

Pubblicato il 19/12/2019

N. 08589/2019 REG. PROV. COLL.
N. 06260/2018 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 6260 del 2018, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Medicair Italia S.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fiorenzano,
Claudio Mauriello, Paolo Mauriello ed Emiliano Marchisio, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asl Milano 1, Agenzia Tutela Salute Città Metropolitana Milano non costituiti
in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n.
4482/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Medicair Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Andrea Fedeli dell'Avvocatura Generale dello Stato e Emiliano Marchisio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 - Con la delibera del 7 ottobre 2015, l'Autorità ha avviato il procedimento istruttorio I792 volto, tra l'altro, a verificare l'esistenza di possibili infrazioni dell'art. 2 della legge 287/90 o dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) poste in essere da parte delle società Linde, Medigas, Medicair, Sapio, Vitalaire e Vivisol in relazione alle procedure di gara relative all'acquisto dei servizi di ventiloterapia domiciliare destinati alla ASL Milano 1.

2 – L'avvio del procedimento faceva seguito ad una denuncia della stessa stazione appaltante, che, a causa dei comportamenti assunti dalle predette imprese, aveva dovuto bandire per quattro volte la gara per l'affidamento dei servizi di ventiloterapia domiciliare ed era stata costretta, alla fine, ad accettare condizioni di acquisto estremamente onerose.

2.1 - Più precisamente, la supposta intesa illecita aveva ad oggetto il coordinamento posto in essere dalle predette imprese in occasione di quattro procedure bandite tra il 2012 e il 2014 per la conclusione di accordi quadro dai quali procedere all'affidamento del servizio di ventiloterapia domiciliare (VTD) destinato alla ASL Milano1.

Il provvedimento finale (n. 26316) evidenzia che, attraverso la contestata pratica concertata, le imprese avevano perseguito il duplice obiettivo di aumentare significativamente i prezzi di erogazione del servizio di ventiloterapia e di spartirne tra loro la fornitura in assenza di qualunque confronto competitivo. Tale risultato sarebbe stato perseguito, in prima battuta, boicottando tre procedure di gara nelle quali le condizioni di

aggiudicazione non avrebbero permesso l'incremento di prezzo, che le imprese contavano di ottenere, dal momento che i bandi includevano sempre come criterio di scelta dei contraenti l'offerta economicamente più vantaggiosa a partire da una base d'asta in linea con i prezzi al momento vigenti. Al boicottaggio delle prime tre gare avrebbe fatto seguito il coordinamento delle offerte in sede di partecipazione alla quarta procedura, il cui bando, pur confermando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, introduceva significativi incrementi nella base d'asta.

3 – Il ricorso della società appellata avverso tale provvedimento è stato accolto dal T.A.R. per il Lazio.

L'Autorità ha impugnato la sentenza del T.A.R. per i motivi di seguito esaminati.

Si è costituita in giudizio la società appellata.

All'udienza pubblica del 14 novembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – Preliminarmente, deve essere disattesa l'eccezione preliminare sollevata dalla società appellata, secondo cui il ricorso in appello notificato in data 24 luglio 2018 sarebbe tardivo.

A tal fine, l'appellata riferisce che aveva provveduto alla notifica a mezzo PEC della sentenza impugnata in data 23 maggio 2018, al fine della decorrenza del termine breve per l'impugnazione.

1.1 - Non è in discussione l'astratta ammissibilità della notificazione a mezzo PEC (*cf.* Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 6 del 19 settembre 2017; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 7026 del 12 dicembre 2018).

Tuttavia, la stessa, nelle modalità con le quali è stata effettuata nel caso di specie, non risponde al modello legale applicabile e, tenuto conto delle contestazioni dell'Autorità appellante – secondo cui la sentenza notificata “è

in formato non nativo digitale e manca della firma digitale del Presidente? - deve ritenersi non idonea allo scopo.

Infatti, il documento inviato tramite PEC ai fini della notifica – asseritamente contenente la sentenza impugnata – parrebbe essere la scansione del documento cartaceo rilasciato dalla segreteria (munito di attestazione di conformità all'originale della sentenza), che richiedeva un'apposita attestazione da parte del difensore circa la sua conformità al documento cartaceo (e cioè alla copia cartacea rilasciata dalla segreteria, da cui pare sia stata ricavato il file inviato tramite PEC).

Viene infatti in considerazione l'art. 16 *decies* del D.L. 179/2012, secondo cui: *“il difensore...quando deposita con modalità telematiche la copia informatica, anche per immagine, di un atto processuale di parte o di un provvedimento del giudice formato su supporto analogico e detenuto in originale o in copia conforme, attesta la conformità della copia al predetto atto”*; nonché la l. 53/1994, che in relazione alle notifiche a mezzo Posta Elettronica Certificata, all'art. 3 *bis* prevede che: *“quando l'atto da notificarsi non consiste in un documento informatico, l'avvocato provvede ad estrarre copia informatica dell'atto formato su supporto analogico, attestandone la conformità con le modalità previste dall'articolo 16 undecies del decreto - legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. La notifica si esegue mediante allegazione dell'atto da notificarsi al messaggio di posta elettronica certificata. [...] 5. L'avvocato redige la relazione di notificazione su documento informatico separato, sottoscritto con firma digitale ed allegato al messaggio di posta elettronica certificata. La relazione deve contenere: ... g) l'attestazione di conformità di cui al comma 2”*.

1.2 – Per altro, deve osservarsi che il caso in esame appare assimilabile a quello recentemente preso in considerazione dalla Corte di Cassazione che, pur affermando il principio che *“la notifica della sentenza impugnata effettuata alla controparte a mezzo PEC è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione nei confronti del destinatario ove il notificante provi di aver allegato e prodotto la copia cartacea del messaggio di trasmissione, delle ricevute di avvenuta consegna e di accettazione, della relata di notificazione nonché della copia conforme della sentenza, salvo che il destinatario*

della notifica non ne contesti la regolarità sotto uno o più profili”, nello specifico ha escluso la tardività del ricorso per cassazione, dedotta dal controricorrente con riferimento alla notifica effettuata a mezzo PEC, in quanto il ricorrente ne aveva contestata la regolarità in relazione all'estrazione della copia su supporto analogico (*cf.* Corte di Cassazione n. 16421 del 19 giugno 2019).

2 - Con il primo motivo di appello, l'Autorità deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 101 TFUE; il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto per illogicità manifesta in ordine alla prova della pratica concordata.

A tal fine, rileva che l'istruttoria condotta avrebbe fatto venire alla luce un contesto collusivo nel quale le imprese avevano portato avanti una concordata strategia volta, anzitutto, a boicottare le prime tre procedure di gara bandite – evitando di fare offerte per tutti i lotti messi a gara dalla (o per conto della) ASL Milano 1 o presentando offerte chiaramente inammissibili – per poi ripartirsi i lotti messi a gara nella procedura successiva, ovvero la “quarta gara”, nella quale la base d'asta era vistosamente aumentata per la gran parte dei lotti.

Tanto premesso, l'appellante contesta la decisione del T.A.R. nel punto in cui ha ritenuto che l'analisi dell'Autorità soffrirebbe della “assenza di prove documentali dirette” e si baserebbe solo su elementi indiziari in sé non convincenti, prospettando che la sentenza di primo grado si caratterizzerebbe per una lettura incompleta ed atomistica delle evidenze.

3 - Con il secondo motivo di appello, l'Autorità deduce la violazione e/o falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'articolo 101 TFUE.

A tal fine, sostiene che l'accertamento dell'intesa ha preso le mosse dal marcato parallelismo delle condotte dalle imprese parti, denunciato dalla stazione appaltante ed effettivamente confermato dall'indagine condotta, e tipicamente sintomatico di una concertazione anticompetitiva.

Tale assunto sarebbe dimostrato dal fatto che la ASL Milano 1 ha dovuto attendere ben quattro procedure di gara prima di riuscire ad affidare il servizio di ventiloterapia domiciliare; e dal fatto che in occasione delle varie

procedure le imprese parti dell'intesa hanno sempre seguito strategie assolutamente coincidenti.

Nelle prime tre procedure, infatti, tutte le imprese parti si sono astenute dal presentare offerte o hanno presentato offerte chiaramente inammissibili in quanto superiori alla base d'asta. Nella quarta procedura invece le stesse imprese hanno partecipato, formulando offerte di ammontare identico e pari alla base d'asta per tutti i numerosi lotti messi a gara, rifiutando al contempo, di concedere ulteriori sconti.

A ciò deve altresì aggiungersi che, diversamente da quanto sostenuto dalla sentenza di primo grado, il parallelismo che caratterizza le condotte delle imprese parti dell'intesa non trova riscontro nei comportamenti seguiti dagli altri operatori presenti nel mercato, i quali aveva seguito strategie del tutto diverse.

Ad ulteriore conforto della propria tesi, l'Autorità evidenzia che le procedure erano concepite per assicurare la massima partecipazione: in luogo di una commessa unitaria, oggetto di aggiudicazione erano infatti diversi lotti e ciascuna impresa poteva fare offerte anche su un lotto singolo. Inoltre, l'aggiudicazione di ciascun lotto poteva avvenire anche in presenza di una sola offerta. Questo significa che se un'impresa aveva, per le ragioni più diverse, capacità di offerta limitate, poteva – come avevano fatto altri operatori (Sico e Respiraire) – limitare la propria partecipazione a pochi lotti o anche ad uno solo di essi.

4 – Prima di esaminare compiutamente il merito delle censure giova ricordare i principi – specie sotto il profilo probatorio - alla luce dei quali dovrà essere valutata la prospettazione dell'Autorità.

4.1 – Quanto all'intensità dell'onere probatorio, l'intesa restrittiva vietata può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata", nel cui ambito ben possono essere astrattamente ricondotti i comportamenti imputati alle società nel caso di specie.

Tale ultimo concetto viene generalmente descritto come una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza che non richiede, come l'accordo, una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano, tanto è vero che il coordinamento può essere raggiunto attraverso un mero contatto diretto o indiretto fra le imprese (*cf.* Corte Giustizia, causa 48/69).

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

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

Anche secondo la giurisprudenza comunitaria "accordi" e "pratiche concordate" sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (*cf.* Corte Giust. UE, 5 dicembre 2013, C-449/11P), corrispondendo, in

particolare, le “pratiche concordate” a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

4.2 – Più nel dettaglio, il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l’unica spiegazione plausibile. È infatti importante tener presente che l’art. 101 del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti. Di conseguenza, nella fattispecie è necessario accertare se il parallelismo di comportamenti non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell’entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione. La stessa Corte di Giustizia, in applicazione del menzionato criterio, ha avuto modo di concludere nel senso che *“se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l’unica plausibile...il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione”* (cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C- 23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85 Woodpulp, punti 70 – 72 e 126).

5 – In applicazione al caso di specie delle coordinate ermeneutiche innanzi delineate, le censure dell’Autorità devono trovare accoglimento.

5.1 – Conviene iniziare l’analisi dall’aspetto relativo alle modalità (la pratica concordata) attraverso la quale è stato ottenuto l’effetto anticoncorrenziale, tenendo presente che l’effettiva realizzazione dello stesso (ovvero l’incremento dei prezzi) ben può considerarsi un primo indice significativo circa la sussistenza dell’illecito anticoncorrenziale.

5.2 - Secondo l’impianto accusatorio, attraverso la concertazione le imprese parti dell’intesa hanno perseguito il duplice obiettivo di aumentare

significativamente i prezzi di erogazione del servizio di ventiloterapia domiciliare destinato alla ASL Milano 1 e di spartirne tra loro la fornitura.

Tale risultato è stato perseguito in prima battuta boicottando ben tre procedure di gara nelle quali le condizioni di aggiudicazione non avrebbero permesso l'incremento di prezzo che le imprese parti contavano di ottenere, dal momento che i bandi prevedevano una base d'asta in linea con i prezzi al momento vigenti.

Al boicottaggio delle prime tre gare ha fatto seguito il coordinamento delle offerte in sede di partecipazione alla quarta procedura, il cui bando introduceva significativi incrementi nella base d'asta.

L'esito è stato esattamente quello perseguito, dal momento che le imprese sono poi riuscite ad ottenere tutti i lotti messi a gara ad un prezzo maggiore rispetto a quello previsto nelle gare precedenti. Invero, al momento della quarta gara, tutte le imprese hanno partecipato per tutti i lotti con offerte pari alla base d'asta, senza ulteriori ribassi.

5.3 - Deve anche rilevarsi che, quando la ASL Milano 1 (alla fine del 2012) aveva indetto la prima gara oggetto di boicottaggio collettivo, tutte le imprese in questione erano da tempo fornitrici della medesima ASL, sulla base di contratti destinati a scadere a breve. L'insuccesso delle procedure aveva quindi costretto la ASL, per non trovarsi priva dei presidi medici, a chiedere alle medesime imprese la proroga delle forniture in essere. In tale contesto, la ASL ha denunciato che le società fornitrici avevano espresso tutte una posizione di diniego alla sua richiesta, subordinando l'eventuale proroga delle forniture in essere alla accettazione di aumenti significati del prezzo.

5.4 – In riferimento alle gare andate deserte, non è affatto trascurabile sotto il profilo della credibilità logica dell'impianto accusatorio, il fatto che la stazione appaltante era un cliente storico, conosciuto ed ubicato in un contesto già servito, e quindi la mancata partecipazione alla gara – e la conseguente ipotetica aggiudicazione ad un soggetto terzo - avrebbe comportato una

perdita secca degli sbocchi di mercato fino a quel momento goduti, in favore di fornitori concorrenti.

6 - Alla luce dei fatti innanzi sommariamente richiamati, assumono un maggior significato anche le risultanze documentali portate dall'Autorità a sostegno della propria tesi, che, laddove singolarmente considerate, ben potrebbero prestarsi a differenti interpretazioni, dovendosi al riguardo ricordare che *“l'accertamento di un'intesa anticompetitiva è il portato di un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri?”* (cfr. Consiglio di Stato 20 febbraio 2017, n.740).

Invero, 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, essendo usuale che le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo clandestino (cfr. Consiglio di Stato 20 febbraio 2017, n.740).

6.1 - A venire in rilievo è, anzitutto, un'email circolata tra tutte le imprese ritenute parti dell'intesa tra la seconda e la terza gara, nella quale le stesse condividono tra di loro la risposta da dare alla ASL che chiedeva loro di prorogare le forniture in essere nelle more dell'aggiudicazione della nuova gara (vedasi il punto 4.3 che precede).

Tale documento dimostra che il diniego alla proroga era stato pre-concordato tra le imprese, che avevano addirittura condiviso una bozza di lettera comune da usare per predisporre le comunicazioni che ciascuna avrebbe poi indirizzato alla ASL. Nella bozza di lettera si esprime l'indisponibilità a concedere le proroghe richiesti, salva l'accettazione di elevati aumenti, dei quali la bozza riporta un apposito listino di riferimento (in tale documento si legge: *“in relazione al dialogo tecnico avvenuto nel corso dell'incontro del 17.10.2013 e in risposta alla vostra comunicazione del 9.12.2013, siamo a specificare quanto segue: 1.durante il dialogo tecnico sono già stati identificati le tipologie di lotto e le relative caratteristiche tecniche e materiali di consumo; 2.sempe in tale sede sono state definite le*

relative condizioni economiche, concordate tra i soggetti presenti (vedi allegato); Tutto ciò considerato, non siamo nella possibilità di concedere la proroga da voi richiesta alle condizioni esplicitate, ma siamo disponibili a proseguire il servizio alle condizioni economiche definite nell'incontro del 17.10.2013. Confidiamo peraltro che nella formulazione del nuovo capitolato relativo alla fornitura del servizio di ventiloterapia dell'ASL Milano 1 si faccia riferimento a quanto già pubblicato dall'ASL di Cremona come capofila del raggruppamento delle ASL di Cremona, Lodi, Mantova, Milano 2 e Pavia (con possibile estensione alle ASL di Brescia, Milano e Vallecambonica) considerando tale esperienza come una best practice nella direzione di una razionalizzazione delle procedure di acquisto del SSR”).

Alla luce dei fatti già descritti innanzi, tale documento rafforza il convincimento che le condotte assunte dalle imprese verso la ASL non erano “spontanee ed autonome”, e che queste, oltre ad essere coordinate, si prefiggevano l’obiettivo di indurre la ASL ad accettare condizioni di acquisto dei presidi per VTD ben più alte di quelle fino a quel momento vigenti.

6.2 – Viene inoltre in rilievo la lettera inviata da Medicaire alla ASL Milano 1 (inviata alla ASL il 13 marzo 2014, ossia dopo la pubblicazione del bando relativo alla terza gara, ma poco prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte), dove si legge che le condizioni di gara ivi indicate, in quanto non allineate alla gara di Cremona “*verosimilmente provocheranno una non effettiva partecipazione alla gara o la presentazione di offerte palesemente incongrue*”.

Tale previsione, come già detto, si è poi esattamente avverata, atteso che proprio in questa gara alcune imprese non hanno partecipato mentre altre hanno formulato offerte inammissibili (secondo l’Autorità provocatoriamente superiori alla base d’asta).

6.3 - A fronte delle difese svolte dall’appellata e del rilievo del T.A.R., secondo cui la concertazione potrebbe plausibilmente avere un “contenuto riepilogativo di quanto convenuto” in incontri con la stazione appaltante, deve osservarsi che la stessa Autorità, nel provvedimento impugnato,

conferma che la ASL Milano 1 (dopo le prime due gare andate deserte) aveva organizzato alcuni incontri con i fornitori dei servizi di VTD.

Tuttavia, nello stesso provvedimento si dà conto del fatto che all'esito di tali incontri non era emersa alcuna convergenza in merito alle condizioni economiche di acquisto/fornitura dei servizi di VTD. In particolare, dalle dichiarazioni rese dalla stazione appaltante e dai resoconti di tali incontri reperiti dall'Autorità presso le stesse imprese emerge solo che le imprese parti dell'intesa avevano richiesto il passaggio a condizioni di fornitura analoghe a quelle recentemente accettate da altra ASL lombarda (Cremona), senza però incontrare la disponibilità da parte dell'ASL.

Del resto, è pacifico che anche dopo questi tavoli, l'amministrazione, da un lato, con l'indizione della terza gara, non si è allineata alle condizioni definite dalla ASL di Cremona; dall'altro, ha richiesto alle imprese il rinnovo dei contratti in scadenza, mantenendo i prezzi storici.

Tali emergenze contraddicono l'assunto delle imprese, ed accolto dal T.A.R., secondo cui il contenuto delle riportate comunicazioni non sarebbe altro che quanto concordato con l'ASL in occasione degli incontri.

Viceversa, alla luce dei documenti innanzi citati, ed anche a prescindere dal loro contenuto specifico, è palese che le imprese coinvolte hanno assunto una posizione unitaria e condivisa nei confronti della stazione appaltante che, collocata nel contesto già descritto e tenuto conto delle considerazioni di seguito esposte, si connota per il suo carattere illecito.

6.4 – Nel quadro innanzi descritto assume una specifica valenza anche la circostanza emersa nel corso dell'istruttoria procedimentale relativa al fatto che, in riferimento alla terza gara, gli uffici di Linde avevano inizialmente predisposto tutta la documentazione per parteciparvi, ma avevano poi ricevuto indicazione di ritirarsi il 13 marzo 2014, ossia 5 giorni prima della scadenza del termine (lo stesso giorno in cui Medicaire era stata in grado di predire l'esito infruttuoso della gara).

6.5 - Evidenze documentali di analogo tenore si riscontrano anche in relazione alla quarta gara rispetto alla quale risulta che inizialmente almeno due imprese (Sapio e Linde) avevano deciso di partecipare formulando offerte leggermente inferiori alla base d'asta onde "evitare esclusione dalla gara", decisione poi mutata solo a ridosso del termine di presentazione delle offerte.

6.6 - Per le ragioni esposte, deve dunque trovare accoglimento anche il quarto motivo di appello, con cui si contesta l'errata valutazione da parte del T.A.R. delle prove documentali della concertazione.

7 – La spiegazione alternativa fornita dalla società appellata di tali emergenze oggettive non appare idonea a vincere la ragionevole presunzione circa la sussistenza di un illecito concerto tra le imprese coinvolte.

Sul punto, deve per altro ricordarsi che le cd. spiegazioni lecite alternative alla concertazione devono essere esaminate non solo nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate e nel confronto con la documentazione acquisita in istruttoria e con i fatti che tale documentazione attesta e cessano di risultare attendibili quando la loro plausibilità rimane tale solo alla luce di un ragionamento generale ed astratto e sia in concreto non confermata da documentazione acquisita in istruttoria che ne contraddice la credibilità in concreto (*cf.* Consiglio di Stato, 12 ottobre 2017 n. 4733).

7.1 – Secondo l'appellata, la decisione di non fare offerte (o fare offerte volutamente inammissibili) nelle prime tre procedure sarebbe dipesa dalla non profittabilità delle stesse, mentre nella quarta gara la decisione di fare offerte pari alla base d'asta senza concedere sconti migliorativi sarebbe spiegabile come intelligente adattamento alle scelte dei concorrenti.

A sostegno di tali assunti, le imprese hanno, tra l'altro, prodotto appositi studi, i quali sono stati considerati dall'Autorità non attendibili in ragione del fatto che, oltre che predisposti a posteriori, si basavano su ipotesi discrezionali per nulla scontate.

Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che i documenti elaborati dopo i fatti contestati non possono in ogni caso paragonarsi in termini di forza probatoria, ai documenti coevi agli eventi in questione (*ex multis* Corte Generale UE, 15 luglio 2015, causa T-423/2010).

Tenuto conto di tale criterio, deve osservarsi che i documenti coevi allo svolgimento delle gare ed acquisiti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria dimostrano l'esatto contrario di quanto affermato dalle imprese.

In particolare, uno studio condotto da una delle imprese (Sapio) sottolinea con riferimento alla prima procedura che la gara si prestava ad assicurare un return of investment del tutto positivo tra il 15% e il 20%.

La documentazione acquisita presso Linde, di cui si è già riferito, dà altresì conto del fatto che in relazione alla terza gara gli uffici interni di almeno una delle imprese avevano sicuramente deciso di partecipare e percorso buona parte dell'attività di preparazione dell'offerta e si sono bloccati solo all'ultimo momento.

7.2 - Inoltre, l'Autorità ha messo in luce che le medesime imprese, in epoca coeva a quella delle gare bandite dalla ASL Milano 1, avevano formulato offerte in gare bandite da altre ASL Lombarde, che in base all'ampia istruttoria condotta in sede procedimentale erano risultate del tutto analoghe.

Tale conclusione, seppur prospettata dalla stessa stazione appaltante, è stata, in ogni caso, oggetto di ampio esame da parte dell'Autorità, che, sulla base della documentazione che la ASL le aveva trasmesso, ha puntualmente confrontato tra loro i lotti concretamente comparabili delle gare per tipologia e durata della fornitura, confermando l'ipotesi di cui alla denuncia dell'ASL.

Deve inoltre evidenziarsi che tutte le imprese parti dell'intesa hanno formulato offerte, pari alla base d'asta, in relazione a tutti i lotti messi a gara nella quarta procedura, alcuni dei quali alcuni presentavano, in realtà, una base d'asta corrispondente a quella delle tre procedure precedenti procedure per le quali le medesime imprese avevano rifiutato di fare offerte o fatto offerte volutamente inammissibili.

7.3 - Non solo, appare del tutto ragionevole l'argomentazione logica dell'Autorità, secondo cui sarebbe arduo sostenere la non remuneratività dei lotti per i quali due operatori più piccoli, come Sico e Respiraire, avevano fatto regolari offerte, persino con forti sconti rispetto alla base d'asta.

A questo specifico riguardo, le circostanze valorizzate dal T.A.R. (oltretutto già chiaramente esplicitate nel provvedimento impugnato) - relative al fatto che le offerte di Sico riguardavano i lotti in cui era prevista la vendita e non il noleggio degli apparecchi e che i lotti per i quali ha partecipato Respiraire erano quelli relativi ad apparecchiature a basso valore tecnologico (più confacenti alla politica del soggetto economico che deve entrare in un nuovo mercato) - appaiono di per sé irrilevanti a giustificare razionalmente la tesi delle imprese coinvolte facente leva sulla non profittabilità della gara, che è l'unica prospettiva di cui tenere conto ai fini della valutazione in esame.

L'ipotesi della non vantaggiosità della gara non è inoltre coerente con le iniziative volte a contrastare l'aggiudicazione in favore di tali imprese (al riguardo, la questione relativa al vincolo di esclusiva in favore dell'appellata può giustificare solo la rinuncia di Respiraire a tre lotti).

Per altro, le ulteriori iniziative svolte nei confronti di Respiraire in riferimento agli strumenti dalla stessa utilizzati sono state fugate dal produttore Philips, sicché il materiale probatorio assunto al riguardo dall'Autorità contribuisce ad imprimere alla suddette iniziative un chiaro intento anticompetitivo nei confronti del nuovo entrante (vedasi missiva interna del 28 novembre 2013 reperita presso SICO).

8 - Non convince neppure la spiegazione addotta in riferimento al comportamento complessivo delle imprese in riferimento alla quarta gara - alla quale tutte le imprese hanno partecipato per tutti i lotti con offerte pari alla base d'asta, rifiutando ulteriori ribassi - che, secondo le imprese, sarebbe stato dettato dal fatto che al momento dei ribassi la ASL aveva convocato le imprese insieme, sicché sarebbe stato per loro semplice capire che i concorrenti non avevano intenzione di procedere ad alcuno sconto.

Tale spiegazione appare opinabile e per nulla scontata, ben potendosi sostenere anche l'esatto opposto, ovvero che le imprese avrebbero dovuto essere incentiva a proporre ribassi per escludere le altre imprese dall'aggiudicazione.

8.1 – Infatti, risulta contraddetta dalle specifiche disposizioni della legge di gara anche l'ulteriore giustificazione proposta dall'impresa, secondo cui proporre uno sconto sul prezzo posto a base d'asta non le avrebbe assicurato alcun vantaggio, né le avrebbe garantito di aggiudicarsi un maggior numero di pazienti, dal momento che, una volta sottoscritto l'accordo quadro tra l'Amministrazione e gli operatori economici risultati idonei, sarebbe stato il medico prescrittore a scegliere quale apparecchio avrebbe utilizzato il paziente.

Sul punto, è sufficiente rilevare che in base al disciplinare di gara in caso di apparecchiature equivalenti: *“l'operatore sarà quello che avrà presentato il prezzo più basso, indipendentemente dal livello qualitativo dell'operatore e dalla scelta del paziente”*, da cui la sussistenza di un ragionevole incentivo a proporre dei ribassi.

9 – Alla luce delle considerazioni che precedono deve trovare accoglimento anche il terzo motivo di appello con cui si deduce l'errata valutazione da parte del T.A.R. nell'analisi di inattendibilità delle spiegazioni alternative alla concertazione condotta dal provvedimento.

Secondo il giudice di primo grado, la valutazione dell'Autorità sarebbe affetta da vari vizi dell'analisi economica svolta al fine di dimostrare l'inattendibilità delle spiegazioni alternative all'intesa fornite dalle parti e, precisamente, l'Autorità: a) non avrebbe accertato se le condizioni di gara adottate dalla ASL Milano 1 fossero realmente in linea con quelle adottate da altre ASL in gare coeve; b) non avrebbe neppure verificato se le condizioni di gara adottate dalla ASL Milano 1 fossero realmente in linea con le condizioni vigenti al momento dell'indizione delle gare; c) non avrebbe neppure considerato che nella terza gara le condizioni economiche erano equiparabili a quelle delle prime due gare; d) sarebbe inoltre carente il confronto tra i lotti della prima

gara (andati deserti) e quelli della quarta gara per i quali sono state formulate offerte pur in assenza di un aumento della base d'asta.

9.1 - I rilievi del T.A.R. si incentrano sulla quesitone relativa alla confrontabilità delle diverse gare svoltesi, trascurando che l'indagine utile ai fini del presente giudizio deve concentrarsi sulla sussistenza di una plausibile ragione che giustifichi la mancata partecipazione delle imprese coinvolte a dette specifiche gare, che l'appellata sostiene essere la non profittabilità economica delle stesse.

In altre parole, le criticità evidenziate dal T.A.R. (che in ogni caso non paiono per nulla convincenti per le ragioni di seguito illustrate), seppur astrattamente idonee ad influire sulla prova della cd. profittabilità, risultano superate dalla constatazione, già innanzi esposta, relativa al fatto che in realtà le gare dovevano ragionevolmente considerarsi profittevoli, indipendentemente da ogni confronto.

Al riguardo, come già evidenziato, l'Autorità ha correttamente messo in risalto che una impresa coinvolta (Linde) era chiaramente pronta a partecipare ad una gara, avendo di fatto predisposto la documentazione per partecipare (per poi recedere nell'imminenza della presentazione delle offerte); ha inoltre valorizzato la scheda di redditività dell'impresa Sapio (di dimensioni modeste rispetto alle imprese coinvolte), che evidenzia un non trascurabile return of investment in caso di partecipazione alla prima gara.

A questo riguardo, risulta inoltre particolarmente significativa l'oggettiva circostanza già sottolineata, ovvero che imprese più piccole avevano fatto offerte e persino con forti sconti rispetto alla base d'asta.

Rispetto a tale circostanza, si inserisce coerentemente nella prospettazione complessiva dell'Autorità il fatto che, quando tali due concorrenti non attesi (Sico e Respiraire) si sono aggiudicate dei lotti banditi nella prima procedura, le altre imprese si sono attivate per fare annullare l'aggiudicazione.

Tali condotta oppositiva nei confronti dell'avvenuta aggiudicazione stride platealmente con l'assunto alla base della spiegazione alternativa fornita dalle

imprese, secondo cui non erano interessate alla gara in quanto non profittevole.

9.2 – In ogni caso, i rilievi del T.A.R. paiono in primo luogo smentiti dal contenuto della denuncia presentata dalla stazione appaltante, alla quale sono stati allegati i diversi bandi di gara, che l’Autorità ha poi analizzato.

Inoltre, nel provvedimento impugnato, si dà conto dell’analisi svolta dall’Autorità in riferimento ai lotti “confrontabili” (anche sotto il profilo tecnico), nonché circa l’equivalenza tra le condizioni economiche delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e i prezzi vigenti al momento della prima gara, ai quali le imprese parti dell’intesa già fornivano la ASL Milano 1. Pertanto, la rassegnata conclusione circa l’assenza di un’adeguata istruttoria appare in realtà affrettata e non coglie che il punto centrale al fine di operare il paragone tra i diversi bandi ai fini del presente giudizio attiene all’enucleazione di un rapporto qualità/prezzo confrontabile, indipendentemente dalla diversa configurazione del servizio.

In particolare, quanto alla terza gara (rispetto alla quale si incentrano le censure dall’appellata), non vi è dubbio che il provvedimento abbia attentamente esaminato e considerato le sue similitudini e differenze rispetto alle prime due. Tale verifica ha permesso di accertare che questa gara si differenziava dalle precedenti solo per alcuni aspetti tecnici (alcuni lotti erano stati accorpati ai fini di mera razionalizzazione), senza alterare il rapporto qualità-prezzo rispetto alle precedenti gare. Ne consegue che le valutazioni di profittabilità che l’analisi condotta ha permesso di riferire alle prime gare possono logicamente riferirsi anche alla terza.

Vale un’analoga considerazioni in riferimento alla verifica che ha interessato la quarta gara, in cui il confronto ha tenuto conto degli accorpamenti avvenuti nella stessa, confermando all’esito che i parametri sui quali valutare la profittabilità della stessa erano i medesimi.

9.3 – Stante la ragionevole analisi condotta dall’Autorità, che smentisce la prospettata non profittabilità delle gare, perde di significato la contestazione

della società appellata secondo cui l'Autorità avrebbe errato nell'individuare il benchmark di prezzo nell'importo utilizzato nelle gare precedenti.

Ed invero l'individuazione di tale parametro nell'importo utilizzato nelle gare precedenti non appare affatto arbitrario, stante le oggettive evidenze già esposte, tra cui: il fatto che all'esito della quarta gara, alcuni lotti sono stati assegnati ad un prezzo inferiore a quello proposto nelle gare deserte; il fatto che alcune società avevano presentato offerte, ai medesimi prezzi proposti nelle prime tre gare dell'ASL Milano 1, per le gare bandite nel medesimo periodo da altre ASL lombarde; il fatto che altri operatori del settore (SICO o Respiraire) hanno partecipato proficuamente alla prima gara.

10 – Non inficia le conclusioni che precedono la supposta non sostituibilità del servizio reso, che secondo il T.A.R. sarebbe invece idonea a screditare la tesi dell'Autorità.

In primo luogo, deve rilevarsi l'intrinseca inconciliabilità tra la supposta natura insostituibile dello specifico servizio fornito da ciascuna impresa ed il fatto che tale servizio sia generalmente posto in gara attraverso una procedure di competizione pubblica.

Invero, su di un piano astratto, la prospettata natura infungibile del servizio offerto da ciascuna impresa – che, in coerenza con tale premessa, non potrebbe essere sostituito da quello fornito da un'altra impresa - implicherebbe l'assenza stessa di un mercato concorrenziale per i servizi in discorso, con la conseguenza che ciascuna impresa non sarebbe neppure in concorrenza con le altre, da cui l'impossibilità stessa di configurare una competizione tra le imprese per tale mercato.

Tale conclusione è all'evidenza smentita dai fatti, posto che nessuna delle parti ha messo in discussione la configurabilità dello strumento di gara nel caso di specie, sia pure nella forma dell'accordo quadro, e ciò non può che presupporre, su di un piano generale, la sostituibilità del servizio reso da ciascuna impresa.

Al riguardo, la stazione appaltante ha sottolineato la sussistenza di una “elevata uniformità tecnologica delle apparecchiature” e “uniformità del servizio reso”. Del resto, le stesse imprese hanno confermato la fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di rebranding, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva.

Il fatto che, come parrebbe confermato dalla stessa Autorità, uno specifico dispositivo può di fatto diventare insostituibile per il singolo paziente che già lo utilizza, rappresenta in realtà una infungibilità nel solo singolo caso concreto. Ne deriva che tale insostituibilità di fatto non può essere assunta a caratteristica generale dei servizi in discorso, proprio perché connessa alla peculiarità dello specifico paziente considerato e non predicabile su scala generale in riferimento alla popolazione di pazienti afflitti della medesima patologia, rispetto ai quali deve essere delimitato il mercato rilevante ai fini del presente giudizio.

In questo senso si giustifica anche la concomitanza di affidamenti diretti del servizio, evidentemente volti a consentire il prosieguo della cura con le medesime modalità, stabilite dal medico prescrittore, in favore di determinati pazienti.

10.1 – Come anticipato, la questione è stata adeguatamente approfondita dall’Autorità in sede procedimentale, dove è emerso che le imprese fornitrici di servizi di VTD presentano una sicura sovrapponibilità delle offerte che rende l’offerta di ciascuna alternativa alle altre.

Il provvedimento ha specificato che, in genere, i produttori delle apparecchiature non forniscono i propri clienti (ovvero le imprese fornitrice del servizio) in esclusiva; sicché, nella realtà dei fatti, è del tutto normale che anche quei macchinari che risultino, in ipotesi, insostituibili per i pazienti sono in realtà liberamente reperibili sul mercato da qualunque impresa chiamata a fornire servizi di ventiloterapia. A tal fine, l’Autorità ha spiegato che, per distinguersi sul mercato rispetto ai concorrenti, le imprese fornitrici del servizio di ventiloterapia sono solite concludere appositi accordi di cd.

rebranding dei macchinari con i produttori, in base ai quali, un medesimo operatore (come ad esempio Philips) produce e consegna un medesimo macchinario a più clienti apponendovi, oltre al proprio marchio, anche quello del singolo cliente (impresa fornitrice), pur trattandosi della stessa e medesima macchina.

Contrariamente alla valutazione del T.A.R., è alla luce di tali precisazione che deve essere letto il parere dell'ANAC, il quale si limita a ritenere corretta una aggiudicazione delle gare che tenga conto delle indicazioni del medico prescrittore in luogo della semplice rotazione, ma che nulla dice su quanto i servizi offerti dalle imprese parti dell'intesa che interessa siano tra loro sostituibili.

10.2 – La conclusione innanzi esposta non è contraddetta dal fatto, riconosciuto dalla stessa Autorità, che le amministrazioni facciano talvolta ricorso a forniture negoziate con operatori non aggiudicatari delle gare, trattandosi comunque di un fenomeno, come già accennato, limitato ai casi in cui, per le specificità della cura da apprestare ad un determinato paziente, al fine di preservare nel miglior modo possibile la salute dello stesso, si esclude l'opportunità di sostituire il servizio in essere, ma che, proprio perché si tratta di un'evenienza del tutto speciale, non incide sulla generale sovrapposibilità di offerta tra i diversi fornitori del servizio.

Per tali ragioni, non appaiono per nulla determinati in senso opposto alla prospettazione dell'Autorità i documenti depositati in giudizio dalla società. Invero, i pareri ivi contenuti insistono su circostanze che l'Autorità non ha mai messo in discussione (quali il fatto che la prescrizione del ventilatore che ciascun paziente dovrà usare deve essere fatta da un medico; il fatto che la sostituzione del macchinario usato da un paziente deve essere fatta alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico).

Trattasi infatti di questioni che attengono alla scelta della cura nel singolo caso concreto, che non possono incidere, nel quadro dell'evidenze emerse nel

presente giudizio, direttamente sulle modalità di approvvigionamento dei presidi sanitari.

Al più, tale documentazione conferma il dato già innanzi riportato, ovvero che i diversi “ventilatori” sono difficilmente sostituibili per il paziente che già li utilizza (e ciò giustifica a determinare condizioni il ricorso all’affidamento diretto), senza escludere che gli stessi in un’ottica di acquisto da parte dell’ASL, debbano considerarsi assolutamente fungibili.

11 – Alla luce delle considerazioni che precedono, non coglie nel segno il rilievo della società appellata, secondo cui l’Autorità non avrebbe preso posizione nell’appello in ordine all’accoglimento da parte del T.A.R. delle censure di cui ai punti 2.2 e 2.3 del ricorso introduttivo.

Invero, è evidente che dal complessivo tenore dell’appello, l’Autorità ha confutato sia la questione circa la remuneratività della prima gara di cui al punto 2.3 del ricorso di primo grado, sia la più ampia questione attinente alle modalità di affidamento del servizio per cui è causa che non sarebbe stato valutato d’interesse dalla società appellata (punto 2.2).

12 – In definitiva, stima il Collegio che nel caso di specie la prospettazione dell’Autorità sia senz’altro preferibile, stante l’intrinseca ragionevolezza che la caratterizza e la coerenza con gli ulteriori elementi documentali emersi, rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente ipotizzata dalle imprese coinvolte, che non ha trovato nei fatti alcun plausibile riscontro (*cf.* Consiglio di Stato, 12 ottobre 2017, n. 4733).

Inoltre, e per mero scrupolo, giova ricordare che nel quadro del canone di “congruenza narrativa”, l’eventuale sussistenza di alcuni profili di discrasia nel quadro indiziario non sarà idonea a travolgere la complessiva tenuta dell’impianto accusatorio, salvo nelle ipotesi — che qui non sussistono — in cui le incongruenze risultino di tale gravità e rilevanza da compromettere la coerenza complessiva del quadro ricostruttivo delineato dall’Autorità (*cf.* Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514).

13 - Risultano infine inammissibili le considerazioni svolte dalla società solo nella memoria di replica relative al supposto ruolo marginale rivestito dall'impresa appellata e sulla adozione di un programma di compliance che giustificerebbero un trattamento sanzionatorio attenuato.

Trattasi invero di argomenti con i quali si contesta la modalità con la quale l'Autorità ha determinato la sanzione e che dovevano essere riproposte con memoria a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio ai sensi dell'art. 101, secondo comma, c.p.a. (*“si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”*).

14 – Per le ragioni esposte, l'appello deve trovare accoglimento, restando 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.

14.1 - 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, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese di lite integralmente 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

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO