

Pubblicato il 23/10/2020

**N. 10792/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04628/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4628 del 2019, proposto da Ecosumma S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Anglani, Giorgio Bitonto e Giulio Matarazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio “BenelliErede” in Roma, Via Vittoria Colonna, 39;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia “ex lege” in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Società Regionale per la Sanità (So.Re.Sa.) S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento previa sospensione

del provvedimento n. 27546 del 30 gennaio 2019, adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato all'esito del procedimento I/816 -

Gara So.Re.Sa. Rifiuti Sanitari Regione Campania, notificato tramite posta elettronica certificata ad Ecosumma S.r.l. in data 7 febbraio 2019;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso;

nonché in subordine per

- la riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'Autorità.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 3714/2019 del 6.6.2019;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 ottobre 2020 il dott. Ivo Correale come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In seguito a denunce tra il luglio e il settembre 2017 inoltrate dalla So.re.Sa. s.p.a, ("Soresa"), centrale di acquisto regionale in materia sanitaria della Regione Campania, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") dava avvio al procedimento orientato nei confronti delle società Langella Mario S.r.l. ("Langella"), Ecologica Sud S.r.l. ("Ecologica"), Ecosumma S.r.l. ("Ecosumma"), Bifolco & Co. S.r.l. (Bifolco") ed Eco Transfer S.r.l. ("Eco Transfer"), volta ad accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 101 del TFUE, in occasione della partecipazione alla gara bandita nell'autunno del 2016 da Soresa per l'acquisizione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi e non pericolosi della Regione Campania; successivamente l'istruttoria era estesa anche nei confronti della Green Light Servizi Ambientali s.r.l. ("Green Light") e il procedimento, previa partecipazione delle imprese interessate, si concludeva con delibera

adottata il 30 gennaio 2019, con la quale l'Autorità si determinava nel senso che i comportamenti posti in essere dalle suddette società, con l'ausilio della società di consulenza Green Light, consistenti in una ripartizione dei lotti nei quali si articolava la gara, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, e, previa diffida ad astenersi in futuro da comportamenti analoghi, irrogava le seguenti sanzioni pecuniarie amministrative: Ecologica: euro 355.442,30; Ecosumma: euro 197.231,70; Langella euro 535.828,10; Bifulco: euro 258.582,50; Green Light: euro 8.051,70.

In sintesi il provvedimento illustrava quanto segue.

Soresa nelle sue segnalazioni, dopo aver rappresentato che la procedura ad evidenza pubblica indetta costituiva la prima gara centralizzata posta in essere per conto di tutte le Aziende Sanitarie della Regione Campania, prospettava all'Autorità che, delle sei offerte ricevute dalle società indicate, una per ogni lotto, in molti punti era riscontrabile una piena sovrapposibilità ed identità di contenuti delle offerte tecniche di alcuni concorrenti che, singolarmente o in raggruppamento temporaneo di imprese, avevano partecipato alla gara in lotti diversi, non potendo quindi escludersi che le offerte fossero state redatte in modo coordinato. La singolarità era anche relativa al fatto che le imprese - che avevano poi ottenuto il miglior punteggio tecnico in tutti e sei i lotti messi a gara - avevano presentato offerte, senza sovrapporsi tra di loro, nei soli lotti nei quali rappresentavano i fornitori uscenti del servizio messo a gara. L'esito della stessa, poi, aveva visto il lotto 1 aggiudicato a Langella, il lotto 2 all'ATI Ecologica/Langella, il lotto 3 all'ATI Langella/Bifulco, il lotto 4 a Ecosumma, il lotto 5 a Ecologica e il lotto 6 all'ATI Bifulco/Ecotransfer.

L'AGCM, avviato il procedimento ai sensi dell'art. 14 l. n. 287/90, dava luogo ad accertamenti ispettivi nei confronti delle parti - e anche di altre società che avevano partecipato alla gara ovvero che, pur risultando gestori uscenti di alcune aziende sanitarie campane con riferimento all'offerta di servizi oggetto della procedura di gara, non avevano tuttavia partecipato a quest'ultima o non

si erano aggiudicate alcun lotto – estendeva il procedimento nei confronti della Green Light, società di cui si erano avvalse tutte le parti ai fini della predisposizione della documentazione di gara, procedeva ad accessi e audizioni, inoltrava richiesta di informazioni all’Autorità Nazionale Anticorruzione, teneva l’audizione finale innanzi al Collegio in data 5 dicembre 2018.

Nel provvedimento finale, quindi, dopo aver illustrato i presupposti di fatto e le risultanze istruttorie, descritto il servizio oggetto di gara e la precedente gestione in ogni ASL campana, evidenziato le modalità di svolgimento della gara e le conseguenti aggiudicazioni dei lotti, le condotte delle parti, anche in riferimento a Green Light, dopo aver descritto le argomentazioni difensive delle parti, anche per l’eventuale quantificazione della sanzione e la riduzione della stessa per incapacità contributiva di alcune, giungeva alle determinazioni conclusive che si vanno a riassumere.

1) Sulla qualificazione della fattispecie e il mercato rilevante.

Gli elementi raccolti facevano propendere per l’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza, consistente in un coordinamento delle strategie commerciali delle suddette società, anche per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light, la cui reale funzione in seno all’intesa emergeva in primo luogo dalla condivisione fra le parti stesse di una bozza di contratto, originariamente veicolata dalla società di consulenza ad una soltanto di esse e cioè a Ecologica Sud. La società di consulenza aveva consapevolmente costituito il "collante" a garanzia reciproca delle parti del rispetto della preventiva spartizione dei lotti, coadiuvando i propri committenti nella realizzazione di “un progetto premiante”.

La concertazione non era tuttavia imputabile solo alla società Eco Transfer S.r.l. per le ragioni che erano esposte.

Riguardo alle altre parti, invece, era osservato, dal punto di vista della qualificazione della fattispecie, che se i criteri del coordinamento e della collaborazione fra imprese debbono essere intesi alla luce delle norme del

Trattato in materia di concorrenza, secondo le quali ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intenda seguire sul mercato comune, nel caso di specie risultava al contrario, in maniera inequivocabile, che l'esplicarsi dell'autonomia in questione era stata compromessa e condizionata dal perseguimento di finalità collusive.

Ciò perché se tale esigenza di autonomia non esclude che gli operatori economici possano adattarsi intelligentemente al comportamento dei concorrenti sul mercato, non può invece consentirsi ogni presa di contatto, diretta o indiretta (che nel caso di specie si era realizzata anche grazie al ricordato contributo di Green Light), tra operatori, avente per oggetto o per effetto sia di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, sia di svelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere sul mercato.

Quanto al mercato rilevante, alla luce di principi giurisprudenziali richiamati, esso ben poteva rappresentarsi nella procedura di affidamento del servizio in questione.

2) Sulle modalità di realizzazione dell'intesa.

Essa si era basata su un modello concertativo peculiare che aveva visto coinvolte le società indicate e la società di consulenza Green Light. In particolare, le imprese avevano definito, "ex ante" e in maniera concordata, la propria strategia di gara, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti, agevolati in ciò dalla scelta condivisa di utilizzare un medesimo consulente per la predisposizione delle relazioni tecniche, in ragione della consapevolezza comune che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti, quale elemento costitutivo dell'intesa oggetto di istruttoria. Le evidenze in atti testimoniavano che Green Light aveva anche assunto un ruolo significativo e consapevole nella descritta concertazione, agevolando e suggellando la previa spartizione del mercato, dato che aveva rappresentato a ciascuna di loro di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro.

