

Pubblicato il 27/07/2020

N. 08780/2020 REG.PROV.COLL.
N. 14660/2019 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 14660 del 2019, proposto da Sintesi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Terracciano, Giuseppe Lepore, Anna Marcantonio, Daniele Campo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Polibio, 15;

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

S.M.A. - Servizi Medici Aziendali Sistemi Sanitari S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Fiasconaro, Francesca Saracci e Ignazio Tranquilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consip S.p.A., Com Metodi S.p.A., Igeam S.r.l., Igeamed S.r.l., Igeam Academy 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 dei legali rappresentanti 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 sospensiva

(i) del Provvedimento n. 27908 emesso dall'AGCM, in data 2.10.19, notificato a mezzo PEC in pari data, con il quale l'AGCM, all'esito del Procedimento I822, ha deliberato che Sintesi ha posto in essere, insieme alle società Com Metodi, Igeam, Igeamed e Igeam Academy, "un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), 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", al contempo rigettando "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", e, per l'effetto, le ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 700.182,00; (ii) del Provvedimento adottato dall'AGCM nella seduta del 29.10.2019 e comunicato alla ricorrente con Nota prot. 0070205 del 30.10.2019, con cui è stata rigettata l'istanza del 18.10.2019 con cui Sintesi aveva chiesto, tra l'altro, la revoca/annullamento d'ufficio del Provvedimento finale a seguito della sentenza del TAR Lazio RM, 17.10.2019, n. 11975 e l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nella propria memoria finale del 24.05.2019 depositata nel suddetto Procedimento; (iii) di ogni altro atto ad esso connesso e/o presupposto, anche allo stato ignoto, ivi inclusi i

provvedimenti nn. 27832 del 27.6.2019 e 27881 del 31.7.2019, aventi ad oggetto la proroga dei termini infraprocedimentali disposta dall'AGCM ed il provvedimento n. 37851 del 22.05.2019 con cui è stata rigettata l'istanza di proroga termine infraprocedimentale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della S.M.A. - Servizi Medici Aziendali Sistemi Sanitari S.r.l., con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 8343/2019 del 19.12.2019;

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

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;

Relatore nell'udienza del 10 giugno 2020, tenutasi tramite videoconferenza ex art. 84 d.l. n. 18/2020 cit., il dott. Ivo Correale, 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 la 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, Sintesi chiedeva l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento in questione.

Dopo aver ripercorso tutta la vicenda, fornito precisazioni sulle precedenti gare Consip, fatto cenno ai rapporti con Exitone, la ricorrente lamentava, in sintesi, quanto segue.

"I Motivo. Violazione degli artt. 7, 13 e 14 del DPR 217/98, del diritto di difesa e di contraddittorio e delle garanzie partecipative procedurali, dei principi del giusto procedimento e della c.d. parità delle armi, dei principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui agli artt. 3 e 97 della Cost."

Sintesi lamentava la violazione dell'art. 7 del d.p.r. n. 217/98 ("Regolamento"), nella parte in cui prevede che ai soggetti indagati deve essere concesso di accedere ai documenti dell'istruttoria ai sensi del

successivo art. 13, circostanza, questa, non intervenuta e oggetto di specifici ricorsi a questo Tribunale. Risultava concesso solo un accesso parziale e incompleto, con conseguente lesione del principio di completezza della difesa, di “parità delle armi” e del giusto procedimento.

“II Motivo. Violazione dell’art. 14 del DPR 217/98, dell’art. 12, co. 6, del “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato” di cui alla Delibera AGCM 24.5.17, 26614, del diritto di difesa, del contraddittorio e delle garanzie partecipative procedurali, dei principi del giusto procedimento e della c.d. parità delle armi, dei principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell’amministrazione, di cui agli artt. 3 e 97 della Cost. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia manifesta.”

