

Pubblicato il 19/12/2019

N. 08587/2019 REG. PROV. COLL.
N. 06249/2018 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 6249 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

Vivisol S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Giuseppe Lombardi, Mauro Pisapia, Manuela Soligo e
Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna,
n. 32;

nei confronti

Asur Marche, Sapio Life S.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n.
4473/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Vivisol 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, Fabio Cintioli e Mario Pisapia;

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 da determinate società, tra cui l'appellata, in relazione alle procedure di gara bandite da ASUR Marche già nel 2010 per l'affidamento del servizio di fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso farmacie convenzionate e attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia per pazienti in terapia domiciliare, nonché alla sua evoluzione e alle successive modalità di erogazione di tali servizi ai pazienti residenti nella Regione Marche.

2 - L'avvio del procedimento faceva seguito ad una denuncia della stessa stazione appaltante, che, a causa dei comportamenti assunti dalle imprese Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol, non riusciva ad affidare il servizio in esame per un importante lasso temporale (dal febbraio 2013 al luglio 2014).

Il provvedimento finale (n. 26316) accertava che le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol avevano posto in essere un'intesa consistente nella concertazione delle proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita da ASUR Marche per la fornitura dei servizi VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, che ha consentito di ostacolare un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino al luglio 2014, quando sono state presentate offerte concorrenziali nell'ambito della successiva

procedura negoziata. In particolare, la concertazione risultava aver avuto inizio dal febbraio 2013, data delle prime email scambiate tra le Parti in occasione dell'indizione della procedura ristretta.

Più precisamente, l'Autorità ha ritenuto che la concertazione accertata configurasse un'intesa c.d. "per oggetto", unica e complessa, in violazione dell'articolo 101 TFUE, particolarmente grave, in quanto finalizzata dapprima a impedire il ricorso da parte dell'Amministrazione allo strumento della gara, che avrebbe costretto le Parti ad un effettivo confronto concorrenziale, nonché a concertare la decisione di non partecipare alla procedura ristretta indetta da ASUR Marche, nonostante le suddette società si fossero pre-qualificate, al fine di continuare a fornire il servizio sulla base delle proroghe dei contratti previgenti, ed infine a rifiutarsi congiuntamente di continuare a fornire il servizio in proroga per tutto il 2014 alla condizioni economiche previste dal capitolato del 2013.

3 – Il ricorso della società appellata avverso tale provvedimento è stato accolto dal T.A.R. per il Lazio con la sentenza n. 4473 del 2018 che ha ritenuto fondati: a) il primo motivo di ricorso, con il quale si era dedotta la carenza di istruttoria e la violazione del contraddittorio procedimentale nell'accertamento dei fatti posti alla base del provvedimento impugnato; b) il secondo motivo, con il quale si era dedotta l'illegittimità del provvedimento gravato nella parte in cui configurava un'intesa tra le imprese parti del procedimento basandosi su un'istruttoria incompleta e senza rispettare i principi normativi e giurisprudenziali in materia.

4 – 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 – Con il primo motivo di appello, l’Autorità deduce la violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 101 TFUE; il difetto di motivazione e 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 la gara (a procedura ristretta) bandita già nel 2010 da ASUR Marche per la fornitura dei servizi di VTD e OTD, di fatto evitando di farsi concorrenza fino al luglio 2014, quando sono state presentate le offerte nell’ambito della successiva procedura negoziata.

Nello specifico: le imprese avrebbero concertato la mancata partecipazione alla procedura ristretta indetta nel 2010 - nonostante le suddette società si fossero pre-qualificate e avessero attivamente contribuito alla definizione dei documenti di gara nell’ambito del dialogo tecnico avviato dall’Amministrazione – continuando, così, a fornire il servizio sulla base delle proroghe dei contratti previgenti. Solo a seguito dell’indizione della successiva procedura negoziata – visto l’interesse manifestato a partecipare da parte di operatori estranei al cartello – le imprese avrebbero partecipato alla nuova procedura, presentando ribassi molto significativi rispetto alla base d’asta e consentendo l’aggiudicazione del servizio.

Secondo l’Autorità, con la descritta condotta gli operatori coinvolti si sarebbero garantiti il più a lungo possibile il mantenimento della precedente fornitura, e delle rispettive quote di mercato, massimizzando così i loro profitti nel mercato rilevante a danno della stazione appaltante.

1.1 - Tanto premesso, l’appellante contesta la decisione del T.A.R. nel punto in cui ha ritenuto che *“l’analisi dell’Autorità sarebbe basata su di “un’istruttoria incompleta, le cui carenze si riflettono sull’intero impianto motivazionale dell’atto, il quale risulta in più passaggi, e complessivamente nel suo insieme, assertivo e non aderente ai principi normativi e giurisprudenziali in materia”*.

Si deduce inoltre l'errore in cui sarebbe incorso il T.A.R. nel ricostruire l'oggetto stesso dell'intesa contestata, dove afferma che questa sarebbe in "gran parte" costituita dall'illegittima perorazione del modello dell'accordo quadro (rispetto a quello della gara), laddove, in realtà, il suo elemento centrale sarebbe rappresentato dal collettivo boicottaggio della procedura ristretta.

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

A questo riguardo, ricorda 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 anti competitiva.

A tal fine, allega che l'indizione del bando di gara per l'affidamento dei servizi di VTD e OTD da parte di ASUR Marche, in data 22 ottobre 2010, è stata preceduta da una lunga fase prodromica per la definizione dei contenuti del bando stesso nell'ambito dei tavoli tecnici con gli operatori del settore. Nel termine previsto dal bando del 2010 (28 febbraio 2011) sono pervenute manifestazioni di interesse alla procedura da parte di 9 imprese, segnatamente: Sapio, Vitalaire, Linde, Medicair Centro, Vivisol, Medigas, Gas Tecnici di Foligno e l'RTI Gas Tecnici di Foligno/ Domolife e SICO. Nel corso del 2012 il dialogo tecnico è proseguito attraverso vari incontri, e solo a seguito di tale complesso iter, con determina del 16 gennaio 2013, ASUR Marche ha deliberato l'invito alla procedura ristretta delle 9 società che si erano qualificate, utilizzando i documenti definitivi di gara, redatti tenendo conto delle osservazioni delle imprese del settore, incluso il capitolato di gara.

Secondo la prospettazione dell'Autorità, i contenuti del bando di gara e del relativo capitolato erano stati ampiamente condivisi con gli operatori del settore, i quali avevano manifestato formalmente il loro interesse a partecipare alla procedura ristretta. Inoltre, a seguito delle indicazioni fornite dalle imprese, la base d'asta per i singoli lotti messi in gara era stata modificata al

rialzo, rispetto alla precedente determina del 2010, per un importo complessivo presunto annuo dell'appalto pari a circa 10,8 milioni di euro al netto di IVA, rispetto ai 9,3 milioni originariamente stimati.

Tuttavia, alla scadenza del termine per presentare le offerte, l'Amministrazione si è trovata di fronte a un *“improvviso contemporaneo recesso di tutti i contendenti dall'intenzione, esplicitamente e lungamente manifestata nei mesi precedenti, di partecipare alla gara”*.

2.1 - In tale contesto - anche alla luce della configurazione del bando in base al quale se uno solo dei soggetti invitati avesse presentato offerta, gli altri operatori avrebbero perso la fornitura quinquennale dei servizi di VTD e OTD su tutto il territorio regionale - l'Autorità ha ritenuto che la circostanza che al termine di scadenza della presentazione delle offerte nessuna delle parti abbia presentato offerte non può spiegarsi se non come il frutto della concertazione in essere tra le stesse.

A sostegno di tale conclusione, rileva che l'anomalia della mancata presentazione di offerte in sede di procedura ristretta è stata evidenziata dalla stessa stazione appaltante, la quale, nel corso del procedimento, ha dato conto di comportamenti posti in essere da un'impresa al fine di evitare la presentazione di offerte idonee ad aggiudicare la gara da parte di un'impresa estranea alla concentrazione (Verbale di audizione di ASUR Marche, *“per le vie brevi, una società riferiva [...] di non aver formulato alcuna offerta perché di fatto impedita dagli operatori concorrenti nella gara che, in quanto anche produttori di ossigeno e fornitori della società stessa, avrebbero minacciato la sospensione delle forniture di ossigeno necessaria alla propria attività”*).

L'Amministrazione ha ulteriormente riferito che *“nella giornata di scadenza del termine di presentazione delle offerte un rappresentante di una delle Parti avrebbe sostato dinanzi all'ufficio protocollo per l'intera mattinata”*, quasi a monitorare - attraverso una condotta tipica di monitoraggio della tenuta dei cartelli - che effettivamente il soggetto minacciato non si recasse poi a presentare un'offerta.

2.2 – Ad ulteriore conferma della propria tesi, l’Autorità rimarca che, con determina del 18 ottobre 2013, ASUR Marche, preso formalmente atto dell’esito deserto della gara, ha deliberato di porre in essere una procedura negoziata ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. a) del Codice degli Appalti, precisando che non sarebbero state “*modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto*”.

Poiché in risposta all’invito dell’Amministrazione, in data 4 dicembre 2013, Criosalento, in ATI con SIARE e alcune cooperative sociali, ha presentato richiesta di partecipazione alla nuova procedura, accettando incondizionatamente il capitolato della gara andata deserta, nelle settimane successive anche le parti dell’intesa hanno manifestato il proprio interesse a partecipare alla nuova gara, sottoscrivendo l’accettazione incondizionata del capitolato relativo alla precedente gara, per la quale non avevano presentato alcuna offerta. Non solo, Vivisol, Vitalaire, Linde e Medicaire Centro hanno anche proposto ricorso contro il mancato invito a tale procedura, per essere poi invitate a parteciparvi, previa accettazione incondizionata del capitolato relativo alla precedente gara, per il quale non avevano in precedenza presentato offerta.

A distanza di oltre 4 anni dall’avvio della procedura di gara l’aggiudicazione dei lotti in gara poteva così finalmente essere disposta. In particolare, risultavano aggiudicatarie le società Linde, Sapio e Vitalaire che avevano tutte presentato offerte caratterizzate da ribassi rispetto alla base d’asta, pur avendola, come si è visto, ritenuta troppo bassa nella fase della procedura ristretta congiuntamente boicottata.

L’Autorità sottolinea che durante tutto il lasso di tempo intercorso fino all’aggiudicazione della gara, le parti hanno continuato a prestare il servizio sulla base delle condizioni economiche previgenti più favorevoli per gli operatori rispetto ai prezzi stabiliti in sede di gara.

2.3 - Alla luce di tutti i sopra indicati elementi, secondo l’appellante risulterebbe evidente come l’anomalo parallelismo di condotte non potesse

spiegarsi in assenza dell'illecita concertazione. L'Autorità ha dunque accertato come la mancata partecipazione delle parti alla procedura ristretta bandita da ASUR Marche e le loro successive condotte fino alla data di presentazione di offerte in sede di procedura negoziata siano risultate del tutto incompatibili con uno scenario di confronto concorrenziale.

2.4 - Sotto questo profilo, l'Autorità lamenta che il T.A.R. non avrebbe valorizzato nella sua ricostruzione la circostanza (fondamentale nella prospettiva del Provvedimento) per la quale in base al bando *“anche una sola offerta poteva portare all'aggiudicazione del servizio”*, non tenendo in alcun modo in considerazione quanto accertato dall'Autorità sul punto, ovvero che la sopportazione del rischio di perdere la fornitura quinquennale del servizio, nel caso in cui anche solo uno dei soggetti invitati avesse presentato offerta, non poteva razionalmente spiegarsi se non in presenza del cartello. Lungi dal rappresentare una mera adesione alle prospettazioni della stazione appaltante, come a più riprese censurato dal Giudice di prime cure, tale conclusione è stata ritenuta *“controprovata”* nel provvedimento dalla circostanza per cui allorquando, nella successiva procedura negoziata, è intervenuta la partecipazione di un concorrente estraneo alla concertazione (l'RTI formato da Criosalento, SIARE e alcune cooperative locali), le imprese sanzionate, pur in presenza della stessa documentazione di gara e delle stesse basi d'asta previamente contestate, hanno presentato offerta, tra l'altro con sconti particolarmente significativi, proprio per evitare il rischio di venire estromesse dal mercato marchigiano.

3 – 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.

3.1 – 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.

3.2 – 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).

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

4.1 – 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, o il suo mantenimento ad un livello elevato) ben può considerarsi un primo indice significativo circa la sussistenza dell’illecito anticoncorrenziale.

Secondo l’impianto accusatorio, rispetto alla procedura indetta nel 2010, alla scadenza del termine per presentare le offerte, l’Amministrazione si è trovata

di fronte a un *“improvviso contemporaneo recesso di tutti i contendenti dall'intenzione, esplicitamente e lungamente manifestata nei mesi precedenti, di partecipare alla gara”*.

L'Autorità ha anche valorizzato il fatto che sarebbe stata sufficiente anche una sola offerta per aggiudicare in esclusiva la fornitura, sicché la decisione di non partecipare alla procedura ristretta, assunta da parte del singolo fornitore, avrebbe comportato un *“rischio importante”* di restare completamente fuori dal mercato; quindi, la scelta di non partecipare sarebbe stata spiegabile solo sulla base di un'intesa raggiunta tra tutti in questo senso.

4.2 - E' pacifico che tale condotta ha consentito alle parti di continuare a prestare il servizio sulla base di condizioni economiche più favorevoli, rispetto ai prezzi stabiliti in sede di gara. Ciò sino all'aggiudicazione seguita alla successiva procedura – avente condizioni simili a quella andata deserta – ma alla quale le società, inizialmente recedenti, avevano poi partecipato (risulteranno aggiudicatari le società Linde, Sapio e Vitalaire che avevano tutte presentato offerte caratterizzate da ribassi rispetto alla base d'asta, pur avendola ritenuta troppo bassa nella fase della procedura ristretta congiuntamente boicottata).

5 - Alla luce dei fatti innanzi sommariamente richiamati, assumo 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).

5.1 - Risulta provato che le imprese coinvolte siano state protagoniste di un inteso scambio di corrispondenza all'epoca dei fatti.

In particolare, l'Autorità valorizza le mail intercorse tra Vivisol e le altre parti dell'illecito il 4 febbraio 2013 in merito alla necessità di decidere una posizione congiunta da assumere nella riunione del 7 febbraio 2013 e la successiva catena di email tra Vivisol, Vitalaire, Medicaire Centro e, per conoscenza, Sapio, Linde e Medigas (tra il 3 e il 5 marzo 2013) volta a condividere i contenuti della lettera, poi inviata ad ASUR Marche in data 7 marzo 2013.

Quanto al contenuto di tali comunicazioni, non deve trarre in inganno il fatto che lo stesso ben possa essere di per sé lecito, avendo ad oggetto la richiesta di un modello alternativo alla gara: l'accordo quadro (che avrebbe il vantaggio – nella visione delle parti – di garantire le esigenze di spending review e la qualità del servizio offerto ma anche di attrarre investimenti sul territorio e garantire la tutela dei posti di lavoro nonché standard omogenei delle prestazioni erogate); nel caso di specie, tuttavia, la posizione comune delle imprese assume un evidente connotazione illecita per le ragioni di seguito esposte (vedasi anche punto 6.2).

5.2 - Sul punto, stante l'equivoco in cui pare essere incorso il primo giudice, vale per altro la pena di chiarire che, già su un piano astratto, il fatto che un modello contrattuale sia espressamente tipizzato dal legislatore non lo mette al riparo da censure antitrust laddove emerga che, in un caso concreto, lo stesso sia stato utilizzato per finalità anticoncorrenziali: *“ciò che rileva a fini antitrust, infatti, non è la legittimità o meno di una specifica condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti, anche, in tesi, in sé legittimi?”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423).

Inoltre, nel caso di specie, l'esposta disquisizione appare sostanzialmente irrilevante, posto che, come già evidenziato, il cuore della contestazione formulata dall'Autorità attiene alla (concertata) mancata formulazione di offerte nel termine previsto dalla procedura ristretta (17 giugno 2013) avviata

già dal 2010, per la quale le parti si erano già qualificate, avendo manifestato un formale interesse per la gara entro i termini indicati dal bando (28 febbraio 2011).

Stante tale precisazione, non appare irragionevole desumere che i documentati contatti tra le imprese, anche per il tramite delle associazioni di categoria, abbiano favorito la formazione di un contesto, con il rafforzamento dei loro legami reciproci, che è poi pacificamente sfociato nella successiva pratica concertata in occasione della procedura poi abbandonata da tutte le imprese, nonostante l'interesse inizialmente manifestato e dopo una lunga interlocuzione con la stazione appaltante.

In altre parole, il contesto che emerge dalla documentazione citata dall'Autorità, seppur questa non appaia idonea a costituire la prova della sussistenza di una volontà convergente delle imprese coinvolte, nello specifico caso in esame, vale a rafforzare la conclusione che la pratica assunta dalle imprese sia stata di fatto concertata.

5.3 - A riscontro di tale conclusione, l'Autorità ha inoltre messo in evidenza che l'ASUR Marche, nel corso del procedimento, aveva dichiarato che *“una società riferiva [...] di non aver formulato alcuna offerta perché di fatto impedita dagli operatori concorrenti nella gara e che “nella giornata di scadenza del termine di presentazione delle offerte un rappresentante di una delle Parti avrebbe sostato dinanzi all'ufficio protocollo per l'intera mattinata”.*

6 – 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.

Al riguardo, deve 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).

6.1 – Quanto alle lamentate criticità giuridiche derivanti dalla *lex specialis* del bando assunte dalle società a giustificazione della propria scelta di non partecipare alla prima procedura indetta da ASUR Marche (ivi comprese quelle relative alla presenza della rete di farmacie e al rischio di assoggettamento al c.d. pay back in ragione del sistema di prezzo a forfait) – l’Autorità ha documentato che l’indizione del bando di gara è stata preceduta da una lunga fase prodromica per la definizione dei contenuti del bando stesso, anche al fine di acquisire, nell’ambito dei tavoli tecnici con gli operatori del settore, indicazioni da questi ultimi in merito all’offerta dei servizi in gara (questa fase prodromica all’indizione del bando di gara si è protratta in un primo momento dal 23 dicembre 2009 al 22 ottobre 2010, data in cui è stata assunta la delibera di indizione del bando).

Inoltre, l’Autorità ha chiarito che, secondo la stazione appaltante, nel corso dei tavoli tecnici che hanno preceduto gli inviti alla procedura, le parti non avevano mai sollevato tale obiezioni.

6.2 - Non inficia la coerenza di tale ricostruzione il fatto che la problematica relativa al sistema di prezzo sia stata effettiva ed abbia avuto una risonanza tale da indurre il recente intervento legislativo di cui all’art. 1, comma 578, della l. n. 145 del 30.12.2018.

Ed invero, ciò che rileva ai fini del presente giudizio è solo se tale questione possa aver costituito una valida giustificazione del comportamento assunto dalla società.

Al riguardo, deve affermarsi che le rimostranze delle imprese in tal senso non possono in ogni caso giustificare la pratica concertata così come di concretamente attuata.

Invero, ciascun operatore economico deve determinare in modo del tutto autonomo la propria condotta commerciale; eventuali obiezioni circa il

rispetto delle norme (ad esempio violazioni di norme fiscali o a tutela del lavoro), ovvero circa le modalità di remunerazione del servizio, ben possono essere perseguite nelle forme di legge, non certo concertando i comportamenti di prezzo da tenere rispetto alla committenza. In altre parole, la violazione delle norme poste a presidio della concorrenza non può mai essere considerata una risposta lecita nemmeno ad un asserito comportamento illecito altrui (*cf.* Consiglio di Stato, 4 settembre 2015, n. 4123; Corte di Giustizia, 22 ottobre 2015, C-194/14P, AC Treuhand; Corte di Giustizia, C-49/92, Anic) e, a maggior ragione, rispetto ad una modalità di remunerazione reputata non opportuna.

In argomento, si segnala che, in casi parzialmente analoghi, la giurisprudenza ha ritenuto che le indicazioni di associazioni di imprese di tenere un determinato livello di prezzi, anche laddove non vincolanti e costituenti una mera raccomandazione, costituiscono intese restrittive della concorrenza, anche nell'ipotesi in cui richiamino a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della prestazione (*cf.* Consiglio di Stato, 22 gennaio 2015, n. 238; CGUE, 18 luglio 2013, C-136/12).

Alla luce delle considerazioni esposte, il “boicottaggio” concordato non può considerarsi una legittima attività di promozione degli interessi delle imprese, bensì un'attività volta ad incidere illegittimamente sul prezzo dei servizi farmaceutici in questione

6.3 – Come già sottolineato, deve ragionevolmente escludersi l'idoneità di tale ragione giustificativa anche da un altro punto di vista, posto che, secondo la stazione appaltante, nel corso dei tavoli tecnici che hanno preceduto gli inviti alla procedura poi abbandonata dalle parti, queste non avevano mai sollevato tale questione.

Inoltre, ad inficiare la prospettazione della società, risulta dirimente l'oggettiva constatazione che la proposta giustificazione non spiega per quale ragione le medesime società abbiano poi partecipato alla seconda procedura, accettando le medesime condizioni della prima procedura alla quale si erano sottratte.

6.4 – A proposito di quest’ultima constatazione, risulta inattendibile l’affermazione della società appellata, secondo cui avrebbe intrattenuto un’autonoma corrispondenza con la stazione appaltante e si sarebbe decisa a partecipare alla gara solo a seguito del ricevimento di una personale rassicurazione rispetto al fatto che nella fase esecutiva della gara si sarebbe proceduto con lo scorporo del prezzo a forfait.

Invero, tale presunta rassicurazione – che avrebbe giustificato la partecipazione della società alla seconda gara - non può dirsi provata. A tal fine non pare infatti idonea la documentazione (doc. 17) depositato in giudizio, da cui emerge una mera *“disponibilità a prendere in esame la possibilità di valorizzare in fatturazione le singole confezioni vendute”*.

6.5 - La questione della remuneratività della procedura oggetto del boicottaggio, come correttamente evidenziato nel provvedimento, risulta superata dal fatto che *“nella successiva fase di procedura negoziale, tutte le società coinvolte hanno accettato il bando di gara e il capitolato che contenevano la medesima base d’asta; e che, in questa seconda fase, esse hanno presentato tutte offerte inferiori alla base d’asta, in molti casi anche in misura assolutamente significativa”*.

Non rileva neppure la circostanza che talune società non siano risultate tra gli aggiudicatari e non avrebbe presentato un’offerta connotata da *“significativi ribassi”*.

Ciò che rileva è che queste non abbiano partecipato – e non abbiano fornito una plausibile spiegazione a tale condotta – alla precedente procedura ristretta ed abbiano, in tal modo, potuto godere della proroga del servizio così avvantaggiandosi rispetto ai prezzi poi praticati a seguito della successiva procedura alla quale ha partecipato nonostante le condizioni fossero le medesime della precedente dove si sono registrati sconti medi del 42%) rispetto alla base d’asta.

7 – Alla luce delle considerazioni che precedono, deve trovare accoglimento anche l’ulteriore motivo di appello con il quale si contesta la sentenza impugnata nel punto in cui ha escluso l’attendibilità dell’impianto accusatorio,

in ragione del fatto che l'anomalo parallelismo non riguarderebbe solo le parti dell'illecito ma anche altre quattro imprese, che parimenti avevano inizialmente manifestato interesse alla procedura, salvo poi non partecipare alla procedura ristretta entro il termine del 17 giugno 2013.

Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato che la posizione delle imprese poi sanzionate era del tutto differente da quella degli altri quattro soggetti (Gas Tecnici di Foligno, SICO, Medigas e l'RTI formato da Gas Tecnici di Foligno e Domolife).

A questo proposito, si è già detto che una di tali imprese aveva riferito di aver ricevuto pressioni per non partecipare alla gara.

Inoltre, l'Autorità, nell'ambito della discrezionalità che gli è propria, ha effettuato la discriminazione in base al dato oggettivo di non figurare negli scambi di comunicazioni volti a dissuadere l'Amministrazione dal procedere con la gara.

In particolare, dalle evidenze raccolte in sede ispettiva la società SICO non risultava affatto coinvolta negli scambi email che hanno attestato l'assidua collaborazione tra le parti, né del resto è successivamente risultata partecipare alla procedura negoziata; è stato inoltre accertato che tale società dispone unicamente di un deposito ad Ascoli Piceno e che avrebbe avuto difficoltà a servire il territorio marchigiano in occasione di una gara.

Da un altro punto di vista, l'Autorità ha valorizzato il fatto che due di tali imprese sono state poi acquisite dal gruppo Medigas, già nel corso della procedura, tenuto conto del fatto che quest'ultima società *“non era presente nel territorio marchigiano e non svolgendo alcuna attività di fornitura per le ASL interessate”*, nonché che *“diversamente dalle società sanzionate, Medigas non ha chiesto di essere ammessa alla fase della procedura negoziale e non ha presentato offerta al termine di quest'ultima”* (analoga valutazione è stata effettuata per Domolife e Gas Tecnici di Foligno che, verosimilmente in ragione della loro acquisizione da parte di Medigas nel corso della procedura, parimenti non partecipavano alla procedura negoziata).

8 – Non inficia le conclusioni che precedono la supposta non sostituibilità del servizio reso.

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 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, anche 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.

Anche 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 competente, in favore di determinati pazienti.

8.1 – In ogni caso, 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 sovrapposibilità 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 co-branding 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.

E’ alla luce di tali precisazioni che deve essere letto il parere dell’ANAC, a cui ha fatto riferimento l’impresa appellata, 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.

8.2 – 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 sovrapponibilità 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 il ricorso all'affidamento diretto), senza escludere che gli stessi in un'ottica di approvvigionamento da parte dell'ASL, debbano considerarsi assolutamente fungibili.

9 – 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).

10 – L’accoglimento dell’appello principale impone la necessità di esaminare i motivi di ricorso con i quali la società ha censurato la determinazione della sanzione riproposti nel presente giudizio di appello.

Con il ricorso originario la società aveva dedotto la violazione e falsa applicazione dell’art. 15 della l. 287/1990; la violazione e falsa applicazione dell’art. 11 della l. 689/1981; la violazione dei principi di legalità e non retroattività della pena ai sensi degli artt. 7 CEDU e 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea; la violazione; la violazione dell’art. 25 Cost. e degli orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende; la violazione delle Linee Guida AGCM sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni; l’eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità e la violazione del principio di proporzionalità.

10.1 - Prima di esaminare la censura nelle sue plurime articolazioni giova ripercorre sommariamente la modalità con cui l’Autorità ha quantificato l’importo della sanzione irrogata.

Il provvedimento impugnato compie rinvio alle Linee guida e, in particolare, viene richiamato il punto 18, ai sensi del quale *“anche nei casi di collusione nell’ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l’Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall’illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica*

concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti?

Quindi, il provvedimento impugnato identifica il valore delle vendite che dovrebbe essere preso in considerazione per ciascuna impresa con *“gli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d’asta in caso di assenza di aggiudicazione”*, vale a dire, l’importo complessivo del valore posto a base d’asta per l’aggiudicazione dell’appalto, pari a 10.780.215 euro, da moltiplicare per la durata quadriennale dell’affidamento.

A tale importo base è stata poi applicata una percentuale che riflettesse la gravità dell’infrazione, individuata nel 20% per tutte le parti.

Ciò ha portato all’irrogazione di una sanzione pecuniaria nei confronti dell’appellata pari all’importo di euro 8.624.172, che corrisponde a circa l’8,1% del suo fatturato totale.

11 - Tanto premesso, le doglianze della società al riguardo devono essere disattese.

Deve ricordarsi che la determinazione dell’importo della sanzione costituisce espressione di un potere discrezionale dell’Autorità. Secondo la giurisprudenza, ciò esclude l’applicazione di un *“approccio puramente matematico e meccanicistico”* nella valutazione del peso da attribuire a ciascuna circostanza, poiché il valore finale della sanzione va determinato assumendo *“quale principale parametro di riferimento l’effettiva idoneità del quantum della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della condotta contestata all’impresa”* (cfr., Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, nn. 2513, 2514).

11.1 - Alla luce di tale precisazione, in merito alla doglianza sul computo della base di calcolo delle sanzioni, deve essere confermata la scelta operata dall’Autorità, che ha correttamente fatto riferimento all’importo oggetto di aggiudicazione e non al fatturato effettivamente realizzato, alla luce della funzione dissuasiva della sanzione antitrust. Questa, in quanto volta ad impedire a priori una concertazione in funzione anticoncorrenziale, deve

riferirsi al momento della condotta legata alla specifica fattispecie e agli elementi allora in possesso delle imprese, ivi compreso l'importo base della gara oggetto dell'accordo anticompetitivo.

Quanto alla dedotta illegittima applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio, deve in primo luogo osservarsi che alcuna modifica ha interessato la normativa primaria, mentre le Linee Guida si sono limitate a formalizzare orientamenti giurisprudenziali oramai noti e consolidati sul carattere dissuasivo e sull'efficacia deterrente della sanzione antitrust e sulla gravità delle c.d. intese hardcore. Inoltre, le Linee Guida sono applicabili, per loro espressa previsione, ai procedimenti "in corso" al momento della loro adozione, secondo il medesimo regime transitorio già adottato dalla Commissione per gli Orientamenti sulle ammende 2006, la cui legittimità è stata confermata anche dal giudice amministrativo (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438).

11.2 - In merito alla censura relativa all'illegittimità delle Linee Guide ed alla violazione del principio di proporzionalità, devono ritenersi in ogni caso rispettati i criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/81 - del resto solo astrattamente contestati dall'appellante, senza alcun riferimento specifico al caso concreto – stanti le caratteristiche della pratica concordata e gli effetti che questa ha generato sull'andamento dei prezzi per il servizio in discorso.

Inoltre, la sanzione risulta proporzionale alle condizioni economiche dell'appellante, ed adeguatamente commisurata alla durata dell'infrazione.

Non appare, pertanto, censurabile l'applicazione della percentuale del 20% per il livello di gravità dell'infrazione, che costituisce l'esito della valutazione che tiene conto delle peculiarità del caso, tanto più che il disvalore delle condotte accertate si apprezza ancora di più se si considera che le stesse si inseriscono nel contesto di procedure di gara ad evidenza pubblica.

11.3 – Per la medesima ragione, anche in relazione alla qualificazione dell'intesa come “molto grave” in ragione della sua natura e della segretezza, va condivisa la valutazione operata dall'Autorità, tenuto conto che l'intesa era

qualificabile come intesa orizzontale di prezzo ossia come intesa di consistente gravità in sé considerata, senza neppure la necessità di ulteriori indagini sulle effettive conseguenze concrete (Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4374; Corte UE, 26 gennaio 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, evidenzia la carenza di trasparenza e pubblicità dell'accordo stesso.

11.4 – Deve essere respinta anche la doglianza sulla scarsa incidenza della circostanza attenuante per aver adottato dei programmi cd. di compliance, in quanto ne ha considerato l'effettiva incidenza in una complessiva valutazione di gravità dei fatti accertati.

Inoltre, la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare che *“la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)”* (Consiglio di Stato, 21 dicembre 2017, nn. 5998 e 5997).

12 - 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.

12.1 - 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, respinge 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