Risultava, poi, che tra le imprese erano intercorsi numerosi contatti volti a condividere “input” produttivi, nella consapevolezza reciproca che non sarebbero state concorrenti effettivi sui lotti selezionati, nonché ulteriori contatti, anche per il tramite della società di consulenza, finalizzati a garantire gli esiti del coordinamento.

Risultava che Ecosumma, Ecologica Sud e Langella avevano utilizzato un medesimo impianto di smaltimento rifiuti sito in Campania e vi era stato un incontro svoltosi presso la sede di Langella, alla presenza degli altri operatori concorrenti, per discutere congiuntamente la possibile fornitura di contenitori in plastica da parte di una terza impresa produttrice.

Le evidenze documentali acquisite dimostravano che la scelta dei lotti sui quali competere non aveva costituito il frutto di un'autonoma scelta individuale delle società, ma l'esito di una definizione concertata tra le stesse. Erano emerse evidenze di un contatto qualificato tra le parti, consistente in una bozza di contratto, inviata da Green Light a Ecologica Sud, in data 21 ottobre 2016, e da quest'ultima veicolata alle società Ecosumma, Bifolco e Langella, a cui seguiva la successiva stipula di autonomi contratti di consulenza tra le parti e Green Light, che indicavano i lotti in cui ciascuna società avrebbe partecipato alla gara, senza dunque che, alla luce del suddetto vincolo imposto da Green Light, vi fosse alcuna sovrapposizione tra concorrenti. La condivisione di una bozza di contratto contenente implicitamente un patto di non concorrenza era suscettibile quindi di rappresentare in sé un elemento costitutivo di un'intesa.

L'AGCM osservava che quand'anche al momento dell'invio del contratto da parte della società di consulenza, Ecologica Sud avesse già maturato l'idea di concentrarsi sui lotti 2 e 5, la condivisione di tale bozza con i concorrenti, contenente un vincolo implicito alla non sovrapposizione nei diversi lotti, equivaleva in tutto alla assicurazione del reciproco rispetto delle proprie scelte. Risultava, poi, documentazione ispettiva, relativa ad appunti manoscritti - senza data - reperiti presso Bifolco, in una cartellina contenente

il contratto di consulenza con Green Light, che riportavano il “pattern” di offerte effettivamente presentate dalle aziende nella gara. Era stato reperito, inoltre, un documento scritto via “mail”, datato 28 ottobre 2016, inviato dal consulente comune alle società Langella, Ecologica e Bifolco, nel quale il primo sollecitava i destinatari di questa a cooperare e a produrre tutta la documentazione indispensabile alla realizzazione di un “progetto premiante”. Risultava, altresì, altro documento, reperito presso la sede della società Ecologica e datato 17 dicembre 2016, con il quale la società effettuava alcune simulazioni di offerta relativamente ai lotti 2 e 5, scientemente effettuate escludendo dal confronto proprio gli altri “competitors” che si erano avvalsi della consulenza di Green Light e che poi non avevano presentato offerta per tali lotti.

Era evidente, per l’Autorità, che pur avendo le stesse società rivendicato una presunta libertà di candidarsi su altri lotti individualmente o ricorrendo ai servizi di altra società di consulenza - adducendo in proposito una natura “pro-concorrenziale” del contratto di consulenza stipulato con Green Light - di fatto esse non avevano poi presentato altre offerte, eliminando quindi in radice qualunque forma di confronto competitivo in sede di gara, come confermato dal versamento di tutte del contributo ANAC richiesto dal disciplinare di gara solo con riguardo agli specifici lotti su cui poi si erano effettivamente presentate (tranne Ecosumma, che aveva effettuato il versamento anche per un ulteriore lotto, giustificando poi, però, la propria scelta come irrazionale e dettata dal “panico”).

Non rilevanti in senso contrario erano i vincoli di partecipazioni posti nella legge di gara, dato che il relativo disciplinare consentiva astrattamente la possibilità di presentare offerte anche su tutti i lotti, con il solo limite derivante dalla necessità di non adottare la medesima forma giuridica, tanto che Langella aveva partecipato e si era aggiudicata, in composizione variabile, tre dei sei lotti nei quali si articolava la gara (lotto 1 come impresa individuale

e lotti 2 e 3 in ATI, rispettivamente, con Ecologica Sud e Bifolco, anche se avrebbe potuto farlo con un'ATI in diversa composizione).

Sul fatto per il quale nel partecipare alla gara non era stato concordato un sistema di “offerte di appoggio” con sconti contenuti che, alla luce della conformazione della formula per l’attribuzione del punteggio economico, avrebbe consentito secondo le parti di neutralizzare eventuali offerte aggressive di altre imprese, l’AGCM osservava che, se le parti avevano adottato in concreto un modello collusivo diverso da quello che in astratto - “ex post” - sostenevano essere stato più conveniente, ciò non valeva a escludere in sé l'esistenza dell'intesa, dato che un’eventuale presentazione di offerte di appoggio avrebbe potuto realizzarsi solo senza l'ausilio della società di consulenza Green Light, atteso il ricordato vincolo di non concorrenza.

Inoltre, decisivo era il fatto che le Parti, nella partecipazione alla gara, avevano avuto l'intento di preservare, ciascuna, la propria posizione di fornitore uscente nella maggior parte dei presidi in cui si articolava la stessa, pur se raggruppati in maniera differente rispetto al passato; solo in subordine era perseguito l'intento di mantenere il livello di redditività delle commesse. Proprio in considerazione dell'incertezza in merito all'offerta di operatori terzi — anche in ragione della circostanza che si trattava della prima gara centralizzata indetta da Soresa — non era evidente il vantaggio connesso a eventuali strategie di offerte di appoggio, il cui utilizzo, nelle condizioni descritte, non avrebbe potuto massimizzare le possibilità di aggiudicazione.

In ordine alla limitata struttura dimensionale delle parti, l’Autorità sottolineava che, pur riconoscendo l'oggettiva natura di operatori di piccole dimensioni che le caratterizzava, esistevano tuttavia alcune evidenze documentali che si ponevano in contraddizione con le giustificazioni addotte dalle imprese.

In merito erano richiamati: la decisione assunta dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte prevista nella gara indetta in Campania, e prima dell'aggiudicazione di tale gara, di partecipare alla successiva gara

indetta dalla Regione Lazio; la capacità inutilizzata degli impianti di sterilizzazione degli operatori parti della concertazione, che ben avrebbe potuto essere utilizzata per predisporre offerte anche su altri lotti; la circostanza per la quale alcune delle parti avevano comunque maturato pregresse esperienze in altri presidi sanitari e dunque erano nella condizione di poter formulare offerte anche per lotti ulteriori e diversi rispetto a quelli prescelti, sia pure con la necessità di ricorrere ad ATI a composizione variabile, in ragione dei limiti derivanti dal bando; tutte le parti della procedura avevano chiesto ed ottenuto la disponibilità di società terza, sita in Calabria, al trattamento di eventuali rifiuti derivanti da tutti i lotti messi a gara; le parti avevano effettuato sopralluoghi in molti dei presidi sanitari presenti nei diversi lotti messi a gara, al fine di verificare le zone e le strutture ospedaliere presso le quali espletare i servizi richiesti; la condivisione, prima del deposito della documentazione di gara, tra due delle parti (Langella e Bifulco) di una bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 - contenente informazioni sulla struttura organizzativa della società Langella di evidente natura sensibile - sul quale aveva poi presentato offerta la sola Langella; i contatti fra le parti erano finalizzati anche a condividere “input” produttivi, quali tipologie di contenitori e impianti di smaltimento, considerati peraltro elementi qualificanti dell'offerta nelle dichiarazioni a verbale rese dal rappresentante di Green Light.

L'Autorità, quindi, concludeva la sua esposizione, illustrando la restrittività dell'intesa “per oggetto”, il pregiudizio al commercio intracomunitario, i motivi di inapplicabilità dell'art. 101, par. 3, TFUE (sugli effetti benefici per il mercato), la gravità e durata dell'infrazione, i criteri per la quantificazione della sanzione a ciascuna impresa, i motivi per respingere le istanze di “inability to pay” di Ecologica, Langella ed Ecosomma.

Con rituale ricorso a questo Tribunale, quest'ultima società chiedeva l'annullamento, previa sospensiva, di tale provvedimento, lamentando, in sintesi, quanto segue.

“I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 101 TFUE IN MERITO ALLA QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE COME PRATICA CONCORDATA ASSISTITA DA CONTATTI QUALIFICATI E/O DA INDIZI GRAVI PRECISI E CONCORDANTI. DIFETTO DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO DEI FATTI E CARENZA DI MOTIVAZIONE.”

Dopo aver ricordato alcuni documenti su cui si erano basate le conclusioni dell’Autorità, Ecosumma evidenziava che esse, pacificamente, non si fondavano sulla prova diretta di un accordo illecito tra le parti, bensì su una serie di prove solo indirette.

Dopo aver riportato i presupposti di fatto e la scansione temporale degli eventi, la ricorrente poneva in evidenza che i contatti tra le parti antecedenti al coinvolgimento di Green Light avevano esclusivamente avuto ad oggetto l’ipotesi di costituire delle ATI, poi tutte formatesi; ciascuna parte aveva autonomamente elaborato la propria strategia di gara contattando Green Light singolarmente; le parti avevano deciso di collaborare tramite Green Light nella sola redazione dell’offerta tecnica, al fine di migliorare la competitività in gara e preservando una lecita concorrenza.

La ricorrente, poi, si soffermava sulla documentazione considerata dall’AGCM per evidenziare quanto segue: la bozza di contratto inoltrata da Ecologica non aveva scopo di spartirsi i lotti di gara - tant’è che di tale intenzione non vi è menzione alcuna né nell’email di accompagnamento, né negli altri documenti in atti - ma di garantire che la collaborazione tra le parti avvenisse nel rispetto dei principi di concorrenza; qualificarlo come un “contatto qualificato” contenente un “implicito patto di non concorrenza” costituiva un palese travisamento di fatti; la simulazione sulla partecipazione al lotto 2 in cui erano indicati come ipotetici concorrenti altre società terze ma non le altre parti non poteva provare l’intento spartitorio; Bifolco ed Ecosumma non avevano alcuna esperienza pregressa su tale lotto e, pertanto, erano state correttamente accorpate nel novero degli altri potenziali

partecipanti sotto le locuzioni “F” e “Prezzo Basso”; non risultavano citati espressamente neanche numerosi altri concorrenti che svolgevano in precedenza il servizio di raccolta di rifiuti sanitari in Campania e che avevano partecipato alla gara; il documento, non datato, redatto da Bifolco lo era stato, secondo la sua dichiarazione, all’apertura delle buste e, dunque, in un momento in cui era pubblicamente noto l’abbinamento delle parti; la condivisione di alcuni “input” della produzione, tramite Green Light, non provava la concertazione, dato che le parti potevano comunque partecipare a lotti in concorrenza tra loro a prescindere dall’ausilio della stesa Green Light, qualsiasi Parte avrebbe di fatto potuto copiare e incollare il contributo ricevuto da Green Light per utilizzarlo anche su lotti diversi, la concessione reciproca degli impianti tra le parti era un comportamento pienamente razionale e che non precludeva la partecipazione in concorrenza sul medesimo lotto, risultandone comunque un’utilità; la negoziazione congiunta con i fornitori di alcuni “input” produttivi aveva l’effetto di garantire un abbattimento dei costi del servizio.

Per Ecosumma, inoltre, gli indizi non erano concordanti, in quanto diversi documenti testimoniavano che le Parti avevano preso in reale considerazione la possibilità di partecipare a lotti diversi da quelli nei quali ricevevano l’assistenza di Green Light, in un momento successivo al 15 ottobre 2016, giorno in cui, secondo l’ipotesi dell’AGCM, esse si sarebbero spartite i lotti di gara.

In definitiva, per la ricorrente, nel delineare il quadro accusatorio, l’Autorità non aveva vagliato la ricostruzione alternativa fornita dalle parti, limitandosi a sostenere una tesi fondata su mero parallelismo, poiché i documenti a fascicolo e i contatti tra le parti erano “letti” non già a fronte di una disamina oggettiva del loro contenuto ma illegittimamente invertendo in capo alle parti l’onere della prova.

“II. ECCESSO DI POTERE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI

MOTIVAZIONE E DI PROVA IN ORDINE ALLE SPIEGAZIONI ECONOMICHE OFFERTE DA ECOSUMMA.”

L’Autorità non aveva adeguatamente analizzato le spiegazioni fornite da Ecosumma sulla razionalità del proprio operato in gara, così incorrendo in un’ulteriore carenza di istruttoria o, quantomeno, di motivazione.

Premettendo cenni sulle regole di funzionamento della gara, la ricorrente riteneva di aver puntualmente illustrato e documentato le ragioni che l’avevano indotta, in piena autonomia, a tenere una determinata strategia di gara che si era essenzialmente basata sui seguenti “driver” di valutazione: (i) la prevedibile accesa concorrenza in gara, (ii) i suoi limiti di carattere tecnico, organizzativo ed economico (iii) la vicinanza dei lotti rispetto ai suoi impianti, (iv) la conoscenza delle strutture sanitarie rientranti nei lotti messi a gara, secondo quanto era illustrato nel dettaglio per ciascuno di tali punti.

Ecosumma aveva deciso di puntare su un singolo lotto (il lotto 4), scegliendo quello che, data l’attesa concorrenza in gara, le consentiva di sviluppare la migliore offerta tecnica ed economica possibile garantendole le maggiori “chance” di successo. Ciò perché era “incumbent” sulla maggior parte delle strutture di tale lotto, il suo impianto di stoccaggio si trova nei pressi delle strutture in questione e queste garantiscono la regolarità dei pagamenti, elemento di fondamentale importanza per un’azienda di piccole dimensioni. Di converso, non aveva presentato offerte in nessuno degli altri lotti per poiché: (i) preferiva continuare a mantenere il suo core business nel settore privato che consente maggiori margini di guadagno e garantisce puntualità dei pagamenti (i clienti privati pesano per circa il 75% del fatturato di Ecosumma), (ii) non intendeva aumentare la sua già elevatissima esposizione al credito che era considerevolmente aumentata negli ultimi anni, (iii) non aveva pregresse esperienze sugli altri lotti (fatta salva una limitata esperienza sul lotto 1) e (iv) tutti gli altri lotti si collocavano ad una distanza tale dal suo impianto di stoccaggio da rendere di fatto impossibile offrire un prezzo competitivo in gara.

L'AGCM si era limitata, invece, a sostenere che le spiegazioni sulla piena razionalità del comportamento di Ecosumma sarebbero smentite dal fatto che tale società aveva capacità inutilizzata all'epoca della formulazione delle offerte nell'ambito della gara e aveva successivamente partecipato ad una gara indetta dalla Regione Lazio.

In realtà, contrariamente a quanto sosteneva l'Autorità, non era vero che all'epoca della gara la ricorrente aveva una rilevante "capacità inutilizzata" che l'avrebbe dovuta indurre a puntare su tutti i lotti. Come evidenziato e documentato, infatti, essa si trova oggi a sostenere ingenti investimenti per ampliare nel prossimo futuro la propria capacità produttiva arrivata a saturazione e se si fosse aggiudicata anche altri lotti della gara, si troverebbe oggi in netta difficoltà o, peggio ancora, in una situazione che non le consentirebbe di far fronte agli impegni assunti.

La decisione di partecipare alla gara nel Lazio era stata presa solo successivamente all'ammissione delle concorrenti a quella Soresa, in un momento in cui la ricorrente aveva avuto contezza delle imprese concorrenti sul lotto 4 e aveva visto concretizzarsi con evidenza l'elevato rischio che un suo concorrente avesse presentato un'offerta più favorevole aggiudicandosi il lotto; se così fosse stato, Ecosumma non si sarebbe aggiudicata il lotto 4 e avrebbe disposto di capacità produttiva residua, da utilizzare per la gara nel Lazio.

A ciò doveva aggiungersi l'osservazione per la quale, comunque, nessuna impresa che aveva partecipato alla gara (incluse quelle di dimensioni molto maggiori rispetto alle parti) aveva presentato offerte su tutti i lotti.

"III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 101 TFUE IN MERITO ALLA QUALIFICAZIONE DELL'INTESA SANZIONATA COME RESTRIZIONE DELLA CONCORRENZA PER OGGETTO SENZA UNA PREVIA ANALISI DEL CONTESTO DI MERCATO IN CUI SI INSERIVANO LE CONDOTTE. ERRORE DI DIRITTO E DIFETTO DI ISTRUTTORIA."

In ordine alla ritenuta “intesa per oggetto”, la ricorrente riteneva che tale conclusione era meramente teorica e non trovava alcun riscontro nella realtà dei fatti e nel contesto economico in cui si inserivano le condotte oggetto di istruttoria.

Infatti, un ipotetico accordo tra le parti volto a spartirsi i lotti di gara non le avrebbe messe in alcun modo al riparo dai numerosi concorrenti potenziali sui singoli lotti esistenti sul territorio e, pertanto, non le avrebbe indotte né ad offrire uno sconto più basso di quello effettivamente presentato, né a sviluppare un’offerta tecnica meno competitiva. A causa dei loro limiti strutturali e dell’ubicazione dei loro impianti, le parti non avrebbero potuto partecipare, con concrete “chance” di successo su lotti diversi rispetto a quelli su cui avevano effettivamente puntato. Inoltre, tutte le parti avevano offerto ribassi molto consistenti rispetto alla base d’asta (con una media del 38% di sconto e un valore del 30% inferiore ai prezzi precedentemente praticati), grazie proprio al lecito contatto tra di loro che permetteva di perseguire efficienze produttive.

La qualificazione dell’intesa come restrizione per oggetto era dunque priva dei necessari approfondimenti e riscontri da parte dell’Autorità in quanto, basandosi esclusivamente sulla tipologia delle condotte sanzionate, non considerava il contesto in cui le stesse si inserivano, ponendosi dunque in contrasto con la consolidata giurisprudenza in materia.

“IV. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 101(3) TFUE. ERRORE DI DIRITTO, MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA E DIFETTO DI ISTRUTTORIA.”

Le condotte della parti erano comunque foriere di benefici per il mercato, ai sensi dell’art. 101, par. 3, TFUE, dato che: la condivisione degli impianti aveva permesso di abbattere ulteriormente i costi di trasporto; la negoziazione in comune con alcuni fornitori aveva consentito di abbattere il costo di acquisto delle materie prime; il lavoro di Green Light si era rivelato assai prezioso ai fini della formulazione della miglior offerta tecnica, come testimoniato dal

fatto che tale società era stata contattata anche da altri partecipanti alla gara; le offerte erano comunque risultate estremamente competitive per ciascun lotto, facendo risparmiare alle Aziende sanitarie milioni di euro.

Il coordinamento si era limitato alle imprese che potevano garantire le sopradescritte sinergie, avendo riguardato solamente alcune delle imprese potenzialmente interessate a partecipare alla gara, e su tutti i lotti vi era stato un accanito confronto competitivo che aveva visto le aggiudicatarie prevalere per pochi punti.

Dal canto suo, l'Autorità era stata carente nella motivazione sul punto e aveva preteso di porre in capo alle imprese l'onere di fornire una prova impossibile, ossia la prova che “non si sarebbe potuto fare di più” ma senza fornire alcun elemento, anche solo indiziario, a conferma che, in assenza del ritenuto illecito, lo scenario controfattuale sarebbe stato ancora più favorevole per la stazione appaltante.

“V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 101 TFUE IN RELAZIONE ALL'INSUSSISTENZA DEL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO”.

L'asserita intesa si era eventualmente realizzata – in una gara in ambito regionale a cui non avevano partecipato imprenditori europei - tra imprese di dimensioni estremamente ridotte (nessuna ha più di sessanta dipendenti, né un fatturato superiore a otto milioni di Euro) che non soddisfano il requisito delle “PMI” richiesto dalla Commissione Europea.

“VI. VIOLAZIONE DELL'ART. 11 DELLA LEGGE N. 689/1981 E DEGLI ARTT. 15 E 31 DELLA LEGGE 287/1990. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E TRAVISAMENTO DEI FATTI. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ. VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA SULLA MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEI CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE IRROGATE DALL'AGCM.”

In subordine, in relazione all'entità della sanzione, la ricorrente evidenziava che la collaborazione tra le parti aveva lo scopo non di spartirsi il mercato, bensì di fornire la migliore offerta tecnica ed economica possibile in sede di gara, senza sottrarsi al confronto competitivo; le parti avevano agito in buona fede, massimizzando i loro sforzi e i benefici per la stazione appaltante.

Già le sole conseguenze derivanti da un possibile annullamento della gara avrebbero di per sé un enorme impatto finanziario sulla società ricorrente con efficacia deterrente che l'ordinamento mira a perseguire.

In secondo luogo, anche ove anche si fosse ritenuto corretto irrogare una sanzione pecuniaria alla società, la stessa avrebbe dovuto essere di entità assai più contenuta, e comunque non considerata "grave", con applicazione del relativo coefficiente al 15%, in quanto l'asserita intesa non era segreta, non aveva prodotto effetti dannosi sul mercato e costituiva un caso isolato.

Nemmeno sussistevano i presupposti per l'applicazione della c.d. "entry fee" e nel comminare una sanzione pari al massimo edittale, l'Autorità si era colpevolmente disinteressata della puntuale e documentata istanza di riduzione della sanzione per incapacità contributiva formulata dalla ricorrente in corso di istruttoria, per le specifiche ragioni che erano illustrate.

Si costituiva in giudizio l'intimata Autorità, affidando a una memoria per la camera di consiglio le tesi orientate rilevare l'infondatezza del ricorso.

Con l'ordinanza in epigrafe, questa Sezione accoglieva l'istanza cautelare limitatamente alla sospensione della sanzione pecuniaria, subordinata, ai sensi dell'articolo 55, comma 2, c.p.a., alla prestazione - da parte della società ricorrente e in favore dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato - di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata.

La prima udienza di merito, fissata all'8 aprile 2020, in prossimità della quale l'AGCM depositava ulteriore documentazione, era rinviata ai sensi dell'art.84, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, allora in vigore, non avendo tutte le parti costituite depositato istanza congiunta per il passaggio in decisione della controversia

In prossimità della nuova pubblica udienza del 20 maggio 2020, le parti congiuntamente depositavano istanza di rinvio ad una data successiva al termine della fase emergenziale prevista dall'art. 84 d.l. cit e, dunque, successiva al 30 giugno 2020, al fine di garantire una trattazione orale della controversia.

Fissata nuova data a tale scopo al 7 ottobre 2020, entrambe le parti costituite depositavano memorie difensive e la causa era trattenuta in decisione su istanza congiunta depositata dalle parti.

DIRITTO

Il Collegio, esaminando il primo motivo di ricorso, ne rileva l'infondatezza.

Prima di inoltrarsi nell'esame delle deduzioni specifiche della ricorrente, il Collegio ritiene opportuno ricordare che l'art. 101 TFUE vieta “...*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:... c) ripartire i mercati...*”.

Senza dilungarsi oltremodo sui presupposti che la giurisprudenza ha individuato ai fini della valutazione di legittimità di provvedimenti sanzionatori in materia di “antitrust”, peraltro ben noti alla parte ricorrente che ne ha fatto ampio richiamo nelle proprie difese, evidenzia, in sintesi, quanto più volte precisato sul punto (per tutte: TAR Lazio, Sez. I, 14.10.16, n. 10309).

E' noto che l'intesa restrittiva vietata dall'art. 101, paragrafo 1, TFUE può realizzarsi sia mediante un “accordo” – che, in materia “antitrust”, non si esaurisce nell'istituto civilistico del contratto, ma comprende anche fattispecie che, senza poter essere qualificate “contratti”, non si risolvono neanche in mere “pratiche”, sia pure concordate, ma si presentano come manifestazioni di volontà impegnative (sul piano sociale, e non necessariamente anche sul piano giuridico) di due o più soggetti, nelle quali resta irrilevante la forma, così come non rileva che l'accordo sia stato concluso, o meno, da soggetti

muniti di potere di rappresentanza delle imprese partecipanti (v. Corte Giust. UE, 7 febbraio 2013, C-68/12; Trib. I° grado CE, 24 ottobre 1991, T-1/89), essendo sufficiente che esponenti aziendali abbiano, di fatto, impegnato le rispettive imprese all'attuazione dell'intesa;

Storicamente, la “pratica concordata” rilevante ai fini “antitrust” - e pacificamente rilevata nel caso di specie – emerge come qualificazione indiretta 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 dal diritto “antitrust”, indicativa dell'esistenza di una concertazione voluta e consapevole tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato (per tutte: Cons Stato, Sez. VI, 28.2.17, n. 928).

La pratica concordata corrisponde, quindi, a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo contrattuale, 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, devono essere 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 (v. sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 4.9.15, n. 4123);

Ne consegue che l'eventuale qualificazione, da parte dell'Autorità “antitrust”, di una determinata situazione di fatto come “pratica concordata”, anziché come “accordo”, non vale ad immutare la sostanza dei fatti materiali

addebitati alle imprese sanzionate per un'intesa restrittiva della concorrenza, rilevando la distinzione tra le diverse forme di manifestazione dell'intesa vietata primariamente sul piano del regime probatorio.

A questo proposito e per quanto dedotto dalla ricorrente sulla mancata prova diretta raggiunta dall'AGCM, valga rilevare che, per costante giurisprudenza, è sufficiente che il complesso di indizi invocato dall'Autorità procedente debba essere valutato globalmente. E' infatti usuale che le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo non apertamente dichiarato, che le riunioni siano riservate e che la documentazione ad esse relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l'Autorità individui documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni: pertanto, nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere inferita da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle norme sulla concorrenza.

Pertanto, tenuto conto della notorietà del divieto di partecipare ad accordi anticoncorrenziali, non si può pretendere che l'AGCM produca documenti che attestino in modo esplicito un contatto tra gli operatori interessati, dovendo gli elementi frammentari e sporadici di cui essa potrebbe disporre, in ogni caso poter essere completati con deduzioni che permettano di ricostituire taluni dettagli, con la conseguenza che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale può essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza (per tutte, da ult.: TAR Lazio, Sez. I, n. 3260/20 cit. e Trib. UE, 12.7.11, T-113/07);

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (c.d. "smoking gun", quali testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa "antitrust" che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente e necessaria in questa materia l'emersione di indizi, purché seri, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata (Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 294 e 18.5.15, n. 2514).

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie 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. La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente esogeni – si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa. In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato

provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere stati frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (sulla ricostruzione della fattispecie delle pratiche concordate anticoncorrenziali, in punto di giurisprudenza dell'Unione, v: Case 41, 44 e 45/69 ACF Chemiefarma NV v Commission [1970] ECR 661, Polypropylene [1986] OJ L230/1, Cases 48-57 ICI v. Commission [Dyestuffs 1972] ECR619; cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v Commission [1975] ECR 16634, Case 172/80 Zuechner v Bayerische Vereinsbank [1981] ECR2021).

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione può 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.

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità "antitrust", infine, nella giurisprudenza (v., per tutte, Corte Cass., Sez. Un., 20.1.14, n. 1013) è stato puntualizzato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento. Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come ad esempio nel caso della definizione di "mercato

rilevante” – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Il giudice amministrativo, pertanto, in relazione ai provvedimenti “antitrust” dell’AGCM, esercita un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’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’AGCM 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 (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 2947).

Tali principi sono stati anche di recente recepiti dal legislatore con l’art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Premesso ciò, il Collegio rileva che nel caso di specie l’AGCM ha sostanzialmente contestato alle parti una concertazione “complessa”, definendone con chiarezza – secondo la sua ricostruzione - il plurimo oggetto anticompetitivo, vale a dire la volontà di condizionare gli esiti della “gara Soresa” attraverso l’eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti più appetibili per ciascuna, nei limiti di quanto prescritto dalla “lex specialis”, con valorizzazione economica della posizione di operatore “uscente”.

Al riguardo occorre rimarcare che l’AGCM ha chiaramente precisato che la strategia partecipativa della parti, era volta alla tutela del “portafoglio storico”, al fine di prevenire/impedire, per quanto possibile, l’aggiudicazione in favore

delle altre imprese concorrenti e, dunque, improntata a finalità anticoncorrenziali, tendenzialmente raggiungendo gli obiettivi perseguiti.

Il Collegio ritiene condivisibile la considerazione centrale dell'AGCM, secondo la quale era la parametrizzazione dei lotti su cui concorrere che richiedeva una necessaria e parallela attività di affinamento della pratica competitiva concordata, tenuto conto – aggiunge il Collegio – che tale situazione di affinamento della scelta era stata agevolata dal ricorso a una terza società “comune” nello studio della conformazione dell'offerta tecnica, su cui ben poteva parametrarsi l'offerta economica per il lotto/lotti di interesse.

Per quanto riguarda gli elementi “endogeni”, il provvedimento impugnato individua, senza parvenza di illogicità e con sufficiente chiarezza – nell'ambito del su ricordato onere probatorio indiziario e coerente che è richiesto in simili fattispecie – che non risultano giustificate a sufficienza dalle parti le ragioni per le quali abbiano deciso di concentrarsi nelle loro offerte solo sui lotti di interesse, a fronte di una disponibilità di risorse che permettevano anche una più ampia partecipazione territoriale, magari anche in ATI.

Rimanendo sugli elementi endogeni, il Collegio non può non richiamare anche la circostanza per la quale tutte le parti avevano versato il “contributo ANAC” richiesto dal disciplinare di gara solo con riguardo agli specifici lotti su cui poi si sono effettivamente presentate, con l'unica eccezione di Ecosumma, che effettuava il versamento anche per un ulteriore lotto ma che tuttavia giustificava la propria scelta come irrazionale e dettata dal “panico”.

A ciò deve aggiungersi il primario rilievo del ruolo di Green Light, a cui la stessa ricorrente, unitamente a tutte le altre parti, si era rivolta.

La realizzazione del coordinamento, infatti, era stata agevolata in ragione della consapevolezza comune che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti.

Per quanto riguarda tale società di consulenza, risulta agli atti che una bozza del relativo contratto era allegata a una “mail” del 21 ottobre 2016 - in

periodo immediatamente successivo alla pubblicazione del bando ma precedente al termine per la formulazione delle offerte di fine dicembre - inviata dal legale rappresentante di Green Light a un dipendente di Ecologica contenente un riferimento a tutti e sei i lotti della gara (e non solo ai lotti 2 e 5 di interesse di quest'ultima partecipante che riferiva di averli autonomamente scelti subito dopo la pubblicazione del bando), a sua volta "girata" e inoltrata, unitamente al contenuto della mail, lo stesso 21 ottobre 2016, da Ecologica ai rappresentanti di Bifolco, Ecosumma e Langella.

Come condivisibilmente osservato, anche nelle sue difese, dall'Autorità, se l'invio a Langella poteva in astratto giustificarsi alla luce del fatto che Ecologica e Langella avevano deciso di partecipare in ATI sul lotto 2, altrettanta giustificazione non si individuava, se non nell'ottica della condivisione del progetto unitario, per la trasmissione anche a Bifolco ed Ecosumma, gareggianti, come visto, su lotti differenti.

Inoltre, proprio la clausola di riservatezza e la notorietà della provenienza della "bozza" da parte di una potenziale concorrente poteva dare la certezza che Green Light avrebbe fornito assistenza nell'offerta tecnica solo conoscendo che non vi erano possibili "sovrapposizioni" nei lotti, tant'è che risulta come, in audizione, il rappresentante di Green Light abbia affermato che prima di stipulare i contratti con le parti, aveva nuovamente rappresentato a ciascuna di loro "di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro". Se le parti avevano poi stipulato il contratto, emergeva la consapevolezza di non essere in concorrenza. Ciò era confermato dalla stessa Green Light che esplicitamente aveva invitato le parti ad assumere comportamenti più collaborativi ai fini della partecipazione alla gara, stimolando le stesse ad "evitare personalismi" onde poter agevolare la migliore stesura degli elaborati tecnici e ricevere i corrispettivi pattuiti nel contratto (par. 121 del p.i.).

Si aggiungevano, poi, la scelta di Ecosumma, Ecologica e Langella di utilizzare un medesimo impianto di smaltimento rifiuti sito in Campania, l'incontro svoltosi presso la sede di Langella, alla presenza degli altri operatori concorrenti Ecologica, Bifolco ed Ecosumma, per discutere congiuntamente la possibile fornitura di contenitori in plastica da parte di un'impresa terza produttrice, scelta questa incompatibile con un atteggiamento concorrenziale su più lotti "sovrapponibili".

Logicamente, quindi, l'AGCM concludeva nel senso che la condivisione di una bozza di contratto contenente implicitamente un patto di non concorrenza era suscettibile di rappresentare in sé un elemento costitutivo di un'intesa, dovendosi tale elemento a maggior ragione qualificarsi come un "contatto qualificato", quale elemento di prova esogeno.

Risultavano, poi, appunti manoscritti - reperiti presso la sede di Bifolco in una cartellina ove era anche rinvenuto il contratto stipulato tra tale società e Green Light - privi di data, che riportavano il "pattern" di offerte poi effettivamente presentate dalle aziende nella gara e così pure il ritrovamento, presso la sede di Bifolco, di una bozza di relazione, non ancora depositata presso Soresa, relativa al lotto 1, sul quale avrebbe poi presentato offerta la sola società Langella, divenuta aggiudicataria.

Presso la sede di Langella risultava anche un documento inviato in data 28 ottobre 2016, alla stessa Langella, a Ecologica e Bifolco dal rappresentante della società di consulenza con oggetto "lista della spesa lotto 1-2-3-5-6", con la quale Green Light sollecitava i destinatari di tale "mail" ad inviare le risposte sollecitamente per chiudere la parte tecnica ed amministrativa e produrre un progetto che fosse "...il più possibile aderente e corrispondente alla realtà..." per poter dedicare tutto il tempo alla costruzione di un "... progetto premiante, senza dover inutilmente perdere tempo in attività di ricopiatura". In essa era detto inoltre che "...in questa fase, forse la più delicata in quanto non soggetta a personalismi, è necessario chiudersi a riccio e fare in modo di inviare tutta la documentazione completa".

Appare coerente la conclusione dell'AGCM, quindi, per la quale solo la consapevolezza dell'intento delle parti e la conoscenza della reciproca "non concorrenza" poteva consentire alla società di consulenza di ribadire di evitare "personalismi" e di "chiudersi a riccio", al fine proprio di una omogeneizzazione delle offerte tecniche conseguente all'attività svolta dal consulente, che aveva condotto ad una sostanziale sovrapposibilità delle offerte in questione con cui ciascuna azienda aveva partecipato alla gara in lotti distinti senza mai sovrapporsi.

Per quanto riguarda gli appunti "presi a mano" dall'Amministratore Unico della società Bifolco, il Collegio osserva che non è giustificata la ragione della loro conservazione una volta conclusa la gara, se non nell'ottica della verifica postuma della mancata sovrapposizione.

Così pure per la trasmissione della "mail" del 28 ottobre 2016 da Green Light a Langella, Ecologica e Bifolco, il Collegio osserva che, dalla copia in atti, negli indirizzi in intestazione vi era però anche quello delle altre società, per cui tutti sapevano dell'invio "plurimo".

Inoltre sussiste anche la "mail" del 24 novembre 2016, reperita presso la sede di Langella e dalla quale si evidenziava l'organizzazione di un incontro presso la sua sede con Ecologica su cui il Collegio osserva che logicamente – per la teoria sulla "smoking gun" sopra richiamata – non era plausibile che fosse ritrovata una comunicazione in cui si riferiva esplicitamente di spartizioni e che è plausibile che l'incontro, antecedente alla scadenza di presentazione delle offerte, ben poteva considerare la situazione di non concorrenza implicita scaturita dai contatti con Green Light e tra le parti in precedenza.

In quest'ottica di valutazione globale e complementare tra elementi esogeni ed endogeni, non assume rilievo decisivo quanto sostenuto dalla ricorrente sulla condivisione di alcuni "input" della produzione, tramite Green Light, che non provava la concertazione, dato che le parti potevano comunque partecipare a lotti in concorrenza tra loro a prescindere dall'ausilio della stesa Green Light e qualsiasi parte avrebbe di fatto potuto copiare e incollare il contributo

ricevuto da Green Light per utilizzarlo anche su lotti diversi. La ricorrente sostiene che la concessione reciproca degli impianti tra le parti era un comportamento pienamente razionale e non precludeva la partecipazione in concorrenza sul medesimo lotto, risultandone comunque un'utilità; che la negoziazione congiunta con i fornitori di alcuni "input" produttivi aveva l'effetto di garantire un abbattimento dei costi del servizio e di fornire a ciascuna parte un vantaggio competitivo certo su tutte le altre imprese che avrebbero partecipato alla gara.

In sostanza, però, la ricorrente ha così formulato una serie di censure volte a parcellizzare e frazionare l'unitaria valutazione dell'Autorità, prospettando una lettura diversa di alcuni elementi dell'impianto motivazionale posto a base del gravato provvedimento, onde indebolire il quadro d'insieme ricostruito dall'AGCM ma incorrendo essa stessa nel vizio metodologico di una valutazione meramente atomistica dei singoli elementi su cui si basava l'accertamento dell'illecito, in violazione dei su ricordati parametri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di prova dell'illecito ex art. 101, comma 1, TFUE (CGUUE, 24.6.15, in C-293/13; Trib. UE, 18.6.13, in T-406/08 e 12 luglio 2011, in T-113/07).

Pertanto, l'AGCM, in aderenza ai criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, è pervenuta alla corretta conclusione della comprovata esistenza di una intesa restrittiva anticoncorrenziale riconducibile, da un lato, alla presenza di elementi oggettivi di riscontro – tra i quali figurano evidenti scambi di informazioni e un contratto di consulenza con un'unica società – che rivelavano l'esistenza di una collaborazione anomala (elementi esogeni) e, dall'altro lato, all'impossibilità di spiegare alternativamente le condotte parallele sub specie di frutto plausibile di iniziative imprenditoriali autonome delle parti (elementi endogeni).

In sostanza l'intesa è stata qualificata perché devono 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 (Cons. Stato, Sez. VI, 12.2.20, n. 1047 e 4.9.15, n. 4123).

Riguardo a quanto dedotto con il secondo motivo di ricorso sugli elementi endogeni, può richiamarsi, in senso generale quanto finora illustrato, non senza rilevare che la ricorrente ritiene di giustificare l'interesse per i singoli lotti aggiudicati e il disinteresse per quelli non aggiudicati con ragionamenti di politica aziendale che, pur se astrattamente praticabili, anche se qui riportati "a posteriori", non consentono di giustificare altrettanto le coincidenze generali sul ricorso alla medesima società di consulenza, sulla mancata partecipazione concorrenziale in sovrapposizione con le altre parti, anche solo in ATI come accaduto per la gara nella Regione Lazio, e soprattutto sulla struttura "a scacchiera" delle offerte; tali elementi, uniti ai numerosi profili "esogeni" riscontrati, consentono di ritenere condivisibile la conclusione in ordine alla sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale a cui è pervenuta l'AGCM.

Per quanto riguarda il terzo motivo di ricorso, sulla ritenuta violazione "per oggetto", se ne rileva ugualmente l'infondatezza.

Al punto "VI" del provvedimento impugnato, infatti, sono espresse chiaramente le motivazioni in punto di qualificazione della fattispecie e di mercato rilevante, laddove è detto che i comportamenti assunti dalle parti configuravano un'intesa restrittiva della concorrenza, frutto di una consapevole collaborazione delle parti, volta ad eliminare i rischi connessi al dispiegarsi di corrette dinamiche competitive in occasione della prima gara centralizzata volta all'acquisizione del citato servizio, indetta da Soresa nella Regione Campania.

Quanto all'individuazione del mercato rilevante, l'AGCM chiariva, ai sensi della giurisprudenza che era richiamata, che l'ambito economico interessato era rappresentato dalla procedura di affidamento del servizio in questione.

Su tale ultimo profilo, l'individuazione del "mercato rilevante" in cui la condotta sanzionabile è ritenuta realizzata, come ampiamente rilevato dalla giurisprudenza (con riferimento a "gare d'ambito", v. Cons. Stato, Sez. VI,

4.11.14, n. 5423), la definizione ed estensione del concetto di “mercato rilevante” spetta all’Autorità competente quale frutto di una valutazione discrezionale, non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo se non per vizi di illogicità estrinseca, e ben può essere desunta all’esito dell’esame della singola e specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale, con la conseguenza per la quale il “mercato rilevante” può anche coincidere con una singola gara (TAR Lazio, Sez. I, 14.10.16, n. 10309).

Riguardo alla prova degli effetti che sarebbe stata a carico dell’Autorità, il Collegio rileva di avere più volte evidenziato che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto"- come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare, come nel caso all’esame, il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. “bid rigging”) che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE (Tar Lazio, Sez. I, 16.3.20, n. 3264 e 16.11.15, nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935).

Nel caso di specie, quindi, ricorre l’ipotesi tipizzata di cui all’art. 101, par. 1, lettera c), TFUE, di intesa orizzontale anticoncorrenziale tesa alla ripartizione del mercato – attraverso la spartizione dei lotti della “gara Soresa” – con la conseguente mancata necessità di una valutazione degli effetti concreti sul mercato e a prescindere dal rilievo che il provvedimento impugnato contiene valutazioni specifiche attinenti all’incidenza dell’illecito sull’esito della gara, le quali, peraltro, non possono che essere espresse in termini probabilistici, trattandosi di valutazioni di natura ipotetica.

Si rammenta la natura dell'intesa restrittiva della concorrenza, che integra "una fattispecie di pericolo, nel senso che il "vulnus" al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato" (Cons. Stato, Sez. VI, 13.6.14, n. 3032; id., 24.10.14, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278).

Pertanto l'illecito collusivo, così accertato, non imponeva all'Autorità ulteriori accertamenti volti a verificare se l'intesa avesse in concreto prodotto effetti anticoncorrenziali sul mercato, una volta stabilito il suo oggetto anti-competitivo (Cons. Stato, Sez. VI, 3.1.20, n. 53).

Non rileverebbero, quindi, censure circa l'asserita carenza di effetti dell'intesa, trattandosi di circostanza che può al più rilevare, nell'ambito del presente giudizio, ai fini della valutazione circa la gravità dell'illecito e, quindi, della quantificazione della sanzione.

Parimenti infondato è anche il quarto motivo di ricorso sui ritenuti benefici per il mercato.

Sul punto l'AGCM conclude osservando che l'esito della gara era stato significativamente pregiudicato dalla concertazione tra le parti e dall'eliminazione dell'incertezza necessaria per l'efficacia del confronto competitivo, non potendosi dunque escludere, in assenza del descritto coordinamento, un risparmio di spesa ben più significativo. Ciò considerando anche, con riguardo all'offerta tecnica, che il punteggio massimo attribuito alle offerte delle parti derivava dal meccanismo di valutazione previsto dal bando di gara, il quale adottava un approccio relativo e non assoluto, e che la qualità delle offerte tecniche presentate dalle imprese partecipanti al cartello poteva essere superiore nel caso in cui queste si fossero confrontate direttamente per l'aggiudicazione dei singoli lotti e tanto valeva anche per l'offerta economica.

Inoltre, trattandosi di ripartizione del mercato, una delle più gravi restrizioni della concorrenza, secondo la stessa Comunicazione della Commissione C101/08 del 27 aprile 2004, essa non può "verosimilmente soddisfare le condizioni di cui all'art. 81.3" (oggi art. 101.3 del TFUE).

Ebbene, il Collegio osserva che tale previsione stabilisce che, laddove si sia in presenza di un'intesa restrittiva, essa può essere considerata lecita nell'ipotesi in cui gli accordi contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, non imponendo restrizioni alla concorrenza non indispensabili per la realizzazione dello scopo e non eliminando completamente la concorrenza stessa. Le condizioni previste dalla norma sono di tipo cumulativo e, quindi, devono essere contestualmente soddisfatte affinché possa operare il beneficio in parola. La giurisprudenza ha chiarito che domanda di esenzione presentata dalla parte del procedimento sanzionatorio deve essere scrutinata dall'Autorità alla luce degli argomenti di fatto e degli elementi di prova forniti nell'ambito della domanda stessa, in quanto l'onere di provare la sussistenza dell'insieme delle condizioni che, secondo la disposizione suddetta, devono cumulativamente concorrere per beneficiare dell'esenzione spetta all'impresa che ne richiede l'applicazione (TAR Lazio, Sez. I, 4.6.19, n. 7177 e Cons. Stato, Sez. VI, 27.6.14, n. 3252).

Dunque, il mancato soddisfacimento dell'onere dimostrativo incombente sulla parte ha legittimamente consentito all'Autorità di escludere l'applicabilità del regime derogatorio in questione.

Infondato è anche il quinto motivo di ricorso.

La rilevanza comunitaria della procedura di gara si desume dalla partecipazione di società di consistenza, oltre alla ricorrente e alle altre parti dell'intesa, e radicate sul territorio nazionale, dalla circostanza per la quale la gara, prima nel suo genere, era stata indetta per tutti i presidi sanitari campani, fermo restando le parti dell'accordo erano tutte gestori uscenti della gran parte dei presidi sanitari di cui ai singoli lotti, con un effetto di "cristallizzazione" a danno del commercio intracomunitario, anche solo potenziale ma non per questo escluso dall'applicazione dell'art. 101 TFUE (TAR Lazio, Sez. I, 24.4.18, n. 4468).

Da ultimo, in ordine al sesto motivo di ricorso e all'entità della sanzione, ugualmente il Collegio non ritiene condivisibili le osservazioni della ricorrente.

Sul punto, l'AGCM nel provvedimento ha precisato di essersi attenuta a quanto previsto dall'art. 15, comma 1, l. n. 287/90, al disposto dell'art. 11 l. n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della l.n. 287/90, nonché ai criteri interpretativi enucleati nelle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, collima 1, della legge n. 287/90" deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

In particolare, vertendosi in materia di collusione nell'ambito di una procedura di gara, rilevava il disposto di cui al punto 18 delle "Linee Guida", secondo cui doveva prendersi a riferimento, come "importo base" il valore delle vendite interessate dall'illecito, corrispondente, per ciascuna impresa, all'importo al quale esse si erano aggiudicate i sei lotti messi a gara (se in ATI, in proporzione alle effettive percentuali di espletamento dei servizio in seno all'ATI stessa, corrispondente per Bifolco al 36% per il lotto 3 e al 64% per il lotto 6). In relazione alla "gravità" dell'infrazione, era poi aggiunta una percentuale, ai sensi del punto 12 delle "Linee Guida", pari al 15%.

Era anche previsto, ai sensi del punto 17 delle Linee Guida, l'inserimento nell'importo base di un ammontare supplementare pari al 15% del valore delle vendite dei servizi oggetto di infrazione (cd. "entry fee"), giustificata dall'osservazione per la quale la fattispecie accertata si configura quale restrizione particolarmente grave della concorrenza in relazione, oltre che alla natura dell'infrazione, alla tipologia del servizio interessato, assolutamente necessario sia per le Autorità Sanitarie che per l'intera popolazione della Regione e in relazione al quale il mancato confronto concorrenziale ha inficiato la possibilità di innovazione di prodotto e di processo nella fornitura. All'esito della valutazione, emergeva che per tutte le imprese era superato il limite massimo - previsto all'art. 15, comma 1, della l. n. 287/90 - del 10% del

“...fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida”, per cui per la ricorrente la sanzione pecuniaria era ricondotta alla cifra indicata all’inizio della narrativa in fatto.

Il Collegio, in merito, osserva che la percentuale del 15% ai sensi del punto 12 delle “Linee Guida” appare del tutto congrua nel caso di specie, attesa la natura di gravità dell’intesa, riguardante un’intesa anticoncorrenziale “per oggetto”, attraverso una forma di “bid rigging” in un settore particolarmente sensibile come quello del servizio di smaltimento rifiuti sanitari. Inoltre, non può dubitarsi del carattere segreto dell’intesa, che si è sviluppata attraverso lo scambio di informazioni (per mezzo di “e-mail” e colloqui telefonici) condivise solo tra le parti, nonché tramite la conclusione di accordi non soggetti ad alcuna forma di pubblicazione o di comunicazione a terzi, a cui dovere aggiungere anche appunti manoscritti reperiti presso sedi delle parti.

Per quanto riguarda l’applicazione della c.d. “entry fee”, il Collegio rileva che il contenimento della sanzione entro il 10 % del fatturato annuo di riferimento rende irrilevante una sua eventuale deduzione.

Ad ogni modo, si osserva che l’importo supplementare in questione è applicabile al fine di “inspessire” l’effetto deterrente della sanzione laddove l’Autorità usi un supporto motivazionale che faccia comprendere la necessità di tale “rinforzo”, come si evince dalla locuzione “potrà considerare opportuno” contenuta nel suddetto punto 17, in relazione alle singole imprese e al loro effettivo comportamento (TAR Lazio, Sez. I, 16.3.20, n. 3261).

Nel caso di specie, la motivazione circostanziata è presente e si fonda sulla considerazione per la quale la fattispecie accertata “...si configura quale restrizione particolarmente grave della concorrenza in relazione, oltre che alla natura dell’infrazione, alla tipologia del servizio interessato (raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti da attività delle aziende sanitarie della Campania) assolutamente

necessario sia per le AA.SS. che per l'intera popolazione della Regione e in relazione al quale il mancato confronto concorrenziale ha inficiato la possibilità di innovazione di prodotto e di processo nella fornitura.”

Da ultimo, si rileva che la ricorrente chiedeva anche l'annullamento delle “Linee Guida”, nella parte in cui avevano provocato l'applicazione di una sanzione di elevato ammontare, con la soglia minima del 15% dell'importo base applicata automaticamente così da determinare una sostanziale eliminazione - o quantomeno una radicale limitazione - della valutazione discrezionale imposta dalla legge sulla gradualità della sanzione.

Il Collegio osserva in proposito che, proprio alla stregua dei principi di logicità e ragionevolezza che regolano l'azione amministrativa (di cui agli artt. 97 Cost., 41 “Carta di Nizza” e 1 legge n. 241/1990), l'AGCM ha legittimamente dato attuazione ai principi, costituzionali e comunitari, di proporzionalità e graduazione della sanzione in funzione dell'elemento soggettivo e oggettivo della violazione (v.: artt. 3 Cost., 49 “Carta di Nizza” e 7 “CEDU”), applicando le proprie Linee Guida del 2014 e, quindi, un parametro iniziale di calcolo della sanzione discrezionalmente aumentato alla percentuale minima nell'ambito di un “range” predefinito (e contenuto al 15% oltre alla “entry fee”), peraltro poi ridotto, in ossequio al limite edittale posto dalla legge nazionale, al minore importo corrispondente al 10% del fatturato complessivo dell'impresa, restando in tal modo assorbita anche la – minore - riduzione che secondo la ricorrente avrebbe dovuto essere disposta in relazione alla sua dimensione di impresa, peraltro non irrilevante.

Deve, poi, rammentarsi che le intese orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati sono da considerare infrazioni ‘molto gravi’ sulla sola base della loro natura e indipendentemente dal calcolo delle effettive conseguenze economiche” (Cons. Stato, sez. VI, 15.7.19, n. 4990). Ciò tanto più in materia di c.d. “bid rigging”, considerate tra le violazioni più gravi del diritto “antitrust” (quali “hardcore restrictions”), perché il contraente è una pubblica amministrazione tenuta alla cura dell'interesse pubblico alla selezione del

contraente più efficiente alle migliori condizioni tecniche ed economiche, nel caso di specie in un settore particolarmente delicato quale è quello dello smaltimento dei rifiuti sanitari.

La sanzione comminata dall’Autorità nell’osservanza delle proprie “Linee Guida” risulta pertanto conforme, da un lato, agli Orientamenti comunitari in materia sanzionatoria e, dall’altro, ai principi comunitari e nazionali di gradualità e proporzionalità della sanzione, misurata nella sua oggettiva gravità secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di intese orizzontali restrittive della concorrenza (TAR Lazio, Sez. I, 2.8.16, n. 8930).

Alla luce di tutto quanto dedotto, pertanto, il ricorso non può trovare accoglimento.

La complessità della fattispecie consente di compensare eccezionalmente le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO