

Pubblicato il 27/07/2020

N. 08768/2020 REG.PROV.COLL.
N. 08584/2019 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 8584 del 2019, proposto da Engie Servizi S.p.A. (già Cofely), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Libertini, Luisa Torchia, Gian Luca Zampa, Kostandin Peci, Virginia Bellucci e Filippo Alberti, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, viale Bruno Buozzi;

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 è domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Dussmann Services S.r.l. e Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Consorzio Innova Soc. Coop, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentato e difeso dagli avv.ti Michele Rosario Luca Lioi, Giampaolo Rossi e Francesco Rossi, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 27646 adottato nell'adunanza del 17 aprile 2019 e notificato alla ricorrente Engie Servizi S.p.A. (già Cofely) in data 9 maggio 2019 con la quale la ricorrente è stata condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria pari a € 38.226.562,50 per aver posto in essere presunte condotte anticoncorrenziali con riferimento alla procedura pubblica bandita da Consip S.p.A. il 19 marzo 2014 “per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Istituzioni Universitarie Pubbliche e agli Enti ed Istituti di Ricerca – ID1299” (gara FM4);

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AGCM,

Visto l'atto di intervento del Consorzio Innova Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di “passaggio in decisione” della causa ai sensi dell'art. D.L. 28/2020, depositata dalla ricorrente in data 9 giugno 2020;

Relatrice, nell'udienza del giorno 10 giugno 2020, la dott.ssa Laura Marzano in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in L. 27/2020, come modificato dall'art. 4, D.L. 30 aprile 2020, n. 28,

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe ENGIE Servizi S.p.A., già Cofely, ha impugnato il provvedimento n. 27646 del 17 aprile 2019, adottato a conclusione del procedimento I808-gara Consip FM4-Accordi tra i principali operatori del *facility management*, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE, avente ad oggetto la ripartizione dei lotti posti a gara in relazione alla procedura ad evidenza pubblica, c.d. gara Consip FM4, per la fornitura su tutto il territorio nazionale dei servizi di *facility management*, per la quale la ricorrente è stata condannata al pagamento (in solido con ENGIE Energy Services International SA) di una sanzione pecuniaria pari a € 38.226.562,50.

Espone i fatti come di seguito sintetizzati.

L'istruttoria ha avuto ad oggetto la procedura aperta, indetta il 19 marzo 2014 da Consip per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi (c.d. servizi di *facility management*), a cui hanno partecipato circa 280 imprese (molte delle quali in associazioni temporanee di imprese).

La Gara FM4 era suddivisa in 18 lotti geografici, di cui 14 ordinari e 4 accessori. Ciascun concorrente avrebbe potuto aggiudicarsi fino ad un massimo di 4 lotti (di cui al massimo 3 ordinari), da selezionare, in caso di vittoria per un numero superiore di lotti ordinari, sulla base del criterio della rilevanza economica.

Cofely ha partecipato alla Gara FM4 in ATI così costituita: Cofely, mandataria con quota del 35% (100% governo e 77,78% manutenzioni); CSEL, mandante con quota del 10% (22,22% manutenzioni), CO.L.SER. S.c.r.l., mandante con quota del 25% (solo pulizie); C.N.C.P. - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, mandante con quota del 14% (solo pulizie); Consorzio G.I.S.A. – Gestione Integrata Servizi Aziendali, mandante con quota del 8% (solo pulizie); Florida 2000 S.r.l., mandante con quota del 8% (solo pulizie).

L'ATI ha presentato offerta per i lotti ordinari nn. 11 (Roma 2 – € 247 milioni), 10 (Roma 1° municipio - € 143 milioni), 5 (Emilia Romagna, Veneto - € 142 milioni) e 8 (Marche, Abruzzo, Molise - € 90 milioni), nonché per i lotti accessori nn. 15 (Nord - € 145 milioni) e 16 (Centro - € 105 milioni), risultando aggiudicataria provvisoria dei lotti ordinari nn. 10 e 8, e qualificandosi seconda nei restanti lotti nn. 5, 11, 15 e 16.

A seguito dell'avvio di un procedimento penale, dinanzi al Tribunale di Roma, per turbativa d'asta con riferimento alla Gara FM4, l'AGCM, con provvedimento n. 26454, 21 marzo 2017, ha avviato il procedimento I808 nei confronti di CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), Dussmann Service S.r.l. (Dussmann), ManitalIdea S.p.A. (Manital), Manutencoop Facility Management S.p.A. (Manutencoop, anche MFM), Romeo Gestioni S.p.A. (Romeo) e STI S.p.A. (STI), nonché nei confronti della ricorrente (all'epoca Cofely), ipotizzando che le stesse avessero posto in essere una o più intese restrittive della concorrenza volte alla ripartizione dei lotti posti a gara.

L'AGCM ipotizzava una prima, e principale, strategia ripartitoria, riguardante 4 imprese (CNS, Manutencoop, Manital e Romeo), secondo uno schema di offerte “a scacchiera”. Era poi ipotizzato un successivo coinvolgimento, che si innestava asimmetricamente su tale strategia ripartitoria, anche di Cofely e di Dussmann.

Con successivi provvedimenti, il procedimento I808 è stato esteso oggettivamente “*alle condotte volte a condizionare l'esito o l'esecuzione di procedure ad evidenza pubblica ulteriori rispetto alla gara FM4 e, tra queste, la gara SIE3 e la gara MIES2, con finalità compensative e spartitorie nell'ambito di un disegno unitario*”, nonché soggettivamente nei confronti di Exitone S.p.A. (Exitone), Manital Società Consortile per i Servizi Integrati per Azioni Consorzio Stabile - Manital S.C.p.A. (Manital Consorzio), Gestione Integrata S.r.l. (Gestione Integrata), Siram S.p.A. (Siram), Kuadra S.r.l. in liquidazione (Kuadra), Esperia S.p.A. (Esperia), Dussmann Service Holding GMBH (Dussmann

Holding), ENGIE Energy Services International SA (ENGIE ESI), Veolia Energie International SA (Veolia), Romeo Partecipazioni S.p.A. (Romeo Partecipazioni) e

Finanziaria Bigotti S.p.A. (FB) e, successivamente, nei confronti della società Consorzio Stabile Energie Locali S.c.a r.l. (CSEL).

In data 12 dicembre 2018 l'AGCM ha trasmesso alla ricorrente la CRI, in cui contestava una *“intesa anticoncorrenziale unica, complessa e articolata volta al coordinamento della strategia partecipativa”* alla gara FM4 (par. 311). Secondo la CRI, l'intesa si sarebbe articolata su due piani diversi, fra loro interferenti. Vi sarebbe stata una prima strategia ripartitoria (principale), a cui avrebbero partecipato 4 imprese (CNS, Manutencoop, Manital e Romeo), che avrebbero architettato uno schema di offerte *“a scacchiera”*. A tale strategia si sarebbe, a un certo punto, *“affiancata, con una diversa geometria”*, la partecipazione all'intesa dell'ATI Cofely - CSEL, che si sarebbe avvalsa del ruolo di *trait d'union* svolto dal gruppo STI e sarebbe così intervenuta *“ai danni e all'insaputa di Romeo (il quale [sarebbe] stato escluso dall'assegnazione concordata del lotto 10), senza compromettere le predefinite assegnazioni relative agli altri lotti”* (par. 315).

Secondo l'ipotesi accusatoria, STI avrebbe svolto un significativo ruolo di collegamento nelle relazioni collusive funzionali alla spartizione dei lotti della gara FM4, *“essendo di fatto presente in almeno due delle compagnie partecipanti”*, e cioè l'ATI guidata da CNS e l'ATI Cofely - CSEL (par. 316). STI avrebbe così potuto interferire, tramite CNS sull'intesa iniziale, e tramite CSEL (operatore con cui aveva rapporti di collaborazione) con l'attività dell'ATI Cofely – CSEL. Ad avviso dell'AGCM, STI avrebbe partecipato indirettamente alla gara in ATI con CNS tramite la propria controllata Exitone, e, allo stesso tempo, avrebbe *in thesi*, anche qui indirettamente, influenzato l'operato dell'ATI Cofely – CSEL, visto il recente ingresso nel consorzio CSEL di Gestione Integrata (società anch'essa controllata da STI).

Cofely si sarebbe, dunque, inserita nella vicenda in un secondo momento rispetto all'intesa principale, agendo, peraltro, in modo indipendente e

conflittuale rispetto all'intesa di base, al fine di poter fruire, sotto la regia di STI, di una parte del programma spartitorio delineato dai primi partecipanti all'intesa, che si sarebbe, quindi, realizzata “*secondo schemi partecipativi differenziati tra le Parti coinvolte*” (par. 316).