La ricorrente lamentava il mancato accoglimento, durante l’istruttoria, di alcune istanze procedurali da lei proposte e relative alla proroga del termine infraprocedimentale (istanza dell’8.5.19), all’autorizzazione al deposito di una perizia indipendente sulle determinazioni matematico-aritmetiche, nonché economiche e merceologiche, di cui alle tabelle allegate alla Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (“CRI”) e all’annullamento dell’istruttoria condotta da una Direzione settoriale non competente.

In ordine alla prima, la ricorrente evidenziava la contraddittorietà dell’operato dell’AGCM, che aveva dapprima negato la proroga su istanza di parte e successivamente l’aveva disposta d’ufficio per due volte, sulla base della complessità della fattispecie e a suo esclusivo vantaggio.

Sulla seconda, Sintesi lamentava l’omissione di ogni considerazione delle sue esigenze difensive, che risultavano frustrate in via definitiva, non potendosi ripetere in questa sede il segmento procedimentale omesso, consistente sia nell’allegazione della perizia e nella deduzione di ogni conseguente difesa sia nella valutazione di quanto in essa rappresentato ad opera di AGCM e degli Uffici preposti all’esame degli aspetti prettamente tecnico economico matematici della vicenda.

Sulla terza, la ricorrente evidenziava che l'istruttoria era stata condotta, immotivatamente, dalla Direzione Settoriale Credito, Poste e Turismo e non dalla competente Direzione Settoriale Manifatturiero e Servizi.

“III Motivo. Violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della L 287/90. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà manifesta, difetto di istruttoria, manifesta ingiustizia, difetto e perplessità della motivazione.”

Soffermandosi nel merito della vicenda, la ricorrente ricordava che la gara “SIC4” era stata suddivisa in nove lotti geografici, a differenza delle precedenti che erano suddivise in cinque o sei lotti, anche al fine di estendere il numero di partecipanti (nella gara in esame, ben cinquantanove, distinti in dodici RTI).

Rispetto alle precedenti gare, differivano anche i criteri di attribuzione del punteggio tecnico ed economico, dandosi in questa estrema importanza alla parte prettamente operativa di erogazione dei servizi (45,5 punti su 60), a differenza delle edizioni 2 e 3, in cui la parte operativa era ridimensionata in seno al progetto tecnico (23 punti su 60, in “SIC3”, e 30 su 60, in “SIC2”), con speculare valenza del profilo economico, meno pronunciato nella “SIC4” (appena 14,5 punti su

60). In particolare, la volontà della Consip di attirare maggior partecipazione era data anche dall'attribuzione di tale punteggio, che era legata agli sconti offerti sui singoli servizi a catalogo, senza possibilità di prevedere sconti “extra” per l'acquisto di pacchetti o “mix” di servizi, così che i 40 punti economici erano assegnati tutti e unicamente con riguardo ai ribassi sui singoli servizi e non, come avvenuto per “SIC2” e “SIC3”, in parte con riguardo ai ribassi sui singoli servizi (30 punti su 40) ed in parte con riguardo a quelli sui pacchetti o “mix” di servizi che pure erano stati previsti per favorire i grandi ordinativi (10 punti su 40).

Nella gara in questione, inoltre, l'algoritmo di calcolo era nel senso della massimizzazione dei ribassi, con il solo limite di sostenibilità necessario per

l'eventuale verifica di anomalia, per cui vi era di conseguenza una estrema difficoltà di "regolarsi" al riguardo prendendo come parametro di riferimento le medie storiche rilevate nelle gare precedenti, laddove vi erano sconti "standardizzati" in "SIC3" e sconti "rilevanti" in "SIC4".

Sulla base di tali caratteristiche della gara e della prevedibile – e poi effettiva – grande partecipazione di "competitors", la ricorrente evidenziava come ogni eventuale accordo anticoncorrenziale "ex ante" non avrebbe avuto la benché minima probabilità di successo reale tanto da risultare sconsigliato nell'ottica aziendale qualunque idea di proporlo o attuarlo, anche se tra tre imprese ai vertici del mercato come quelle sanzionate.

Nello specifico, la ricorrente si soffermava nel dimostrare come la peculiarità del sistema di calcolo rendeva estremamente complesso prevedere un sistema per selezionare il ribasso ottimale e non vi era nessuna convenienza nel "mettersi d'accordo" con altri, dovendosi avverare molte variabili non ipotizzabili razionalmente e, infatti, non realizzatesi in concreto che coinvolgevano anche gli altri partecipanti alla gara.

In sostanza, nel caso di specie, vi era stata la presenza di "outsiders", effettivi o potenziali, estranei al gruppo delle imprese fra le quali, assertivamente, vi sarebbe stata collusione, quale evenienza legata a meccanismi specifici del mercato incompatibili con la spiegazione basata sulla concertazione, secondo giurisprudenza che era richiamata.

Sintesi evidenziava, pertanto, che, anche a prescindere dalla considerazione sugli esiti concreti della gara, nel caso di specie non si poteva neppure ipotizzare ragionevolmente che la condotta avesse avuto una "pericolosità" e un disvalore tali da ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della l.n. 287/90, fermo restando che l'esito concreto della gara era andato in direzione diversa rispetto a quella compatibile con la ricostruzione fatta dall'AGCM.

La ricorrente, poi, contestava anche che l'Autorità non aveva approfondito lo specifico mercato di riferimento, che poteva definirsi come estremamente

mobile, attivo e senza dinamiche fisse e costi tali da determinare le scelte imprenditoriali in un contesto – peraltro – caratterizzato da molti “competitors”, il cui comportamento era pressoché imprevedibile alla luce della conformazione della gara.

Del tutto illogica, quindi, era la tesi dell’AGCM, che aveva ritenuto di fondare la sua accusa sulla previsione da parte delle imprese sanzionate dei ribassi medi percentuali dei concorrenti sui singoli lotti, medie che sarebbero state individuate sulla mera base di quelli fatte dai concorrenti nelle precedenti gare che, come detto, non erano però paragonabili.

“IV Motivo. Violazione dell’art. 101 TFUE e dell’art. 2 della L 287/90. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà manifesta.”

Per la ricorrente, l’AGCM nel ritenere che Sintesi, (le tre) Igeam e Com Metodi avevano volutamente offerto ribassi inferiori alla media, determinando quest’ultima sulla base degli sconti presentati dai concorrenti nella precedente edizione, aveva commesso un grave errore matematico e concettuale nel calcolo della media dei ribassi.

Ciò perché l’offerta economica relativa alla gara “SIC4” prevedeva la formulazione di un unico set di sconti su 28 voci di listino, mentre nella “SIC3” erano previsti tre set di sconti (sul listino e su parti dei servizi di questo). Vi era stato, quindi, un confronto su grandezze disomogenee la stessa AGCM non aveva chiarito come, da elementi assunti presso Igeam, avesse desunto che i prezzi della “SIC4” fossero stati inferiori del 15% rispetto ai prezzi della “SIC3”.

In realtà, Sintesi non aveva presentato un’offerta inferiore al ribasso medio atteso, ma aveva deciso i ribassi dei Lotti 3-4-5 in modo tale da avere la ragionevole certezza che le proprie offerte economiche risultassero superiori alla media dei ribassi attesi anche nella gara “SIC4”, ribassi che, come indicato dalla stessa AGCM nella nota 137 della chiusura dell’istruttoria, avrebbero consentito di ottenere un punteggio auspicabile superiore ai 34 punti,

confidando sulla possibilità di ottenere un punteggio tecnico più elevato dei “competitors”.

”V Motivo. Violazione dell’art. 101 TFUE e dell’art. 2 della L 287/90, dell’art. 3 della L 241/90 per carenza di motivazione. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare per irragionevolezza della valutazione sulla sussistenza dei requisiti della pratica concordata enucleati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria; per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e per motivazione carente, illogica, contraddittoria e perplessa in relazione alla ritenuta sussistenza degli elementi di prova endogeni ed esogeni dell’illecito sanzionato.”

