel parere rilasciato dall’EFSA a dicembre 2010 nonché alla relativa *condizione d’uso*, secondo cui “*per supportare tale claim è necessario che l’alimento reclamizzato sia in grado di apportare in una o più porzioni, almeno tre grammi giornalieri di betaglucani*”.

Infatti, prosegue IN.DAL.CO, sulle confezioni ed in tutti i messaggi pubblicitari della pasta Su Colavita “*si evidenzia che 100 g. di prodotto apportano un quantitativo di 2,3 g. di Betaglucani e che 80 gr. di prodotto apportano un quantitativo di 1,8 g. di betaglucani. Viene, inoltre, specificato che <<una porzione di SuColavita (80 g.) fornisce all’organismo più della metà della razione giornaliera utile a tenere sotto controllo il colesterolo*”.

26. Tale claim, aggiunge il professionista, viene riportato sulla confezione e sui messaggi “*con caratteri grafici assolutamente discreti e senza enfasi alcuna sulle parole <<ridurre>> e/o <<colesterolo>>. Il claim è, peraltro, riportato, in colorazione molto simile a quella della confezione e, dunque, non di immediato impatto visivo. **Ciò proprio per evitare che il consumatore focalizzi la sua attenzione esclusivamente su detto assunto***³⁰”.

“*A caratteri evidenti*”, invece, sarebbe riportata – sul retro della confezione, in seno alla tabella nutrizionale – “*la quantità di betaglucani presente in 100 g. e in 80 g. di prodotto*”.

V. PARERE DELL’AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

27. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa via internet, in data 8 agosto 2011, è stato richiesto il parere all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell’art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

28. Con parere pervenuto in data 13 settembre 2011, la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23 del Codice del Consumo, evidenziando che “*già dal primo impatto pubblicitario, risulta chiaro (...) come il professionista voglia veicolare un messaggio ben preciso al potenziale acquirente, ovvero quello dell’effetto inibitorio dell’incremento della colesterolemia assicurato dal suo prodotto*”. Per la specifica conformazione posseduta, tale messaggio risulta avere “*un elevato valore persuasivo nei confronti del consumatore medio, inducendolo, in questo modo, a generare l’erroneo convincimento di poter limitare, con il semplice uso del prodotto in oggetto, qualsiasi problematica legata all’innalzamento dei livelli di colesterolo nel sangue e ad assumere decisioni di carattere commerciale che altrimenti non avrebbe assunto*”. Inoltre, sotto “*il profilo, della veridicità dell’informativa veicolata, dalla documentazione versata in atti è emerso come, nella realtà dei fatti, le proprietà riduttive del colesterolo ascritte ai prodotti in funzione del loro contenuto di betaglucani, sia in termini assoluti sia con riferimento allo specifico riferimento percentuale, non sarebbero in realtà corrette*”.

29. Vengono ravvisati, altresì, ulteriori profili di scorrettezza, sia in quanto non si evincerebbe “*quale sia la natura dei prodotti in questione*” (impedendo “*di discernere se si tratti di un integratore alimentare a base di betaglucani*” oppure “*di un semplice prodotto naturale che sfrutta*

²⁹ A corredo della propria memoria difensiva, il professionista ha trasmesso, tra l’altro, una “*Relazione tecnica sui benefici salutistici dei betaglucani*” (di data e fonte imprecisate) nonché un comunicato stampa ed il testo integrale delle statuizioni rese, a dicembre 2005, della *Food and Drug Administration-FDA* in merito alla relazione tra consumo (3 gr. *pro die*) di betaglucani presenti nell’orzo e riduzione del rischio di malattie coronariche. La FDA è un’agenzia governativa statunitense che ha lo scopo di proteggere la salute dei cittadini mediante attività di regolamentazione e controllo circa l’immissione in commercio di varie tipologie di prodotti, in particolar modo alimentari. Sulla scorta di individuati studi scientifici, il 23 dicembre 2005 (con statuizione provvisoria confermata, in via definitiva il successivo 15 maggio 2006) ha autorizzato l’uso di *claim* salutistici del tipo “*Soluble fiber from foods such as [name of food], as part of a diet low in saturated fat and cholesterol, may reduce the risk of heart disease*”.

determinate sostanze”) sia per la “mancata indicazione delle prestazioni minime potenzialmente ottenibili tramite l'utilizzo dei prodotti pubblicizzati”.

Per questi motivi “il messaggio pubblicitario in esame risulta idoneo a indurre in errore le persone alle quali è rivolto o da esso raggiunte sulle reali caratteristiche del prodotto in oggetto e, a causa della sua ingannevolezza, pare suscettibile di pregiudicare il comportamento economico dei destinatari”.

VI. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

30. Dall'istruttoria svolta emerge la scorrettezza, ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 21, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, della pratica commerciale posta in essere da IND.AL.CO e consistente nella promozione dei formati di pasta della linea *Su Colavita* - via internet e sulle confezioni dei prodotti nonché attraverso cartellonistica e *leaflet* - mediante utilizzo di *claim* assertivi che li accreditano come alimenti in grado di contribuire a ridurre il colesterolo e a contenere la glicemia nonché a regolarizzare il funzionamento intestinale e facilitare il raggiungimento del senso di sazietà, contribuendo al controllo del peso corporeo in base allo specifico contenuto di *betaglucani* recato dai medesimi.

31. Tali messaggi risultano idonei a fuorviare i consumatori da scelte commerciali consapevoli e nutrizionalmente fondate, principalmente a causa della prospettazione di molteplici effetti salutistici, ascritti ai prodotti reclamizzati, relativamente alla specifica percentuale di *betaglucani* contenuta negli alimenti medesimi in correlazione a quanto indicato nei pareri resi da EFSA dal 2009 sino ad oggi.

32. Va premesso, in generale, che, nonostante che la Commissione Europea non abbia ancora reso definitiva la lista dei *claim* autorizzati ai sensi dell'art. 13 del Regolamento n. 1924/2006, le indicazioni contenute nell'elenco provvisorio e la *scientific opinion* dell'EFSA restano comunque i riferimenti per accertare la correttezza – nel senso dell'adeguato fondamento scientifico - dei *claim* utilizzabili dagli operatori alimentari e relativi al rapporto tra il cibo reclamizzato e l'effetto salutistico vantato.

33. Non va dimenticato, infatti, che in attesa delle definitive determinazioni ufficiali della Commissione ex 13 del Regolamento, detta Autorità è chiamata a rendere, nell'ambito dell'articolata procedura di formazione dell'elenco ufficiale dei *claim* nutrizionali, un parere obbligatorio e “pertinente” al quale è espressamente attribuito valore di “*valutazione scientifica del più alto livello possibile*” (considerando 23 e art. 4 del Regolamento n. 1924/2006/CE). Pertanto è al parere scientifico di questa – ove esistente – che deve farsi riferimento, in attesa del completamento della suddetta procedura, al fine di verificare la spendibilità di un'indicazione salutistica al fine di reclamizzare un prodotto alimentare.

34. Nel caso *de quo*, il professionista non ha fornito - nonostante le richieste specifiche dell'Autorità sul punto³¹- alcun supporto scientifico (*i.e.*, sperimentazioni, test, scheda tecnica o analisi mirate) che conforti l'indicazione - presente in etichetta e nei messaggi promozionali - circa lo specifico quantitativo di *betaglucani* recato da, rispettivamente, 100 g. e 80 g. di prodotto.

³⁰ Grassetto aggiunto.

³¹ Nella comunicazione di avvio del procedimento era stato richiesto espressamente alla società di fornire, tra altre informazioni, anche “*specific documentazioni scientifica che attestino l'idoneità dei betaglucani a svolgere un'azione di riduzione del colesterolo, di contenimento della glicemia, di regolarizzazione dell'attività intestinale e del peso corporeo, segnatamente nella concentrazione presente nei prodotti*”.

a) Il claim relativo all'efficacia coadiuvante nella riduzione del colesterolo

35. Sulla base di quanto precisamente indicato nell'elenco provvisorio e nei pareri dell'EFSA, risulta non veritiero la vantata efficacia salutistica del prodotto nella *riduzione del colesterolo* in quanto essa non può annettersi all'assunzione della normale porzione del prodotto che contiene un quantitativo di betaglucani (1,8 g) inferiore a quello necessario per assicurare l'effetto salutistico, pari, come detto, a 3 g. al giorno.

36. Va osservato, infatti, che costituisce principio generale della sopra richiamata disciplina comunitaria la diretta correlazione fra un effetto salutistico e l'adeguata quantità della sostanza nel prodotto di cui si suggerisce il consumo, corrispondente normalmente alla porzione del prodotto stesso, come richiesto dall'art. 5 del Reg. 1924/2006. Se, pertanto, una porzione di pasta *Su Colavita* – pari a 80 gr. di prodotto crudo - reca, dichiaratamente, soltanto 1,8 g di betaglucani, il consumo quotidiano dell'alimento reclamizzato – che, nell'ambito di una alimentazione equilibrata si attesta, di norma (e, magari, non costantemente), su una porzione – non può certo assicurare quel *fabbisogno giornaliero* di almeno 3 grammi, necessario - in base ai suddetti pareri EFSA ed anche alle precedenti statuizioni della *Food and Drug Administration Usa* - ad ottenere il pur vantato effetto riduttivo sul colesterolo.

37. Il professionista, peraltro, non contesta l'assunto che occorra un consumo di almeno 3 grammi al giorno di polisaccaridi al fine di ottenere effetti salutistici sul colesterolo (e, anzi, addirittura lo supporta richiamando gli studi scientifici raccolti dall'agenzia americana), i quali sarebbero chiariti dalla precisazione, presente nei messaggi e sul *packaging*, secondo cui “*Una razione (80 g) di Su Colavita*” fornirebbe “*all'organismo più della metà della razione giornaliera utile*” a “*contenere [il] colesterolo*” oppure a “*tenere sotto controllo il colesterolo*”.

38. Al riguardo, si rileva che tali precisazioni sono presentate, in realtà, in modo parziale ed assolutamente insufficiente a chiarire i reali effetti salutistici del prodotto derivanti dal suo consumo, anche perché riprodotte con caratteri grafici nettamente inferiori rispetto al *claim* principale, nonché separati e aventi diversa collocazione in tutti i messaggi esaminati (oppure apposta sul retro, nelle confezioni).

b) gli ulteriori claims relativi all'efficacia di regolazione del funzionamento intestinale e del controllo del peso e di contenimento della glicemia

39. Anche gli ulteriori claim salutistici presenti, seppure in posizione più defilata, nella campagna pubblicitaria della pasta *Su Colavita* (*regolare il funzionamento intestinale e facilitare il raggiungimento del senso di sazietà, contribuendo al controllo del peso corporeo, contenimento della glicemia*) non sono, ad oggi, suffragati da puntuale avallo scientifico dell'EFSA.

40. In primo luogo, con pareri del 2009 e 2011, detta Autorità ha espressamente escluso l'esistenza di una correlazione di causa-effetto tra consumo di betaglucani da avena/orzo e “*un sostanziale aumento del senso di sazietà che conduca ad una riduzione dell'apporto energetico e, quindi, alla riduzione del peso corporeo*”³². In particolare, è stata esclusa la conferma scientifica del claim che collegasse al consumo di fibre (intese come “*all carbohydrate components occurring in foods that are non-digestible in the human small intestine*”) un effetto, tra altri, di normale funzionalità intestinale³³.

³² È il parere pubblicato a giugno 2011 (<http://www.efsa.europa.eu/it/efsajournal/pub/2207.htm>). Anche in precedenza, con distinto parere adottato a luglio 2009, l'EFSA non aveva rilevato, in base ai dati disponibili, una relazione di causa-effetto tra consumo di betaglucani e mantenimento/raggiungimento di un normale peso corporeo (<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/1254.htm>).

³³ <http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/1735.htm>.

41. Con riferimento invece agli effetti di *contenimento* e di *tenuta sotto controllo* della *glicemia*, nel giugno del 2011, l'EFSA ha pubblicato il parere³⁴ nel quale, a proposito della correlazione tra consumo di dette fibre e glicemia, ha validato scientificamente un claim specifico (“*il consumo di betaglucani da avena e orzo contribuisce alla riduzione dell’innalzamento del glucosio dopo il pasto*”) che è corredato da una *condizione d’uso* relativa alla necessità che attraverso l’alimento reclamizzato si introducano – a pasto – “*4 g. di beta-glucani per ogni 30 g. di carboidrati (pane/pasta) disponibili*”. E’ ben evidente, pertanto che, a fronte di un dichiarato quantitativo di 1,8 g. di betaglucani per 80 g. di pasta *Su Colavita*, il “vanto salutistico” di contenimento della glicemia risulta ingannevole.

42. Per le motivazioni sopraesposte, i claims salutistici utilizzati dal professionista per il prodotto “*Pasta Colavita ai betaglucani*” – in primis quello relativo all’azione coadiuvante per la riduzione del colesterolo - risultano ingannevoli verso i consumatori - ai sensi dell’art. 21, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo – in quanto all’alimento reclamizzato non possono essere attribuite le caratteristiche salutistiche vantate pregiudicando una consapevole ed avveduta scelta commerciale.

43. Sulla base del principio di diligenza richiesto quando si utilizzano specifici vanti di natura salutistica, il professionista avrebbe dovuto tenere nella massima considerazione quali fossero i *claim* scientificamente validati dall’Autorità *europea per la sicurezza alimentare* in relazione al consumo di betaglucani, mentre ha predisposto e continuato a diffondere una campagna promozionale incentrata su indicazioni salutistiche, per accreditare al prodotto un’efficacia salutistica superiore che ad esso non può riconoscersi: esso è idoneo a fuorviare il consumatore da scelte commerciali consapevoli e, per tali motivi, la pratica in questione risulta in contrasto con l’art. 20 del Codice del Consumo.

VII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

44. 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 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

45. 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.

46. Con riguardo alla gravità della violazione, nella fattispecie in esame deve tenersi conto dell’importanza e della dimensione economica del professionista, ovvero una società, di medie dimensioni presente non solo sul mercato nazionale ma anche su mercati esteri, con un fatturato di quasi 14 milioni di euro nell’ultimo esercizio.

47. La gravità si apprezza, inoltre, tenendo conto del diverso utilizzo dei sopradescritti claims salutistici – in primis quello relativo alla riduzione del colesterolo -, con riferimento ai diversi supporti utilizzati. In particolare, la diffusione si apprezza sia tenendo conto del numero di confezioni vendute da ottobre 2009 e fino a marzo 2011, sia della diffusione degli stessi claims attraverso altri supporti promozionali e attraverso *internet*, in grado di raggiungere un vasto pubblico di utenti. Rileva inoltre lo specifico *target* di consumatori costituiti da soggetti presumibilmente afflitti da problematiche o patologie collegate al colesterolo, alla glicemia, alla funzionalità peristaltica e al sovrappeso.

³⁴ Supra, sub punto 2) le evidenze acquisite - paragrafo 21.

48. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere a far tempo dal mese di ottobre 2009 e perdura a tutt'oggi.

49. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Industria Alimentare Colavita-IND.AL.CO S.p.A. nella misura di 40.000 € (quarantamila euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 21, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, attraverso la veicolazione di informazioni salutistiche non adeguatamente avallate dal punto di vista scientifico, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione ai prodotti pubblicizzati dal professionista;

RITENUTO infine, ai sensi dell'articolo 27, comma 10, del Codice del Consumo, che l'Autorità è chiamata ad assegnare all'operatore pubblicitario un termine per procedere all'adeguamento delle confezioni di prodotto che riportano messaggi ritenuti ingannevoli;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Industria Alimentare Colavita-IND.AL.CO S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 21, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società Industria Alimentare Colavita-IND.AL.CO S.p.A., una sanzione amministrativa pecuniaria di 40.000 € (quarantamila euro);

c) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

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.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

ASSEGNA

alla società Industria Alimentare Colavita-IND.AL.CO S.p.A., un termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 10, del Codice del Consumo, per il necessario adeguamento della confezione di vendita di *Pasta Su Colavita* – nei quattro formati in atto commercializzati - mediante la rimozione della dicitura relativa alla *riduzione del colesterolo*.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in considerazione della natura dell'illecito e per assicurare al pubblico la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale.

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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXI- N. 39 - 2011

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Elisabetta Allegra, Sandro Cini, Valerio Ruocco,
Simonetta Schettini
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione Statistica e Ispezioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
