

Pubblicato il 27/04/2020

N. 02674/2020REG.PROV.COLL.
N. 05773/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5773 del 2016, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la società MyChef Ristorazione Commerciale S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ferdinando Nicotra, Carmelo Mendolia e Andrea Lazzaretti ed elettivamente domiciliata presso lo Studio del terzo dei suindicati difensori in Roma, largo di Torre Argentina, n. 11 (Studio Rinaldi e Associati);;

nei confronti

della società Chef Express S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Massimo Frontoni e Giuliano Sollima ed elettivamente domiciliata presso lo Studio legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 1 aprile 2016 n. 3983, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società MyChef e Chef Express ed i documenti prodotti;

Esaminate le memorie difensive, anche di replica e gli ulteriori atti depositati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2019 il Cons. Stefano Toschei e uditi per le parti gli avvocati Massimo Frontoni, Mario Sanino, Carmelo Mendolia e Ferdinando Nicotra nonché l'avvocato dello Stato Sergio Fiorentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 1 aprile 2016 n. 3983 con la quale è stato accolto il ricorso (n. R.g. 8460/2015) proposto dalla società MyChef Ristorazione Commerciale S.p.a. nei confronti del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 25435 adottato in data 22 aprile 2015 con il quale, a conclusione del procedimento istruttorio I/775 avviato dall'Autorità con provvedimento n. 24837 del 12 marzo 2014, è stata inflitta la sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari ad € 8.420.439 a carico di MyChef Ristorazione Commerciale, per avere accertato che quest'ultima società, unitamente a Chef Express S.p.a., aveva posto in essere un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza avente per oggetto il coordinamento in occasione di 16 specifiche gare organizzate e gestite nel 2013 dalla società Roland Berger Strategy Consultants S.r.l. per l'affidamento di sub-concessioni di ristoro sulla rete di pertinenza della società Autostrade per l'Italia S.p.a..

2. - Dalla documentazione versata dalle parti qui in controversia nei due gradi di giudizio e dalla lettura della sentenza qui fatta oggetto di gravame si può ricostruire la vicenda contenziosa che ha condotto a questo giudizio in sede di appello come segue:

- la MyChef è una società attiva nello svolgimento di servizi di ristoro e vendita di generi alimentari e beni di largo consumo nelle aree autostradali;
- la società Roland Berger Strategy Consultants S.r.l. aveva assunto le funzioni di *advisor* della società Autostrade per l'Italia S.p.a. per l'organizzazione e la gestione delle procedure di gara ai fini dell'affidamento (delle sub-concessioni) dei punti ristoro sulla rete autostradale in scadenza al 31 dicembre 2013;
- la predetta società avviava le procedure di gara per l'affidamento dei servizi di ristoro e market da svolgersi in 43 punti di ristoro della rete autostradale, pubblicando le relative sollecitazioni a presentare offerte, rispettivamente, in data 10 luglio 2013 (prima *tranche*) e 30 settembre 2013 (seconda *tranche*);
- alle procedure partecipavano, tra le altre, sia la MyChef che la Chef Express, altra società particolarmente attiva nel settore;
- con nota pervenuta all'Autorità il 25 febbraio 2014, il suddetto *advisor* (la società Roland Berger Strategy Consultants S.r.l., d'ora in poi, per brevità, RB) segnalava come 16 dei 43 lotti messi a gara erano caratterizzati “*dal comportamento insolito e speculare di due offerenti*”, ovvero Chef Express e MyChef, in quanto in otto lotti (nn. 356, 367, 368, 373, 377, 380, 381, 385) MyChef era risultata vincitrice avendo presentato offerte tecniche di buona qualità associate a rilanci contenuti sulla componente economica, a fronte di offerte presentate da Chef Express caratterizzate da modesta qualità tecnica e forti rilanci sulla componente economica; viceversa in altri otto lotti (nn. 347, 349, 351, 363, 370, 371, 375, 386), specularmente, Chef Express era risultata vincitrice avendo presentato offerte tecniche di buona qualità con rilanci contenuti sulla componente economica, a fronte di offerte presentate da

MyChef caratterizzate da modesta qualità tecnica e forti rilanci sulla componente economica;

- a questo punto l'Autorità, con atto n. 24837 del 12 marzo 2014, deliberava l'avvio di un procedimento istruttorio (I/775) a carico delle società Chef Express e MyChef per accertare l'esistenza di un possibile coordinamento tra le medesime, in occasione delle 16 gare sopra indicate, volto a influenzare artificialmente il confronto competitivo e le condizioni economiche di aggiudicazione dei relativi lotti, in violazione dell'articolo 101 del TFUE;
- avviato il procedimento istruttorio, in data 18 marzo 2014 venivano effettuate verifiche ispettive presso le sedi delle società, nonché presso la sede di Autogrill S.p.a., principale operatore del mercato della ristorazione autostradale, oltre alla sede dell'*advisor* RB al fine di acquisire documentazione;
- nel corso del procedimento l'Autorità riceveva altre segnalazioni in merito alla vicenda in questione, come ad esempio la segnalazione da parte della Airest S.p.a. (altra impresa attiva nella ristorazione autostradale) che, in data 30 aprile 2014 chiedeva di poter partecipare al procedimento istruttorio avviato dall'Antitrust;
- all'esito del ridetto procedimento l'Autorità accertava l'effettiva costituzione di una intesa orizzontale tra la Chef Express e la MyChef, in violazione del divieto di cui all'art. 101 TFUE, avente ad oggetto il coordinamento messo in campo al fine di ripartire tra di loro 16 (8 a testa) delle 43 gare indette dalla società Autostrade per l'Italia S.p.a., tramite il suindicato *advisor*, per l'affidamento dei punti ristoro sulla rete autostradale in scadenza al 31 dicembre 2013;
- in tale contesto l'Autorità appurava che l'intesa era finalizzata a fare sì che le due suindicate società potessero aggiudicarsi, come di fatto è poi avvenuto, le suddette gare senza esercitare concorrenza tra di loro e a condizioni economiche più vantaggiose rispetto a quelle che si sarebbero ragionevolmente determinate in assenza del meccanismo collusivo.

3. - In particolare, dagli atti acquisiti al processo e soprattutto dalla lettura del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado emerge che il coordinamento tra le due società si sostanziava in un meccanismo di offerte incrociate con le quali ciascuna delle due parti supportava la combinazione di offerte (tecnica ed economica) proposta in gara dalla controparte.

Ancor più nello specifico l'Autorità affermava di avere appurato che l'*advisor* RB, ai fini della valutazione delle offerte economiche presentate dai candidati nelle selezioni bandite, utilizzava una formula matematica "interdipendente" grazie alla quale un rilancio assai elevato sulla base d'asta di uno dei partecipanti rendeva meno ampie le differenze tra i punteggi attribuiti alle diverse offerte economiche presentate dagli altri concorrenti, depotenziandone così il valore discriminante.

Tale meccanismo provocava, dunque, la conseguenza per cui il confronto concorrenziale in gara veniva a basarsi quasi esclusivamente sul contenuto dell'offerta tecnica.

Accadeva quindi, sulla base del susposto meccanismo indipendente di valutazione dell'offerta economica rispetto a quella tecnica, che se un candidato fosse stato interessato ad uno specifico lotto sarebbe stato sufficiente che quest'ultimo avesse presentato una offerta tecnica di elevata qualità ma, nello stesso tempo, una offerta economica con un ridotto il rilancio sulla base d'asta (si è poi appurato, in media pari al 11,98% e 15,75%) per ottenere l'aggiudicazione del lotto, laddove la sua operazione fosse stata concordata con altro candidato che, specularmente e a supporto della prima combinazione di offerte, con riferimento al medesimo lotto avesse proposto offerte tecniche di modesta qualità ma con elevatissimi rilanci sulla base d'asta (appurati poi, in media pari a 187,96% e 270,28%).

Tale meccanismo incrociato dunque, secondo la ricostruzione dell'Autorità, grazie al fatto che il candidato che "doveva" aggiudicarsi il lotto poteva contrare su una "offerta di appoggio" da parte di altro candidato compiacente, aveva permesso alle due società Chef Express e MyChef, in

appoggio fra di loro, di non avere alcuna effettiva concorrenza da parte degli altri candidati, finendo ciascuna delle due per posizionarsi ora al primo ora al secondo posto, alternativamente, della graduatoria finale del singolo lotto.