La stessa CRI (§ 44) ha riconosciuto la peculiarità di un'intesa “a geometria variabile” in cui Cofely sarebbe stata coinvolta “*parallelamente*”.

Per quanto riguarda Dussmann e Siram, e le rispettive imprese controllanti, l'AGCM ha ritenuto, invece, che, “*pur in presenza di elementi che ne attestano i rapporti con le altre Parti (in particolare la partecipazione agli incontri Terotec e, per il caso di Siram, la concreta attuazione del patto parasociale con STI per la governance di Gestione Integrata), gli elementi documentali agli atti non sono tali da consentire l'imputazione dell'intesa [alle citate società]*” (§ 321 e 336).

Il Provvedimento conferma le conclusioni della CRI, contestando un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza, in forma di pratica concordata, *ex art. 101 TFUE*.

Secondo l'AGCM, l'ipotesi accusatoria troverebbe conferma in numerose evidenze, sia esogene, sia endogene.

Per quanto riguarda le evidenze esogene, a partire dal ruolo determinante riconosciuto alle prove provenienti dal *leniency applicant*, la principale prova adottata dall'AGCM è rappresentata dal c.d. “bigliettino rosa”, e cioè da un appunto scritto (in quello che è, a tutti gli effetti, un Post It), il 12 giugno 2017 (e, quindi, oltre tre anni dopo lo svolgimento dei fatti di cui si tratta) dall'allora direttore commerciale del CNS e, in pari data, consegnato al dichiarante, un dirigente (*Risk Management Officer*) di CNS, entrato in azienda dopo la crisi suscitata dalla precedente condanna antitrust nel procedimento I785 - *gara Consip servizi di pulizia nelle scuole*. Tale bigliettino, secondo l'AGCM, provverebbe, in particolare, uno «*specifico incontro dalle finalità anticoncorrenziali intervenuto tra esponenti di CNS, MFM, Manital e Cofely*» (§ 132 e 341).

Per quanto riguarda le evidenze endogene, l'elemento di prova principale nei confronti di Cofely è rappresentato dall'aver scelto CSEL come *partner*

dell'ATI, in quanto tale scelta non sarebbe stata necessaria e si spiegherebbe solo perché CSEL era in rapporti di collaborazione con STI, la quale avrebbe svolto una funzione di regista occulto della seconda parte del cartello (quella che ha generato “la geometria variabile”) (§ 351).

Il ricorso è affidato a quattro articolati motivi, raggruppati come segue dalla ricorrente.

Con un primo ordine di censure (motivo I, Sezioni 1.1 e 1.2) la ricorrente denuncia un grave travisamento dei fatti, in quanto il coinvolgimento di Cofely nell'infrazione in rassegna sarebbe un elemento oggettivamente illogico nella ricostruzione operata dall'AGCM. Da un lato, l'AGCM ritiene di aver accertato una intesa, nella forma della pratica concertata, in violazione dell'art. 101 TFEU, da parte di quattro imprese diverse da Cofely, partendo dall'osservazione di un loro comportamento anomalo e parallelo nella gara FM4, consistente nell'adozione di uno schema di offerte c.d. a “scacchiera” (ossia, con assenza di sovrapposizioni nei vari lotti “assegnati” ad una od altra impresa del cartello, o anche eventualmente con offerte di appoggio palesemente fittizie). Dall'altro, ha ritenuto comunque di coinvolgere Cofely nell'intesa ipotizzando una indimostrata alleanza tra Cofely ed una delle imprese del cartello (STI), finalizzata ad alterare l'originario programma di ripartizione dei lotti della gara, a danno di un altro protagonista del cartello (Romeo). Secondo la ricorrente, però, il comportamento di Cofely sarebbe oggettivamente incompatibile con lo schema a “scacchiera”, in quanto Cofely: (i) si è sovrapposta con offerte competitive a tutte e quattro le imprese partecipanti allo schema “a scacchiera”; (ii) ha presentato offerte aggressive in tutti i lotti e, in ragione di ciò, (iii) si è aggiudicata provvisoriamente due lotti di gara proprio a danno, peraltro, dei due membri principali della suddetta intesa a “scacchiera”, CNS e Romeo.

Con un secondo ordine di censure (motivo I, Sezione 1.3 – A), B) C) e D)) la ricorrente denuncia che non vi sarebbe nessun elemento, esogeno e/o endogeno, che possa direttamente o indirettamente supportare il

coinvolgimento di Cofely in un accordo o pratica concertata ex art 101 TFEU. Gli elementi c.d. esogeni, ossia il “foglietto rosa” (che altro non è che una dichiarazione “postuma” del leniency applicant), e la partecipazione a riunioni presso l’associazione Terotec (da cui non emerge alcun comportamento rilevante) sarebbero inconsistenti e insufficienti a ritenere assolto l’onere della prova gravante sull’AGCM. Quanto agli elementi c.d. endogeni, la società ricorrente avrebbe fornito, nel corso del procedimento, spiegazioni alternative pienamente plausibili, che l’Autorità non ha considerato.

Con un terzo ordine di censure (motivo I, Sezione 1.3 – E)) la ricorrente lamenta che l’AGCM avrebbe omesso di valutare la condotta di Cofely nell’ambito della prova di un accordo ovvero di una pratica concertata, ossia le due fattispecie tipiche che esauriscono le tipologie di intese colpite dall’art. 101 TFEU, tentando di sopperire al mancato assolvimento dell’onere probatorio attraverso lo strumentale utilizzo della nozione (di matrice giurisprudenziale) di “intesa unica, complessa, continuata e articolata”, che ha una funzione diversa, e comunque applicandola erroneamente al caso de quo. Con l’ultimo gruppo di motivi (motivi II, III e IV) la ricorrente censura il Provvedimento nella parte in cui colpisce Cofely con una sanzione sproporzionata rispetto alla portata della sua condotta e alla mancanza di effetti della presunta intesa.

L’AGCM si è costituita in giudizio per resistere al gravame, depositando memoria con cui ha integralmente difeso la correttezza dell’impugnato Provvedimento.

Il Consorzio Innova Soc. Coop. ha spiegato atto di intervento *ad opponendum*. Con ordinanza n. 4921 del 18 luglio 2019 la Sezione ha accolto l’istanza cautelare limitatamente alla sospensione della sanzione pecuniaria, subordinata, ai sensi dell’articolo 55, comma 2, c.p.a., alla prestazione - da parte della società ricorrente e in favore dell’Autorità garante per la

concorrenza ed il mercato - di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata, anche tramite idonea polizza fideiussoria.

In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche.

La ricorrente ha, altresì, depositato, in data 9 giugno 2020, note di udienza con cui ha chiesto il “passaggio in decisione” della causa ai sensi dell’art. D.L. 28/2020.

All’udienza del 10 giugno 2020 la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi e con le modalità di cui al citato art. 4 D.L. 28/2020.

DIRITTO

1. Prima di passare all’esame delle singole censure è opportuno ricordare 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 ricorrenti e resistente 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, Roma, Sez. I, 16 marzo 2020, 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 ai fini antitrust 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 febbraio 2017, 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, *ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Ne consegue che l'eventuale qualificazione, da parte dell'AGCM, 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 (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 18 maggio 2020, n. 5262).

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 ultimo: TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 3264/2020 cit. e Trib. UE, 12 luglio 2011, T-113/07).

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (c.d. "*smoking gun*"), quali testo 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 giugno 2016, n. 294; id. 18 maggio 2015, n. 2514).

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente 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 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.

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust, infine, nella giurisprudenza (cfr. *ex multis*: Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, 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 giugno 2016, n. 2947).

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

2. Nel caso di specie l’Autorità, nella parte conclusiva del provvedimento impugnato, ha ritenuto che, “in relazione alla quarta edizione della gara pubblica per la fornitura su tutto il territorio nazionale dei servizi di facility management, bandita dalla stazione appaltante Consip il 19 marzo del 2014, le parti del procedimento hanno posto in essere un’intesa, principalmente nella forma di pratiche concordate, finalizzata a ridurre e/o ad eliminare ogni incertezza in merito alle strategie di partecipazione e di offerta per tale gara,

con l'obiettivo di giungere a una spartizione dei suoi diciotto lotti, per un valore complessivo pari a circa 2,7 miliardi di euro" (Par. 497).

Ed ha aggiunto che "Le pratiche concordate e/o gli accordi in questione risultano riconducibili, da un lato, alla presenza di elementi di oggettivo riscontro – tra i quali figurano incontri, riunioni, scambi di informazioni sensibili, accordi commerciali e diversi altri accordi scritti – che rivelano l'esistenza dell'intesa e, dall'altro, all'impossibilità di spiegare alternativamente le anomalie nelle condotte riscontrate come frutto plausibile e razionale di autonome iniziative imprenditoriali delle Parti" (par. 499).

Infine l'Autorità ha concluso che "si tratta di un'intesa orizzontale, di natura segreta e restrittiva per oggetto, attuata in relazione alla procedura di gara FM4 dai principali operatori nazionali attivi nella fornitura di servizi di facility management, nella forma di pratiche concordate e/o accordi" (par. 506).

Dalle riportate conclusioni del provvedimento risulta che l'Autorità non ha qualificato con chiarezza in termini di "accordo" o di "pratica concordata" l'intesa accertata, avendo implicitamente ritenuto che la complessa condotta esaminata sia riconducibile in parte o alternativamente all'una e all'altra delle tipologie di illecito anticoncorrenziale.

3. Nella parte introduttiva del provvedimento l'Autorità riferisce che l'intesa esaminata si incentra sulla gara Consip FM4, ossia sulla quarta edizione della gara pubblica bandita dalla stazione appaltante Consip per l'approvvigionamento dei servizi di cosiddetto facility management per gli immobili in uso alle Pubbliche Amministrazioni.

A seguire, nel provvedimento i servizi di facility management sono qualificati, nella sostanza, come servizi integrati - richiesti sia da enti pubblici che da soggetti privati - che coinvolgono attività afferenti la gestione di edifici, unitamente ai loro impianti e servizi connessi. Schematicamente, quindi, i servizi integrati da prestare nell'ambito del facility management afferiscono alle macro-aree dei servizi di manutenzione degli impianti di un immobile (riscaldamento, condizionamento, elettrici, sanitari, ecc.), dei servizi di pulizia

e igiene ambientale degli spazi di un immobile (pulizia, sanificazione, disinfestazione, aree verdi, ecc.) e di altri servizi relativi alla gestione di un immobile di grandi dimensioni (portierato, reception, facchinaggio, logistica interna, sorveglianza, ecc.). Il facility management è dunque finalizzato alla gestione integrata dei servizi di supporto per il funzionamento, la fruizione e la valorizzazione di beni immobiliari ed urbani.

L'Autorità evidenzia che il mercato della fornitura dei singoli servizi (non integrati) afferenti il facility management è piuttosto frammentato: nel caso della gara FM4, sono risultate coinvolte circa 280 imprese. Tale elevato numero, secondo l'Autorità, è dovuto al fatto che, proprio al fine di incentivare la presenza di nuovi soggetti e un allargamento delle adesioni, la partecipazione alla gara non è stata limitata alle sole aziende in possesso di fatturato specifico relativo all'erogazione dei servizi in forma integrata, quali sono quelli del facility management. In alternativa al fatturato per servizi integrati, infatti, è stata data la possibilità di dimostrare il soddisfacimento del requisito economico attraverso il fatturato relativo a contratti di servizi manutentivi unitamente al fatturato relativo a contratti di servizi di pulizia ed igiene ambientale: quindi numerose imprese, al fine di soddisfare i requisiti richiesti, si sono organizzate in ATI per la partecipazione alla gara.

L'Autorità, poi, osserva che il numero di concorrenti che nel complesso, considerando tutti i diciotto lotti, hanno partecipato alla gara FM4 per la fornitura di servizi integrati è stato significativamente inferiore, pari nello specifico a 23, e la principale modalità di partecipazione è stata quella delle associazioni temporanee e dei consorzi e che un numero di soggetti ancora più ristretto, sostanzialmente coincidenti con le parti del procedimento, sono definibili come grandi operatori del settore, avendo anche vinto precedenti edizioni della gara.

L'accertamento, che ha tratto origine dall'osservazione di evidenti anomalie nelle modalità partecipative di gara, poggia su un quadro probatorio che si compone: dell'ampia documentazione raccolta nel corso delle ispezioni

condotte; dell'analisi degli esiti di gara che si sarebbero verificati ad esito della concertazione; delle informazioni desumibili dalle precedenti edizioni di gare Consip per il facility management; delle dichiarazioni del leniency applicant (CNS); delle evidenze agli atti del procedimento penale instauratosi presso la Procura della Repubblica di Roma; nonché dell'infondatezza delle spiegazioni 'alternative' fornite dalle Parti nel corso delle audizioni, nelle memorie trasmesse e nelle risposte alle richieste di informazioni formulate dagli Uffici.

4. L'assunto di fondo da cui muove Autorità è che il quadro concertativo esaminato "vede, sotto il perimetro soggettivo, la ripartizione dei lotti di gara tra CNS (in ATI con Exitone del gruppo STI e con Kuadra), MFM, Manital Consorzio e Romeo, attraverso una sintomatica partecipazione alla gara secondo una modalità 'a scacchiera', tale da evitare sovrapposizioni concorrenziali" (par. 44) e aggiunge che "Più in particolare, le modalità partecipative concordate tra le Parti avrebbero portato queste quattro compagini a risultare prime in graduatoria ciascuna nei quattro lotti di rispettivo interesse, per di più nella migliore combinazione possibile (tre lotti ordinari e un solo lotto accessorio). Ciò con un'unica eccezione, atteso che il coordinamento, come la documentazione agli atti ha consentito di ricostruire, ha interessato pure una quinta compagine in gara, l'ATI Cofely-CSEL. Tale ATI, anche grazie ai legami con il gruppo STI, è stata designata nell'ambito del cartello quale assegnataria di parte dell'appalto complessivo, tra cui in particolare uno dei quattro lotti destinati nella 'scacchiera' a Romeo (il lotto 10), all'insaputa di quest'ultimo. Come emerge dalle intercettazioni acquisite dal procedimento penale, Romeo, proprio quando ha compreso i legami intercorrenti tra il gruppo STI e l'ATI Cofely-CSEL, ha perso la sicurezza di ottenere tale lotto. L'ATI Cofely-CSEL si sarebbe poi aggiudicata il lotto di minore importo in assoluto (il lotto 8), nell'unica sovrapposizione con l'ATI di CNS – in entrambe le ATI risulta di fatto presente il gruppo STI - e con riferimento a un lotto che quest'ultima avrebbe comunque dovuto retrocedere, avendo già raggiunto il limite massimo di lotti aggiudicabili".

Si deve ricordare che il procedimento è stato avviato inizialmente nei confronti di CNS, Dussmann, Cofely, Manital, MFM, Romeo e STI: parti nei cui confronti il Procedimento è stato avviato in data 21 marzo 2017.

Successivamente, il procedimento è stato esteso soggettivamente, in data 22 novembre 2017, a Dussmann Holding, Engie International, Esperia, Exitone, Finanziaria Bigotti, Gestione Integrata, Kuadra, Manital Consorzio, Romeo Partecipazioni, Siram e Veolia International; a seguire è stato esteso a CSEL in data 18 aprile 2018.

Per quanto riguarda Dussmann e Siram l'Autorità, pur in presenza di elementi attestanti i rapporti con altre parti, ha ritenuto che gli elementi documentali agli atti non fossero sufficienti per concludere che tali società abbiano preso parte all'intesa accertata.

Nell'analizzare la gara FM4, suddivisa in 18 lotti geografici e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità riferisce che le parti hanno partecipato alla gara nei seguenti modi:

- CNS (mandataria) in ATI con Kuadra ed Exitone del gruppo STI;
- MFM singolarmente;
- Manital Consorzio parimenti singolarmente, con l'indicazione di Manital quale consorziata esecutrice (insieme ad altre consorziate);
- Romeo (mandataria in ATI con il citato Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010);
- Cofely (mandataria) in ATI con CSEL e quattro imprese di pulizia;
- Dussmann (mandataria) in ATI con Siram.

Si tratta dunque di sei partecipazioni (in forma singola o associata) rispetto alle 23 complessive.

L'Autorità aggiunge che per quanto riguarda l'ATI guidata dal CNS, secondo quanto rappresentato dallo stesso consorzio, il "CNS possedeva tutti i requisiti –di fatturato e speciali- per presentare singolarmente un'offerta per i lotti sopra indicati [quelli in cui è stata effettivamente presentata offerta]. I requisiti di fatturato e speciali apportati dalle mandanti Kuadra ed Exitone

nell'ambito dell'RTI (rispettivamente, il fatturato specifico relativo ai servizi di pulizia e igiene ambientale e il fatturato specifico relativo ai servizi di governo) non erano, quindi, necessari ai fini della presentazione dell'offerta"; similmente, per quanto riguarda l'ATI Cofely-CSEL, secondo le dichiarazioni della mandataria, "Cofely poteva partecipare alla gara FM4 per la parte manutentiva senza la necessità di ricorrere a CSEL, in quanto Cofely da sola possedeva i requisiti di partecipazione e aveva le capacità di eseguire il servizio".

Secondo l'AGCM, "in relazione alla concertazione tra le Parti sulla strategia di partecipazione alla gara FM4, si osserva, nel complesso: (a) un numero contenuto di lotti dove le Parti hanno presentato offerta; (b) una sostanziale assenza di sovrapposizioni tra le Parti nei vari lotti; (c) un risultato finale che si sostanzia nella ripartizione di tutti i lotti tra i principali operatori del facility management in Italia (le Parti), in particolare mediante un meccanismo di offerte 'a scacchiera' delineato tra i maggiori player dotati del maggior grado di incumbency (CNS, MFM, Manital e Romeo). La partecipazione alla gara dell'ATI Cofely-CSEL risulta pienamente riconducibile al complessivo disegno ripartitorio, unico e articolato, anche in considerazione delle connessioni tra i soggetti componenti l'ATI e il gruppo STI e delle vicende relative all'attribuzione del lotto 10 di Roma Centro...Diversamente, l'ATI Dussmann-Siram ha presentato offerta per un numero elevato di lotti (undici) e si è sovrapposta in misura significativa con tutte le altre Parti. L'ATI in questione ha inoltre offerto ribassi che non presentano particolari anomalie nel raffronto tra i vari lotti. Quale risultato, l'ATI Dussmann-Siram sarebbe risultata aggiudicataria soltanto di un lotto (il lotto 9, peraltro uno dei due lotti di minore importo in assoluto, pari a 91 milioni), e soltanto in quanto beneficiaria della 'retrocessione' di tale lotto dal CNS (che avrebbe invece raggiunto il massimo numero di lotti aggiudicabili)".

Poiché il CNS (leniency applicant), nel marzo del 2016, in un momento quindi antecedente all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche,

non ha confermato le offerte della propria ATI, ritirandosi così di fatto dalla gara, l'Autorità è dovuta ricorrere ad elaborazioni numeriche per ciascuno dei sette lotti in cui l'ATI guidata dal CNS ha presentato offerta, al fine di simulare gli esiti di gara che si sarebbero avuti nell'ipotesi in cui tale ATI avesse confermato nel 2016 (con il nuovo management del CNS) le offerte formulate nel 2014 (con il precedente management).

Da tale simulazione nel provvedimento (parr. 58-64) si ricava “una suddivisione della quasi totalità dei lotti tra i quattro principali player con il maggior livello di incumbency -CNS (in ATI con Kuadra ed Exitone), MFM, Manital Consorzio e Romeo- per i quali la sovrapposizione delle offerte nei vari lotti è di fatto nulla”.

L'Autorità ha quindi osservato che “in ciascuno dei diciotto lotti posti a gara ha presentato offerta, di fatto, una sola delle predette quattro compagini (ATI di CNS, MFM, Manital Consorzio e Romeo). Per i motivi di seguito illustrati, infatti, non possono definirsi delle vere sovrapposizioni concorrenziali le sole due situazioni in cui si registra una (peraltro soltanto) duplice offerta: infatti, tanto l'offerta dell'ATI di CNS per il lotto 3, quanto quella di MFM per il lotto 11 ... risultano chiaramente non competitive” ed ha aggiunto che “ i quattro lotti accessori –attivabili, come visto, soltanto nel lungo periodo e comunque soltanto a seguito del verificarsi di alcune condizioni- sono esattamente suddivisi tra i predetti quattro offerenti, e ciò senza alcuna sovrapposizione. Ognuno di tali offerenti ha infatti presentato offerta in uno soltanto dei quattro lotti accessori, diverso da quello degli altri, risultando invariabilmente primo in graduatoria”.

Secondo l'AGCM “Ciò si verifica benché per tale tipologia di lotto non sussistesse alcun sotto-limite di aggiudicazione (ben potendo in teoria un partecipante aggiudicarsi tutti e quattro) e benché i lotti accessori non potessero inficiare le aggiudicazioni degli ordinari (il loro computo avveniva infatti successivamente a quello dei lotti ordinari, secondo le previsioni di gara). D'altronde, matematicamente, assegnare un lotto accessorio a ciascuno

dei quattro maggiori player è l'unico modo per permettere a tutti di ottenere il massimo aggiudicabile (quattro lotti) nella migliore combinazione possibile (tre ordinari e un solo accessorio, con i primi preferibili per la loro minore aleatorietà e lontananza nel tempo). Se, infatti, uno di essi si fosse aggiudicato due lotti accessori, i due accessori rimanenti avrebbero potuto soddisfare al massimo solo altri due soggetti, lasciando il quarto senza possibilità di ottenere un lotto accessorio e, quindi, di raggiungere il massimo aggiudicabile di quattro lotti totali... Dunque, in ragione dei ricordati vincoli posti dalla *lex specialis* di gara, i quattro player con maggiore incumbency avrebbero potuto aggiudicarsi massimo sedici lotti, di cui dodici ordinari e quattro accessori. Con la scacchiera sopra descritta, CNS e la sua ATI, MFM, Manital Consorzio e Romeo avrebbero ottenuto proprio questo esito, il massimo conseguibile, con un'equa ripartizione del numero dei lotti (per ciascuna quattro lotti di cui tre ordinari)".

Al par. 65 del provvedimento, poi, si afferma: "Le offerte dell'ATI Cofely-CSEL presentano sovrapposizioni con quelle dei quattro operatori sopra indicati. Tuttavia, come verrà dettagliato nel seguito, dalla documentazione agli atti emerge come le modalità partecipative di tale ATI, pur uscendo dallo schema delle offerte a scacchiera sopra visto, si inseriscono appieno nel disegno collusivo. In particolare, anche grazie al legame con il gruppo STI, l'ATI di Cofely nello sviluppo dell'intesa riesce ad arrivare prima in graduatoria nel lotto 10 di Roma Centro in sostituzione di Romeo, all'insaputa di quest'ultimo, e nel lotto 8. Si tratta, in quest'ultimo caso, dell'unico lotto in cui l'ATI Cofely-CSEL ha presentato offerta in sovrapposizione con l'altra ATI del gruppo STI (l'ATI CNS-Exitone-Kuadra) e del lotto di minore importo in assoluto, che l'ATI del CNS avrebbe comunque dovuto cedere anche laddove fosse arrivata prima in graduatoria (per via delle previsioni della *lex specialis*)".

5. Osserva il Collegio che la ricostruzione fin qui riportata presenta una evidente contraddizione, puntualmente rilevata e censurata dalla parte

ricorrente.

L'AGCM, invero, muove dall'assunto che l'accordo per spartirsi i lotti della gara Consip FM4 era fra i 4 principali player, che la stessa Autorità indica essere CNS e la sua ATI, MFM, Manital Consorzio e Romeo: fra questi quattro soggetti dell'accordo non figura Cofely.

Precisa che il sistema concordato per assicurarsi la suddivisione dei lotti era quello delle offerte 'a scacchiera', consistenti nell'evitare (se non solo apparentemente) sovrapposizioni fra i contendenti: a tale disegno, tuttavia, non risponde la posizione dell'ATI Cofely che, per espressa ammissione dell'Autorità, ha presentato offerte che si sovrappongono con quelle dei quattro operatori sopra indicati al punto che "riesce ad arrivare prima in graduatoria nel lotto 10 di Roma Centro in sostituzione di Romeo, all'insaputa di quest'ultimo".

A parere del Collegio tale affermazione confligge palesemente con la conclusione che Cofely abbia partecipato ad una "pratica concordata" o ad un "accordo" con i 4 principali player e, *a fortiori*, con Romeo risultando *per tabulas* che tale ultimo operatore è stato danneggiato a sua insaputa dall'offerta formulata per il lotto 10 dall'ATI Cofely, la quale, infatti, si è aggiudicata tale "lotto storicamente detenuto da Romeo e a cui quest'ultimo teneva particolarmente" (par. 421).

6. Per superare tale evidente contraddizione l'Autorità sostiene che, dalla documentazione agli atti, emergerebbe come le modalità partecipative di tale ATI, pur uscendo dallo schema delle offerte a scacchiera sopra visto, si inserirebbero appieno nel disegno collusivo, anche grazie al legame con il gruppo STI.

A tale proposito il provvedimento dedica una parte consistente della trattazione ad esaminare il ruolo del gruppo STI per spiegare come, secondo la ricostruzione dell'Autorità, ciò denoterebbe la partecipazione attiva di Cofely all'intesa.

Per una migliore comprensione dei fatti devono essere preliminarmente individuati i protagonisti di tale vicenda, che si muove *a latere* nella ricostruzione dell'intesa, come tratteggiati dall'Autorità.

STI è la holding industriale dell'omonimo gruppo STI ed è una società che, all'epoca dei fatti oggetto di istruttoria, non erogava direttamente servizi di tipo tecnico-operativo, nell'ambito del facility management come in altri ambiti. Fino al 2017, STI ha detenuto il controllo di entrambe le società operative del gruppo (Exitone e Gestione Integrata); a far data dal 17 novembre 2017, è stata costituita G.I. Partecipazioni S.r.l., società controllata da Finanziaria Bigotti che, con efficacia dal successivo 27 novembre, detiene la partecipazione di STI in Gestione Integrata (all'epoca, quindi, STI deteneva il controllo della sola Exitone).

Exitone è una società di ingegneria che eroga, in particolare, servizi di ingegneria a favore di partner industriali e di enti pubblici e privati che eseguono anche attività di facility management. Il capitale sociale di Exitone è interamente detenuto da STI.

Gestione Integrata è una società che opera nell'ambito dei servizi all'ambiente costruito e al territorio, erogando direttamente, in particolare, servizi di property management (servizi integrati di gestione degli aspetti legali, fiscali, contabili di portafogli di immobili), di facility management (servizi integrati per gli immobili finalizzati alla migliore fruibilità degli stessi e alla crescita del loro valore) e di multiservizio tecnologico (gestione dell'intero ciclo dall'acquisto dell'energia alla gestione degli impianti). Il capitale sociale di Gestione Integrata è suddiviso tra STI (per il 90,17%) e Siram (per il restante 9,83%).

CSEL è un consorzio, costituito nel 2009, che svolge principalmente attività di progettazione, costruzione, manutenzione e gestione, anche integrata, di impianti tecnologici (prevalentemente elettrici, di illuminazione e semaforici); il consorzio ha nel proprio core business alcuni servizi che rientrano nel facility management quali la manutenzione di impianti e i connessi lavori edili.

Si deve ricordare che Cofely ha partecipato alla gara FM4 in ATI così composta: Cofely, mandataria con quota del 35% (100% governo e 77,78% manutenzioni); CSEL, mandante con quota del 10% (22,22% manutenzioni), CO.L.SER. S.c.r.l., mandante con quota del 25% (solo pulizie); C.N.C.P. - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, mandante con quota del 14% (solo pulizie); Consorzio G.I.S.A. – Gestione Integrata Servizi Aziendali, mandante con quota del 8% (solo pulizie); Florida 2000 S.r.l., mandante con quota del 8% (solo pulizie). Inoltre Cofely possedeva da sola i requisiti di fatturato sicchè, a tale fine, la presenza di CSEL nell'ATI non era necessaria ai fini del soddisfacimento dei requisiti di partecipazione.

Ciò posto, ai parr. 180 ss. il provvedimento si sofferma sul ruolo del gruppo STI.

L'Autorità rileva che, poiché il gruppo STI ha partecipato alla gara FM4 mediante l'adesione di Exitone all'ATI guidata da CNS, andandovi a ricoprire un ruolo significativo, la seconda società di tale gruppo, Gestione Integrata, non avrebbe potuto partecipare alla gara in un'altra compagine (pena l'esclusione per via dell'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale).

Quindi, secondo l'Autorità, il gruppo STI avrebbe giocato su più fronti, oltre che cercando varie utilità attraverso subappalti a Gestione Integrata, soprattutto partecipando alla gara, in modo "ufficiale" nell'ATI CNS attraverso Exitone e in modo "non palese" tramite CSEL "consorzio con cui il gruppo STI intratteneva plurime cointeressenze e di cui Gestione Integrata è entrata a far parte in sintomatica coincidenza temporale proprio con l'indizione della gara FM4 (senza essere indicata come esecutrice)".

Per quanto qui rileva, ai parr. 195 ss. il Provvedimento si sofferma ad analizzare l'influenza del gruppo STI per il tramite di CSEL con riferimento all'ATI guidata da Cofely.

Il legame del gruppo STI con l'ATI Cofely-CSEL è, nella ricostruzione dell'Autorità, un elemento che concorre a spiegare la vicenda relativa al lotto

10 nell'ambito della spartizione della gara.

Il lotto 10 è il lotto geografico relativo a Roma Centro, tradizionalmente aggiudicato a Romeo, sin dal 2005, per il quale nelle precedenti edizioni della gara per il facility management - a differenza di FM4 - vi erano comunque state offerte concorrenti anche da parte degli altri principali operatori del mercato.

Dalla documentazione agli atti è stato possibile “ricostruire come Romeo fosse del tutto confidente di vincere il lotto in questione anche in FM4 e di come tale sicurezza sia stata, tuttavia, disattesa in stretta connessione con la conoscenza degli legami intercorrenti tra il gruppo STI e l'ATI Cofely-CSEL.”

In proposito l'Autorità ha ritenuto significative le intercettazioni del febbraio 2016, dove la persona fisica a cui è riconducibile il gruppo Romeo inizia ad avere consapevolezza del fatto che nell'ATI di Cofely era di fatto presente, attraverso CSEL, anche il gruppo STI, al quale viene riconosciuta una rilevante capacità di influenzare le aggiudicazioni. In una conversazione si dice infatti che il gruppo STI “è concorrente nostro [di Romeo] sia qui a Roma con Cofely sia a Milano con CNS” e che “[il gruppo STI] ci fotte due lotti”, e nel seguito si afferma “perché quello [il gruppo STI] sta là con CNS, poi si mette con Cofely”. La conversazione tra i due interlocutori prosegue poi con considerazioni sulla possibilità che il gruppo STI si aggiudichi i lotti di Milano (lotto 3) e di Roma (lotto 10), nel cui contesto Romeo afferma che “no Milano non lo piglia, piglia Roma”, “[il gruppo STI] piglia solo Roma”, “e Cofely piglia... si... si piglia il nostro”.

A tal proposito l'Autorità ricorda che il lotto 3 di Milano è quello caratterizzato dall'offerta ‘a perdere’ del gruppo STI (in ATI con CNS).

Romeo al riguardo, come emerge dalle intercettazioni, afferma di essere “disorientato perché non sapevo questa cosa con Cofely” e “si raddoppia la forza sul campo di Cofely in modo pazzesco”.

Aggiunge l'Autorità che “In relazione a tale circostanza, come rivelato dalle intercettazioni, Romeo esprime quindi tutta la propria contrarietà all'ingerenza di Cofely che, con l'appoggio del gruppo STI, gli avrebbe sottratto il lotto 10 di Roma Centro, ritenuto di propria pertinenza”. Nella medesima intercettazione si legge infatti: “perché Cofely non doveva venire su Roma. Perché io su Roma non dovevo avere concorrenti perché questo non è mestiere di Cofely. Cofely fa il calore FM4 è facility puro, hai capito e per ciò si è portato cinquanta pulitori <<appriesso>>”.

E' risultato che, in un periodo di poco successivo a tali conversazioni, nell'aprile del 2016, Romeo ha inviato un esposto all'Autorità, nel quale denuncia la sussistenza di condotte anticoncorrenziali in relazione alla gara FM4, segnalando nello specifico l'esistenza di un “cartello permanente” in particolare tra il gruppo STI e società del “mondo cooperativo” (quali sono CNS e MFM). E' stata inoltre segnalata, in relazione alle due ATI (CNS e Cofely), “una più che evidente e conseguente reciproca <<desistenza competitiva>> fra le due candidature che coprono complessivamente ben 12 lotti della gara senza mai sovrapporsi se non nell'unico marginale caso del lotto 8” (cfr. doc. I.6).

Nelle intercettazioni si ritrovano passaggi relativi a tale denuncia, anche in un momento successivo (settembre 2016), in cui Romeo, nel commentare la possibilità di raggiungere accordi con Cofely, si dimostra preoccupato del fatto di aver presentato l'esposto all'Autorità.

Da tali affermazioni l'Autorità ha tratto il convincimento che Romeo avrebbe interpretato l'intervento in gara di Cofely come una violazione, da parte del gruppo STI, degli accordi spartitori già presi, ed ha reagito presentando, all'Autorità l'esposto del marzo 2016, come atto di ritorsione, del quale si è poi pentita.

7. Osserva il Collegio che anche le intercettazioni, diversamente da quanto con una evidente forzatura ha ritenuto l'AGCM, depongono per l'estraneità di Cofely all'accordo con riferimento alla suddetta gara, tanto che Romeo (lo

si ricorda uno dei 4 player partecipanti all'accordo da realizzare mediante offerte a scacchiera, secondo l'Autorità) da una parte rimane sorpresa della presentazione, da parte di Cofely, dell'offerta per il lotto 10, dall'altra, nel ragionare sull'eventualità di tentare un accordo anche con Cofely, si dimostra preoccupata del fatto di aver presentato un esposto all'Antitrust proprio contro Cofely (in realtà contro STI). Dalle intercettazioni si ricava che Romeo era indispettita dell'affacciarsi in gara di Cofely in un settore non suo, in quanto la stessa "fa il calore" mentre "FM4 è facility".

A parere del Collegio, questi essendo i dati, vi è un salto logico nel ragionamento dell'Autorità laddove, dopo aver configurato un'intesa a 4, così come descritta nel provvedimento, finalizzata alla spartizione in 4 di tutti i lotti, pur di includervi anche un quinto operatore, Cofely (che ha invece sottratto proprio un lotto importante dell'accordo e a insaputa dei sodali, o quanto meno di Romeo) è costretta ad affermare che si sarebbe trattato di una intesa "a geometria variabile" in cui Cofely sarebbe stata coinvolta "parallelamente".

Proprio dalle evidenze istruttorie valorizzate dall'Autorità, invece, pare emergere l'estraneità di Cofely all'intesa fra i 4 player, anzi il suo posizionamento in conflitto con i sodali dell'accordo, e la conseguente volontà di quest'ultima di entrare di forza nella gara, proprio come fattore di rottura di quell'accordo; il che, se da una parte conferma ulteriormente l'esistenza dell'intesa fra i suddetti 4 operatori, dall'altra appare coerente con la decisione di creare un'ATI nonostante possedesse in proprio i requisiti di partecipazione, al fine di costruirsi una compagine solidissima, nonché con la scelta di fare un'offerta estremamente competitiva, tanto da aggiudicarsi il lotto 10 che, nell'economia della gara, assume un rilievo simbolico non solo per essere quello principale della Capitale ma, soprattutto, per essere quello storicamente detenuto da Romeo.

In definitiva, l'aggiudicazione del lotto 10 all'ATI Cofely-CSEL non risulta in linea con l'intesa prefigurata dall'Autorità.

L'attenzione posta da Cofely al raggiungimento di tale obiettivo emerge anche dalla circostanza, allegata dalla ricorrente e, sostanzialmente, non contestata dalla parte resistente che, per il lotto n. 10, come emerge dalla Tabella n. 7 del provvedimento, il punteggio economico attribuito all'ATI Cofely è pari a punti 35,130, mentre dalla Tabella n. 6 del provvedimento, risulta che il punteggio economico attribuito a Romeo nello stesso lotto è pari a 36,303 punti.

Quindi il punteggio economico ottenuto da Romeo è significativamente più alto di quello attribuito all'ATI Cofely, dovendosi, per coerenza di ragionamento, escludere che Cofely possa aver concordato con altri il ribasso da proporre in sede di gara; in definitiva nel lotto n. 10, l'ATI Cofely è risultata prima non per l'offerta economica ma perché ha presentato un'offerta tecnica giudicata migliore di quella di Romeo (57,150 punti rispetto ai 54,525 punti di Romeo).

Osserva il Collegio che è difficile ipotizzare un accordo collusivo sull'offerta tecnica: infatti nel provvedimento si sorvola completamente sull'offerta tecnica.

D'altra parte Cofely ha offerto una spiegazione alternativa e plausibile, minimizzata dall'Autorità, ossia di aver deciso di puntare sulla propria offerta tecnica, anche alla luce delle precedenti gare Consip FM, e, per questa ragione, necessitava di affidare la gestione della progettazione tecnica delle offerte a un partner con innegabile esperienza quale CSEL.

8. Ulteriore elemento di debolezza istruttoria risiede nell'essersi il provvedimento focalizzato, come detto in precedenza, sul ruolo di STI.

Partendo dal dato, su cui in questa sede non è pertinente soffermarsi, che esistevano asserite cointeressenze tra STI e CSEL e dal dato temporale che Gestione Integrata (società controllata da STI per il 90,17%) è entrata a far parte di CSEL in concomitanza con l'indizione della gara FM4, l'Autorità evidenzia che la documentazione agli atti dà conto di come sia stato proprio il gruppo STI a indicare almeno una delle imprese di pulizia che hanno formato

l'ATI di Cofely, concordando altresì le quote (formali e non) di tale ATI. Riferisce che il documento di “riepilogo accordi commerciali” (doc. XXIII.2606), redatto dal gruppo STI, contiene al suo interno espliciti riferimenti alla modulazione delle quote dell'ATI concorrente formata da Cofely e CSEL: “in caso di aggiudicazione lotto 10 quota [di ATI] CSEL sarebbe salita al 50%”.

8.1. In ordine alla prima delle due riferite circostanze di fatto la ricorrente, tuttavia, fornisce una spiegazione alternativa, non considerata dall'Autorità, che invece appare plausibile. Espone la ricorrente che Cofely era storicamente (e anche all'epoca dei fatti) un operatore specializzato nella manutenzione di impianti di calore (come emerge, proprio dalla riportata intercettazione telefonica effettuata nei confronti di Romeo) e, quindi, aveva tutto l'interesse ad avere come partner un soggetto come CSEL, specializzato nella manutenzione di impianti elettrici e che, in quanto consorzio, aveva maggiore facilità a reperire nuove imprese di pulizia, necessarie al fine di integrare l'offerta. La decisione di partecipare in ATI, era peraltro, necessitata dal fatto di non disporre autonomamente Cofely dei requisiti per le pulizie. Quindi il fatto che fosse CSEL a scegliere le imprese di pulizie era del tutto coerente con la struttura dell'ATI: si trattava di un consorzio in grado di reperire facilmente le risorse necessarie per la progettazione di servizi di facility management nonché di individuare le imprese di pulizie.

In proposito osserva il Collegio che il fatto che CSEL, poi, si consigliasse o concordasse con STI quali imprese di pulizie designare per l'ATI è condotta semmai riferibile a CSEL ma non anche a Cofely e, comunque, non è indicativa dell'esistenza di un accordo anche con i 4 maggiori player.

Innanzitutto, a ben vedere, in tutta la ricostruzione contenuta sul punto nel provvedimento, non emergono mai elementi atti a denotare un coinvolgimento attivo di Cofely in tali decisioni: quest'ultima appare piuttosto come “lo strumento” di un disegno altrui, segnatamente il veicolo attraverso il quale STI intendeva partecipare alla gara FM4 su più fronti, ma non risulta

che le interazioni tra STI e CSEL abbiano mai interessato direttamente o indirettamente Cofely.

D'altra parte, dalla limitata corrispondenza intercorsa tra STI e CSEL, presa in considerazione dall'Autorità, non emergono elementi che denotino l'intenzione di tali soggetti di colludere, con gli altri player dell'intesa a scacchiera, o concertare con riferimento all'aggiudicazione del lotto n. 10 e, viepiù, di coinvolgere Cofely.

Il provvedimento insiste sul fatto che Cofely avrebbe chiesto ed ottenuto da STI un appoggio ai fini della vittoria nel lotto 10 (parr. 45, 65, 200): tuttavia di tali affermazioni non vi sono riscontri oggettivi.

Ma soprattutto, ciò che è dirimente, è che non ci sono evidenze di un accordo fra l'ATI Cofely-CSEL e i quattro player, autori delle cosiddette offerte a scacchiera.

In definitiva, sul punto l'istruttoria svolta dall'Autorità appare idonea a dimostrare al più il disegno occulto di STI, questo sì *a latere* dell'intesa fra i 4, per riuscire ad avere una presenza tentacolare sulla gara, ma risulta estremamente debole per sostenere *funditus* il diretto coinvolgimento di Cofely, e dell'intera ATI, in una intesa a 4 alla quale, per definizione e per struttura, non poteva che essere estranea.

8.2. Debole e perfino perplessa appare poi, la motivazione del provvedimento, laddove l'Autorità fonda le sue conclusioni, facendo leva sul documento di "riepilogo accordi commerciali" (doc. XXIII.2606), redatto dal gruppo STI, che prevederebbe la modulazione delle quote dell'ATI Cofely – CSEL nel senso che, "in caso di aggiudicazione lotto 10 quota CSEL sarebbe salita al 50%".

La ricorrente, invero, osserva innanzitutto che un accordo del genere avrebbe avuto un oggetto giuridicamente impossibile, in quanto sarebbe stato in conflitto con l'inderogabile principio di immodificabilità dell'offerta nel corso di una gara ad evidenza pubblica; aggiunge che si tratterebbe di accordo comunque inverosimile atteso che se la quota di CSEL fosse passata al 50%,

essa avrebbe coperto interamente la percentuale dell'appalto destinata ai servizi di manutenzione ed avrebbe anche invaso una parte delle percentuali riservate ai servizi di pulizia, così, di fatto, azzerando la partecipazione di Cofely all'ATI. Tali deduzioni, pur plausibili, sono state tuttavia obliterate dall'Autorità.

Ciò posto il Collegio osserva che il documento "riepilogo degli accordi commerciali" è del 2017, ed il riferimento, ivi contenuto, alla gara FM4 potrebbe effettivamente spiegarsi con l'intenzione del gruppo STI di svolgere per CSEL alcune attività riguardanti la gara FM4, dopo aver appreso che il CNS aveva ritirato la sua partecipazione alla gara.

9. Alla luce dei superiori rilievi risultano fondati i motivi con i quali la ricorrente, prospettando tutte le incongruenze e le lacune fin qui evidenziate, denuncia l'intrinseca contraddittorietà del provvedimento, nonché il difetto di istruttoria e di motivazione.

In primo luogo emerge, come già visto, la palese inconciliabilità, all'interno di una intesa a 4, della presenza di un quinto operatore, per di più in oggettivo conflitto con almeno uno di essi.

Inoltre si rileva l'assenza di approfondimenti istruttori utili a dimostrare uno specifico e diretto coinvolgimento di Cofely in qualsivoglia concertazione finalizzata ad alterare, in modo anticoncorrenziale, gli esiti della gara in questione, mancando, peraltro, l'Autorità di indicare nello specifico con quali player Cofely avrebbe in ipotesi stretto l'ipotizzato accordo.

Analogamente si rileva in ordine all'individuazione di specifici requisiti per la condivisione, da parte di Cofely, dell'intesa unica e complessa, ricostruita dall'Autorità come finalizzata a presentare offerte "a scacchiera".

Valga ricordare che, anche nell'ipotesi di intesa restrittiva "per oggetto", la giurisprudenza ha precisato che *"al fine di valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come una 'restrizione della concorrenza per oggetto' ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto*

economico e giuridico nel quale si colloca” (Corte di Giustizia UE, Sez. II, Toshiba, in C-373/14 P nonché TAR Lazio, Roma, Sez. I, 23 dicembre 2016, n. 12814).

Da quanto precede deriva che, comunque, l’Autorità è sempre chiamata ad un’attività di valutazione del contesto economico e giuridico del mercato di riferimento e degli obiettivi fondanti la condotta sanzionata, nel senso di verificare se l’intesa “per oggetto”, come congegnata, possa “bloccare” il mercato e se gli obiettivi delle parti siano *de plano* considerabili anticoncorrenziali.

9.1. Nel caso di specie l’AGCM, mentre si è ampiamente soffermata, con dovizia di argomentazioni, sulle modalità, i tempi e gli effetti della concertazione fra i 4 player dotati del maggior grado di incumbency (CNS, MFM, Manital e Romeo), viceversa, laddove si tratta di spiegare il coinvolgimento di Cofely nel predetto accordo, si sofferma essenzialmente su aspetti riconducibili a STI, o al più a CSEL, mancando invece di fornire evidenze, anche solo indirette, di una volontà collusiva di Cofely.

Al predetto scopo si rivelano insufficienti e in parte irrilevanti, a parere del Collegio, gli elementi indicati dall’Autorità quali: i contatti tra STI e CSEL (su richiesta di quest’ultimo e all’insaputa di Cofely) per l’indicazione di una impresa di pulizie; l’ingresso di Gestione Integrata in CSEL, con una partecipazione limitata ad appena lo 0,1%, tenuto conto che CSEL non ha mai fatto lavorare Gestione Integrata, e quindi l’ingresso di quest’ultima in CSEL non ha svolto alcun ruolo attivo nella gara FM4; alcuni indizi di speciale collaborazione di Cofely con CSEL quali, in particolare, un contratto di avvalimento relativo a una gara indetta dal Comune di Taranto, a cui CSEL intendeva partecipare (par. 230), e il fatto che Cofely abbia acquistato, da Exitone (gruppo STI) e CSEL il pacchetto di controllo su una società operante nel settore della pubblica illuminazione (Conversion & Lighting).

Anche su tali profili la ricorrente ha fornito spiegazioni alternative che sono state obliterate dall’Autorità.

10. La tesi prospettata dalla difesa erariale nella memoria difensiva, secondo cui non si potrebbe invertire, come tenderebbe a fare la ricorrente, l'ordine di rilevanza e di analisi delle prove muovendo dalla spiegazione logica piuttosto che dalle prove esogene, pur in astratto condivisibile, non può spingersi, però, fino al punto di ignorare e svalutare completamente le plausibili spiegazioni alternative.

Sostiene invero, la difesa erariale, nella memoria difensiva unica, a valere per i ricorsi proposti da tutte le imprese sanzionate, che laddove l'accertamento dell'intesa, come nel caso di specie, partito dall'analisi di un quadro (particolarmente ricco e inconsueto) di evidenze c.d. endogene, costituito dalle molteplici e concordanti anomalie comportamentali assunte dalle imprese in sede di gara, nel corso dell'istruttoria sia stato definitivamente suffragato da molteplici e decisive evidenze documentali (c.d. esogene), tali ultime evidenze toglierebbero qualunque spazio alla possibilità di "plausibili" spiegazioni alternative lecite.

10.1. Osserva il Collegio che tale prospettazione, se coglie nel segno per quanto riguarda l'intesa vera e propria, ossia quella riguardante i 4 operatori principali e finalizzata alla presentazione di offerte 'a scacchiera', non con altrettante evidenze può essere esportato alla posizione della ricorrente che, a dire dell'Autorità, sarebbe protagonista di una pratica concordata (non si sa con chi), parallela a quella principale dal momento che la stessa si pone poi in conflitto frontale con quest'ultima.

Diversamente da quanto opinato dalla difesa erariale, nel peculiare caso di Cofely, innanzitutto non è dato ricostruire quale sia l'intesa e con quali concorrenti sia stata stretta, inoltre mancano quelle che vengono definite "plurime e concordanti prove documentali che ne attestano l'esistenza".

Non risulta spiegato nel provvedimento, e viepiù provato, come l'asserito disegno collusivo possa coesistere con l'assenza di qualsiasi interazione (di cui non c'è traccia nel provvedimento) tra Cofely da una parte e, dall'altra,

Manital, Manutencoop, CNS e Romeo (addirittura sorpresa e danneggiata dalla presenza in gara della ricorrente).

La violazione dell'art. 101 TFEU, invero, richiede la prova di una intesa restrittiva, ossia di un "accordo" o di una "pratica concordata": viceversa, nel caso di specie, per quanto riguarda Cofely, questa dimostrazione manca nel provvedimento non risultando soddisfatto l'onere probatorio che incombe sull'AGCM ai sensi dell'art. 2, Reg. CE/1/2003.

11. A sorreggere la tesi della partecipazione di Cofely ad una intesa anticoncorrenziale non sono sufficienti, quali pretese prove "esogene", né il cd. "bigliettino rosa", né la circostanza che Cofely abbia concorso soltanto per alcuni e determinati lotti, né il fatto che sia risultata vincitrice solo nei lotti 8 e 10.

Si ricorda che il "bigliettino rosa", un "post it" scritto a mano su entrambe le facciate, è stato redatto da un alto esponente del management del CNS, che all'epoca della concertazione ricopriva il ruolo di Direttore commerciale Area Nord, alla presenza del Responsabile Risk Management Compliance/Internal Audit del CNS. La prima facciata del documento riporta i nomi di tre persone fisiche esponenti di MFM Rekeep, Cofely e Manital; la seconda facciata riporta i nomi di tre società: Romeo, Dussman e Siram.

Come dichiarato dal Responsabile Risk Management Compliance/Internal Audit del CNS, nell'ambito delle deposizioni che la società ha reso nell'ambito del programma di clemenza, nella prima facciata del documento sono riportati i nomi delle persone che, secondo l'autore del documento, avevano preso parte, insieme al Direttore commerciale del CNS (all'epoca dei fatti), a uno specifico incontro che aveva esattamente ad oggetto la gara FM4; la seconda facciata del documento riporta invece i nomi delle società i cui esponenti non hanno preso parte all'incontro: oltre a Dussmann e Siram, anche Romeo.

Sempre in base a quanto attestato dal Responsabile Risk Management Compliance/Internal Audit del CNS, il "bigliettino rosa", scritto il 12 giugno

2017, è stato da lui stesso mostrato, dopo la sua redazione, al soggetto che, all'epoca dei fatti, svolgeva il ruolo di Direttore Area Tecnica del CNS, il quale ha confermato che le persone fisiche indicate nella prima facciata del documento erano quelle che effettivamente si occupavano della gara FM4, aggiungendo che le stesse si erano più volte incontrate tra loro in sede Terotec, comune associazione di categoria, in occasione di incontri relativi alla discussione di bandi tipo.

Il CNS, che nel procedimento sfociato nel provvedimento impugnato ha assunto il ruolo di leniency applicant, oltre ad avere dato conto, mediante il "bigliettino rosa", dell'esistenza di incontri anticompetitivi con i concorrenti, ha altresì, individuato, nell'ambito di altri documenti agli atti, diversi messaggi di posta elettronica relativi ad altre riunioni; documenti che confermerebbero la frequenza di incontri in sede Terotec, formalmente deputati alla discussione di argomenti leciti, in occasione dei quali, secondo l'Autorità, le parti del cartello avrebbero potuto discutere anche di come organizzare la partecipazione alla gara FM4.

11.1. Osserva il Collegio che il "bigliettino rosa" è un documento che, se certamente può avere una valenza indiziaria ad altri fini, quanto alla posizione di Cofely è del tutto inconferente.

Ciò in quanto, se l'intesa a 4 era, come ricostruito dall'Autorità, fra Manital, Manutencoop, Romeo e CNS, da una parte non si spiega perché all'incontro cui si riferirebbe il "bigliettino rosa", asseritamente avente ad oggetto la gara FM4, non abbia partecipato Romeo, che era uno dei 4 player dell'intesa accertata, dall'altra non si vede quali accordi avrebbe potuto, in ipotesi, stringere l'allora rappresentante di Cofely con i rappresentanti di due gruppi, Manutencoop e Manital, questi sì sodali dell'intesa, con i quali Cofely però non risulta aver avuto altri contatti con riferimento alla gara in questione.

In relazione alla gara FM4, le uniche evidenze indicate dall'Autorità, che sembrerebbero riferite a comunicazioni avvenute tra Cofely e altri partecipanti alla gara FM4, sono relative alla valutazione circa l'opportunità di intervenire

nel giudizio relativo all'esclusione di Manital (mail del 16 settembre 2016): rispetto a tale vicenda Cofely ha riferito di aver deciso di soprassedere essenzialmente perché, in un'altra vicenda, Cofely si trovava in posizione processuale analoga a Manital e, pertanto, non aveva alcun interesse a sostenere innanzi al giudice amministrativo una tesi che militasse a favore dell'esclusione del partecipante alla gara.

Questa spiegazione, assolutamente plausibile, è stata tuttavia ignorata dall'Autorità.

Quanto alla selezione dei lotti per i quali concorrere, innanzitutto non può svalutarsi la circostanza, evidenziata dalla ricorrente anche in sede procedimentale e sminuita dall'Autorità, che questa sia il frutto di una autonoma valutazione strategica dell'azione, plausibilmente motivata dai costi elevati connessi alla presentazione delle offerte, che possono indurre a concentrarsi sui lotti in cui la società ritiene di poter presentare un'offerta più competitiva, sia dal concentrarsi nei territori in cui il volume di affari è sensibilmente inferiore al livello dei target di affari stabiliti nei piani industriali della società.

Quanto al fatto di essere risultata prima nel lotto n. 8, la ricorrente ha presentato un'offerta tecnicamente e qualitativamente superiore a quella dell'altra concorrente, ATI CNS, ottenendo 55,450 punti rispetto ai 54,500 che, stando a quanto riportato nel provvedimento, avrebbe conseguito l'ATI CNS: quindi anche in questo caso, come per il lotto n. 10, è grazie all'offerta tecnica che la ricorrente ha vinto, con la conseguenza che è da escludere che la vittoria sia frutto di collusione.

Quanto agli altri lotti, anche laddove Cofely è risultata seconda, ha ottenuto distacchi minimi dal primo classificato, formulando offerte altamente competitive: il che non necessariamente significa, *de plano*, che la presentazione di offerte non vincenti sia sintomatica del coinvolgimento nel cartello.

La non dirimenza della circostanza che Cofely si sia classificata seconda, al fine di dimostrarne l'intento collusivo in termini di patto di desistenza, è confermata anche dal fatto che non è stata ritenuta collusiva la strategia di Dussmann che, nei lotti in cui Cofely non si è qualificata prima, ha ottenuto un punteggio medio inferiore a quello ottenuto da Cofely e si è, anch'essa, classificata seconda nel lotto n. 9 e nel lotto n. 2.

11.2. D'altra parte la tesi dell'Autorità secondo cui le offerte di Cofely artatamente non sarebbero state competitive nei lotti nn. 5, 15 e 16, in quanto inferiori a quelle dei vincitori e mediamente inferiori "rispetto a quanto offerto dalla stessa ATI negli altri lotti" (par. 418), appare perplessa, sia perché il confronto fra ribassi può essere logicamente effettuato soltanto fra le offerte presentate in uno stesso lotto, sia perché, affermare che l'offerta della seconda classificata non è competitiva perché è inferiore a quella della prima classificata, in assenza di altre e decisive evidenze della volontà di una concorrente di risultare recessiva per favorirne un'altra con cui ha un accordo segreto in tale senso, non è sufficiente a sorreggere la tesi dell'esistenza di un'intesa di bid ridding.

L'intesa prefigurata dall'AGCM prevedeva che le altre Parti – i c.d. "grandi players" del facility management in Italia – avessero già deciso come spartirsi i lotti di gara, dei quali 12 erano gli "ordinari" e 4 gli "accessori". In questa spartizione i lotti "disponibili" erano soltanto due lotti "ordinari", verosimilmente i lotti 8 e 9, cioè quelli di valore di gran lunga inferiore rispetto a tutti gli altri e quindi meno ambiti dai "grandi players".

Dunque, in coerenza con l'intesa già raggiunta tra i "grandi players", sarebbe stato logico attendersi che l'ATI Cofely-CSEL partecipasse e si rendesse aggiudicataria solo dei lotti 8 e 9, presentando al limite offerte fittizie per quale altro lotto. Invece l'ATI Cofely-CSEL non ha partecipato per il lotto 9, ha vinto il lotto 8 ed ha vinto il lotto 10, che era destinato a Romeo e che certamente Romeo ambiva e si aspettava di vincere.

In definitiva il Collegio ritiene che, pur concordando in astratto con la giurisprudenza richiamata dall’Autorità, legata alla necessità di non valutare in maniera “atomistica” gli elementi “esogeni” ed “endogeni” acquisiti ma in un’ottica “di insieme”, nel caso di specie non è stata approfondita, alla luce degli stessi elementi che l’interessata aveva rappresentato nel procedimento e che ha riportato in ricorso – come sopra evidenziati – la specifica posizione di Cofely.

Né appare dimostrato il coinvolgimento di Cofely nell’intesa, segnatamente perché non risulta convincentemente spiegata la asserita compatibilità della posizione di Cofely con un accordo collusivo del quale, per espressa affermazione dell’AGCM non era parte, e rispetto al quale si è atteggiata in posizione conflittuale, come risulta da evidenze oggettive e incontrovertibili, quali l’aver “soffiato” a Romeo e a sua insaputa, l’aggiudicazione del lotto n. 10, storicamente ad essa appartenuto, per di più presentando in gara un’offerta che è risultata competitiva non già per il ribasso offerto bensì per l’elevata qualità del progetto tecnico.

Per tutte le suesposte considerazioni, assorbiti gli ulteriori motivi, il ricorso deve essere accolto e, per l’effetto, l’atto impugnato deve essere annullato limitatamente alla parte di interesse della ricorrente, con conseguente annullamento dell’accertamento ad essa riferito, della conseguente diffida ad astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto della presunta infrazione e della sanzione alla stessa irrogata.

12. Le spese del giudizio, in considerazione della particolare complessità delle questioni trattate, possono essere compensate fra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l’effetto, annulla l’atto impugnato limitatamente alla parte di interesse della ricorrente, coma da motivazione.

Compensa fra tutte le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 10 giugno 2020 e 13 luglio 2020, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in L. 27/2020, come modificato dall'art. 4, D.L. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Consigliere

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO