

Pubblicato il 27/07/2020

N. 08764/2020 REG.PROV.COLL.
N. 14212/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14212 del 2019, proposto da Com Metodi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Giustiniani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio “Pavia e Ansaldo” in Roma, via Bocca di Leone, 78;

contro

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

nei confronti

Consip S.p.A., Projit - Persone, Idee, Soluzioni S.r.l., non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Gi One S.p.A. ed Exitone S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/b;

per l'annullamento previa adozione di idonee misure cautelari

del Provvedimento n. 27908 del 18 settembre 2019, compresa la relativa Appendice economica, notificato a COM Metodi il 2 ottobre u.s. e pubblicato sul Bollettino dell'AGCM n. 40 del 7 ottobre 2019 a conclusione del procedimento "I822 - CONSIP/GARA SICUREZZA E SALUTE 4", con cui l'AGCM: (a) ha rigettato le istanze presentate da Sintesi S.p.A. di sospensione del procedimento e di disposizione di una perizia matematico-aritmetica nonché economica e merceologica esterna; (b) ha accertato che le società COM Metodi, Sintesi, Igeam S.r.l., Igeamed S.r.l. e Igeam Academy S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, avente la finalità di condizionare gli esiti della Gara Consip per la prestazione di servizi relativi alla Gestione Integrata della Salute e Sicurezza sui luoghi di lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni, quarta edizione, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti; (c) ha imposto alle predette società di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, di cui al punto b); (d) ha comminato a COM Metodi la sanzione di € 1.359.022,00;

- del provvedimento dell'AGCM del 14 marzo 2018, n. 27075 di avvio del Procedimento;

- della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, notificata alla Società il 16 aprile 2019;

- della nota del 22 maggio 2019, con cui è stata rigettata dall'AGCM l'istanza di proroga del termine per memorie scritte e documenti, presentata da COM Metodi;

- dei provvedimenti di proroga del termine di conclusione del Procedimento del 27 giugno 2019 e 31 luglio 2019, rispettivamente nn. 27832 e 27881;

- di ogni altro atto al Provvedimento comunque connesso e coordinato, anteriore e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di intervento "ad opponendum" di Gi One S.p.A. ed Exitone S.p.A., con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 7919/2019 del 5.12.2019;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 84 d. l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, e l'art. 4 d.l. n. 28/2020, conv. in l. n. 70/2020;

Relatore nell'udienza del 10 giugno 2020, tenutasi tramite videoconferenza ex art. 84 d.l. n. 18/2020 cit., il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In seguito a una segnalazione pervenuta da parte della Consip S.p.A. ("Consip") nel gennaio 2018, avente ad oggetto la gara a procedura aperta per la prestazione di servizi relativi alla "Gestione Integrata della Salute e Sicurezza sui luoghi di lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni" denominata "SIC4", l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") avviava un'istruttoria nei confronti delle imprese Com Metodi S.p.A. ("Com Metodi"), Deloitte Consulting S.r.l., Sintesi S.p.A. ("Sintesi"), Adecco Formazione S.r.l., Archè S.c.a.r.l., CSA Team S.r.l., Nier Ingegneria S.p.A., Projit S.r.l., Igeam S.r.l. , Igeamed S.r.l., Igeam Academy S.r.l. (queste ultime tre "gruppo Igeam"), STI S.p.A., Exitone S.p.A. e Informa S.r.l. (tutte nel loro insieme, le "Parti") per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE.

In particolare, sulla base dell'analisi delle offerte economiche presentate da alcune società partecipanti alla gara, Consip evidenziava indizi di condotte anticoncorrenziali rilevanti, con la presentazione di offerte “a scacchiera” nella strategia economica, al fine di spartizione del mercato.

L'Autorità, dopo una complessa fase istruttoria che vedeva anche la partecipazione delle Parti, nell'adunanza collegiale del 18 settembre 2019, adottava il provvedimento conclusivo.

Dopo aver descritto le Parti, le attività e le risultanze istruttorie, il settore interessato (servizi di salute e sicurezza sul luogo di lavoro), le caratteristiche della “gara Consip” in esame e di quelle precedenti analoghe, lo svolgimento della gara stessa, il ruolo delle società mandanti, le argomentazioni a difesa delle Parti, l'AGCM concludeva nel senso che era riscontrata l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale (quale pratica concordata), tra le società del “gruppo Igeam”, Com Metodi e Sintesi.

In sostanza, respinte le eccezioni procedurali e descritto il mercato rilevante, l'Autorità evidenziava che vi era stato un coordinamento nelle relative strategie partecipative attraverso la modalità di presentazione delle offerte economiche, al fine di spartirsi lotti e cristallizzare il mercato. Tale concertazione si era esplicitata attraverso la mancata presentazione di offerte, o la presentazione di offerte “a scacchiera”, vale a dire di offerte che prevedevano sconti differenti nei nove lotti oggetto di gara, in modo che non vi era stata alcuna sovrapposizione tra gli sconti più significativi presentati da ciascuna impresa coinvolta e si era evitato così ogni confronto competitivo.

Le società avevano equamente spartito lotti in gara, preservando la stabilità delle quote di mercato “storiche”, che esse detenevano nell'ambito delle già effettuate gare Consip “SIC2” e “SIC3” sulla salute e sicurezza, anche a fronte della decisione di Consip stessa di modificare la ripartizione geografica dei lotti nella nuova gara “SIC4”.

A sostegno di tale conclusione era richiamata la documentazione acquisita in sede ispettiva, tra cui un documento reperito presso Igeam e relativo alla

pianificazione di un incontro con Com Metodi del 13 gennaio 2016, significativamente predittivo dei ribassi economici presentati in due dei tre lotti in discontinuità, vale a dire il lotto n. 8, comprendente la Basilicata, in cui solo Com Metodi aveva presentato un ribasso aggressivo, e il lotto n. 4, comprendente l'Abruzzo, in cui solo Igeam aveva presentato un'offerta aggressiva.

Significativo era il comportamento assunto dalle società negli altri lotti, in particolare nel terzo lotto in discontinuità, il lotto n. 2, in cui solo Sintesi aveva presentato un'offerta aggressiva, mentre né Com Metodi né Igeam avevano presentato offerte. Nei restanti sei lotti, invece, come era scritto nel documento, "...la ripartizione dei lotti [è rimasta] la medesima".

Era emerso, quindi, un clima di "amichevole collaborazione" tra tali società, che invece di operare in competizione tra loro, come sarebbe stato razionale, dato che la gara prevedeva un unico aggiudicatario per lotto, avevano collaborato e creato un fronte comune contrapposto alle società terze non partecipanti all'intesa, tra cui erano richiamate in particolare due, tra cui Exitone s.p.a. ("Exitone").

L'analisi delle informazioni e dei dati acquisiti nel corso del procedimento aveva poi smentito le argomentazioni fornite dalle società in ordine ai minori costi legati alla pregressa presenza sul territorio, dimostrando che le supposte efficienze avevano un ruolo molto minore, o, in alcuni casi, del tutto assente nella determinazione delle offerte.

L'AGCM richiamava anche i documenti esogeni da cui aveva tratto le sue conclusioni, quali appunti preparatori di incontri, "e-mail", contatti - anteriori e successivi alla presentazione delle offerte – commenti.

La strategia collusiva non si realizzava però del tutto, solo in ragione delle offerte di una società esterna al cartello (mandataria in ATI) che, presentando un ribasso medio ponderato del 60%, si era aggiudicata i lotti n. 3, 5 e 8.

Sulla specifica entità delle offerte, che soprattutto Sintesi poneva in evidenza, l'Autorità replicava nel senso che il successo di un cartello spartitorio si può

anche realizzare nell'ottenere profitti maggiori, sebbene non eccessivamente elevati, di quelli che si sarebbero avuti in assenza dell'intesa e ciò a maggior ragione nel caso in esame, nel quale le parti colluse avevano concordato di non sovrapporre le proprie offerte migliori, ma non avevano definito in modo concertato gli sconti da offrire, dovendo ciascuna di esse tenere conto — nella predisposizione del prezzo — della più o meno probabile possibilità che altri concorrenti, fuori dall'intesa, offrissero sconti competitivi nei rispettivi lotti.

Infatti, una scarsa marginalità di un determinata offerta potrebbe essere compensata dai vantaggi che derivano dall'aver acquisito il lotto e, di conseguenza, dal poter beneficiare di un "indotto" di altri servizi o di altri clienti, indotto collegato all'essere risultata vincitrice della gara.

L'AGCM ricordava che nelle precedenti gare analoghe Sintesi aveva sempre svolto il ruolo di "leader", aggiudicandosi storicamente lotti del valore pari a circa il 50% del valore di gara; Com Metodi aveva una quota storicamente pari a circa il 30%, inferiore a Sintesi ma superiore a Igeam, la quale rappresentava storicamente il minore tra i tre operatori, sebbene con una quota in crescita, passata dal 16% nella gara "SIC2", a circa il 21% nella gara "SIC3".

Inoltre, in conseguenza della ridefinizione geografica dei lotti effettuata da Consip nella gara "SIC4", non risultava possibile effettuare, in sede di presentazione delle offerte, una spartizione in grado di riproporre in modo puntuale, sulla base dei valori effettivi, le quote storiche di Com Metodi, Igeam e Sintesi. La sola possibilità risiedeva invece nel realizzare una "scacchiera spartitoria" in base al valore dei lotti, volta a confermare il più possibile la differente importanza economica delle società coinvolte nel disegno collusivo. Nel caso di specie, i lotti in discontinuità territoriale rispetto alla precedente gara "SIC3", erano stati oggetto ed obiettivo della spartizione dell'esito di gara.

Per le nuova ripartizione dei lotti nella gara in esame e al fine di evitare che l'intero disegno collusivo non fosse più attuabile, le tre società dovevano

perciò raggiungere un'intesa innanzitutto su tali lotti in discontinuità, affinché le offerte fossero presentate in modo da garantire anche in questa gara l'equilibrio delle quote di mercato, preservando, nei limiti del possibile, la continuità territoriale, come confermato in specifiche tabelle di raffronto che erano illustrate.

Erano state individuate dall'AGCM anche “offerte di comodo”, da intendersi offerte qualificabili come “a perdere”, poiché caratterizzate da ribassi evidentemente non concorrenziali e, pertanto, formulate al solo scopo di dissimulare il disegno spartitorio, come desumibile da tabelle di calcolo e documenti esogeni richiamati.

Risultava pure che Sintesi, Com Metodi ed Igeam in alcuni casi non avevano presentato offerte economiche al fine di non disturbare la programmata aggiudicazione del lotto al soggetto di volta in volta interessato.

Infine, l'AGCM si soffermava sulle argomentazioni di Com Metodi per ribadire, confutandole, che ribassi minori presentati dalle tre società, lungi dall'essere frutto di una scelta individuale, si spiegavano alla luce della strategia collusiva, essendo stati tali ribassi consapevolmente studiati affinché non avessero alcuna valenza competitiva e fossero mere “offerte di comodo”.

Nel confutare anche le ulteriori tesi difensive, fondate sul radicamento sul territorio e sulle asserite efficienze, l'Autorità concludeva nel senso che le offerte presentate da Com Metodi, Igeam e Sintesi erano state scientemente concordate, affinché i maggiori ribassi di ciascuna di esse non si sovrapponevano con quelli delle altre società partecipanti all'intesa in alcun lotto e affinché gli altri ribassi offerti non fossero competitivi. In questo modo, le società avevano evitato qualsivoglia confronto concorrenziale in sede di gara, al fine di spartirsi i lotti in modo da cristallizzare il mercato, previo il mantenimento delle rispettive quote di mercato.

L'intesa come riscontrata doveva essere imputata unicamente alle tre società Com Metodi, Igeam e Sintesi, quali mandatarie di tre RTI, che risultavano aver predisposto e presentato le suddette offerte “a scacchiera”.

I comportamenti posti in essere da Com Metodi, Igeam e Sintesi, complessivamente considerati, facevano emergere la valenza segreta dell'intesa in esame, veicolata essenzialmente attraverso "mail", con cui erano scambiate informazioni relative alle strategie di gara, che erano condivise solo tra tali società e non coinvolgevano la stazione appaltante o altri soggetti terzi attraverso i quali i relativi contenuti potevano essere conosciuti dal mercato. La strategia delle società non era nota nemmeno alle altre società che, in qualità di mandanti, avevano partecipato alla gara in RTI con le tre società mandatarie.

A fronte di una qualificazione della fattispecie in esame quale intesa "hardcore", non risultava necessario accertarne la consistenza.

L'AGCM, quindi, esponeva i criteri di quantificazione della sanzione, che fissava in euro 1.359.022 per Com Metodi, in euro 529.790 per Igeam, in euro 477.574 per Igeamed, in euro 166.023 per Igeam Academy e in euro 700.182 per Sintesi.

Con rituale ricorso a questo Tribunale, Com Metodi chiedeva l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento in questione e di quelli correlati indicati in epigrafe.

Dopo aver ricostruito la sua strategia di partecipazione alla gara e descritto lo svolgimento del procedimento, la ricorrente lamentava, in sintesi, quanto segue.

"I. Sui vizi procedurali: violazione dell'art. 1 e ss. della L. n. 241/1990 e del D.P.R. 30/4/1998, n. 217; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti, sviamento, contraddittorietà, violazione dei principi di buona amministrazione, proporzionalità e del giusto procedimento."

Com Metodi reclamava che le era stato negato il diritto di effettiva partecipazione e del contraddittorio, dato che la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie ("CRI"), prima, e il provvedimento finale, poi, si erano discostati sensibilmente da quello di avvio, profondamente rimodulando l'ipotesi accusatoria posta alla base della istruttoria, estromettendo le

mandanti di ciascun RTI e la società Exitone, riformulando le accuse nei confronti di soli tre RTI invece di quattro, come pure originariamente rappresentato.