L'utilizzo di tale comportamento collusivo era anche avvalorato, ad avviso dell'Autorità, dal rinvenimento di un documento acquisito presso la società Chef Express nel quale si prospettava un'analisi di possibili scenari di gara, rinvenendosi con esattezza l'offerta poi presentata in gara da MyChef nelle gare indicate, mentre gli altri partecipanti individuati non si sono di fatto presentati nelle medesime gare.

Inoltre, segnalava ancora l'Autorità nel corso del procedimento istruttorio, presso la sede di MyChef erano stati rinvenuti alcuni documenti relativi ad un c.d. simulatore, vale a dire un file Excel che permetteva alla predetta società (MyChef) di associare a un determinato rilancio percentuale uno specifico punteggio economico in gara, in cui vi era scritto esplicitamente che: le “*offerte d'appoggio aiutano*” ma che per poter presentare rilanci a base d'asta vantaggiosi per l'aggiudicatario, “*l'appoggio alto deve crescere a valori parecchio anomali (200%)*”, con ciò delineando una ipotesi di coordinamento collusivo in vista di successive gare, piuttosto che un contesto di offerte autonomamente determinate dalla sola MyChef (si veda sul punto, in disparte la documentazione prodotta nei due gradi di giudizio dall'Autorità, pag. 10 dell'atto di appello).

In ragione di quanto sopra l'Antitrust riteneva, dunque, di avere acquisito durante l'istruttoria elementi costituenti, nell'insieme, indizi gravi, precisi e concordanti circa l'equilibrio collusivo tra le due più volte nominate società nell'ambito di 16 delle 43 selezioni gestite dalla Roland Berger nel 2013, in qualità di *advisor* per Autostrade per l'Italia, caratterizzato dal fatto che:

- le 16 selezioni sono state equamente aggiudicate a ciascuna delle parti del procedimento (8 l'una e 8 l'altra) con rilanci sulle basi d'asta particolarmente contenuti, con l'adozione del suddetto meccanismo di offerte incrociate in modo sistematico;

- tale comportamento non poteva essere frutto di scelte razionali individualmente assunte;
- infatti, la combinazione di offerte tecniche ed economiche presentate in occasione delle suddette gare non avrebbe potuto rappresentare un esito “naturale” ma era evidentemente l’esito di un accordo collusivo mirato ad interferire sulle dinamiche competitive delle gare bandite dal suddetto *advisor*, con l’obiettivo di consentire alle due società di partirsene equamente, senza la concorrenza della controparte e pagando alla società Autostrade *royalties* più basse.

Conseguentemente l’Autorità, accertata come sopra detto l’esistenza di una intesa orizzontale tra Chef Express e MyChef, in violazione dell’articolo 101 del TFUE, adottava il provvedimento n. 25435 del 22 aprile 2015 di chiusura del procedimento istruttorio n. I/775 e con esso, in ragione della gravità e della durata delle infrazioni indicate, deliberava l’applicazione di sanzioni amministrative pari a 8.420.439,00 euro per Chef Express e a 4.968.600,00 euro per MyChef.

4. – MyChef impugnava detto provvedimento sanzionatorio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ritenendolo illegittimo per due complessi motivi di ricorso.

Con il primo motivo la società ricorrente segnalava al Tribunale amministrativo che l’Autorità aveva errato nella individuazione del mercato rilevante, in particolare con riferimento alla marginale presenza e operatività della società incolpata. Nel corso del procedimento poi si sono registrati evidenti profili di *deficit* istruttorio che hanno provocato la compressione del diritto di difesa della incolpata e la violazione del principio del contraddittorio, tenuto conto che documenti di rilevante interesse e posti a fondamento della decisione dell’Autorità sono stati sottratti al legittimo accesso della società incolpata. Inoltre la contestazione mossa a quest’ultima e la conseguente sanzione irrogata si basano su documenti contraddittori e lacunosi, interpretati in modo preconcetto e unilaterale al solo scopo di

legittimare una ricostruzione dei fatti non conforme al vero, soprattutto nella parte dell'istruttoria (e del provvedimento sanzionatorio) nella quale si sostiene di avere accertato, con riferimento alle offerte presentate, una *“intrinseca anomalia, non giustificabile da spiegazioni alternative alla collusione”* (così, al punto 71 del provvedimento sanzionatorio), laddove non risulta essere adeguatamente esplicitato quale sia stato il ragionamento logico giuridico seguito a supporto di siffatta affermazione dall'Autorità. Inoltre l'entità della sanzione inflitta appare sproporzionata rispetto al vero impatto delle offerte sulla gara, dal momento che è stato lo stesso *advisor* RB a dichiarare che comunque l'esito delle selezioni in esame non avrebbe potuto essere diverso da ciò che è avvenuto nella realtà.

Con il secondo motivo la società ricorrente contesta la illogicità e indeterminatezza della sanzione della diffida ad astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, che accompagna la sanzione pecuniaria pure irrogata. Inoltre l'Autorità dichiara apertamente di avere applicato, nella specie, le *“Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90”*, che però sono state adottate con delibera del 22 ottobre 2014 e quindi in epoca successiva rispetto allo svolgimento dei fatti addebitati a MyChef con il provvedimento di avvio della procedura istruttoria. Ad ogni modo l'ammontare della sanzione inflitta è stato determinato in aperto contrasto con i criteri discendenti dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, atteso che aver calcolato l'entità della sanzione moltiplicando l'importo di aggiudicazione di ogni lotto (CFris) per tutti gli anni di durata delle (sub)concessioni aggiudicate (come risulta avere fatto l'Autorità al punto 91 del provvedimento sanzionatorio) senza fornire alcuna motivazione in relazione a tale criterio, tenuto anche conto il paragrafo 18 delle suddette Linee Guida non contempla siffatto meccanismo *“moltiplicatorio”*, rende la decisione dell'Autorità anche irrazionale, soprattutto nella parte del

provvedimento in cui viene preso in considerazione il valore delle vendite come riferibile “al futuro” anziché parametrarlo alla effettiva partecipazione all’infrazione.

5. – Il Tribunale amministrativo regionale ha accolto il ricorso ritenendo che il provvedimento dell’Autorità non fosse congruamente motivato.

Premetteva il Tribunale che l’impianto accusatorio del provvedimento impugnato si basa quattro principali canali contestativi:

- a) l’esistenza di un meccanismo collusivo di offerte incrociate e ritenute “anomale” e “irrazionali”, non giustificabili con una spiegazione alternativa;
- b) la finalità collusiva del parallelismo di condotte, attuata mediante un utilizzo distorto della formula matematica elaborata dall’*advisor*;
- c) l’esistenza di prove documentali a sostegno della tesi accusatoria;
- d) la concreta produzione di effetti sulla aggiudicazione delle gare.

Osservava però il primo giudice che, a fronte delle contestazioni mosse alla società Chef Express, residuavano alcune zoppie nella motivazione del provvedimento corrispondenti ad altrettanti *deficit* dell’istruttoria svolta.

In particolare, con riferimento al primo complesso motivo di ricorso, emergeva che:

- dall’esame del provvedimento sanzionatorio impugnato non si evince il ragionamento logico giuridico seguito dall’Autorità a supporto della ritenuta esistenza di un meccanismo collusivo di offerte incrociate, non giustificabili con una spiegazione alternativa;
- infatti non potevano considerarsi equivalenti le offerte presentate dai vari candidati con riferimento alle diverse aree di servizio autostradali nelle quali avrebbero dovuto svolgersi le (sub)concessioni – e così con esse i rialzi ed i ribassi – stante la eterogeneità dei contenuti oggetto dell’attività concessa, per estensione, tipologia di servizio e ubicazione;
- peraltro nel corso dell’istruttoria l’Autorità non ha fondato il proprio convincimento, come avrebbe dovuto fare, sulla base di elementi oggettivi, ma si è affidata a dati medi forniti dall’*advisor*, che nulla potevano esprimere in

ordine al reale impatto economico e alla regolarità delle offerte nelle singole gare;

- inoltre l'Autorità non ha tenuto in nessun conto le indicazioni provenienti dalla società incolpata e riferite nel corso della fase istruttoria, con le quali cercava di dimostrare la razionalità delle offerte presentate perché da collegarsi al mutato impianto nelle gare del 2013 del criterio di attribuzione dei punteggi rispetto alle precedenti edizioni (2008), come il dimezzamento della base d'asta - che ha consentito il riassorbimento dell'eccedenza con rialzi molto maggiori rispetto al passato - e l'introduzione di correttivi e meccanismi di indicizzazione, non presenti nelle gare del 2008, che hanno permesso di formulare rilanci economici sulla base d'asta molto maggiori rispetto al 2008, in quanto ampiamente remunerati in caso di aggiudicazione delle concessioni delle aree di servizio;

- d'altronde nella relazione depositata in giudizio dalla ricorrente appare evidente come, tenuto conto della formula impiegata nella valutazione dell'offerta economica, contenuta nella lettera di richiesta di offerta vincolante predisposta dall'*advisor*, il preteso vantaggio o appoggio dell'altra società asseritamente collusa con la ricorrente non può essere ragionevolmente dimostrato *a priori* e per ciascuna gara, in quanto occorrerebbe tenere conto *ex ante* (e quindi conoscerne gli esatti estremi) dell'entità del rilancio proposto dagli altri candidati, sicché ogni eventuale previsione di guadagno *a priori* è soggetta a una grande incertezza che ne comporta la assoluta inidoneità ad incidere sull'esito effettivo della gara;

- è poi significativo che l'*advisor* RB, in sede di gara (si veda la nota del 25 febbraio 2014), abbia dichiarato espressamente che le condotte dei soggetti interessati non hanno determinato l'individuazione degli operatori primi in graduatoria nei lotti in oggetto, poiché anche in assenza di tali rilanci i servizi sarebbero stati assegnati ai medesimi operatori.

In conclusione, quindi, non è dimostrata l'esistenza di alcun accordo collusivo tra le società coinvolte e, soprattutto, l'Autorità non fornisce prova, né diretta

né indiretta, dei “contatti qualificati” in occasione dei quali i soggetti sanzionati avrebbero concordato il disegno collusivo.

La fondatezza del primo complesso motivo di ricorso ha indotto il giudice di primo grado a non scrutinare il secondo motivo dedotto, ritenendolo assorbito.

6. – L’Antitrust propone quindi appello nei confronti della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 1 aprile 2016 n. 3983.

L’Autorità contesta la erroneità della predetta decisione e la legittimità del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado, chiedendo la riforma della suddetta sentenza facendo riferimento a cinque canali di contestazione:

1) in primo luogo l’Autorità ricorda come la vicenda che ha condotto all’adozione del provvedimento sanzionatorio concernesse una “intesa parziale” (ossia tale da non coinvolgere tutte le imprese presenti sul mercato) volta a distorcere il corretto meccanismo concorrenziale e permettere a due delle imprese partecipanti alla selezione per lotti di raggiungere l’obiettivo di aggiudicarsi, reciprocamente, (la sub-concessione del)le prescelte aree di ristorazione autostradale. Ne deriva che, come avviene in tutte le intese parziali, anche in questo caso erano presenti sia l’elemento della eliminazione della concorrenza reciproca fra le parti che hanno dato luogo all’intesa sia quello della sterilizzazione della concorrenza esercitata da imprese terze, ma nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile, un accordo espresso. Ciò determina che, nel corso dell’istruttoria, la ricerca degli elementi utili a dimostrare la “intesa parziale” non possa che fondarsi su elementi di prova “endogeni” e quindi collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, piuttosto che sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l’intervento di una intesa illecita. Con la ulteriore conseguenza che *“In presenza di elementi di prova endogeni, la prova dell’irrazionalità delle condotte grava sull’Autorità, mentre nel caso di elementi di prova esogeni l’onere probatorio contrario viene processualmente traslato*

sull'impresa" (così, testualmente, a pag. 9 dell'atto di appello). L'istruttoria svolta dall'Autorità, quindi, a differenza di quanto è stato affermato dal primo giudice, deve ritenersi completa sotto il profilo della dimostrazione della intesa parziale illecita tra le due imprese in questione, attesa la raggiunta comprova sia dell'intrinseca anomalia delle condotte analizzate – ivi comprese le insolite simmetrie che le caratterizzavano – che non trovano altrimenti alcuna plausibile giustificazione sia dei riscontri documentali esterni, che nell'insieme non potevano non considerarsi come indizi gravi, precisi e concordanti dell'esistenza dell'intesa accertata tra Chef Express e MyChef;

2) un secondo versante di contestazione è dato dal non aver il Tribunale scorto l'evidente parallelismo intercorrente tra le offerte e le condotte nel complesso ascrivibili alle due imprese sanzionate. Il primo giudice, infatti, ha ritenuto che l'Autorità avrebbe dovuto valutare le offerte economiche delle società sanzionate sulla base di elementi oggettivi e non basandosi sui dati medi forniti dall'*advisor*, tenuto conto che il dato medio preso in considerazione non poteva essere decisivo per la verifica delle eventuali anomalie delle offerte, anche perché le aree di servizio oggetto di gara non erano identiche tra loro, ma presentavano caratteri differenti, per estensione, tipologia di servizio, ubicazione e redditività. Il Tribunale amministrativo, ad avviso dell'Autorità appellante è caduto *"nell'equivoco indotto dalle ricorrenti circa la impossibilità di utilizzare i rilanci medi nelle gare per verificare il parallelismo di condotte delle stesse e di ritenere giustificabili le loro condotte con altre plausibili spiegazioni"*, mentre, al contrario, *"nel caso in esame i dati "medi" possono essere tranquillamente utilizzati per verificare l'anomalia verificatasi nell'ambito delle gare esaminate. Si tratta, infatti, di una stessa tornata di gare, in cui le basi di asta erano state tutte fissate dallo stesso Advisor RB, secondo criteri uniformi e rispondendo a valutazioni economiche omogenee"* (così, testualmente, a pag. 16 dell'atto di appello). Ad avviso dell'appellante il Tribunale avrebbe dovuto cogliere nell'ampiezza del divario intercorrente tra i rilanci offerti dalle due imprese in questione, che oscillavano in modo abnorme dal 10% al 300% rispetto alla media del 25%

degli altri concorrenti, oltre alla ulteriore circostanza che detti rilanci si alternavano in modo simmetrico e opposto in otto gare ciascuna, con riferimento alle due imprese, una condotta talmente abnorme mantenuta da queste ultime, rispetto all'ordinario comportamento degli altri concorrenti, da rappresentare una circostanza chiaramente eccezionale che non poteva spiegarsi in modo diverso se non con la qualificazione, correttamente attribuita dall'Autorità nel provvedimento sanzionatorio, di intesa collusiva tra le stesse. Ad ulteriore conferma della perfetta simmetria tra le offerte presentate dalle due imprese, l'Autorità appellante segnala, testualmente (a pag. 13 dell'atto di appello), quanto segue: *“My Chef presentava un’offerta tecnica modesta e un rilancio elevatissimo (OTM/OEE), Chef Express proponeva un’offerta caratterizzata da una elevata componente tecnica e un modesto rilancio (OT A/OEM), aggiudicandosi la gara, e viceversa. Più precisamente: negli 8 lotti vinti da Chef Express, quest’ultima ha ottenuto un POT medio di 54,24 e ha offerto in media un RBA dell’11,98%. Nei medesimi lotti, MyChef ha limitato l’offerta tecnica - ottenendo un POT medio di 38,47 - ma ha proposto rilanci sulla base d’asta assai elevati, pari in media al 187,96%. Specularmente, negli 8 lotti vinti da MyChef, quest’ultima ha ottenuto un POT medio di 58,73 e un RBA medio del 15,75%. Nei medesimi lotti, Chef Express ha limitato l’offerta tecnica, ottenendo un POT medio di 36,65, ma ha proposto rilanci sulla base d’asta particolarmente aggressivi, pari in media al 270,28% (...). Inoltre, nei restanti 27 lotti, aggiudicati ad altri operatori, Chef Express o a My Chef avevano presentato rilanci sulla base d’asta assai ridotti, pari a [0-5%] per Chef Express e [0-5%] per My Chef, ed esse non si erano mai presentate contestualmente. Da ultimo, giova evidenziare che nessuno degli altri concorrenti ha mai fatto rilanci intorno al 200%, presentati dalle ricorrenti nelle gare in esame”;*

3) un terzo profilo contestativo riguarda la considerazione del calcolo matematico individuato dall'*advisor* quale strumento naturalmente impermeabile alla presentazione di offerte con caratteristiche idonee a turbare i corretti equilibri di una leale selezione, con la conseguenza che la formula di gara, per sua stessa struttura, era inidonea ad essere strumentalizzata per

finalità collusive. Ad avviso dell'Antitrust erra il giudice di prime cure a condividere il suddetto ragionamento sviluppato dall'impresa ricorrente (oggi appellata), raccolto anche nella perizia depositata in primo grado, secondo cui per chiunque avesse partecipato alla procedura selettiva sarebbe stato impossibile condizionare il punteggio degli altri mediante strategie collusive, dal momento che gli esiti della procedura medesima sarebbero stati legati esclusivamente alle offerte dal contenuto non prevedibile *a priori* presentate dai diversi concorrenti. Lo strumento di quantificazione dei punteggi economici, individuato dall'*advisor* RB, al fine di procedere all'affidamento delle singole (sub)concessioni, si compendia in un meccanismo c.d. interdipendente, nel senso che il punteggio economico attribuito alla candidatura del singolo non dipendeva esclusivamente da quanto lo stesso aveva offerto ma anche dalle offerte economiche presentate dagli altri candidati. Infatti alla singola offerta tecnica, in ragione della disciplina della *lex specialis* della selezione, era attribuito un punteggio massimo di 60 punti (su un totale di 100), mentre i restanti 40 punti erano attribuiti all'offerta economica, ma quest'ultima presentava la caratteristica della prevalenza costituita dalla *royalty* che doveva essere riconosciuta dal candidato (una volta divenuto concessionario) alla società Autostrade per l'Italia: l'ammontare della *royalty* costituiva oggetto di una gara al rialzo tra i candidati. Ne derivava che il punteggio complessivo dell'offerta vincolante (indicato con l'acronimo POV) attribuito alla singola candidatura era ottenuto dalla somma tra il punteggio dell'offerta tecnica (POT) e quello dell'offerta economica (POE). Quest'ultimo però era calcolato in funzione dei rilanci sulla base d'asta (RBA) offerti in gara dai candidati, sicché il punteggio economico era costituito dalla componente fissa di corrispettivi (*royalty*) che il singolo candidato si impegnavano a riconoscere alla società Autostrade per l'Italia per l'affidamento del servizio, detratto il valore a base d'asta. Da ciò conseguiva che un rilancio *in peius* sulla base d'asta molto elevato diminuiva il punteggio assegnato alla offerta economica, depotenziandone il valore discriminante, in modo che il

confronto concorrenziale veniva a basarsi principalmente sul contenuto dell'offerta tecnica. L'Autorità sostiene pertanto che, in virtù di quanto sopra, le due imprese in questione, proprio perché imprese rilevanti nel settore (come altra candidata rilevante nel settore "Autogrill"), potevano permettersi di proporre, diversamente dagli operatori minori, offerte caratterizzate da elevati punteggi tecnici. Sottolinea l'Autorità che tutte le gare (eccetto una) sono state aggiudicate ai soggetti che avevano presentato le migliori offerte tecniche. Ciò dimostrava che l'obiettivo al quale tendevano le due imprese in questione non era costituito solo dall'escludere ogni forma di concorrenza tra le stesse ma, sfruttando proprio il meccanismo interdipendente di attribuzione dei punteggi all'offerta economica, sterilizzare i punteggi economici degli operatori minori, che potevano rappresentare l'unica effettiva minaccia al conseguimento dell'aggiudicazione;

4) il Tribunale è poi incorso in un ulteriore errore confondendo la nozione di anomalia nella singola gara ai sensi del Codice dei contratti pubblici e la nozione di anomalia con riferimento alla "coerenza complessiva" della partecipazione di MyChef e Chef Express nelle vari selezioni. L'anomalia alla quale ha fatto riferimento l'Autorità nel provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado non ha ad oggetto la sostenibilità economica dei rialzi proposti (che avrebbe semmai costituito la base di valutazione dell'anomalia dell'offerta economica presentata nella singola gara). L'anomalo comportamento delle due imprese ad avviso dell'Autorità, nel complesso della partecipazione alle varie gare in esame di un modello a scacchiera attraverso il quale MyChef e Chef Express alternavano simmetricamente, l'una con l'altra, elevati rilanci e modeste offerte tecniche (come è stato evidenziato nel corso dell'istruttoria che ha condotto all'adozione del provvedimento sanzionatorio), con evidente irragionevolezza comportamentale dal momento che le gare si caratterizzavano da una sostanziale omogeneità delle stazioni di servizio rispetto alle quali sarebbero state assegnate le concessioni, dal

momento che dette stazioni di servizio erano riconducibili alla stessa categoria;

5) da ultimo l'Autorità fa presente che il giudice di primo grado erroneamente ha ritenuto inadeguati, o comunque non probanti, i documenti utilizzati nel corso dell'istruttoria dall'Antitrust per raggiungere la consapevolezza della condotta collusiva messa in atto da Chef Express e da MyChef nelle selezioni delle quali si è trattato. Infatti il Tribunale non ha affatto tenuto conto del complesso delle acquisizioni probatorie effettuate nel corso della procedura, che hanno comunque permesso una critica puntuale degli elementi esogeni ed endogeni che hanno fondato l'accertamento, oltre ad avere evitato di sviluppare una valutazione organica del complesso degli elementi acquisiti dall'Autorità, finendo anche per sottovalutare la portata probatoria del documento rinvenuto presso la sede di Chef Express che, lungi dal poter essere considerato, come invece ha fatto il Tribunale, un *“complesso di fogli privi di omogeneità provenienti da autori diversi e, per la maggior parte, privi di data certa, inidonei in sé a consentire la esatta ricostruzione temporale dei fatti che da tali documenti si pretenderebbero provati?”*, doveva sicuramente essere considerato intrinsecamente probante il coordinamento collusivo tra le due imprese. Tali documenti avrebbero dovuto essere vagliati con maggiore cura dal giudice di primo grado, non solo per il fatto di essere stati rinvenuti nell'ufficio del vertice dell'azienda, ma anche per il loro contenuto, idoneo a dimostrare, in una logica ricostruttiva che univa i singoli “pezzi” del mosaico, la mappa dei punti di ristoro della rete autostradale con riferimento alle selezioni alle quali aveva partecipato l'impresa e una serie di commenti, valutazioni e simulazioni di gara con offerte e confronti sui risultati ottenibili attraverso le offerte e i rilanci tutt'altro che disomogenei, sebbene la datazione di molti di tali documenti non era possibile a causa della mancanza di indicazioni in proposito recate dai singoli documenti. Ciò comunque non può determinare una irrilevanza probatoria di tale significativo ed univoco corredo

documentale, come erroneamente ha fatto il Tribunale amministrativo regionale.

Da qui la richiesta di riforma della sentenza di primo grado e la conferma della legittimità del provvedimento sanzionatorio impugnato, attraverso la reiezione del ricorso proposto dalla odierna impresa appellata in primo grado.

7. – Si è costituita in giudizio la società MyChef Ristorazione Commerciale S.p.a. che ha sostenuto la infondatezza dei profili di contestazione mossi alla sentenza di primo grado dall’Autorità in sede di appello, ritenendo la decisione del Tribunale amministrativo regionale del tutto condivisibile.

Nello stesso tempo l’impresa appellata ha riproposto le censure dedotte in primo grado (soprattutto riferite alla incongruenza della sanzione inflitta) ma non scrutinate dal Tribunale amministrativo in quanto ritenute assorbite per effetto dell’accoglimento del primo e complesso motivo di ricorso proposto dall’impresa in quella fase di giudizio.

Si è costituita altresì la società Chef Express S.p.a., che ha chiesto che l’appello venga respinto.

Le parti, nel corso del giudizio di appello, hanno prodotto ulteriori memorie, anche di replica, confermando quanto già sottolineato negli atti processuali precedentemente prodotti e replicando le opposte conclusioni alle quali sono pervenuti.

8. – Il Collegio ritiene di poter evitare l’esame delle questioni ed eccezioni preliminari “in rito” sollevate nel corso del grado di appello, in ragione della infondatezza di quest’ultimo per le argomentazioni che saranno qui di seguito illustrate.

9. – Il Collegio ritiene inoltre utile premettere, all’esame della questione contenziosa ad esso sottoposta, la illustrazione di alcune coordinate giurisprudenziali condivise e dalle quali non intende discostarsi nel caso di specie, non rinvenendone alcun motivo, eventualmente collegato alla vicenda concreta.

Il provvedimento sanzionatorio è stato adottato dall'Antitrust per violazione dell'art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE), che così testualmente recita:

“1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: — a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, — a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e — a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi?”.

A propria volta, seppure non espressamente richiamato nel provvedimento sanzionatorio in questione, l'art. 2 d.lgs. 10 ottobre 1990, n. 287, a propria volta, recita:

“Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza

1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di

consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.

10. – Perimetrato dunque il dato positivo del contesto contenzioso sottoposto all'esame di questo Consiglio, debbono essere ora individuati gli elementi distintivi della c.d. pratica concordata.

L'intesa restrittiva normativamente vietata può realizzarsi sia mediante un accordo (evento non contestato alle imprese coinvolte nel caso di specie) sia mediante una pratica concordata ed è nell'ambito di quest'ultima che ben possono essere astrattamente ricondotti i comportamenti imputati alle società nel caso di specie.

Tale ultimo concetto viene generalmente descritto come una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza che non richiede, come l'accordo, una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano, tanto è vero che il coordinamento può essere raggiunto attraverso un mero

contatto diretto o indiretto fra le imprese (cfr., seppur risalente, Corte Giustizia, 14 luglio 1972, causa C-48/69).

È utile ricordare che le pratiche concordate emergono, come concetto del diritto *antitrust*, in qualità di prove indirette indicative dell'esistenza di un accordo, rappresentando dunque non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata, indicativa dell'esistenza di una concertazione tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato.

Come è già stato messo in luce dalla giurisprudenza, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Devono, dunque, ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015 n. 4123).

Anche secondo la giurisprudenza eurounitaria, accordi e pratiche concordate sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (cfr. Corte giust. UE, 5 dicembre 2013 C-449/11P), corrispondendo, in particolare, le "pratiche concordate" a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

11. – Passando ad analizzare il contesto probatorio ritenuto necessario al fine di poter accertare l'intervenuta concertazione collusiva – nonché la differenza anche sotto il profilo probatorio della dimostrazione di un intervenuto accordo collusivo - è utile ricordare quanto segue.

Va premesso che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire la nozione di “pratica concordata”, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato.

L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, uniformi e paralleli, che costituiscano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, sicché nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto.

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti,

l'esistenza di incontri tra le imprese, gli impegni ancorché generici e apparentemente non univoci di strategie e politiche comuni, i segnali e le informative reciproche, il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018 n. 4211).

La giurisprudenza comunitaria distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, in cui la prima fattispecie è da dimostrare sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 102).

La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2925):

- nel primo caso (elementi endogeni), la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità;
- nel secondo caso (elementi esogeni), l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

In tale contesto normativo la giurisprudenza ha da sempre escluso che la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a suffragare l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata, salvo il caso eccezionale nel quale l'anomalia dell'appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un'intesa illecita sul versante concorrenziale.

In definitiva, in assenza di elemento ulteriore di riscontro, il parallelismo si appalesa *ex se* sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad una iniziativa differenziatrice.

La dimostrazione dell'accordo o della pratica concordata si concreta, in altri termini, nella prova logica, il cui onere incombe in capo all'Autorità, rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali.

Più nel dettaglio, va nello stesso tempo segnalato (e tale puntualizzazione appare relevantissima nel caso in esame, ad avviso del Collegio) che il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile.

È infatti importante tener presente che l'art. 101 TFUE, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti. Di conseguenza, nella fattispecie è necessario accertare se il parallelismo di comportamenti non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione. La stessa Corte di Giustizia, in applicazione del menzionato criterio, ha avuto modo di concludere nel senso che, *“se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile (...), il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione”* (cfr. tra le tante, Corte giust., cause riunite C- 23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85).

12. – Il problema della prova assume particolare rilievo laddove il mercato assuma una connotazione oligopolistica (come nel caso di specie dal

momento che si tratta di un settore al quale, naturalmente ed in ragione dell'oggetto della commessa da assegnarsi, costituita dalla (sub)concessione di gestione di un'area di servizio autostradale, non può partecipare indiscriminatamente qualsiasi operatore economico), posto che, in una situazione già in origine contraddistinta da una labile affermazione del principio concorrenziale, l'allineamento delle condizioni commerciali è conseguenza dei normali meccanismi competitivi, alla luce della prevedibile reazione degli altri attori di pari forza ad altrui iniziative dirette all'accaparramento di nuove quote di mercato.

In sostanza il mercato oligopolistico, se da un lato è caratterizzato da una situazione di maggiore debolezza dei consumatori e di corrispondente più accentuata dimensione lesiva di fenomeni anticoncorrenziali, si presenta d'altro canto come terreno fertile per un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, specie laddove sia limitato il rischio dell'ingresso di nuovi competitori ed i consumi non siano in termini assoluti variabile dipendente in misura significativa dalle condizioni di offerta. La naturale e rapida risposta omogenea degli altri o dell'altro competitore all'iniziativa del concorrente, *sub* specie di manovra sui prezzi o di variazione dei caratteri del prodotto o della relativa offerta, innesca infatti un'omogeneizzazione dei comportamenti degli operatori tanto più accentuata quanto più la diffusione del prodotto sia anelastica rispetto al prezzo, i margini di profitto siano soddisfacenti nell'assetto di mercato e non siano prospettabili turbative legate all'ingresso di terzi.

Il problema della prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico è stato affrontato fin da epoca remota dalla Corte di giustizia (cfr. Corte giust. CE, C - 89/85) che ha mantenuto fermo il proprio orientamento giurisprudenziale in materia.

La Corte di Giustizia ha escluso in molti casi l'esistenza di una pratica concordata, rilevando che il caso di parallelismo di comportamenti (dei prezzi) può trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche di un

mercato oligopolistico. Di qui la conclusione della liceità dei comportamenti paralleli tenuti in un mercato ove, in assenza di elementi di prova, l'omogeneità delle condotte possa essere la risultante di scelte imprenditoriali logiche e razionali, ossia allorquando sia paventabile una plausibile ricostruzione alternativa.

La giurisprudenza comunitaria ha allora distinto tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, osservando che elementi a sostegno della seconda fattispecie, la cui prova compete all'Autorità procedente, possono essere dati:

- a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie;
- b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un'intesa anticoncorrenziale;
- c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo.

Fin qui gli elementi di prova indiziari o endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato.

Un discorso a parte merita il capitolo degli elementi indiziari c.d. esogeni, ossia dei riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. Come si è già accennato, con gli elementi di prova esogeni ci si riferisce alla prova di contatti tra le imprese e, soprattutto, di scambi di informazioni circa iniziative, strategie, politiche dei prezzi ed altri aspetti dell'attività commerciale, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita. Detti scambi di informazioni, specie se sistematici, assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico, in quanto, specie se riferiti ai c.d. fattori sensibili (prezzi

correnti, fattori di costo, piani e previsioni di prezzo per il futuro), eliminano l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente.

Nell'affrontare il rapporto tra parallelismo consapevole oligopolistico e scambi di informazioni, la giurisprudenza nazionale ha puntualizzato che la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative ed economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale.

In presenza di tali elementi il parallelismo si colora di illiceità e viene spostata in capo alle imprese, con un'inversione dell'onere della prova altrimenti gravante sull'Autorità, la necessità di fornire una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa. In siffatte ipotesi, allora, il parallelismo di comportamento non viene assunto dall'Autorità come base di partenza autosufficiente per dimostrare la pratica concordata, ma è utilizzato come ulteriore dimostrazione dell'intesa, fondata sullo scambio di informazioni, idoneo a ridurre i rischi e l'incertezza di un mercato concorrenziale.

Anche la Corte di giustizia ha affermato che si deve presumere che le imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato, spettando alle stesse imprese l'onere della prova contraria (Corte Giust, CE, C- 49/92, Anic).

Inoltre la giurisprudenza comunitaria, appena richiamata, ha precisato che in presenza di un sistematico scambio di informazioni l'onere probatorio di una

diversa spiegazione dei comportamenti delle imprese grava sulle imprese stesse.

La particolare struttura di un mercato oligopolistico può anzi alterare in modo ancora più sensibile il meccanismo della concorrenza, in presenza di un diffuso scambio di informazioni tra i soggetti che assicurano la maggior parte dell'offerta.

Riassumendo le coordinate dell'elaborazione giurisprudenziale sulla prova della pratica concordata si può allora concludere che un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ossia di un vietato coordinamento delle condotte, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente:

- a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali;
- b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala.

Quanto all'elemento sub a), va soggiunto che mentre di norma la prova dell'irrazionalità della condotta va data dall'Autorità, nel caso in cui emergano elementi di riscontro sub b), l'onere probatorio contrario relativo viene spostato in capo all'impresa.

13. - A quanto sopra vanno aggiunte, per completezza, due ultime riflessioni preliminari riferite al perimetro di indagine e di giudizio rimessi dall'ordinamento al giudice amministrativo al cospetto del contenzioso in merito a provvedimenti dell'Antitrust che contestano ad imprese una intesa collusiva nonché la nozione di mercato rilevante con riguardo allo specifico settore delle selezioni per l'affidamento di commesse pubbliche.

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'Autorità, esercita un

sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, mentre, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all’Antitrust nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016 n. 2947 e 13 giugno 2014 n. 3032).

D’altronde, tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, non applicabile alla presente fattispecie contenziosa *ratione temporis*, stante l’entrata in vigore del predetto testo normativo (solo) in data 3 febbraio 2017, il cui art. 7, comma 1, per quanto qui interessa, testualmente recita: “(...) *Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima (...)*”.

Quanto, poi, alla nozione di “mercato rilevante”, essa va definita con riferimento sia ai tipi di prodotto o di servizio (che debbono essere intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei prezzi e dell’uso finale) sia all’ambito geografico (inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue).

Giova premettere che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l’applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un’operazione di “contestualizzazione” delle norme, frutto di una valutazione

giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il “mercato rilevante”, al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni. La definizione del mercato rilevante compiuta dalla Antitrust nella singola fattispecie non è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2015 n. 3291 e 26 gennaio 2015 n. 334).

In materia di intese anticoncorrenziali, il mercato di riferimento deve essere costituito da una parte rilevante del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica. Tuttavia, anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Diversamente dai casi di concentrazioni e di accertamenti della posizione dominante, in cui la definizione del mercato rilevante è presupposto dell'illecito, in presenza di una intesa illecita la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto alla individuazione dell'intesa poiché l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima circoscrivono il mercato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2952/2011, cit. e 10 marzo 2006 n. 1272).

In ragione di quanto sopra, dunque, anche le selezioni volte all'affidamento di pubbliche commesse possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a se stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia in funzione delle diverse situazioni di fatto.

14. - Ebbene, applicando le coordinate ermeneutiche innanzi delineate alla fattispecie *sub iudice*, le censure dell'Autorità non possono trovare accoglimento in ragione delle peculiari caratteristiche dell'istruttoria svolta e del complessivo quadro probatorio non del tutto esaustivo raccolto dall'Antitrust nel caso di specie, tenuto in particolare conto,

significativamente, di due importanti elementi, pure segnalati dal giudice di prime cure al fine di ritenere fondata la prima censura dedotta nel ricorso di primo grado dalla impresa oggi appellata:

- la circostanza che l'*advisor* RB non ha espresso alcuna criticità rispetto all'esito delle procedure;
- non è stata consentita una approfondita partecipazione istruttoria alla impresa incolpata nel senso che manifestamente non è stato tenuto conto della documentazione peritale depositata nel corso del procedimento.

A ciò si aggiunga la dubbia ricostruzione probatoria del mosaico documentale costituito dai "fogli" rinvenuti nell'ufficio della struttura di vertice dell'impresa.

Va preliminarmente osservato che, indubbiamente, l'alternanza delle offerte economiche e di quelle tecniche presentate da Chef Express e da MyChef, per il loro contenuto, caratterizzato da rispettivi ed alternati rilanci per l'offerta economica che sono stati in grado di anestetizzare tale profilo dell'offerta complessiva di tutte le imprese candidate, onde valorizzare maggiormente l'offerta tecnica e, quindi, le imprese (come quelle qui in considerazione) meglio attrezzate da punto di vista tecnico, possa costituire una strategia meccanicistica, definita *a priori*, al fine di spazzare via ogni tipo di concorrenza e rendere possibile, *in thesi*, una spartizione dei lotti di interesse per le due imprese, ma per evitare che l'indagine accertativa della collusione anticoncorrenziale tra le ridette imprese rimanga costretta nell'alveo della "congettura" occorre(va) qualificare meglio, dal punto di vista della concretezza probatoria, in cosa potesse essere consistito il patto non scritto tra le imprese, tale da potersi considerare una vera e propria "intesa".

Ciò che rileva, nel caso di specie, è la particolare caratteristica "interdipendente" (così definito anche dall'Autorità negli atti del procedimento sanzionatorio svolto nei confronti della odierna impresa appellata) del meccanismo di calcolo delle offerte ideato dall'*advisor* RB.

Si legge testualmente nell'atto di appello presentato dall'Autorità che *“il meccanismo di quantificazione dei punteggi economici scelto da RB – come ampiamente argomentato nel Provvedimento (cfr. parr. 14-19 e 58-60) – era un meccanismo cd. “interdipendente”, ovvero in cui il punteggio economico che un partecipante conseguiva dipendeva anche dalle offerte economiche degli altri partecipanti. Esso prevedeva che all'offerta tecnica veniva assegnato un punteggio massimo di 60 punti e 40 punti erano attribuiti all'offerta economica (su un totale di 100). La parte prevalente dell'offerta economica era rappresentata dalla royalty da corrispondere al concessionario ASPI, sulla quale si sviluppava la gara al rialzo tra i partecipanti. Il punteggio complessivo dell'offerta vincolante - indicato come POV - veniva ottenuto come somma del punteggio dell'offerta tecnica (POT) e del punteggio dell'offerta economica (POE), quest'ultimo calcolato in funzione dei rilanci sulla base d'asta (RBA) offerti in gara dai concorrenti. Il punteggio economico, infatti, era dato dai corrispettivi che il concorrente s'impegnava a riconoscere ad ASPI per l'affidamento del servizio, in rapporto alla migliore offerta ricevuta in gara, detratto il valore a base d'asta 1. Pertanto, un rilancio sulla base d'asta assai elevato diminuiva il punteggio delle offerte economiche, depotenziandone il valore discriminante, in modo che il confronto tra i concorrenti veniva a basarsi principalmente sul contenuto dell'offerta tecnica. Il fine del cartello tra le ricorrenti era dunque quello di non farsi concorrenza fra di loro e di favorire l'“impresa amica” ad aggiudicarsi la gara, sfruttando il predetto meccanismo interdipendente, sterilizzando le eventuali offerte di prezzo “aggressive” delle altre imprese, grazie al rilancio elevato della stessa – «offerta d'appoggio» viene definita dalle stesse ricorrenti nei documenti rinvenuti presso le loro sedi (...) – riducendo l'esborso dovuto in caso di aggiudicazione della gara”.*

Pare evidente che il meccanismo congeniato dall'*advisor* sia “da solo” idoneo a consentire quell'azzeramento della concorrenza tra i partecipanti evidenziato dall'Autorità, attraverso rilanci proposti nell'offerta economica, laddove il singolo candidato sia nelle condizioni di poter proporre detti rilanci e ciò indipendentemente da accordi collusivi.

D'altronde l'Autorità non ha dimostrato, in concreto, se non soltanto ipotizzandolo, quel conseguenza sfavorevole sulle finanze (*rectius*, bilanci) della

singola società potevano derivare da un rilancio “esagerato”. La circostanza che gli effetti economicamente sfavorevoli del rilancio rilevante non fossero patiti dall’impresa sol perché avrebbe raggiunto il risultato – per come poi è avvenuto – di aggiudicarsi i lotti di interesse, in alternanza con l’altra impresa coinvolta, costituisce evento verificabile *ex post* ma non dimostrabile *ex ante* e comunque inidoneo, di per se solo, a dimostrare la presenza di un intento collusivo tra le imprese solo perché esse, nel presentare le offerte economiche (nonché quelle tecniche, costruite di conseguenza), potendoselo permettere, sfruttavano il meccanismo previsto nella legge speciale di gara dall’*advisor*.

In altri termini, dall’utilizzo, anche in modo sospettosamente esagerato, del meccanismo di calcolo delle offerte, economica e tecnica, messo in campo dal soggetto selettore, non può discendere univocamente l’intento collusivo, avendo le imprese fatto uso soltanto di uno strumento “lecito” in quanto previsto dalla legge di gara.

15. – L’Autorità avrebbe dovuto accompagnare l’indagine sull’utilizzo, asseritamente anomalo, delle tecniche di confezionamento delle offerte con una ulteriore acquisizione di elementi idonei a comprovare che l’esito delle selezioni fosse stato di fatto alterato a causa delle modalità partecipative messe in campo dalle due ditte.

L’ulteriore affermazione espressa dall’Autorità negli atti processuali in base alla quale si sostiene che dalla documentazione tenuta presente nel corso del procedimento sanzionatorio emergeva evidentemente che in un numero ragguardevole di gare la distanza tra chi aveva vinto la gara e il secondo classificato si sarebbe accorciata notevolmente laddove non vi fosse stata l’offerta d’appoggio, sicché “*il meccanismo prescelto da RB poteva essere sfruttato, tramite l’offerta d’appoggio, per sminuire l’efficacia di offerte economiche aggressive di terzi e l’esborso dell’impresa aggiudicataria*”, dimostra proprio (contrariamente rispetto a quanto è sostenuto dall’Autorità) che, indipendentemente da intese collusive, il meccanismo di per sé si prestava a partecipazioni analoghe a quelle che hanno caratterizzato le candidature delle due imprese in questione.

Il giudice di primo grado ha fatto riferimento alla non apparente anomalia delle offerte ma non, almeno per quel che rileva dall'impianto motivazionale della sentenza qui oggetto di appello (in particolare al punto 7.1), confondendosi tra anomalia dell'offerta con riferimento alla singola gara e anomalia complessiva della partecipazione delle due imprese alle varie selezioni per lotti, finendo con il considerare erroneamente solo la prima tipologia che estranea al caso di specie, come pretenderebbe di affermare l'Autorità appellante, ma ha puntualmente segnalato *“che le Aree di Servizio (AdS) oggetto di gara non erano identiche tra loro ma presentavano caratteri differenti – per estensione, tipologia di servizio e ubicazione – di tal che l'Autorità avrebbe dovuto valutare le offerte economiche della ricorrente sulla base di elementi oggettivi, e non basandosi sui dati medi forniti dall'advisor, che nulla potevano esprimere in ordine al reale impatto economico e alla regolarità delle offerte nelle singole gare”* (ancora al punto 7.1 della sentenza di primo grado).

Il *deficit* istruttorio attribuibile all'Autorità, che riverbera sulla motivazione del provvedimento sanzionatorio, non sta nell'aver considerato le offerte economiche presentate dalle due imprese in tutte le gare alle quali esse hanno partecipato, impostazione corretta al fine di poter accertare un intento collusivo nella partecipazione alle selezioni, ma nell'essersi limitata a prendere in considerazione il mero “dato medio” indicato dall'*advisor* RB, non contestualizzandolo, come sarebbe stato necessario al fine di poter dimostrare l'anestesia delle offerte presentate dagli altri candidati, con riferimento ad ogni singola procedura.

16. – Un ulteriore rilevante *deficit* dell'istruttoria svolta dall'Autorità che impinge sulla completezza della motivazione che ha accompagnato il provvedimento sanzionatorio è costituito dal non avere considerato in alcun modo l'apporto istruttorio della impresa incolpata che, per il tramite di un proprio consulente, aveva offerto una diversa ricostruzione del rapporto tra il meccanismo di predisposizione delle offerte previsto dall'*advisor* RB, le offerte effettivamente presentate dalle due imprese ed il risultato delle gare,

intendendo dimostrare come non fosse definibile *a priori*, neppure attraverso intese tra candidati, l'esito delle procedure.

Se è vero che, come è noto, non sussiste *“un obbligo, in capo all’Autorità, di motivare specificamente ogni scostamento dalle osservazioni presentate oppure il mancato accoglimento delle medesime, allorché, dal contesto dell’atto, sia per il richiamo contenuto nelle premesse, sia per l’approccio complessivo dell’iter argomentativo, risulti che l’Amministrazione ne abbia tenuto sostanzialmente conto”* (cfr., in termini, Cons. Stato, 1 giugno 2016 n. 2328), è altrettanto vero che, nel caso di specie, non emerge in nessuna parte del provvedimento sanzionatorio impugnato alcun riferimento all’apporto istruttorio offerto dall’impresa attraverso la relazione peritale prodotta né ad una sua, anche solo minimale considerazione, resa pervero necessaria in un ambito contestativo come quello che vedeva impegnata l’Autorità a dimostrare, seppur con l’ausilio del meccanismo probatorio esogeno, l’intesa collusiva non dipendente da accordo conclamato. Ed infatti l’Autorità, peraltro neppure nella sede processuale (né in primo grado né in sede di appello (tenuto conto che l’impresa su di essa aveva ampiamente fondato – almeno - uno dei motivi di ricorso), non ha attribuito alcun rilievo alla relazione redatta dal consulente dell’impresa (il professor Giacomo Aletti), della quale ha invece tenuto conto il giudice di primo grado nella sentenza qui oggetto di appello (per tale punto, pervero, non espressamente contestata dall’Autorità appellante) il quale ha (testualmente) ricordato, a dimostrazione della non provata condizionabilità *a priori* (e senza espresso accordo collusivo) delle selezioni in ragione delle modalità di confezionamento delle offerte, come *“In tal senso depone anche la relazione dell’esperto incaricato dalla società ricorrente, Prof. Giacomo Aletti, che attraverso la simulazione matematica di ipotesi concrete giunge ad affermare, attraverso un percorso logico che il Collegio ritiene chiaro e plausibile (Cass. SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479), che, data la formula impiegata nella valutazione dell’offerta economica, contenuta nella Lettera di richiesta di offerta vincolante predisposta da RB, “il preteso vantaggio o appoggio di Chef Express è, razionalmente, un*

risultato impossibile da prevedere con certezza a priori e per ciascuna gara poiché tutto dipende da altre variabili indipendenti, a cominciare dall'entità del rilancio degli altri competitor"; e che "non c'è un'utilità rilevante in alcuna gara ovvero alcun "appoggio" effettivo e rilevante di un competitor nei confronti dell'altro in alcuno scenario", in quanto "si nota [...] che la media del preteso vantaggio in termini di POE (i.e.: punteggio) è irrisoria e, in alcuni casi, addirittura negativa nel senso che un rilancio "sopra la media" non aiuta bensì, penalizza, mediamente, il POE del preteso competitor da aiutare con il rilancio"; per concludere che "In questo caso, quindi, non solo si è rilevato un numericamente impercettibile guadagno medio – ove non addirittura negativo – ma ogni eventuale previsione di guadagno a priori è soggetta a una grande incertezza che ne comporta la assoluta inidoneità ad incidere sull'esito effettivo della gara" (pag. 2 della Relazione)", finendo con il concludere che "Le considerazioni svolte impongono di escludere non solo la possibilità di utilizzo della formula di gara da parte di un concorrente per fini collusivi, ma anche la intrinseca idoneità della condotta della ricorrente, per come ricostruita nel Provvedimento, ad incidere sulle gare in oggetto per finalità antitrust (...)" (così, testualmente, ai punti 7.4 e 7.5 della sentenza qui fatta oggetto di appello).

A ciò si aggiunga che l'*advisor* RB (e tale circostanza non è stata contestata nei due gradi del presente giudizio) ha espressamente dichiarato (cfr. nota del 25 febbraio 2014 presente nel procedimento che si è concluso con l'adozione del provvedimento sanzionatorio a carico della impresa oggi appellata) che le condotte dei soggetti interessati non hanno determinato l'individuazione degli operatori primi in graduatoria nei lotti in oggetto, poiché anche in assenza di tali rilanci i servizi sarebbero stati assegnati ai medesimi operatori. Anche tale elemento, comunque rilevante, non è stato preso in considerazione dall'Autorità nell'indagine preliminare rispetto all'adozione del provvedimento sanzionatorio.

17. – Da ultimo il Collegio deve dare conto della adeguatezza o meno della prova che l'Autorità ritiene significativamente idonea a qualificare l'intervenuta intesa tra le imprese in questione come collusiva e consistente

nel rinvenimento (e conseguente acquisizione) di documentazione – dimostrativa della suddetta intesa – presso gli uffici del vertice strategico dell'impresa.

Al punto 53 del provvedimento si legge che *“(...) è incontrovertibile la rilevanza della pagina 4 del documento acquisito presso Chef Express, laddove si prospetta un'analisi di possibili scenari di gara – pertanto ragionevolmente predisposta antecedentemente alle gare stesse – riportando con esattezza l'offerta poi presentata in gara da MyChef nei quattro lotti in questione, Tale documento, pertanto, dimostra come Chef Express, in una fase preparatoria delle procedure competitive, fosse a conoscenza del rilancio che avrebbe proposto in gara MyChef”*. Tuttavia non è possibile sapere quando sia stato redatto tale documento, se prima delle procedure ovvero all'esito delle stesse, quando le offerte economiche dei candidati erano ormai note e se detto documento, insieme con gli altri rinvenuti nell'ufficio del vertice aziendale, si trovava occasionalmente in quell'ufficio ovvero era stato redatto dall'organo di vertice dell'impresa.

Con ciò non si vuole considerare irrilevante tale documentazione ma si ritiene che la stessa, da sola, non è utile a dimostrare l'intesa collusiva preesistente tra le imprese, se non accompagnata dalla dimostrazione che la tecnica di redazione delle offerte presentate dalle due imprese potesse considerarsi, al di là di ogni ragionevole dubbio, idonea a determinare il risultato alternativo di doppia soddisfazione nell'assegnazione di otto (sub)concessioni per parte, al fine di dimostrare che l'impianto probatorio fatto proprio dall'Autorità abbia permesso a quest'ultima di acquisire quegli elementi univoci, precisi, concordanti e gravi, che sono ritenuti unanimemente indispensabili a sorreggere l'accusa di intesa collusiva in violazione dell'art. 101 TFUE intercorsa, nella specie, tra Chef Express e MyChef.

Non avendo dato mostra l'Autorità di aver considerato e, semmai, confutato adeguatamente, l'opposta ipotesi, pure astrattamente verificabile, prospettata dal consulente dell'impresa, secondo la quale il meccanismo messo in campo dall'*advisor* RB non rendesse possibile, sotto il profilo strettamente

matematico e della serie di eventualità verificabili, la predisposizione di offerte predeterminate, se non attraverso un accordo esplicito (nella specie non dimostrato né contestato alle due imprese), getta un'ombra di rilevante incertezza probatoria sullo sforzo istruttorio dimostrativo effettuato dall'Autorità e lo rende solo parziale.

In altri termini, la carenza istruttoria sopra rilevata trasforma la sfera di opinabilità del giudizio tecnico svolto dall'Autorità, rispetto alla quale (come si è più sopra detto) il giudice amministrativo non può penetrare nello scrutinio, in una configurazione di incompletezza dell'istruttoria svolta.

In tale contesto anche le frasi contenute in ulteriori documenti rinvenuti nell'ufficio del vertice dell'azienda e riprodotti per stralci virgolettati nel provvedimento sanzionatorio (ai punti da 54 a 60), se non accompagnati dagli ulteriori elementi di indagine dei quali sopra si è detto, finiscono per il relegarsi nell'alveo delle mere congetture e supposizioni in ordine ai contatti avuti tra le (due) imprese in epoche antecedenti alla presentazione delle offerte allo scopo di coordinare la modalità di redazione delle stesse da parte delle (due) imprese medesime.

Quindi, per un verso e per come si è più sopra riferito, l'Autorità non ha ritenuto, nel corso dell'istruttoria svolta, di prendere in considerazione gli elementi offerti a chiarificazione della vicenda, oggetto di attenzione da parte dell'Antitrust, con particolare riguardo ai singoli *business plan* relativi alle 16 gare aggiudicate, in alternanza alle due imprese, oltre alle rappresentazioni tabellari degli stessi, evitando quindi di approfondire la centrale questione relativa all'incidenza percentuale sul fatturato delle offerte (sia tecnica che economica) presentate dalla impresa oggi appellata in ciascuna di quelle gare, dai quali emergeva, come anche attestato dai giudizi di sostenibilità economico-finanziaria resi da RB, la piena ed uniforme sostenibilità delle offerte presentate dalla ridetta impresa.

Per altro verso l'Autorità ha ritenuto di poter valorizzare, fino al livello di prova documentale piena sulla corretta ricostruzione dell'intesa (collusiva)

intervenuta tra le due imprese, il contenuto dei “fogli” rinvenuti negli uffici aziendali oltre alla circostanza che nel corso dell’istruttoria fossero “*emersi numerosi contatti tra le parti, avvenuti nell’ambito di contesti associativi (in particolare nell’ambito di Confimprese), aventi ad oggetto, tra le altre cose, le tematiche relative alle gare per la ristorazione autostradale*” (così, testualmente, al punto 62 del provvedimento), la cui genericità e riferibilità anche a vicende estranee alle gare in questione si presenta, quanto meno, “sostenibile”.

Neppure la prova può ritenersi raggiunta pienamente dall’Autorità con riferimento all’assenza di spiegazioni alternative alla collusione per escludere nella condotta assunta dalle due imprese nella vicenda in questione una “*intrinseca anomalia non giustificabile*”, laddove l’Autorità si limita ad richiamare “*l’assoluta simmetria e specularità di comportamenti tenuta dalle due parti in occasione delle 16 gare in esame (...) nonché l’assoluta specularità degli esiti di tali gare*” (così al punto 63 del provvedimento), fornendo quindi, piuttosto che una prova dell’intesa collusiva tra le due imprese, una semplice descrizione “fredda” della vicenda posta sotto osservazione dall’Antitrust.

Il Collegio ritiene, in conclusione, che non si ravvisi nell’istruttoria svolta dall’Autorità quel complesso di indizi seri, precisi e concordanti di una previa concertazione che sono (comunemente) considerati presupposto indispensabile per poter dimostrare l’intervenuta intesa collusiva, con riferimento alle 16 gare più volte richiamate, tra Chef Express e MyChef, venendo dunque in evidenza un significativo deficit istruttorio che si riflette sull’ambito motivazionale del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado.

Ne deriva la infondatezza dei motivi di appello siccome dedotti dall’Autorità e la conferma della sentenza di primo grado appellata.

18. - Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c. , in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le

affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

19. – In ragione di tutto quanto si è sopra esposto l'appello non può trovare accoglimento a seguito della infondatezza dei motivi di gravame dedotti dall'Autorità, con conseguente conferma della sentenza di primo grado e dell'accoglimento, nei limiti espressi in detta sentenza, del ricorso di primo grado.

Le spese del grado di giudizio possono compensarsi tra tutte le parti in lite sussistendo i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c, per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. R.g. 5773/2016), lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 1 aprile 2016 n. 3983 con la quale è stato accolto il ricorso (n. R.g. 8460/2015) proposto in primo grado.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 27 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Toschei

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO