

Pubblicato il 19/12/2019

N. 08590/2019 REG. PROV. COLL.
N. 06261/2018 REG. RIC.
N. 06535/2018 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 6261 del 2018, proposto da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore* e Commissario ad Acta per l'attuazione del piano di rientro sanitario Regione Campania, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, sono domiciliati *ex lege*;

contro

Eubios s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Vittorio Minervini, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Liegi, n. 32;

nei confronti

Soresa s.p.a., Oxy Live s.r.l., G. Compagnoni Ossigeno s.r.l., Regione Campania, in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6535 del 2018, proposto da Eubios s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Vittorio Minervini, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Liegi, n. 32;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è domiciliata ex lege;

Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, e Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro sanitario Regione Campania, non costituiti in giudizio;

nei confronti

So.Re.Sa. s.p.a., Oxy Live s.r.l., G. Compagnoni Ossigeno s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto a entrambi i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (sezione Prima) n. 04467/2018, resa tra le parti, concernente l'irrogazione di una sanzione per l'ipotizzata partecipazione a un'intesa anticoncorrenziale.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Eubios s.r.l. e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Andrea Fedeli dell'Avvocatura Generale dello Stato, Marcello Clarich e Vittorio Minervini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione 21 dicembre 2016, n. I792 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in poi AGCM o Autorità) ha appurato la sussistenza, a partire dal dicembre 2012, di un'intesa anticoncorrenziale tra le società Linde, Eubios, Medicar Sud, Oxy Live, Ossigas Magaldi, Vitalaire, Vivisol Napoli e TER.GAS, tutte attive, quali "*homecare provider*" (HCP), nel settore dell'erogazione di servizi di ossigenoterapia domiciliare (OTD).

In particolare, per quanto specificamente riguarda l'odierna controversia, tale intesa si è concretizzata in una strategia coordinata volta a:

- a) mantenere artificiosamente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, rifiutandosi congiuntamente di offrire il servizio al prezzo proposto dall'amministrazione;
- b) ostacolare l'indizione di una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, boicottando una procedura di accordo-quadro attivata da SO.RE.SA s.p.a. in data 29 gennaio 2014;
- c) ripartirsi i lotti messi a gara da SO.RE.SA. nel 2014 impedendo così lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale.

In considerazione di ciò ha, tra l'altro, applicato alla Eubios s.r.l., la sanzione pecuniaria di 700.629 euro.

Ritenendo il provvedimento illegittimo la Eubios lo ha impugnato con ricorso al TAR Lazio – Roma, il quale con sentenza, 24/4/2018 n. 4467, lo ha accolto limitatamente alle fasi dell'intesa più sopra descritte sub a) e b).

La sentenza, in relazione ai capi rispettivamente sfavorevoli, è stata appellata sia dall'AGCM, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dal Ministero dello Sviluppo Economico (con ricorso n. 5899/2018), sia dalla Oxy Live (con ricorso n. 6537/2018).

Entrambe le parti si sono costituite nel giudizio proposto dall'altra per resistere all'impugnazione.

Con successive entrambe le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 14/11/2019 la causa è passata in decisione.

Data l'evidente connessione soggettiva e oggettiva i due ricorsi devono essere riuniti al fine di definirli con un'unica sentenza.

Occorre partire dall'esame dell'appello di cui al ricorso n. 6261/2018.

In via pregiudiziale va disattesa l'eccezione con cui la Eubios deduce che l'appello sarebbe inammissibile, ex art. 101, comma 1, c.p.a. per assenza di specifiche censure contro la sentenza.

E invero, contrariamente a quanto sostenuto dalla detta società, l'appello contiene dettagliate critiche alla decisione gravata, nel pieno rispetto di quanto prescritto dall'invocata norma processuale.

Il ricorso può, quindi, essere esaminato nel merito.

Col primo motivo la parte appellante critica l'impugnata sentenza nella parte in cui ha negato che l'accordo del 20/12/2012, con cui le imprese del settore si erano impegnate a non accettare il prezzo proposto dalla Regione Campania per l'erogazione del servizio di OTD, configurasse un'intesa anticoncorrenziale.

Secondo il Tribunale l'accordo non avrebbe valenza antitrust in quanto le imprese partecipanti non avrebbero avuto il potere di alterare il mercato in considerazione del ruolo preponderante rivestito da Federfarma nella fissazione dei prezzi del servizio in esame.

Tuttavia, la detta associazione di categoria non avrebbe avuto alcun potere in ordine alla determinazione del prezzo in questione, stante la funzione di mera intermediaria tra domanda (della Regione) e offerta (delle imprese HCP), dalla stessa svolta, funzione peraltro remunerata attraverso una percentuale fissa sui servizi erogati, del tutto indipendente dal prezzo riconosciuto alle imprese HCP.

In ogni caso, la condotta posta in essere dalle dette imprese risulterebbe illecita anche laddove Federfarma avesse avuto il ruolo ipotizzato dal

Tribunale. In nessun caso, infatti, gli operatori economici di un settore potrebbero coordinarsi per ottenere prezzi più elevati.

La doglianza è fondata.

Difatti, con l'accordo sottoscritto al termine di una riunione tenutasi in data 20 dicembre 2012 le imprese HCP Vivisol, Vitalaire, OXY Live, Medicaïr Sud, Ossigas, Eubios, Magaldi, Euroossigeno, Linde, GCO e TER.GAS, in opposizione alla richiesta della Regione Campania di ridurre, per l'anno 2013, il prezzo per l'erogazione del servizio di OTD in convenzione, hanno concordato quanto segue: *“in riferimento alla convenzione sottoscritta tra Federfarma e gli Home Care Provider in data 4.12.2012 in merito alla distribuzione di ossigeno liquido (...) vi comunichiamo che gli HCP non sono disponibili a rivedere le condizioni concordate con la convenzione precedentemente richiamata, inoltre riteniamo caduti tutti i precedenti accordi sottoscritti tra le parti, pertanto vi comunichiamo che a far data dal 1 gennaio 2013 gli HCP firmatari della presente comunicazione si riferiranno al prezzo AIFA di fatturazione per le relative confezioni”*.

Il trascritto accordo risulta illecito già di per sé, indipendentemente dall'accertare il ruolo svolto nella vicenda da Federfarma, non essendo in nessun caso consentito agli operatori economici coordinarsi fra loro al fine di concertare una comune strategia commerciale finalizzata a conseguire una più elevata remunerazione delle prestazioni rese, dovendo gli stessi determinare in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato di riferimento.

Peraltro, come correttamente accertato dall'Autorità, nella fattispecie la suddetta associazione di categoria non ha avuto alcun ruolo nella determinazione del prezzo da riconoscere agli HCP, per l'assorbente ragione che non esercitando alcun potere su questi ultimi, non aveva alcuna possibilità di incidere sui prezzi del servizio da costoro erogato.

L'affermazione del Tribunale secondo cui Federfarma *“era interessata a ottenere, tramite una riduzione del prezzo complessivo del servizio, sconti sul corrispettivo da versare agli HCP, in modo da accrescere i propri margini di profitto, alla luce dei prezzi di rimborso concordati con la Regione”*, non è quindi dirimente.

L'intesa fra gli HCP, come è emerso dall'indagine dell'Autorità, ha avuto l'effetto di far lievitare il prezzo del servizio a 3,606 euro rispetto ai 3 euro proposti dalla Regione, prezzo, quest'ultimo, che non risulta rifiutato dalle imprese perché considerato non adeguatamente remunerativo.

Col terzo motivo si denuncia l'errore asseritamente commesso dal Tribunale nell'escludere l'illiceità del comportamento tenuto dalle imprese nel non partecipare alla procedura di accordo-quadro per l'erogazione del servizio di OTD, indetta da SORESA nel gennaio 2014, in quanto in essa si prevedeva un prezzo inferiore a quello praticato, per il medesimo servizio, in Puglia e Calabria.

Nella fattispecie il giudice di prime cure, in contrasto col consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di un parallelismo di condotte preceduto da contatti e scambi di informazioni tra le imprese atti a disvelarne la comune strategia, incombe su queste ultime l'onere di provare che il riscontrato parallelismo non è frutto di concertazione, avrebbe sostanzialmente disconosciuto che gli scambi di informazioni puntualmente indicati dall'Autorità mostrassero in modo inequivoco la volontà delle parti di convergere su un'unitaria condotta commerciale.

La doglianza è fondata.

Occorre premettere che per pacifica giurisprudenza la pratica concordata (vietata dall'art. 101, paragrafo 1, del TFUE e dall'art. 2 della L. 10/10/1990, n. 287) *“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: 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” (così Cons. Stato, Sez. VI, 28/2/2017, n. 927, si vedano anche, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 20/2/2017, n. 740 e 4/9/2015, n. 4123).

L'accertamento dell'intesa, sempre in base a un consolidato indirizzo giurisprudenziale, non richiede la prova documentale (o altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali), atteso che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo (Cons. Stato, Sez. VI, 15/2/2018, n. 1821).

In particolare è stato affermato che la prova della pratica concordata oltre che documentale può essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, 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, 12/10/2017, n.4733; 11/7/2016, n. 3047; 30/6/2016, n. 294; 18/5/2015, n. 2514).

Sempre sul piano della prova è stato chiarito che risulta superfluo, ai fini dell'*an* della responsabilità, indagare quale sia stato il ruolo del singolo aderente all'intesa, essendo all'uopo sufficiente anche una condotta meramente passiva, di modo che risponde dell'illecito anche il partecipante che, senza assumere una veste attiva, abbia comunque tratto vantaggio dall'intesa, potendo l'esonero da responsabilità discendere soltanto da un'esplicita dissociazione (Cons. Stato, Sez. VI, 29/3/2018, n. 1999; 30/6/2016, n. 2947; 23/6/2014, n. 3167).

Orbene, gli elementi di prova individuati dall'Autorità, pur non avendo i requisiti di una *smoking gun*, soddisfano, comunque, lo standard probatorio richiesto per poter affermare che nella fattispecie la condotta posta in essere dagli HCP sanzionati, tra cui la Eubios, sia frutto di una pratica concordata.

Al riguardo risultano significativamente rilevanti le circostanze indicate nell'atto impugnato al paragrafo 529, secondo cui la concertazione è testimoniata:

a) dai <<numerosi contatti tra Linde, Medicaïr Sud, Euroossigeno, Magaldi, Irongas, Eubios, Vivisol, Ossigas, GCO, Air Liquide (Vitalaire), OXY Live e Tergas volti a concordare la strategia da assumere nei confronti dell'Amministrazione in risposta al nuovo tentativo di quest'ultima di "negoziare un prezzo unico omnicomprensivo inferiore a quello previsto nell'accordo della Regione Puglia">>;

b) dalla comunicazione in data 2/1/2014 rivolta da Linde agli altri concorrenti, in cui si afferma "l'accordo in questione a detta loro è provvisorio perché vogliono fare la gara e sappiamo che la pubblicheranno senza dubbio. Questo sarà il loro tentativo di risparmiare ulteriormente, ma per quanto mi riguarda il prezzo dell'accordo Puglia, uguale a quello della Calabria, non può essere assolutamente soggetto a trattative al ribasso";

c) dalla replica di Medicaïr Sud secondo cui: "se accordo deve essere solo come Puglia e Calabria ... altrimenti se vogliono ottenere prezzi diversi facciano la gara a quando la faranno!!!!?".

L'AGCM ha, inoltre, condivisibilmente rilevato che sul punto non <<può valere la giustificazione addotta da una delle Parti per cui tale documento proverebbe solo che "i messaggi di risposta (...) si soffermano sulla circostanza per cui l'auspicato accordo avrebbe dovuto prevedere, quale prezzo per l'erogazione del servizio OTD, quello già in essere per le Regioni Puglia e Calabria"; tale affermazione, di contro, conferma che l'unica criticità presente nella nuova Convenzione fosse legata al prezzo e che l'intenzione delle Parti fosse quella di aderire alla Convenzione unicamente in presenza dei prezzi fissati in altre Regioni>>.

L'intesa in parola <<si è tradotta nell'astensione dal manifestare interesse all'accreditamento nell'ambito della procedura attivata da SORESA in data 29 gennaio 2014, considerato che essa prevedeva un prezzo per il servizio OTD inferiore rispetto a quello vigente in Puglia e Calabria. Ciò, malgrado il prezzo previsto da SORESA, lungi dall'essere stato astrattamente elaborato, si fondasse sulle "condizioni rilevate (...) a seguito dell'indagine di mercato condotta per la suddetta gara centralizzata">> (paragrafo 531 del provvedimento impugnato).

Il Tribunale ha poi concordato con l'odierna appellata nel ritenere lecita la concertazione tra gli operatori del settore in quanto *<<volta a perorare presso l'amministrazione la maggiore adeguatezza di determinati aspetti economici di una procedura ... specie laddove, come si legge nella determina 25 del 12 febbraio 2014, la riformulazione delle condizioni economiche dell'accordo, "allineandole a quelle stabilite dagli Accordi sottoscritti nella Regione Puglia e Calabria", sia avvenuta in adesione a quanto disposto dalla nota commissariale del 7 febbraio 2014>>*.

Tuttavia tali argomentazioni non sono convincenti atteso che:

a) il "boicottaggio" concordato del primo accordo-quadro proposto da SORESA non può configurare una legittima attività di promozione degli interessi delle imprese del settore, comportando, piuttosto, un'illecita restrizione della concorrenza finalizzata a ottenere significativi incrementi di prezzo, come del resto risulta dal fatto che poco dopo tutte le imprese sanzionate hanno aderito al nuovo accordo-quadro rimodulato allineando le condizioni economiche a quelle stabilite dagli accordi sottoscritti nella

Regione Puglia e Calabria;

b) la circostanza che la riformulazione dell'accordo-quadro con prezzi per il servizio di OTD più elevati si è avvenuta sulla base della nota commissariale del 7/2/2014 non è in alcun modo significativa allo scopo di dimostrare l'irrilevanza dell'intesa, posto che la nota in questione è intervenuta successivamente al "boicottaggio" della procedura, indetta per il 29/1/2014.

Né il giudice di prime cure può essere seguito laddove pretende di ricavare elementi di prova di un'astratta razionalità della condotta oggetto di contestazione dal fatto che nell'identico modo si sarebbero comportate altre sei imprese del settore non sanzionate.

Al riguardo è sufficiente rilevare che la condotta posta in essere dagli operatori economici sanzionati è illecita in quanto concordata e che le suddette sei imprese non sono state sanzionate in quanto rispetto ad esse l'Autorità non ha riscontrato elementi atti a comprovare la partecipazione all'intesa.

L'impugnata sentenza non può essere condivisa nemmeno laddove, per contrastare l'argomentazione dell'Autorità secondo cui *“la decisione delle parti di non aderire in prima battuta all'accreditamento proposto non sarebbe comunque giustificabile in ragione della non adeguata remuneratività del prezzo previsto ...”* dato che *“a distanza di pochi mesi le Parti presenteranno offerta in sede di gara per basi d'asta significativamente inferiori al prezzo proposto in Convenzione (2,50 euro/m³ a fronte di oltre 3 euro/m³) rispetto alle quali applicheranno addirittura sconti”*, afferma che la spiegazione non sarebbe convincente *<<in quanto tenta di comparare due procedure di affidamento (l'accordo-quadro e la procedura aperta) affatto diverse, nelle quali l'appetibilità dell'aggiudicazione per ciascun operatore economico assumeva un valore profondamente diverso. Infatti, mentre l'accordo-quadro non garantiva all'impresa che sottoscriveva la convenzione la sicurezza di diventare fornitore del servizio ma solo la possibilità di ricevere ordinativi di fornitura, attraverso la gara l'HCP risultato aggiudicatario si assicurava la fornitura esclusiva dell'ossigeno nella zona identificata dal lotto>>*.

E invero il rilievo circa la non comparabilità delle due procedure, seppur corretto in termini generali e astratti, perde di incisività ove si consideri che dalle non smentite affermazioni della difesa erariale, basate sulla documentazione acquisita al procedimento e sulle stesse dichiarazioni rese dagli HCP, emerge che gli stessi abbiano mantenuto negli anni una presenza sostanzialmente stabile nelle rispettive aree di attività (sul punto si vedano i paragrafi 56, 300, 304 e 305 del provvedimento gravato).

Con un ultimo motivo la parte appellante critica l'impugnata sentenza nella parte in cui, sul presupposto dell'accertata insussistenza delle fasi dell'intesa precedenti quella concernente la gara, ha ridotto il coefficiente di gravità dell'infrazione dal 20 per cento, come individuato dall'Autorità, al 15 per cento.

Difatti, l'erroneità della sentenza nell'escludere le prime due fasi dell'intesa si rifletterebbe anche sul capo della decisione concernente la riduzione del coefficiente di gravità.

In ogni caso:

- a) la partecipazione alle precedenti fasi dell'intesa sarebbe stato solo uno degli elementi considerati in sede di quantificazione della sanzione;
- b) la sola condotta culminata nella spartizione dei lotti messi a gara giustificerebbe l'applicazione della percentuale di gravità indicato dall'Autorità, tenuto conto che, in base ai punti 11 e 12 delle linee guida approvate con delibera 22/10/2014, n. 25152, tale percentuale potrebbe variare tra il 15 per cento e il 30 per cento del valore delle vendite.

La doglianza è fondata.

E invero, il suddetto coefficiente di gravità è stato ridotto dal giudice di prime cure in funzione della disconosciuta sussistenza delle prime due fasi dell'intesa, tuttavia l'accoglimento dei motivi d'appello più sopra esaminati determina il venir meno del fondamento fattuale posto a base della detta riduzione, con conseguenziale reviviscenza dell'originario coefficiente di gravità, pari al 20 per cento individuato dal provvedimento gravato.

In definitiva l'appello in esame va accolto.

Occorre ora affrontare l'appello di cui al ricorso n. 6535/2018, con cui la Eubios impugna il capo di sentenza col quale il Tribunale ha riconosciuto l'esistenza dell'illecito anticoncorrenziale con riguardo alla fase dell'intesa più sopra descritta sub lett. c), ovvero con riferimento alla gara bandita da SORESA.

Col primo motivo si denuncia l'errore asseritamente commesso dal Tribunale nel respingere la censura con cui era stata dedotta la tardività della contestazione mossa all'appellante per aver l'AGCM notificato l'avvio del procedimento sanzionatorio oltre il termine di 90 giorni previsto dall'art. 14 della L. 24/11/1981, n. 689.

La reiezione del motivo è motivata rilevando che il menzionato art. 14 non stabilirebbe un termine per l'inizio del procedimento e che, comunque, il termine inizierebbe a decorrere non dalla commissione dell'illecito, ma dal momento dell'intervenuto accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità.

Tuttavia il termine di cui al citato art. 14 risulterebbe superato proprio in considerazione del momento (16 aprile 2015) in cui l'AGCM ha acquisito piena conoscenza della condotta anticoncorrenziale, atteso che l'avvio del procedimento sarebbe stato notificato solo sei mesi dopo (ovvero il 13 ottobre successivo).

La doglianza è infondata.

Afferma, infatti, un condivisibile orientamento giurisprudenziale, a cui per la motivazione può farsi rinvio, che i termini perentori previsti dall'art. 14 della citata L. n. 689/1981 non sono applicabili ai procedimenti di competenza dell'AGCM che abbia riconosciuto la sussistenza di una pratica commerciale scorretta, avendo tale norma carattere suppletivo ed essendo applicabile solo laddove non esistano norme speciali, rappresentate nel caso di specie da quelle relative ai procedimenti di competenza dell'Autorità (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25/6/2019, n. 4357; 20/6/2019, n.4215; 29/5/2018, n. 3197; 4/10/2017, n. 4625 e 21/1/2012, n.306).

Col secondo motivo si critica l'impugnata sentenza nella parte concernente il mancato accoglimento della censura con cui era stata dedotta l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio impugnato in quanto adottato a seguito di un procedimento, disciplinato dal D.P.R. 30/4/1998, n. 217, che non garantirebbe la separazione tra le funzioni istruttorie e quelle decisorie.

Il Tribunale ha motivato il mancato accoglimento rilevando che la conformità all'art. 6 § 1 della C.E.D.U. sarebbe assicurata dalla possibilità di impugnare il provvedimento davanti a un giudice dotato di giurisdizione piena.

Tuttavia nella specie non risulterebbe garantita la richiesta *full jurisdiction*, posto che le pronunce dell'Autorità (salvo che per i profili sanzionatori) sarebbero soggette a un giudizio di mera legittimità, inoltre il sindacato concesso al giudice dell'impugnazione sembrerebbe essere stato ridotto dall'art. 7 del D. Lgs. 19/1/2017, n. 3.

La doglianza è infondata.

Questa Sezione ha già più volte affrontato, da ultimo con sentenza 10/7/2018, n. 4211, la questione della compatibilità del procedimento delineato dal D.P.R. n. 217/1998 con l'invocato parametro della C.E.D.U., risolvendola negativamente.

Non resta pertanto che riprendere le motivazioni esplicitate nella suddetta pronuncia.

<<L'art. 6 CEDU prevede che, per aversi equo processo, «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge».

Come è noto, questa disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale. La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; ii) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (ex plurimis, sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella casua Zolotonukhine c. Russia), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata.

All'interno della più ampia categoria di accusa penale così ricostruita, la giurisprudenza della Corte EDU ha distinto tra un diritto penale in senso stretto ("hard core of criminal law") e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Al di fuori del c.d. hard core, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento amministrativo non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato. La pragmaticità dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dunque portato quest'ultima a riconoscere che non tutte le prescrizioni di cui all'art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase

procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, Jussila c. Finlandia).

È, pertanto, ritenuto compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o quasi-judicial, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale (ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1595 e n. 1596).

4.2. Nella fattispecie in esame, la sanzione dell'AGCM, avuto riguardo ai criteri di identificazione sopra esposti e, in particolare, al grado di severità della stessa, ha natura afflittiva e “sostanzialmente” penale (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza Menarini, 27 settembre 2011, n. 43509/08).

Nondimeno, a prescindere dall'effettiva difformità del regolamento di procedura rispetto al parametro convenzionale, le garanzie imposte dall'art. 6 sono rispettate nel presente giudizio di “piena giurisdizione”. Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta infatti 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 (cfr. Cassazione, Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2017, nn. 927 e 928 e 20 febbraio 2017)>>.

L'ambito del sindacato giurisdizionale nella materia di che trattasi non risulta del resto depotenziato dalla norma di cui all'art. 7, comma 1, del D. Lgs. 19/1/2017, n. 3, secondo cui “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”.

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nell'escludere che nella fattispecie occorresse coinvolgere nel procedimento sfociato nella avversata determinazione, le associazioni di categoria degli HCP campani e dei farmacisti.

La doglianza non può essere accolta.

Al riguardo è sufficiente rilevare che l'appellante non ha interesse a dedurre il mancato coinvolgimento nell'istruttoria delle dette associazioni di categoria, posto che l'accertamento del coinvolgimento nell'accordo collusivo delle imprese sanzionate (tra cui l'appellante), risulta basato su un adeguato corredo probatorio come più sotto si vedrà.

Col quarto motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato ad attribuire valenza probante a due documenti manoscritti, ovvero:

a) quello *“rivenuto presso la società OXY Live, è redatto su carta intestata di Vivisol e contiene una simulazione di partecipazione delle imprese alla gara, nella quale erano riportate ipotesi di RTI che, benché poi non realizzatesi, erano in quel momento al vaglio degli HCP e di cui i soli partecipanti potevano avere contezza. Nelle simulazioni si fa riferimento, inoltre, a taluni dati non pubblici e conoscibili solo dalle singole società”* (paragrafi 211-214 del provvedimento impugnato);

b) quello *“acquisito presso Vivisol Napoli, riprodotto al par. 218 del provvedimento, riportante uno schema di abbinamenti tra società e lotti, perfettamente corrispondenti a quelli che risulteranno all'esito della procedura”*.

Il primo, infatti, sarebbe privo di rilevanza antitrust poiché, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, non sarebbe vero che *“i soli partecipanti potevano avere contezza”* dell'ipotesi di RTI in esso formulate, posto che la possibile aggregazione tra Magaldi, Irongas e TER.GAS ivi contemplata sarebbe stata agevolmente prevedibile da qualunque competitor.

Né sarebbe vero che il manoscritto contenesse *“dati non pubblici conoscibili solo dalle singole società”*.

E del resto tali dati risulterebbero non in linea con quelli forniti dalle ASL campane.

Il secondo documento, invece, non proverebbe nulla, poiché contrariamente a quanto affermato dall'Autorità, costituirebbe un mero appunto preso nel corso della seduta di apertura delle offerte e non sarebbe stato redatto antecedentemente alla gara.

Infatti, diversamente da quanto sostenuto dal giudice di prime cure:

a) le discrepanze relative al numero dei pazienti rispetto ai dati presenti nella documentazione di gara contenute nel documento, sarebbero spiegabili col fatto che la stima poteva essere agevolmente ricavata da tutti gli HCP a partire dalla DGRC n. 1130 del 2008 e dai dati successivamente pubblicati dalle ASL campane;

b) la posizione delle società TER.GAS e Euroossigeno valorizzata in sentenza per confermare la presenza di un accordo collusivo precedente alla gara avrebbe spiegazioni alternative, come evidenziato nel ricorso di primo grado.

La sentenza risulterebbe altresì erronea anche nella parte in cui ha giustificato i ribassi presentati in gara (incompatibili con l'ipotesi di un accordo spartitorio precedente) con la presenza di un concorrente particolarmente aggressivo (Criosalento) rimasto estraneo all'intesa. Essa, infatti, non spiega, né lo ha fatto l'Autorità, in che modo i competitors sarebbero potuti venire a conoscenza dell'intenzione della detta società di partecipare alla gara.

Del resto l'appellante ha offerto sconti su tutti i lotti in gara la quale è stata aggiudicata con forti sconti su tutti i lotti.

La doglianza così riassunta non merita accoglimento.

Occorre premettere che, come più sopra rilevato:

a) l'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo all'uopo sufficiente anche una prova indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4733/2017; n. 3047/2016; n. 294/2016 e n. 2514/2015 già citati);

b) una volta accertata l'intesa la responsabilità sussiste indipendentemente dal ruolo in essa avuto dal partecipante e dal vantaggio che il medesimo ne abbia

tratto, potendo l'esonero dall'addebito discendere soltanto da un'esplicita dissociazione (cfr Cons. Stato, Sez. VI, n. 1999/2018; n. 2947/2016 e n. 3167/2014 dianzi citati);

c) in base a un condivisibile orientamento giurisprudenziale, i documenti di cui è accertata l'attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili, posto che è difficile che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni (Cons. Stato, Sez. VI, 30/6/2016, n. 2947; 16/9/2011, n. 5171 e 9/2/2011, n. 896).

Sempre in tema di accertamento dell'intesa va soggiunto che la ricostruzione della fattispecie collusiva postula una valutazione globale delle prove acquisite, al fine di dare evidenza dell'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese, il che esclude la possibilità di parcellizzare i singoli elementi probatori sulla base di una considerazione meramente atomistica degli stessi (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14/10/2019, 6985; 28/2/2017, n. 928).

Orbene, alla luce delle illustrate coordinate di diritto, deve ritenersi che il Tribunale abbia correttamente riconosciuto la responsabilità dell'appellante nella terza fase dell'intesa.

Il giudice di prime cure ha infatti condivisibilmente affermato che: *<<L'Autorità ha raccolto numerosi elementi di prova esogeni, che dimostrano una concertazione iniziata fin da prima dell'indizione della gara, attraverso l'accordo su risposte coordinate da fornire all'amministrazione in esito ai questionari inviati per predisporre la documentazione di gara (cfr. gli stralci delle mail del febbraio 2014 riportati al par. 534 del provv.) e sfociata nella presentazione di offerte "a incastro", al fine di sterilizzare l'esito della gara.*

Due documenti dimostrano incontrovertibilmente l'intento collusivo tra tutte le parti sanzionate. Il primo, rivenuto presso la società OXY Live, è redatto su carta intestata di Vivisol e contiene una simulazione di partecipazione delle imprese alla gara, nella quale erano riportate ipotesi di RTI che, benché poi non realizzatesi, erano in quel momento al

vaglio degli HCP e di cui i soli partecipanti potevano avere contezza. Nelle simulazioni si fa riferimento, inoltre, a taluni dati non pubblici e conoscibili solo dalle singole società (cfr. il par. 214 del provv.). Il secondo documento che significativamente accerta la sussistenza del “bid rigging” tra le imprese è il manoscritto acquisito presso Vivisol Napoli, riprodotto al par. 218 del provvedimento, riportante uno schema di abbinamenti tra società e lotti, perfettamente corrispondenti a quelli che risulteranno all’esito della procedura.

Il provvedimento confuta anche le difese delle parti volte a dimostrare che lo schema costituirebbe un mero appunto preso in sede di apertura delle buste, volto a riepilogarne l’esito. Infatti, sono presenti talune discrepanze relative al numero dei pazienti, rispetto ai dati presenti nella documentazione di gara, che sono indicative di una concertazione avvenuta prima dell’indizione della procedura e avvenuta sulla base dei dati in possesso delle parti.

Altrettanto significativa è la circostanza che, ai fini spartitori, lo schema tiene conto anche della partecipazione all’intesa di Tergas. La società non è presente nello schema, neppure tra quelle società individuate sotto l’intestazione “fuori”. Ciò, tuttavia, non trova giustificazione, come sostenuto nelle difese delle parti, nella circostanza che il documento avrebbe riepilogato l’esito della gara, in cui Tergas non ha ottenuto alcun lotto. La società, infatti, è beneficiaria di un contratto di subappalto, al pari di Eurossigeno, che però nell’elenco è riportata tra le società “escluse”. Ciò conferma l’assunto che un elemento costitutivo dell’accordo spartitorio è rappresentato anche dal contratto di subappalto sottoscritto tra Tergas e le società Eubios, OXY Live e Ossigas prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, con il quale Tergas, a fronte di un subappalto garantito per una quota pari al 12% dei servizi aggiudicati, si è impegnata “a non partecipare autonomamente ad alcun lotto della gara in parola, rinunciando sin da ora a stipulare accordi di partecipazione o subappalto con altre società che non siano incluse nel citato raggruppamento” (cfr. par. 541 provv.). Il contratto in questione, in sostanza, ferma restando la legittimità in linea teorica del ricorso al subappalto, è stato in concreto artificiosamente utilizzato per meglio realizzare l’intento collusivo tra le parti.

Significativo è, anche, il fatto che l’accordo spartitorio maturato tra le parti è stato in un primo momento calibrato sulla necessità di formulare offerte a incastro in grado di

“neutralizzare” i paventati ribassi di Criosalento, competitor divenuto poi “innocuo” a seguito dell’avvio delle trattative per la sua acquisizione da parte del gruppo Sapio (cfr. i parr. 224 e 548 del provvedimento, che dà conto dell’impatto della procedura di acquisizione di Criosalento sulla formulazione delle offerte presentate da società appartenenti al gruppo Sapio)>>.

Le dette circostanze costituiscono inequivocabilmente indizi gravi, precisi e concordanti di un’intesa collusiva a cui la Eubios non è rimasta estranea.

La prova indiziaria che ha portato l’Autorità a ritenere la detta società partecipe dell’accordo anticoncorrenziale non è incrinata dalle argomentazioni da questa addotte nel tentativo di prospettare un’altra lettura degli elementi di prova raccolti.

E invero quanto al primo documento:

a) l’affermazione che la possibile aggregazione tra Magaldi, Irongas e TER.GAS *“sarebbe stata agevolmente prevedibile da qualunque competitor”* è priva di rilevanza ai fini di smentire la valenza probatoria del documento, ciò che è invece significativo è che tale aggregazione risulti ipotizzata su un foglio di carta intestato alla Vivisol rinvenuto presso la sede della OXY Live;

b) i dati relativi al numero dei pazienti, contrariamente a quanto affermato dall’appellante, non erano pubblici (si veda paragrafo 214 del provvedimento impugnato), per cui solo ciascuna delle singole società poteva essere a conoscenza del numero dei propri pazienti e a poco rileva che il dato per singolo fornitore indicato nel manoscritto risulti *“non in linea”* con quello effettivo, non potendo l’efficacia probatoria del documento essere intaccata da eventuali errori nella quantificazione dei pazienti (peraltro evidenziati solo con riguardo a quelli della ASL Napoli 3 Sud).

Con riguardo al secondo documento, non risultano convincenti le deduzioni dell’appallante secondo cui tratterebbesi di un appunto preso in corso di gara, perché, se così fosse, il dato relativo al numero di pazienti, sarebbe stato conforme a quello risultante dagli atti di gara.

Tanto basta, a prescindere dalle ulteriori osservazioni svolte dal Tribunale in ordine alla posizione delle imprese TER.GAS e Eurossigeno, a confermare l'idoneità probatoria del documento in questione.

Né ha pregio il rilievo secondo cui la sentenza risulterebbe deficitaria laddove ha escluso che i ribassi presentati in gara fossero incompatibili con l'ipotizzato accordo collusivo, sul presupposto che gli stessi fossero frutto della presenza di un *competitor* particolarmente aggressivo (Criosalento) senza spiegare come gli HCP campani potessero essere a conoscenza dell'intenzione della detta impresa di partecipare alla gara.

Dal provvedimento impugnato non emerge, infatti, che le imprese sanzionate avessero la certezza della detta partecipazione, bensì che la temessero è ciò è stato, evidentemente, sufficiente per indurle a proporre i ribassi praticati.

Col quinto motivo l'appellante critica l'impugnata sentenza nella parte in cui ha ridotto solo del cinque per cento (portandolo dal venti per cento al quindici per cento) il valore delle vendite considerato dall'Autorità per commisurare la sanzione.

E invero, diversamente da quanto ritenuto dall'AGCM e dal Tribunale, il punto 12 delle linee guida approvate con delibera 22/10/2014, n. 25152 (sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie), secondo cui la percentuale del valore delle vendite (da computare ai fini sanzionatori) non può essere inferiore al 15 per cento, non sarebbe stato applicabile ai fatti per cui è causa, sia perché la contestata intesa non potrebbe essere considerata né "molto grave", né "segreta", sia perché la previsione della suddetta percentuale minima rappresenterebbe una novità rispetto alle precedenti linee guida, con conseguente divieto di applicazione retroattiva, pena la violazione del principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, tutelato anche dall'art. 7 della CEDU, in quanto il limite del 15 per cento sarebbe stato previsto dalle linee guida dopo la commissione dell'illecito.

In ogni caso la detta soglia del 15 per cento sarebbe derogabile dall'Autorità e quindi dal giudice, dotato di giurisdizione di merito.

Tale percentuale dovrebbe essere, quindi, rivista al ribasso, data l'appurata insussistenza delle prime due fasi della contestata pratica scorretta e tenuto conto che a seguito della gara tutti i lotti sono stati aggiudicati tempestivamente e con importanti sconti sugli importi a base d'asta.

In definitiva nella quantificazione della sanzione non sarebbero stati considerati gli effetti prodotti sul mercato dall'asserita intesa.

La doglianza così riassunta non merita accoglimento.

Dando seguito a un condivisibile orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21/12/2017, n. 5998; 21/6/2017, n. 3057 e 30/6/2016, n. 2947) occorre rilevare per un verso che le suddette linee guida sono applicabili, per loro espressa previsione (punto 35), ai procedimenti *“in corso”* al momento della loro adozione, ovvero ai procedimenti *“nei quali non sia stata notificata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie”* e nel caso in esame tale comunicazione è stata trasmessa alla Eubios quando le menzionate linee guida erano già state emanate, per altro verso, queste ultime si sono limitate a cristallizzare, in regole di condotta, orientamenti giurisprudenziali già esistenti sul carattere dissuasivo e sull'efficacia deterrente della sanzione antitrust e sulla gravità delle intese appartenenti alla tipologia di quelle che vengono in rilievo in questa sede, impedendo di individuare la violazione di un legittimo affidamento degli interessati.

Anche in relazione alla qualificazione dell'intesa come *“molto grave”* in ragione della sua natura e della segretezza va condivisa la valutazione operata dal primo giudice, nella duplice considerazione che, per un verso, l'intesa era orientata alla ripartizione della clientela ed era dunque qualificabile come intesa orizzontale di prezzo ossia come intesa di consistente gravità, in sé considerata, senza necessità di ulteriori indagini sulle effettive conseguenze concrete (Cons. Stato, Sez. VI, 20/10/2016, n. 4374; Corte UE, 26/1/2017, in C-626/13 P, Villeroy & Boch Austria GmbH/Commissione), e per altro

verso, in relazione alla segretezza, il supporto probatorio, fondato su contatti di posta elettronica non conoscibili all'esterno e da matrici organizzative di spartizione dei lotti in sede di gara, evidenzia la carenza di trasparenza e pubblicità dell'accordo stesso.

Col sesto motivo l'appellante deduce, infine, l'errore commesso dal giudice di prime cure nel condannarla al pagamento della sanzione pecuniaria di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a. in considerazione della ravvisata violazione del dovere di sinteticità negli atti di cui al precedente art. 3, comma 2, del medesimo codice.

Il giudice di prime cure non avrebbe, infatti, considerato che la norma applicata riguarderebbe le ipotesi di lite temeraria (che nella specie non ricorre) e che il decreto sulla sinteticità degli atti del processo amministrativo non era applicabile alla fattispecie *ratione temporis*.

La doglianza è fondata.

I criteri e i limiti dimensionali per la redazione degli atti processuali sono stati dettati ai sensi dell'art. 13 ter dell'allegato 2 al c.p.a. con decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22/12/2016 n. 167 (poi aggiornato con provvedimento del medesimo Presidente 16/10/2017).

Ai sensi dell'art. 9 del citato decreto n. 167/2016 il medesimo "... si applica alle controversie il cui termine di proposizione del ricorso di primo grado o di impugnazione inizi a decorrere trascorsi trenta giorni dalla pubblicazione del decreto medesimo sulla Gazzetta Ufficiale".

Il decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 3/1/2017.

Il provvedimento impugnato in primo grado, dalle non contraddette affermazioni della ricorrente, risulta alla stessa notificato in data 19/1/2017, per cui è evidente che nella fattispecie non potessero trovare applicazione le disposizioni del menzionato decreto n. 167/2016.

L'appello va, pertanto, accolto limitatamente al motivo da ultimo esaminato.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della

decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così dispone:

- a) riunisce i due appelli (ricorsi nn. 6261/2018 e 6535/2018);
- b) accoglie l'appello n. 6261/2018 e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza respinge integralmente il ricorso di primo grado;
- c) accoglie parzialmente, secondo quanto specificato in motivazione, l'appello n. 6535/2018, e, per l'effetto, annulla l'impugnata sentenza nella parte in cui ha disposto la condanna della Eubios al pagamento della sanzione pecuniaria di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a..

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