La richiesta di proroga al fine di fronteggiare tali modifiche era stata respinta dall'Autorità e la ricorrente aveva avuto solo trentuno giorni effettivi per controdedurre a una istruttoria durata un anno e mezzo. L'AGCM aveva invece prorogato invece, a suo fine, la durata del procedimento per ben due volte, con violazione della normativa applicabile, di cui al relativo Regolamento e alla l. n. 241/90.

“II. Sull'incompleto ed errato inquadramento fattuale alla base del Procedimento: eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna, illogicità manifesta.”

La ricorrente rilevava che i documenti “esogeni” su cui si era fondata l'Autorità erano pochi e interpretati in modo unilaterale. L'interpretazione degli elementi “endogeni”, invece, era basata su un sostanziale travisamento dei fatti e del settore di riferimento così da consentire all'AGCM stessa di liberarsi dal suo onere della prova, dato che è l'Autorità a dover dimostrare il collegamento e la coerenza tra i vari eventi che ritiene alla base dell'intesa e, conseguentemente, a provare che tali elementi non siano razionalmente giustificabili in maniera alternativa.

In particolare, l'Autorità si era basata sulla segnalazione di Consip senza vagliarne l'attendibilità, aveva incentrato l'attenzione sull'offerta di Sintesi deducendone i collegamenti con le altre, aveva escluso frettolosamente il coinvolgimento di Exitone. In realtà, i documenti presi in considerazione provenivano tutti da quest'ultima società, quali mero scambio di “email” interno volto a ventilare un illecito altrui. Inoltre, l'AGCM aveva ignorato le circostanziate e documentate deduzioni svolte dalle Parti in sede di audizione, non svolgendo alcuna argomentazione sul punto relativa alla posizione di un rappresentante di Exitone e sulla circostanza per la quale era stato impugnato l'esito della gara avanti alla g.a.

Per la ricorrente priva di consistenza logica era la circostanza per la quale le tre società accusate, costituenti solo l'11% del mercato, avevano potuto dare luogo a un'intesa spartitoria a danno di tutte le altre partecipanti, escludendo dal perimetro della stessa molteplici imprese ed operatori di primario rilievo.

“A) Sugli elementi esogeni?”.

La ricorrente sosteneva che dei pochi documenti valorizzati dall'AGCM per sostenere l'intesa nessuno provava o conteneva indizi di contatti diretti o indiretti tra Com Metodi, Igeam e Sintesi aventi per oggetto, o per effetto, di influenzare il comportamento degli altri in sede di offerta o informarli delle proprie strategie di offerta nella gara; semmai, i documenti valorizzati erano sostanzialmente tutti ascrivibili alla sola Igeam.

Nessun documento provava il minimo contatto, neanche indiretto o avente ad oggetto tematiche diverse da “SIC4”, tra Sintesi e le altre due parti dell'asserito illecito, richiamandosi citazioni solo da Exitone in uno specifico documento.

L'AGCM non aveva tenuto conto che Igeam, in relazione a un documento a essa riconducibile, non aveva considerato, oltre alle offerte di Sintesi e Com Metodi, anche offerte di Exitone e di altre due imprese che, parimenti, avevano partecipato alla precedente “SIC3”, per cui non si comprendeva come Sintesi potesse essere coinvolta nell'intesa. Inoltre, all'epoca della presentazione delle offerte per la gara “SIC4”, la ricorrente e Igeam collaboravano in quanto partecipanti nello stesso RTI che si era aggiudicato tre lotti nella precedente gara “SIC3”, per cui l'esistenza di contatti tra di loro era pienamente giustificata, così come era plausibile che il rapporto potesse continuare anche per la gara “SIC4”, anche se nell'incontro del 13 ottobre 2016, ove non si era dato luogo ad alcun accordo di spartizione, tale eventualità era stata esclusa proprio da Com Metodi.

Una “email interna” di Igeam, in cui erano trattati i punti che Igeam avrebbe dovuto usare per convincere Com Metodi a partecipare insieme in RTI anche alla “SIC4”, anche con riferimento alle nuove aree geografiche ricomprese nei

diversi lotti di gara, riferiti a Abruzzo e Basilicata, riguardava una pattuizione lecita ed essenziale rispetto alla causa del contratto di RTI di tipo orizzontale e la proposta di Igeam era esclusivamente riferita a una eventuale suddivisione interna al raggruppamento, anche se poi le offerte proposte dalle due società in sede di gara non erano state corrispondenti.

Le posizioni non coincidenti tra Com Metodi e Igeam in ordine alla partecipazione alla nuova gara erano desumibili da altre “mail” e gli sconti della gara “SIC3”, trasmessi da Com Metodi a Igeam, erano relativi a un dato reso pubblico dalla stessa Consip sul proprio sito “web”.

I residui documenti, poi, si limitavano a riportare talune considerazioni sui prezzi di una delle imprese partecipanti alla gara “SIC4”, sulle tempistiche della procedura, sul numero dei partecipanti nonché a commentare i ribassi di una concorrente “a valle” dell’apertura della O.E., per cui nessuna informazione strategica risultava scambiata.

“B) Sugli elementi endogeni”.

Parimenti, gli elementi endogeni portavano - per la ricorrente - a un’errata ricostruzione dei fatti.

I ribassi effettuati dovevano leggersi non nel disegno spartitorio ipotizzato, ma nella legittima aspettativa di aggiudicarsi i lotti che Com Metodi si era già aggiudicata nella precedente “SIC3”, alla luce dei minori costi che comportava il rimanere sui lotti già attivi, eventualmente cercando di aggiudicarsi uno o due lotti ulteriori, purché a prezzi vantaggiosi.

L’AGCM non aveva tenuto conto delle numerose attività propedeutiche necessarie all’adesione delle singole Amministrazioni, alle modifiche richieste o all’ammortizzazione dei costi in caso di non adesione. Spiegava la ricorrente che le attività preliminari alla (eventuale) emissione di un “OPF” comportano l’ingente impiego di risorse umane e strumentali, che generano notevoli costi i quali non trovano copertura in nessun specifico corrispettivo ma, “...nella logica delle Gare SIC, devono trovare remunerazione (sono “affogati”) nei corrispettivi previsti dalla convenzione e dovuti solo nel caso in cui si

addivenga all'emissione dell'OPF e solo a seguito dell'esecuzione di attività oggetto di OPF". Vi era stata, quindi, da parte dell'AGCM una errata valutazione del contesto di mercato.

La conoscenza delle Amministrazioni consente a queste di aderire più favorevolmente alla nuova convenzione e permette, anche, maggior celerità nei sopralluoghi e la redazione di PDA più attinenti alle esigenze dei clienti che, quindi, meno probabilmente chiederanno modifiche ovvero lavoro aggiuntivo, come osservato anche da altre società escluse dal disegno collusivo invece ipotizzato dall'Autorità.

Riguardo alle mancate offerte su altri lotti (lotto 2, Lombardia e Trentino), nonostante nella "SIC3" avesse "servito" il Trentino in RTI con Igeam, la ricorrente evidenziava che la precedente offerta era dovuta non a un interesse commerciale ma perché la stessa regione era inserita in un lotto territorialmente vasto, che ne comprendeva altre tre. Nella "SIC4" oltre al Trentino vi era la Lombardia che in passato era sempre stata servita da Sintesi, la quale aveva chiaramente sviluppato un vantaggio competitivo in sede di gara, per cui le probabilità di vittoria di tale lotto da parte di Com Metodi erano sostanzialmente ridotte.

Razionale, invece, era stata la scelta di partecipare ai lotti 3 e 5 nonostante, in questi territori, la ricorrente non fosse già "incumbent", poiché conosceva benissimo le amministrazioni già aderenti – avendo in passato operato direttamente o quale mandataria di RTI - e quindi potenzialmente interessate, nonché i servizi di possibile interesse e il valore dei contratti stipulabili. I lotti comprendenti Abruzzo e Basilicata, al contrario, erano territori di interesse marginale in termini di fatturato realizzabile e relativi margini.

Inoltre, regioni di interesse rilevante, quali il Veneto, il Friuli e l'Emilia Romagna, risultavano essere state assegnate in modo opposto rispetto al presunto accordo.

Da disattendere era la conclusione di Consip in base alla quale lo svolgimento dei servizi non avrebbe significativi costi fissi, contrariamente a quanto

sostenuto dalla stessa Consip nel giudizio avanti al g.a. avverso l'esito della gara; così come rilevanti erano i costi di "marketing", sminuiti dalle dichiarazioni della stazione appaltante, che avevano uno specifico punteggio da assegnare.

Né era rilevante sul punto il confronto con Exitone sulla gara "SIC3" e non condivisibile era anche la conclusione per la quale vi sarebbe stato un elevato "turnover" delle amministrazioni nell'ambito delle "gare SIC". Ciò perché la pregressa presenza in un determinato territorio è rilevante non solo in termini di amministrazioni aderenti, ma anche di valore degli ordini per amministrazione.

Le differenze nei ribassi offerti per i lotti 3 e 4 erano attribuibili sia al differente posizionamento che la ricorrente aveva nelle regioni che componevano tali lotti nel corso della precedente edizione della gara, sia alla diversa marginalità che Com Metodi era stata in grado di realizzare nelle relative regioni.

Inoltre, sul calcolo riportato nell'appendice al provvedimento, la ricorrente affermava che esso era stato effettuato "...senza considerare che: i) le efficienze di costo sono state valutate solo in relazione alla formazione delle offerte e non in relazione alle caratteristiche della domanda, che variano da lotto a lotto; ii) le offerte vengono effettuate in base a una molteplicità di fattori e non solo quelli dell'indicatore dell'Appendice economica allegata al Provvedimento; iii) per dimostrare l'asserita anomalia delle offerte delle Parti, queste avrebbero dovuto essere analizzate non con il modello teorico ipotizzato dall'AGCM che, per i motivi sopra esposti, risulta carente, ma, semplicemente, con le offerte delle altre imprese non investigate." A ciò doveva aggiungersi che l'AGCM si era limitata ad analizzare le offerte esclusivamente sotto il profilo delle "OE", senza spendere neanche una parola sull'"OT" e sul preponderante valore dell'offerta tecnica su quella economica.

Le gare “SIC3” e “SIC4” non erano confrontabili e gli sconti offerti nella prima non potevano avere valore di raffronto con quelli offerti nella seconda, dove la formula era incentrata sul ribasso medio della singola categoria di servizio e l’obiettivo dell’impresa non era quello di massimizzare il ribasso ma di offrire un ribasso superiore all’offerta media, come da tabella che era riportata.

Rilevante era che Com Metodi avesse effettuato sei offerte in coerenza con l’assegnazione massima di lotti per ciascun operatore, prevista dalla gara “SIC4”, e che solo le imprese senza alcuna precedente operatività in queste gare avevano presentato offerte non differenziate tra i diversi lotti. Inoltre, le offerte che il provvedimento impugnato considerava “di comodo” erano caratterizzate da punteggi totali abbondantemente superiori rispetto alla media dei punti assegnati ai partecipanti ai singoli lotti.

La ricorrente contestava anche la validità dell’analisi economica svolta dall’AGCM, che aveva preso in considerazione, oltre alla qualità di “incumbent”, anche altri fattori diversi dai prezzi offerti, come le differenze del valore medio dei contratti realizzati nei vari lotti, il differente “mix” di servizi ordinati, la logistica territoriale e l’esperienza maturata nei medesimi, come si evinceva anche dai giustificativi dei prezzi offerti acquisiti nel procedimento.

Com Metodi aveva considerato non solo le commesse da lei gestite, ma tutte quelle attivate nel lotto sia direttamente da lei gestite, sia gestite da altri componenti del RTI, e l’AGCM aveva valutato il fatturato “per cliente” e non quello “per contratto”, non tenendo conto che ogni contratto invece ha una propria gestione e quindi necessita di un suo preventivo, di una sua specifica rendicontazione, di una sua specifica fatturazione; pertanto, il dato reale da prendere in considerazione non poteva che essere quello relativo ai singoli contratti gestiti e non al cliente.

In più, la ricorrente osservava una carenza istruttoria che ha riguardato gli elementi esogeni con riferimento alla posizione di Exitone in riferimento ai

ribassi praticati da Sintesi.

“III. In via subordinata, sulla Sanzione: eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti, sviamento, contraddittorietà, illogicità, anche con riferimento alla Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152”.

In subordine, sull'entità della sanzione, la ricorrente contestava il valore di “gravità” riconosciuto dall'AGCM, quello di segretezza, e la mancata considerazione degli effetti, ed evidenziava che l'Autorità si era limitata a “liquidare” la questione sulla base di una acritica qualificazione delle imprese investigate come “leader” del mercato, anziché procedere all'analisi delle offerte delle altre imprese che avevano partecipato alla gara – ivi inclusa, l'analisi della componente tecnico-qualitativa delle rispettive offerte – unico modo questo per comprendere realmente se le condotte poste in essere avrebbero potuto integrare la fattispecie di cui all'art. 101 del TFUE.

Infine, in relazione all'attenuante riconosciuta per l'applicazione della “compliance antitrust”, il Provvedimento per la ricorrente era meritevole di censura in quanto carente sotto il profilo della motivazione sul “quantum” della riduzione.

Si costituiva in giudizio l'Autorità intimata per resistere al ricorso, affidando a una distinta memoria per la camera di consiglio l'illustrazione delle tesi orientate a rilevarne l'infondatezza.

Con l'ordinanza in epigrafe, questa Sezione rigettava la domanda cautelare.

In prossimità della trattazione di merito proponevano intervento “ad opponendum” la GI.One s.p.a. e la Exitone s.p.a., la prima quale affittuaria del complesso aziendale della seconda, che aveva partecipato a suo tempo al procedimento, risultando estranea all'accordo restrittivo secondo le conclusioni dell'AGCM.

Tutte le parti depositavano memorie illustrative (alcune anche “di replica”).

Parte ricorrente presentava istanza di discussione da remoto ai sensi dell'art. 4 d.l. 30 aprile 2020 n. 28, conv. in l. n. 70/2020; l'AGCM e le intervenienti chiedevano il passaggio in decisione.

All'udienza del 10 giugno 2020, tenutasi ai sensi dell'art. 84 d.l. n. 18/20 e dell'art. 4 d.l. n. 20/20 citt., la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, al non più sommario esame della fase di merito, rileva la condivisibilità delle tesi espresse del ricorso, nei sensi che si vanno a illustrare. Per quanto riguarda il primo motivo di ricorso, di ordine procedurale, il Collegio ne rileva comunque l'infondatezza.

Sul diniego di proroga alla ricorrente e sull'autoassegnazione di proroghe alla stessa AGCM, il Collegio osserva che in questo caso non criticabile è la posizione dell'Autorità, che ha chiarito come il diniego di proroga era stato giustificato dal sufficiente tempo a disposizione per contraddire, a ben vedere di oltre trenta giorni, e come le "autoproroghe" disposte siano state necessitate dall'ampia documentazione depositata dalle Parti in occasione delle memorie conclusive e delle complesse questioni sollevate nel corso dell'audizione finale, non comportanti comunque alcun mutamento degli addebiti rispetto alla CRI stessa.

Non risulta, poi, che l'addebito di cui alla CRI sia stato differente, nella sostanza, da quello di cui al provvedimento finale, in merito al quale la ricorrente ha fornito ampie deduzioni difensive nel corso del procedimento e in occasione dell'audizione finale.

Chiarito ciò sulla questione "procedurale", il Collegio passa ad esaminare congiuntamente il secondo, articolato, motivo, che si sofferma "nel merito" della questione, rilevandone la fondatezza per quanto si va a precisare.

Prima di inoltrarsi nell'esame delle deduzioni specifiche della ricorrente, il Collegio ritiene opportuno soffermarsi su alcuni presupposti generali più volte evidenziati (da ultimo, TAR Lazio, Sez. I, 18.5.20, n. 5275), ricordando che l'art. 101 TFUE vieta "*...tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il*

gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:... c) ripartire i mercati...".

Senza dilungarsi oltremodo sui presupposti che la giurisprudenza ha individuato ai fini della valutazione di legittimità di provvedimenti sanzionatori in materia "antitrust", peraltro ben noti alle parti costituite che ne hanno fatto ampio richiamo nelle proprie difese, il Collegio evidenzia, in sintesi, quanto più volte precisato sul punto (per tutte, da ultimo: TAR Lazio, Sez. I, 16.3.20, n. 3264).

E' noto che l'intesa restrittiva vietata dall'art. 101, paragrafo 1, TFUE può realizzarsi sia mediante un "accordo" sia mediante una "pratica concordata" che, in materia "antitrust", non si esaurisce nell'istituto civilistico del contratto, ma comprende anche fattispecie che, senza poter essere qualificate "contratti", non si risolvono neanche in mere "pratiche" ma si presentano come manifestazioni di volontà impegnative (sul piano sociale, e non necessariamente anche sul piano giuridico) di due o più soggetti, nelle quali resta irrilevante la forma, così come non rileva che l'accordo sia stato concluso, o meno, da soggetti muniti di potere di rappresentanza delle imprese partecipanti (v. Corte Giust. UE, 7 febbraio 2013, C-68/12; Trib. I° grado CE, 24 ottobre 1991, T-1/89), essendo sufficiente che esponenti aziendali abbiano, di fatto, impegnato le rispettive imprese all'attuazione dell'intesa.

Storicamente, la "pratica concordata" rilevante emerge come qualificazione indiretta dell'esistenza di un accordo, rappresentando dunque non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale, rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata dal diritto "antitrust", indicativa dell'esistenza di una concertazione voluta e consapevole tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato (per tutte: Cons Stato, Sez. VI, 28.2.17, n. 928).

La pratica concordata corrisponde, quindi, a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo contrattuale, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, devono essere intesi alla luce dei principi in materia di "concorrenza", secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però, rigorosamente, che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (v. sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 4.9.15, n. 4123);

Ne consegue che l'eventuale qualificazione, da parte dell'Autorità "antitrust", di una determinata situazione di fatto come "pratica concordata", anziché come "accordo", non vale ad immutare la sostanza dei fatti materiali addebitati alle imprese sanzionate per un'intesa restrittiva della concorrenza, rilevando la distinzione tra le diverse forme di manifestazione dell'intesa vietata primariamente sul piano del regime probatorio.

A questo proposito, valga rilevare che, per costante giurisprudenza, è sufficiente che il complesso di indizi invocato dall'Autorità procedente debba essere valutato globalmente e non in maniera "atomistica". E' infatti usuale che le attività derivanti da pratiche e/o accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo non apertamente dichiarato, che le riunioni tra i rappresentanti delle parti siano riservate e che la documentazione ad esse relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l'Autorità individui documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni: pertanto, nella maggior parte

dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere inferita da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle norme sulla concorrenza.

Pertanto, tenuto conto della notorietà del divieto di partecipare ad accordi anticoncorrenziali, non si può pretendere che l'AGCM produca documenti che attestino in modo esplicito un contatto tra gli operatori interessati, dovendo gli elementi frammentari e sporadici di cui essa potrebbe disporre, in ogni caso poter essere completati con deduzioni che permettano di ricostituire taluni dettagli, con la conseguenza che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale può essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza (per tutte, da ult.: TAR Lazio, Sez. I, n. 3264Valga/20 cit. e Trib. UE, 12.7.11, T-113/07);

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

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificialmente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie da dimostrare sulla base di elementi di prova "endogeni", ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o

almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, e la seconda sulla base di elementi di prova “esogeni”, ossia di riscontri esterni circa l’intervento di un’intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente esogeni – si riflette sul soggetto, sul quale ricade l’onere della prova: nel primo caso, la prova dell’irrazionalità delle condotte grava sull’Autorità, mentre, nel secondo caso, l’onere probatorio contrario viene spostato in capo all’impresa. In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell’Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell’ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall’Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell’impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall’istruttoria emerga che le pratiche possano essere stati frutto di una concertazione esplicita e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l’onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (sulla ricostruzione della fattispecie delle pratiche concordate anticoncorrenziali, in punto di giurisprudenza dell’Unione, v: Case 41, 44 e 45/69 ACF Chemiefarma NV v Commission [1970] ECR 661, Polypropylene [1986] OJ L230/1, Cases 48-57 ICI v. Commission [Dyestuffs 1972] ECR619; cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 Cooperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA v Commission [1975] ECR 16634, Case 172/80 Zuechner v Bayerische Vereinsbank [1981] ECR2021).

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione può perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

In sostanza, il Consiglio di Stato ha riassunto tali principi di recente (Sez. VI, 27.4.20, n. 2674), evidenziando che: *"...La giurisprudenza comunitaria distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, in cui la prima fattispecie è da dimostrare sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 102).*

La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2925):

- *nel primo caso (elementi endogeni), la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità;*
- *nel secondo caso (elementi esogeni), l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.*

In tale contesto normativo la giurisprudenza ha da sempre escluso che la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a suffragare l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata, salvo il caso eccezionale nel quale l'anomalia dell'appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un'intesa illecita sul versante concorrenziale.

In definitiva, in assenza di elemento ulteriore di riscontro, il parallelismo si appalesa ex se sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad una iniziativa differenziatrice.

La dimostrazione dell'accordo o della pratica concordata si concreta, in altri termini, nella prova logica, il cui onere incombe in capo all'Autorità, rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali.

Più nel dettaglio, va nello stesso tempo segnalato (e tale puntualizzazione appare relevantissima nel caso in esame, ad avviso del Collegio) che il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile.

È infatti importante tener presente che l'art. 101 TFUE, 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. tra le tante, Corte giust., cause riunite C-23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85)."

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità "antitrust", infine, nella giurisprudenza (v., per tutte, Corte Cass., Sez. Un., 20.1.14, n. 1013) è stato puntualizzato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della

legittimità di tale provvedimento. Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come ad esempio nel caso della definizione di “mercato rilevante” – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Il giudice amministrativo, pertanto, in relazione ai provvedimenti “antitrust” dell’AGCM, esercita un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, mentre, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all’AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 2947).

Valga osservare che, in merito, tali principi sono stati anche recepiti dal legislatore con l’art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Ebbene, applicando tali principi al caso di specie, il Collegio rileva in primo luogo che emerge l’assenza di elementi “esogeni” che coinvolgano Sintesi e, quindi, che possano sostenere la sussistenza di incontri e accordi “a tre” per pianificare una condotta anticoncorrenziale.

Dalla lettura del provvedimento impugnato, in effetti, non si riscontra alcun elemento che possa individuare un “contatto”, sia pure indiretto, tra Sintesi e le altre due imprese, prima della presentazione delle offerte e comunque ai fini di concertare una “tattica” di gara.

Solo a partire dal par. 111, infatti, si fa riferimento a “contatti” tra le società inerenti la gara ma il primo – e quasi unico – elemento in tal senso è costituito da un resoconto interno reperito presso Igeam, definito come preparatorio di un incontro con Com Metodi in data 13 gennaio 2016. In tale resoconto interno non si fa cenno a Sintesi e il contenuto, di per sé interpretabile alternativamente a quanto ritenuto dall’AGCM, contiene l’espressione “vinciamo tutti e due” che non fa certo propendere senza esclusione di alternative per l’esistenza di un’intesa “a tre”.

Altro elemento esogeno è quello relativo all’invio da Com Metodi a Igeam - in un momento in cui tali due imprese avevano già deciso di non rinnovare la partecipazione in RTI (di cui alla gara “SIC3”) ed erano in preparazione le offerte per la “SIC4” - degli sconti relativi alla gara “SIC3”, a testimonianza – dice l’AGCM – del clima di amichevole collaborazione tra le “due” società (par. 113, in fine). Anche qui, osserva il Collegio, nessun riferimento o coinvolgimento a Sintesi.

Il par. 114 del provvedimento impugnato, poi, richiama un nuovo scambio del 7 marzo 2016, in prossimità della scadenza per la presentazione delle offerte, tra Igeam e Com Metodi sulla gara “SIC4”, che fa riferimento all’assenza di proroghe, e il par. 120 una nota di Igeam a Com Metodi del 29 agosto 2017 prima dell’apertura delle buste con le offerte economiche, in cui si commenta il numero delle stesse. Analogamente, Sintesi non è nominata né emergono elementi per un suo coinvolgimento anche indiretto.

Risulta poi un “commento interno” della sola Igeam del 14 settembre 2017 (par. 121), in cui si individua come unico concorrente temibile Exitone, e uno del 19 settembre 2017, dopo l’apertura delle offerte economiche, tra Igeam e Com Metodi riferito ai giustificativi dell’offerta di un’ulteriore impresa. Sempre in assenza di Sintesi, è richiamata una “mail”, ma interna a Exitone, del 19 settembre 2017, dove per la prima volta viene richiamata Sintesi a commento dei ribassi offerti unitamente a quelli di Igeam e Com Metodi, al

fine di dimostrare la sussistenza di un'intesa in virtù della individuazione di offerte "a scacchiera", sulla falsariga di quanto rilevato poi dall'AGCM.

Null'altro è rilevabile come elemento esogeno in grado di coinvolgere Sintesi. Ciò è ulteriormente confermato nelle valutazioni conclusive dell'Autorità (parr. 189 e ss.), ove sono sostanzialmente richiamati, quali elementi esogeni, i medesimi documenti sopra ricordati e non altri.

In sostanza, il Collegio non può non osservare come, senza la presenza anche di un solo documento o elemento esogeno di qualunque tipo che giustifichi il coinvolgimento di Sintesi, sia difficile configurare una pratica concordata tra i tre soggetti, al fine di presentare offerte "a scacchiera", prima dello svolgimento della gara.

La prova, quantomeno indiziaria, del coinvolgimento di Sintesi era altresì necessaria per identificare proprio la ragionevolezza dello schema "a scacchiera", sulla base del quale l'AGCM si è a lungo soffermata, perché se Sintesi non era stata coinvolta in tutte le fasi preparatorie e di "tattica", appare ben difficile anche solo ipotizzare un tipo di collegamento "a tre" come quello contestato.

Inoltre, sempre rimanendo nell'alveo degli elementi esogeni che coinvolgerebbero la ricorrente, l'AGCM richiama un resoconto interno su un incontro che ha avuto luogo il 13 gennaio 2016. In esso si legge testualmente: *"Contesto di riferimento. L'esperienza in corso è stata una scelta che si è dimostrata giusta e, tenuto conto dell'impostazione della nuova gara, questo è ancora vero (alchimie diverse sui lotti porterebbero a risultati molto più incerti e con un dispendio di energie assolutamente maggiore)".* Inoltre, *"Win-Win. La ripartizione dei lotti rimane la medesima e le due nuove regioni ce le dividiamo ovvero Basilicata a loro e Abruzzo a noi (vinciamo tutti e due)".*

Da una lettura non preconstituita di tale documento ma contestualizzata, il Collegio rileva che in quel momento le due imprese già erano da tempo in contatto per la gara "SIC3" e una (Igeam) aveva proposto all'altra di continuare l'esperienza, per cui l'espressione "Abruzzo a noi" ben poteva

essere interpretata – soprattutto in assenza di contatti con Sintesi – nel senso di “noi” solo se in RTI in “SIC4” e “loro” quale qualunque impresa terza, non necessariamente Sintesi. Anche l’espressione “Win-Win”, ben poteva essere indirizzabile al profitto al 50% per le due imprese, che stavano dialogando solo tra loro, per l’eventuale convenienza di un nuovo RTI.

Valga notare, in merito, che la legge di gara “SIC4” non prevedeva il divieto di partecipare in RTI alle imprese che lo stesso RTI avevano costituito in “SIC3”, così che appare quasi naturale che società legate per gli stessi servizi potessero ragionare sull’utilità o meno di continuare l’esperienza, senza che per questo si possa necessariamente individuare una volontà di partenza per dare luogo a intese anticoncorrenziali.

La fondatezza di tale spiegazione “contestualizzata” è poi rafforzata dalla circostanza per la quale, alla richiesta di Igeam, Com Metodi aveva risposto negativamente, per cui tale “programma” spartitorio con partecipazione in RTI, di cui a tale documento, non si era comunque realizzato secondo le aspettative di Igeam, e non è chiaro come questa abbia potuto ritenere di continuare in un accordo secondo uno schema non condiviso (da Com Metodi che decideva di non partecipare di nuovo in RTI e da Sintesi che non era stata nominata).

Che risulti, poi, l’invio in data 27 gennaio 2016 da parte di Com Metodi a Igeam degli sconti praticati in “SIC3” ben poteva essere giustificato dalla partecipazione a tale gara in RTI, per cui l’“amichevole collaborazione” stigmatizzata dall’AGCM non necessariamente doveva andare nel senso di una volontà anticoncorrenziale, fermo restando che gli sconti offerti dai partecipanti nella “SIC 3” erano informazioni di pubblico dominio e Igeam, non trovandole nei propri archivi, ben poteva farne richiesta alla propria mandataria in “SIC3”, con cui il servizio continuava e giustificava, sul punto, quel rapporto di “amichevole collaborazione” osservato dall’AGCM.

Per quanto riguarda alcune “mail interne” ad Igeam, esse fanno riferimento solo allo studio di un algoritmo di gara, ben logicamente utilizzabile per

definire la strategia di partecipazione alla procedura, con un'attività normalmente riconducibile a ogni impresa che intenda partecipare a una gara complessa nell'attribuzione dei punteggi come quella in esame.

Per quanto riguarda l'ulteriore documentazione presa in esame dell'AGCM, ove Igeam, esaminando gli esiti della fase amministrativa di gara, mostrava preoccupazione solo per Exitone, qualificato come unico concorrente "veramente temibile", essa può anche non necessariamente indicare che la società era sicura di non avere altri concorrenti sui lotti, dato che ulteriori offerte erano state presentate sui medesimi e, se Exitone era definita "veramente temibile", poteva ben significare che altri comunque erano pur sempre "temibili" ma in grado minore.

In definitiva, la spiegazione alternativa fornita, secondo cui in tali documenti si dava luogo a una mera ricognizione delle prospettive di gara – in assenza di altri elementi esogeni più diretti e specifici –, appare plausibile e, quindi, alternativa a quella unicamente volta alla ricognizione di un'intesa anticoncorrenziale come quella invece seguita dall'AGCM.

L'ulteriore elemento "esogeno" che l'AGCM richiama a sostegno delle sue tesi è quello legato a una nota del 7 marzo 2016, prima delle presentazioni delle offerte, ove Igeam scriveva a Com Metodi *"non ci saranno proroghe rispetto alla data di presentazione dei plichi, fissata per il 17.03.2016"*. Anche in questo caso non se ne desume una volontà di dare luogo all'intesa ma ben poteva essere considerata la comunicazione come "neutra", nel senso che è possibile che due imprese partecipanti in RTI alla gara precedente si scambino informazioni sulla sussistenza o meno di una proroga per la presentazione delle offerte per la nuova, notizia – a quel che consta – non riservata e conoscibile anche da tutte le altre partecipanti e che comunque non porta indizi di alcun tipo su una strategia concordata.

L'affermazione dell'AGCM, secondo cui *"...prima di presentare ciascuna la propria offerta, le due società si confrontano nuovamente in merito alla Gara SIC4, nonostante, come visto, avessero già deciso di partecipare alla gara in maniera separata,*

come mandatarie di due distinti RTP non corrobora di per sé l'esistenza di un disegno spartitorio – ferma restando l'assenza di ogni richiamo a Sintesi, eventuale terza collusa – dato che tale “confronto” sulla “SIC4”, si era limitato a una notizia generica e “neutra” rispetto al contenuto delle offerte, il cui contenuto non traspare da alcun altro documento.

In definitiva, sugli elementi esogeni, non si rileva la sussistenza di reiterati, inequivocabili, scambi di informazione, su dati sensibili o altri elementi utili, a fare propendere per una concertazione consapevole tra Igeam, Com Metodi e Sintesi su una strategia di gara al fine di presentare offerte “a scacchiera”.

Sotto tale profilo, pertanto, si palesa il lamentato difetto di istruttoria.

Prendendo in esame gli elementi endogeni – e sempre in considerazione dell'assenza di elementi esogeni che richiederebbe una consistenza di tali endogeni molto robusta e inattaccabile – il Collegio rileva che anche in questo caso le tesi della ricorrente sulla sussistenza di spiegazioni plausibili e alternative alla mera anticoncorrenzialità “a tre” possono rinvenirsi.

All'uopo appare utile quanto è emerso dall'audizione di “Consilia” in sede istruttoria, da cui risulta come anche tale impresa abbia affermato che, per dare luogo alla sua strategia, “...la scelta dei lotti ai quali partecipare è stata dettata dal valore dei lotti, in quanto sono stati scelti i lotti con aspetto territoriale e dimensionale minore, che Consilia ha considerato fossero meno appetibili per gli operatori storici del mercato” e ove questa afferma di aver valutato la “propensione delle amministrazioni a sottoscrivere la convenzione sulla base dei dati disponibili rispetto alle precedenti gare”. Appare dunque plausibile che tali ultimi dati – comunque in possesso di Igeam e Com Metodi in virtù della precedente partecipazione in RTI alla “SIC3” – possano essere stati sfruttati anche da tutte le imprese, quasi tutte, in relazione alla specifica conformazione del mercato di riferimento, già partecipanti alle precedenti edizioni, singolarmente o in raggruppamenti di imprese, dati comunque valutabili per tutte in corso di servizio (2016) e non a consuntivo (nel 2018) come operato dall'AGCM.

Ne deriva che ben una concorrente poteva decidere di mirare a lotti meno contesi, dove, comunque, poteva vantare un maggior radicamento sul territorio, presentando sconti più incisivi in tali lotti rispetto ad altri meno appetibili.

La sussistenza di un sufficiente numero di “outsider” rispetto alle ritenute tre imprese colluse dava luogo a una prospettiva di “intesa” che non plausibilmente avrebbe funzionato fra tali sole imprese, proprio per la presenza di un alto numero di concorrenti, peraltro tutti in RTI.

In sostanza, rilevavano per tutte le partecipanti la collocazione territoriale della potenziale clientela e la pregressa conoscenza della stessa.

Oltre a tali osservazioni di ordine generale, nello specifico il Collegio rileva che parte ricorrente ha fornito una spiegazione alternativa e plausibile al suo comportamento, spiegazione che – specularmente rispetto a quanto detto in ipotesi per gli elementi indiziari che fornisce l’AGCM – deve essere contestualizzata e vista in un’ottica di insieme, anche in relazione alle giustificazioni alternative fornite dalla altre ritenute partecipanti all’intesa, di cui alle rispettive sentenze su ricorsi andati in decisione alla medesima udienza di quella odierna.

In particolare, per giustificare la sua offerta in determinati lotti, è stata richiamata la c.d. “incumbency” sul territorio, originata dalle precedenti esperienze nelle due gare “SIC”, che comportava rilevanti risparmi di costo perché consente di abbattere i c.d. “sunk cost” per Amministrazione stipulanti che li avevano visti già abbattuti.

La mancata presentazione di offerta nel lotto 2 è stata giustificata dalla ricorrente tenendo presente – a differenza di quanto genericamente considerato dall’AGCM – che la gara “SIC3” e la gara “SIC4” erano diverse nella sostanza, che tale lotto aveva al suo interno anche la Lombardia, regione non presente nel precedente di cui alla gara “SIC3” che vedeva il Trentino Alto Adige, su cui altra società era stata sempre presente (Sintesi).

Di contro, le offerte “aggressive” erano state per la ricorrente nel lotto 7 (Campania e Molise, serviti nella “SIC 3”, allora lotto 5) e nel lotto 8 (Puglia e Basilicata; la prima pure servita direttamente nella “SIC 3” e compresa nell’allora lotto 5). Non era stato presentato analogo ribasso nel lotto 4 (composto da Emilia-Romagna, Marche e Abruzzo), perché nella precedente aveva operato solo nella prima ma era stata assente nelle altre due.

Nel precedente lotto 3 di cui alla gara “SIC3”, con l’Emilia, vi erano Veneto e Friuli Venezia Giulia e nella “SIC4” la ricorrente aveva dato luogo a ribasso infatti più consistente avendole “servite” in RTI con Igeam.

La spiegazione plausibile – in assenza, come detto di altri elementi – è dunque quella per la quale erano state formulate offerte per ottenere territori più remunerativi, in quanto già serviti (Puglia e Campania), erano state abbandonate quelle allo stato meno redditizi (Emilia-Romagna) e si era cercato di aggiudicarsi regioni, (Veneto e Friuli), la cui redditività era stata comunque valutata nelle gare “SIC2” e “SIC3”.

Tali ragionamenti, peraltro, erano stati sostenuti anche in una specifica “analisi economica” allegata, su cui però l’AGCM non ha svolto approfondimenti. Tutto ciò per evidenziare che tali modalità di calcolo, presentate dalla ricorrente nelle perizia e/o comunque prospettate dalla stessa nel corso dell’istruttoria, dovevano essere oggetto di approfondita valutazione da parte dell’AGCM, la quale, invece, anche nelle difese in questa sede si è limitata a fondarsi sulle tabelle economiche in appendice al provvedimento, a loro volta basate sulla falsariga di quanto prospettato da impresa terza.

Il ragionamento sulla “redditività” – illustra la ricorrente – era da valutare non sulle clientele pubbliche direttamente gestite ma sul coacervo della gestione effettuata in RTI con Igeam.

Sulle ritenute offerte “di comodo” – che l’AGCM ricava considerando il ribasso medio minimo nella “SIC3” – non illogica appare la spiegazione della ricorrente, secondo cui vi erano differenze tra la “SIC3” e la “SIC4”, come evidenziato pure nella suddetta analisi economica, relativamente ai “macro-

criteri” per l’attribuzione dei punteggi tecnico ed economico, ai punteggi economici massimi attribuiti alla singola voce di ribasso e alla struttura della formula per gli sconti di prezzo, in una situazione che vedeva anche la riduzione del valore della base d’asta della “SIC 4” rispetto al valore della “SIC 3”.

In sostanza – in assenza di altri elementi – ben plausibile e “alternativa” nel senso sopra riportato e individuato dalla giurisprudenza è la spiegazione fornita dalla ricorrente, per la quale il maggior ribasso contestato dall’AGCM era stato indotto dalla presenza di seri concorrenti e la rinuncia a una parte di utili d’impresa sarebbe stata “compensata” da tutti i benefici legati all’aver “vinto” lotti e quindi all’aver ottenuto economie di scala.

Non si nota un disegno spartitorio “a tre”, come ipotizzato dall’AGCM, anche perché non risulta approfondito il quadro generale legato alle offerte di tutti i partecipanti.

Alla luce di quanto dedotto, le difese dell’AGCM e i contributi delle altre parti costituite non scalfiscono tale conclusione, limitandosi a prospettare una soluzione coincidente con quella dell’accordo “spartitorio” ma non riuscendo a dimostrare l’irrazionalità della spiegazione alternativa offerta dalla ricorrente.

Nella ricostruzione dell’Autorità si tiene conto solo della posizione delle tre imprese e dello schema “a scacchiera” che, se indubbiamente suggestivo, può trovare però spiegazione alternativa nelle scelte imprenditoriali di ciascuna e, soprattutto, andava valutato alla luce delle offerte di tutti gli altri concorrenti e dei loro ribassi.

In assenza di contatti espliciti tra tutte le tre parti, inoltre, è ben difficile ipotizzare la formazione di un accordo “tacito” nel formulare offerte con un grado di complessità elevato alla luce dei fattori sopra richiamati (consistente numero di partecipanti, tendenza ad avvalersi di esperienze pregresse piuttosto che “azzardare” l’esplorazione di nuovi territori, cambiamento della struttura di gara rispetto a “SIC2” e “SIC3”).

L'AGCM sostiene nelle sue difese che "...l'analisi alternativa suggerita dalle Parti proprio perché prende come base di partenza la media dei ribassi in tutti i lotti, invece dei singoli ribassi, non è in grado di cogliere ciò che si deve analizzare in questo caso, ovvero il diverso comportamento tenuto nei singoli lotti con finalità spartitorie e non di efficienza" (pag. 44 memoria conclusiva), ma il Collegio ritiene, invece, che, in assenza di chiari elementi esogeni e documentali che coinvolgano tutte le tre imprese, una corretta analisi deve, al contrario, essere mirata prima a rilevare finalità di efficienza, nel senso prettamente economico-imprenditoriale (ove si rinuncia anche a un valore assoluto per acquisire un beneficio relativo ma da proiettare nel tempo), e solo dopo, in completa assenza di queste, una spiegazione "spartitoria" pur sempre da tenere in conto approfondendo gli effetti della presenza di altri competitori e delle loro scelte imprenditoriali.

Ciò nel caso di specie non risulta fatto con completezza e, pertanto, il ricorso deve essere accolto, con assorbimento del terzo motivo, legati all'entità della sanzione che, invece, deve essere annullata nella sua integralità.

In definitiva, se il parallelismo si appalesa "ex se" sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali (Cons. Stato, n. 2674/20), nel caso di specie ciò non accade in quanto è configurabile, per quanto detto, la spiegazione alternativa necessaria e, in più, non si riscontrano elementi esogeni gravi, univoci e concordanti atti a sostenere la tesi dell'intesa "per oggetto" come sostenuta dall'Autorità.

La complessità della fattispecie comporta eccezionalmente la compensazione integrale delle spese di giudizio, tranne quanto versato a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, d.p.r. n. 115/02.

P.Q.M.

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

accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento sanzionatorio impugnato nella parte che riguarda la ricorrente.

Spese compensate, tranne quanto versato a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, d.p.r. n. 115/02, da porsi a carico dell'AGCM.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10 giugno 2020, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. n. 18/2020, come convertito in l. n. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO