

Publicato il 19/12/2019

N. 08583/2019 REG.PROV.COLL.
N. 05896/2018 REG.RIC.
N. 06467/2018 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 5896 del 2018, proposto da
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;

contro

TER.GAS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'avvocato Vincenzo Capuano, con domicilio digitale di pec come
da registri di giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 6467 del 2018, proposto da
TER.GAS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Aniello Cirillo, con domicilio digitale di
pec come da registri di giustizia;

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;

per la riforma

quanto a entrambi i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (sezione Prima) n. 04487/2018, 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 TER.GAS 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 e Vincenzo Capuano anche per delega di Aniello Cirillo;

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 artificialmente 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 TER.GAS, la sanzione pecuniaria di 75.000 euro.

Ritenendo il provvedimento illegittimo la TAR.GAS lo ha impugnato con ricorso al TAR Lazio – Roma, il quale con sentenza, 24/4/2018 n. 4487, 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 (con ricorso n. 5896/2018), sia dalla TER.GAS (con ricorso n. 6467/2018).

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

Con successive memorie l'AGCM ha ulteriormente illustrato le proprie 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. 5896/2018.

Col primo motivo l'Autorità 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, Medicaire 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 comuniciamo 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 comuniciamo 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 TERGAS, 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, Medicaire 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 Medicaire 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 il ricorso in esame va accolto.

Occorre ora affrontare l'appello di cui al ricorso n. 6467/2018, con cui la TER.GAS 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.

All'appellante si addebita di aver sottoscritto un contratto di subappalto con le imprese Eubios, OXY Live e Ossigas prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, con il quale la medesima, a fronte di una quota garantitale del 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”*.

Col primo motivo e terzo motivo la TER.GAS denuncia l'errore in tesi commesso dal Tribunale nel respingere la censura con cui ella aveva negato il proprio coinvolgimento nel presunto accordo spartitorio.

E invero, nessuno dei documenti su cui si fonda la tesi accusatoria sarebbe riferibile all'appellante, né quest'ultima risulterebbe in essi indicata.

Peraltro nel corso del procedimento l'odierna appellante avrebbe adeguatamente illustrato le ragioni della propria condotta, in particolare spiegando che la decisione di non partecipare alla gara sarebbe stata autonomamente assunta, a ridosso della scadenza del termine per presentare offerta, a causa di difficoltà insorte nell'ottenere la garanzia richiesta per l'ammissione alla procedura selettiva.

Pertanto diversamente da quanto ritenuto dall'Autorità e dal giudice di prime cure, la decisione di optare per il subappalto non potrebbe costituire indice di una strategia collusiva, atteso che:

- a) la facoltà di assumere un servizio in subappalto sarebbe espressione della libertà imprenditoriale, oltreché perfettamente legittima;
- b) le ridotte dimensioni dell'appellante facevano sì che nessuna delle fortissime imprese del settore potessero avere interesse ad evitare una sua partecipazione alla gara.

A torto, inoltre, si sarebbe ritenuto di trovare argomenti a supporto della tesi della natura ripartitoria dell'accordo di subappalto tra il RTI Eubios, OXY

Live e Ossigas, da una parte, e la TER.GAS, dall'altra, nell'impegno di quest'ultima a rinunciare a partecipare alla gara o a stipulare subappalti con altri concorrenti, ovvero nella circostanza che tale accordo sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

E invero, la suddetta rinuncia sarebbe unicamente frutto delle ridotte capacità operative dell'appellante, mentre il fatto che il contratto di subappalto sia stato stipulato prima della scadenza del termine per presentare offerta corrisponderebbe a una prassi normalmente seguita dal concorrente che intende affidare una parte delle prestazioni contrattuali a un subappaltatore.

L'AGCM e il Tribunale avrebbero, poi, ritenuto che l'accordo spartitorio risulti dimostrato dalle seguenti circostanze:

a) in un documento, su carta intestata Vivisol, acquisito presso la OXY Live, manoscritto e senza data, sarebbe contenuta una tabella in cui i vari lotti oggetto di gara sarebbero abbinati agli HCP operanti in Campania, e risulterebbero formulate varie simulazioni (tra cui quella di un RTI tra la Magaldi, la TER.GAS e la Irongas per i lotti di Avellino e Salerno) sulla base di *“dati interni alle società evidentemente scambiati tra le stesse”*;

b) un diverso documento reperito presso la società Magaldi in cui quest'ultima chiede due lettere di referenze bancarie per partecipare alla gara SORESA dichiarando che avrebbe partecipato con un RTI con la TER.GAS e la Irongas per i lotti di Avellino e Salerno.

Ma anche tali documenti sarebbero inidonei a dimostrare una responsabilità dell'appellante nell'ipotizzato accordo collusivo, difatti i documenti non promanano dalla TER.GAS, né essi provano l'esistenza di un flusso informativo proveniente dalla stessa.

Ulteriormente privo di valenza probatoria nei confronti della TER.GAS risulterebbe il documento reperito presso la Vivisol di cui è cenno nei paragrafi 218 e 539 del provvedimento gravato, posto che in esso l'odierna appellante non è nemmeno menzionata.

Quest'ultima, inoltre, non avrebbe esercitato alcuna influenza nella determinazione dell'offerta economica presentata dal RTI con cui ha negoziato il subappalto.

In definitiva l'Autorità non avrebbe dimostrato il coinvolgimento di TER.GAS nell'accordo collusivo.

Le doglianze così riassunte, entrambe infondate, si prestano ad una trattazione congiunta.

Occorre premettere che, come più sopra rilevato:

a) l'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti e 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).

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

garantitole 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>>.

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

La prova indiziaria che ha portato l'Autorità a ritenere la TER.GAS 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:

- a) giusta quanto sopra ricordato, non è consentito parcellizzare i singoli dati probatori;
- b) il fatto che i diversi documenti in base ai quali è stato ricostruito l'accordo collusivo non promanino dalla TER.GAS e che manchi la dimostrazione che gli stessi contengano flussi di informazioni dalla medesima forniti è del tutto irrilevante, sia perché si verte in tema di prova indiziaria, sia perché, 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);
- c) il tentativo di spiegare la mancata partecipazione alla gara in ragione delle ridotte capacità operative dell'impresa è contraddetto dal fatto che questa aveva aderito all'accordo-quadro oggetto precedente alla gara, il quale tendenzialmente poteva implicare la necessità di assicurare il servizio in tutta

la Regione, non potendo esserle noto a priori (salva la sussistenza di illeciti accordi sottostanti) che anche altri HCP avrebbero ad esso aderito.

Col secondo motivo si lamenta che il Tribunale avrebbe errato a respingere il motivo con cui era stata dedotta l'illegittimità dell'impugnato provvedimento sanzionatorio per disparità di trattamento, derivante dal fatto che l'Autorità avrebbe escluso la responsabilità di alcune imprese del settore (Eurossigeno, Irongas e GCO) pur essendo queste risultate destinatarie di alcune missive tra le parti e nonostante le stesse avessero dimensioni sostanzialmente analoghe a quelle dell'appellante.

La censura non merita accoglimento.

Correttamente il Tribunale ha rilevato che la *“circostanza trovava giustificazione nella mancanza di un quadro probatorio idoneo ad accertare una loro attiva partecipazione all'intesa”*.

E invero, come emerge dal gravato provvedimento sanzionatorio (paragrafo 558) le citate imprese non sono state ritenute responsabili *“in quanto esse, pur risultando destinatarie di alcune delle missive intercorse tra le Parti, non risultano aver svolto alcun ruolo in relazione alle vicende in esame, essendosi limitate, anche in ragione delle dimensioni ridotte e della conseguente limitata incisività delle proprie determinazioni, a subire le scelte degli altri player di mercato”*.

La ragione dalla ravvista assenza di responsabilità risiede quindi, all'evidenza, nel fatto che dagli elementi emersi non risulta che le stesse abbiano *“svolto alcun ruolo in relazione alle vicende in esame”*, per cui, a fronte di ciò, diviene irrilevante che le stesse abbiano dimensioni analoghe a quelle dell'appellante.

Col quarto 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. 5896/2018 e 6467/2018);
- b) accoglie l'appello n. 5896/2018 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. 6467/2018, e, per l'effetto, annulla l'impugnata sentenza nella parte in cui

ha disposto la condanna della TER.GAS 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