

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

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

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:

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

SORESA (Società Regionale per la Sanità Campana) 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 individuate. 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.

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.

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.

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 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

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.

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

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.

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 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.

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%).

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.

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.

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:

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.

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 |
| TOT | 191.508.754 | 57.387.325 | 25.244.582 | 28.679.180 |
| | | 30% | 13% | 15% |
| | tot FARO GERLING NAVALE | 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.

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.

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.

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

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

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 capitolati 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*

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 rientravano 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.

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 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

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

²⁰ Cfr. verbale audizione Primogest dele 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*

voluti 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 soggettivi e oggettivi della fornitura – nel caso di specie le caratteristiche della domanda di servizi assicurativi RCT/RCO delle ASL e

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

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 predisposizioni 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.

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».

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 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:

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.

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.

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 | gara 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.

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.

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

Tabella 4: Procedure di affidamento AO San Sebastiano 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/Fondiarìa |
| | 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

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.

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 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.

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.

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.

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*

³⁹ Cfr. doc. 358, p. 8.

⁴⁰ Cfr. doc. 57, p. 1.

⁴¹ Cfr. doc. 56, p. 44.

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

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.

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.

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,*

⁴⁵ Cfr. doc. 55, p. 6.

⁴⁶ Cfr. doc. 187, p. 16.

⁴⁷ Cfr. doc. 187 p. 15.

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 attivo di Gerling che è disposta a

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% - 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*

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

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.

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.

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</i> <i>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 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

⁵³ Cfr. doc. 60, p. 92.

⁵⁴ Cfr. doc. 60, p. 84.

⁵⁵ Cfr. doc. 60, p. 69.

⁵⁶ Cfr. doc. 60, p. 37.

⁵⁷ Cfr. doc. 108, p. 1.

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.*

77. Risulta dai documenti ispettivi che Primogest abbia contattato Navale e Faro per collocare una quota della polizza in coassicurazione. La circostanza

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 predispose 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 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».*

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,

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

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 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 2007*⁶⁸ al dott. ...(Gerling) dove ... (Primogest) afferma con chiarezza: «*chiariamo che la quota, fino ad un massimo del 20%, viene offerta sia a*

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.

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.

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;

- 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

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.

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

⁷¹ Cfr. doc. 42, p.1.

⁷² Cfr. doc. 147, p. 12.

⁷³ Cfr. doc. 62, p. 41.

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 (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*

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.

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.

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 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).

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

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.

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 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 €*

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

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.

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.

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

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...*».

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.

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 disdettato 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%).

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.

d) ASL Salerno 1

97. Il 20 settembre 2005, successivamente all'esperienza 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.

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.

⁹⁶ Cfr. doc. 28, p. 1.

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

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 ricerca dei coassicuratori, i quali dovranno comunque essere di gradimento alla compagnia⁹⁹*». 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*».

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

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

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*

¹⁰⁰ Cfr. *report* allegato al verbale di audizione di Navale del 7 ottobre 2010 doc. 310, p. 23. Navale ribadisce questa posizione anche nelle 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»*.

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.

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.

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.

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

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

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

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

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.

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 dinnanzi 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.

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 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*

¹⁰⁹ Cfr. allegato doc. 310, p. 16.

¹¹⁰ Cfr. doc. 310, allegato 1, p. 19.

¹¹¹ Cfr. doc. 332, p. 2 e 3.

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.

119. Navale, nella risposta alla richiesta di informazioni del 22 ottobre 2010¹¹⁷, afferma che *«le decisioni relative alla partecipazione alle gare e*

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.

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

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». **119.** 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.

120. 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.

121. 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 rientravano 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.

122. 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*

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.

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

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

124. 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.*

125. 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*

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

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.

materia di assunzione del rischio, le quali avvengono esclusivamente sulla base di parametri tecnici»¹²⁶.

126. *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

127. *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 degli operatori su questo impegnati»¹²⁹. Primogest ha altresì osservato che «tutte le Direttive in tema di partecipazione a gare*

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.

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

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.

128. 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.

129. 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.

130. 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

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.

prendere una quota si mettono in contatto le Compagnie le quali provvedono a concludere il contratto di coassicurazione»¹³⁵.

131. 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.*

132. 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.*

133. 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*

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

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

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.

vincolati al contenimento della spesa sanitaria imposto dalla Regione Campania»¹³⁹.

134. 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

135. 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.*

136. 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 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*

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.

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 delle Società non risulta copia della delibera in questione»¹⁴⁷.

137. 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

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.

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

138. 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

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

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

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.

139. 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

140. 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.

141. 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.

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.

142. 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.

143. 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.

144. 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.

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.

145. 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

146. 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.

147. 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 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.*

148. *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.*

149. *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*

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

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

150. 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

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

senza gara, con l'esito di mantenere il rapporto con l'ente ed estrarre le commissioni.

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

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 | <ul style="list-style-type: none"> ➤ 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 |
| <u>AO Moscati di Avellino</u> | <u>gara</u> <u>2006</u> | Gerling | Gerling | <ul style="list-style-type: none"> ➤ coassicurazione successiva Navale nel 2007; ingresso Navale e Faro nel 2008 e subentro in seguito alla disdetta di Gerling |
| <u>AO Cotugno</u> | <u>gara 2006</u> | Gerling | Gerling | <ul style="list-style-type: none"> ➤ 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 |
| <u>AO Cardarelli</u> | <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 |
| <u>ASL Salerno 1</u> | <u>gara 2005</u> | nessuna offerta | - | assenza di concorrenza in gara |
| | <u>gara 2005</u> | nessuna offerta | - | assenza di concorrenza in gara |
| | <u>affidamento diretto 2005</u> | | 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 |
| | <u>affidamento diretto 2005</u> | Faro | Faro | <ul style="list-style-type: none"> ➤ 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.

152. 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.

153. 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.

154. 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

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

¹⁶² Cfr. CdS 27 gennaio 2004, n. 926.

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.

155. 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.

156. 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 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.

157. 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.

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

158. 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.

159. 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.

160. 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*

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.

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 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».

161. 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.

162. 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

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.

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.

163. 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 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.

164. Nel caso di specie, pertanto, la contestazione riguarda un'intesa unica e complessa, che ha coinvolto tre Compagnie assicurative e l'agente

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).

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.

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

165. 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.

166. 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.

167. 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.

168. 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.

169. 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*

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.

essa è desumibile dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso in questione»¹⁷⁷.

170. 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.*

171. Le evidenze in fatto e nel seguito sintetizzate mostrano che nelle gare sopra specificate la coassicurazione è stata utilizzata dalle imprese e dall'agente plurimandatrio 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.

172. 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 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

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.

per la sua interezza, in assenza di rischi concorrenziali in gara con soggetti che poi subentreranno con quote come coassicuratori.

173. 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

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

175. 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.

176. 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.

177. 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

178. 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.

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

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

179. 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.

180. 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.

181. 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.

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. 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.

183. 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.

184. 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*

¹⁸³ Cfr. doc. 300- pag. 2.

¹⁸⁴ Cfr. doc. 382 – all. 2.

¹⁸⁵ Cfr. doc. 47, p. 15.

¹⁸⁶ Cfr.doc. 54, p. 23.

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.

185. 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 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.

186. 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*

¹⁸⁷ Cfr. doc. 55, p. 6.

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? ».*

[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.*

187. 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.*

188. 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 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*

¹⁹⁰ Cfr. doc. 71, p. 1.

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

coassicuratrici tra le compagnie che non hanno presentato offerta [enfasi aggiunta n.d.r.]»¹⁹².

189. 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.

190. 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 storicizzazione delle quote e conseguente annullamento dell'effetto pro-competitivo della gara.

191. 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

192. 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).

193. 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

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.

l'ingresso di un coassicuratore in quanto dopo la disdetta vi è sempre stata la rinegoziazione del premio per renderlo adeguato al rischio.

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

195. 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.

196. 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

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

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.

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.

197. 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 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*

¹⁹⁹ Cfr. doc. 147, p. 8.

²⁰⁰ Cfr. doc. 60, p. 12 e doc. 130.

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.

198. 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.

199. 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.

200. 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.

201. 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.

202. 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.*

203. 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%).

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

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*

204. 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.

205. Il fatto che Gerling acconsentì 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.

206. 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 ragioni economiche, ciò non di meno hanno accettato la quota ceduta sostituendo, così, ad un rapporto di concorrenza uno di reciproco scambio e collusione.

207. 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).

208. 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.

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».

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.

VIII.a.2 *La partecipazione coordinata alle gare*

209. 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*».

210. 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.

211. 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.

212. 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.

213. 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

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

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.

214. 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.

215. 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

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

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.

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.

216. 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.

217. 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 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),

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

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;

218. 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.

219. 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

220. 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.

221. 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.

222. 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.

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

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

VIII.c. Conclusioni

224. 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 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.

225. 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.

226. 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

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 Corte 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

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*

227. 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.

228. 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 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.

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).

VIII.e. Quantificazione delle sanzioni

229. 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*".

230. 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.

231. 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

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 esponano 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».

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.

232. 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 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.

233. 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 € |

234. 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.

235. 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».

236. 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%.

237. 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 € |

238. 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 €

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

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

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