La ricorrente poneva in evidenza che, secondo giurisprudenza della CEDU, se sussiste un “ragionevole dubbio” in ordine all'esistenza di una violazione in materia “antitrust”, esso deve andare a vantaggio dell’impresa destinataria della decisione che constata l’infrazione, alla quale va quindi riconosciuto il beneficio del dubbio e al giudice che esercita il sindacato di legittimità sulla decisione dell’AGCM, pertanto, non è consentito concludere che la violazione in questione sia stata provata in maniera sufficiente, se esso nutre ancora dubbi al riguardo.

Anche la giurisprudenza nazionale a più volte affermato che è necessaria la presenza quanto meno di indizi “gravi, precisi e concordanti” che evidenzino con ragionevole certezza che i comportamenti tenuti dalle imprese siano stati frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali così da escludere la c.d. “giustificazione alternativa”.

In ordine alla valutazione degli elementi accusatori di tipo “endogeno” ed “esogeno”, poi, per gli elementi di prova di tipo esogeno, grava sulle imprese l’onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti; mentre, per quelli di tipo endogeno, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell’AGCM 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 e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nel provvedimento dell’Autorità. Nel caso di specie, dall’istruttoria svolta, non risultava alcun elemento minimo, neanche indiziario ed indiretto, idoneo a dimostrare che la ricorrente avesse realizzato una collusione in termini anticoncorrenziali.

In primo luogo, in ordine alle prove “esogene”, non era riscontrabile un solo documento, riferito a Sintesi, dal cui contesto potesse evincersi che questa aveva concordato la propria condotta con quella delle altre società coinvolte, basandosi le stesse su scambi di “e-mail” tra le altre due società, alle quali la ricorrente era stata del tutto estranea e che non avevano alcuna correlazione con la medesima. Anzi, l’AGCM aveva considerato una mail “interna” del settembre 2017 proveniente da Exitone che, come è emerso nel corso del procedimento, era ed è il più agguerrito ed aggressivo concorrente di Sintesi e che aveva dato luogo a un ricorso amministrativo sull’esito della gara “SIC3”. Tutti i rapporti, incontri e contatti menzionati nel provvedimento impugnato erano intercorsi esclusivamente tra Igeam e Com Metodi e non vi era traccia di alcuna “mail”, comunicazione o dichiarazione e di qualsivoglia contatto tra Sintesi e le altre due società.

L’inclusione di Sintesi in quel clima di "amichevole collaborazione" che legava le sole due società era meramente assertiva.

Anche dall’esame della documentazione acquisita solo all’esito del contenzioso avanti a questo Tribunale del 2019 e dopo l’adozione del provvedimento, Sintesi evidenziava che i continui contatti tra le due società erano giustificati dalla necessità di erogare i servizi della gara “SIC3” a loro aggiudicata. Correttamente contestualizzati, pertanto, i contatti tra le due società apparivano del tutto normali, in quanto queste non potevano non avere rapporti di continua collaborazione, vista la necessità di erogare congiuntamente i servizi della gara “SIC3” e, almeno fino al 27 gennaio 2016, la loro intenzione di partecipare congiuntamente alla successiva edizione, per

cui la presunta concertazione non appariva costituire l'unica spiegazione plausibile dei contatti tra le due imprese in questione.

Inoltre, considerando due “mail” non richiamate dall'AGCM, era dimostrato che i reali rapporti di Igeam e Com Metodi con Sintesi erano fatti di insulti, offese e sostanziale insofferenza.

Per quanto riguardava gli elementi “endogeni”, la ricorrente evidenziava che la scelta dei lotti su cui competere era in realtà stata frutto di una scelta imprenditoriale assolutamente ragionevole e avulsa da qualsivoglia finalità strumentale all'attuazione di intese anticoncorrenziali e, sul punto, Sintesi si soffermava sulle ragioni dei ribassi, evidenziando anche i passaggi logici percorsi.

In ragione di ciò, era segnalato che l'ottimizzazione dei costi (e delle tempistiche) nella gestione del cliente nei lotti prioritari era garantita massimamente dalle specifiche circostanze, quali: la quasi totalità del personale interessato (operativo, commerciale, di supporto, ecc.) che era già formato sulle procedure e sui processi Consip; la rete di professionisti esterni già presente sul territorio e anch'essa già formata consentiva la gestione dei picchi di produzione, riducendo i relativi tempi; gli investimenti necessari erano già stati effettuati e ammortizzati dalla ricorrente e risultavano più che sufficienti e adeguati a gestire la quasi totalità del potenziale portafoglio della futura Convenzione, gli accordi e le convenzioni stipulate con i laboratori per le indagini “tecniche” e “sanitarie”, legati ai volumi di attività già gestite, assicuravano condizioni di mercato oltremodo favorevoli; la disponibilità di aule formative e per l'addestramento proprie e attraverso convenzioni molto favorevoli consentiva di limitare costi aggiuntivi per i servizi formativi; l'esistenza di un “case history”, ossia la conoscenza diretta delle Amministrazioni e di quali di esse avrebbero presumibilmente gestito il servizio di sicurezza direttamente con proprie gare, che consentiva di orientare il programma di “marketing” in modo da contenerne i costi.

Sintesi, quindi, aveva deciso di partecipare alla gara “SIC4” formulando un ribasso economico che teneva conto del grado di pericolosità dei “competitors” in relazione ai singoli lotti (ove possibile) e dei vantaggi legati alla sua presenza sul territorio, anche in virtù del “proprio portafoglio” clienti (pubblico e privato), che le avrebbero consentito economie legate al metodo di prestazione dei servizi nonché a soluzioni operative favorevoli in termini di territorialità, organizzazione, personale, tecnologia e logistica, il tutto in linea con la generale tendenza dei concorrenti a dirigere le proprie offerte verso le regioni già presidiate, come da tabelle che erano riportate e illustrate.

Ne conseguiva che, in termini assoluti, tutti i ribassi presentati da Sintesi avevano tenuto conto della concorrenza, più o meno accanita, dei “competitors” e, in termini relativi, la distanza tra gli sconti maggiori (58%) e quelli minori (33-34%) era giustificata da un risparmio di costi mediamente pari al 25%.

L'AGCM aveva omesso ogni considerazione sui ribassi in termini assoluti e, sui termini relativi, non aveva considerato che gli sconti offerti da Sintesi non potevano essere scrutinati soltanto in base a parametri rigorosamente matematici ed in relazione ai soli costi e risparmi di spesa, ma dovevano esser letti, al contrario, in un'ottica pro-competitiva volta al “recupero” dei lotti sottratti dal concorrente più pericoloso.

Non era stato considerato l'andamento “caotico” delle gare “SIC3” e “SIC4” in relazione agli sconti offerti né era stata approfondita la modalità delle offerte degli altri competitori “incumbent”.

Era da valutare anche che la rinuncia a un lotto fosse normalmente “compensata” – e lo sarebbe stato anche per Sintesi – dai benefici dell'aver “vinto” la gara in altro, senza far assumere al mero profitto in astratto conseguibile un elemento decisivo a sostegno dell'intesa, per cui l'entità del maggior ribasso offerto da Sintesi che era riconducibile non alla finalità spartitoria ma al normale gioco competitivo, tenendo anche conto dei ribassi offerti da Exitone e del suo ingresso nel mercato.

Riguardo alle offerte sui lotti 3, 4 e 5, ritenute “di comodo”, l’AGCM non aveva valutato che le gare Consip da sempre avevano coperto soltanto una esigua parte del mercato di riferimento, pari al 5%, mentre il grado di presenza delle imprese sul territorio doveva essere verificato anche e soprattutto nella restante fetta di mercato, quella che copriva il restante 95%, e che si aggiungeva alla “parte Consip”.

La ricorrente osservava che, per individuare la percentuale di “mercato gare”, erano stati utilizzati dati che si riferivano al traslato a consuntivo dei valori dei contratti “SIC2” e “SIC3”, da cui derivava, per l’AGCM, che Exitone fosse la società “incumbent” con la percentuale del 90-95%, anche per la sottrazione della gara “SIC3” a Sintesi in esito al giudizio amministrativo, ma tale ricostruzione valutava la “incumbency” delle imprese con riguardo alla scadenza della “Convenzione SIC3” (al marzo 2018) e non, invece, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara “SIC4” (del marzo 2016).

In realtà la ricorrente aveva chiarito, fornendo i relativi dati, che ben poteva essere considerata, alla stregua di questi, un’impresa “incumbent” nel senso di “agevolata” nei costi del servizio dalla presenza sul territorio ma tali agevolazioni erano state erroneamente ritenute azzerate alla scadenza dei contratti Consip, mentre avrebbero dovuto essere ritenute sussistenti anche nei mesi successivi alla perdita della “Convenzione SIC3”, poiché le economie derivanti dalla presenza “in loco” (quali contatti, sedi, personale, “network”, professionisti) non si “spegnevano” allo spirare dei singoli contratti e comunque Sintesi aveva clienti anche esterni all’area Consip”, che avevano portato addirittura un incremento del valore delle commesse, come da relative tabelle che erano riportate.

Altro errore metodologico era stato quello di aver ritenuto rilevanti i dati riferiti “a consuntivo” delle commesse delle gare “SIC2” e “SIC3” (al marzo 2018) e non quelli che si riferivano al valore dei contratti che, al momento di partecipazione alla gara “SIC4” (17 marzo 2016), sarebbero presumibilmente

continuati – oltre a quelli con pp.aa che li avevano prorogati - fino all'attivazione della relativa Convenzione, prevista per il giugno/luglio 2017.

Infine, riguardo al richiamato, elevato, “turnover” delle Amministrazioni aderenti e alla ritenuta riduzione degli eventuali benefici in termini di minori costi derivanti dall'essere già fornitori degli Enti presenti su ciascun lotto, secondo la ricostruzione dell'Autorità, la ricorrente precisava che: a) di solito avviene il contrario, ossia che una PA, una volta avviato un rapporto volto all'esecuzione del servizio in esame, difficilmente cambia strada nonostante scada il contratto in Convenzione; b) l'ingresso di nuovi clienti, mantenendosi il “grado” di “incumbency” di Sintesi, non incide in modo determinante sui costi fissi e generali, essendo il costo marginale per la loro gestione già minimizzato dalla presenza “in loco” della società, con le sue strutture, il suo “network” ed il suo personale, per cui tale tipo di “turnover” non avrebbe ridimensionato il ribasso possibile da offrire.

L'AGCM, in più, non aveva considerato i costi legati al “marketing”, necessari anche per l'acquisizione di pp.aa da far aderire alla Convenzione.

Riguardo al ribasso massimo offerto da Sintesi (58%), che secondo l'AGCM non giustificerebbe quello minimo (33%-34%) in ragione della riduzione dei costi, la ricorrente richiamava le tabelle contenute nel provvedimento impugnato per porre in risalto che la percentuale di risparmio che Sintesi avrebbe avuto sul “marketing” nelle regioni di proprio maggior interesse rispetto alle altre risultava pari a circa il 21% (62,55% - 42%) e che, nelle regioni di minor interesse, l'aggravio dei costi di solo marketing – stando alla Tab richiamata – sarebbe stato del 21%, per cui non vi era alcuna efficace dimostrazione che il risparmio di spesa tra i due tipi di lotti fosse stato “in ogni caso molto inferiore rispetto al differenziale dei ribassi offerti dalle tre società”, come detto dall'Autorità.

L'esercizio teorico matematico compiuto dall' AGCM non aveva alcun riscontro con la realtà del mercato e della gara esaminata, tant'è che se Sintesi

avesse applicato i ribassi da essa ritenuti "giustificati" avrebbe perso la gara, come mostravano alcune Tabelle allegate.

“VI Motivo. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15 della L. 287/90, dell’art. 101 TFUE e degli artt. 3 e 11 della L. 689/1981, delle “Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’AGCM in applicazione dell’articolo 15, co 1, della L 287/90”, deliberate dall’AGCM il 22.10.14, dei principi di parità di trattamento e di proporzionalità nel calcolo delle ammende. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare difetto di motivazione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, ingiustizia ed irragionevolezza manifeste, sviamento.”

In via subordinata, la ricorrente contestava anche l’entità della sanzione irrogata.

In particolare, erano censurati il ritenuto carattere di “segretezza” dell’intesa, la sua “gravità” collegata alla mancata considerazione degli effetti e la relativa durata.

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.

Si costituiva in giudizio anche la S.M.A. - Servizi Medici Aziendali Sistemi Sanitari S.r.l., chiedendo la reiezione del gravame.

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

In prossimità della trattazione di merito proponevano intervento “ad opponendum” anche 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, tra l’altro, eccepiva l’inammissibilità dell’intervento come spiegato, avendo questo le caratteristiche dell’intervento adesivo autonomo o

litisconsortile, come tale vietato dal vigente codice del processo amministrativo.

Le SMA chiedeva il passaggio in decisione ai sensi dell'art. 4 d.l. 30 aprile 2020 n. 28.

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, la causa era quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, in relazione all'eccezione di inammissibilità dell'intervento "ad opponendum", il Collegio rileva che è vero come nel processo amministrativo sia prevista la sola figura dell'intervento adesivo dipendente, come tale collegato e subalterno alla posizione giuridica del ricorrente e non autonomamente azionabile (per tutte: TAR Lazio, Sez. I, 17.10.19, n. 11972, 29.3.18, n. 3542, 28.7.17, n. 9074 e Cons. Stato, Sez. IV, 29.11.2017, n. 5597), ma ciò rileva laddove l'interveniente vanta la medesima posizione giuridica del ricorrente, come ritenuta lesa dai provvedimenti impugnati e secondo il relativo "petitum", da potere fare valere solo mediante ricorso autonomo (TAR Lazio, Sez. I, 29.11.18, n. 11613).

Nel caso di specie, le intervenienti "ad opponendum" non hanno l'interesse alla caducazione degli atti impugnati ma quello, contrario, alla loro conservazione, quale interesse "di fatto", di rilievo giuridico, valido a differenziarle dalla generalità dei consociati e quindi a legittimarne l'intervento in tali limiti (TAR Campania, Sa, Sez. II, 3.2.20, n. 177).

Precisato ciò, il Collegio, al non più sommario esame della fase di merito, rileva la fondatezza del ricorso nei sensi che si vanno a precisare, prescindendo quindi dalle censure di cui alla mancata ostensione di documentazione, ritenendo sufficiente il Collegio quella presente in atti.

Per quanto riguarda i primi due motivi di ricorso, di ordine procedurale e che possono essere esaminati contestualmente, il Collegio ne rileva comunque l'infondatezza.

In relazione al primo, sulla mancata integrale ostensione della documentazione richiesta, oggetto di accoglimento con sentenza ex art. 116 c.p.a. n. 11975/19 di questa Sezione, il Collegio concorda con la ricostruzione della difesa dell’Autorità, nel senso che dal contenuto di tale statuizione non deriva un effetto automaticamente invalidante sull’intero procedimento, secondo l’impostazione della censura di Sintesi, come ribadita nelle sue memorie. Valga osservare, infatti, che non risulta provato dalla società ricorrente che la mancata piena conoscenza dei documenti, poi ostesi, abbia leso in maniera determinante il suo diritto di difesa – peraltro ampiamente esercitato nel procedimento attraverso l’esposizione delle tesi principali sulla insussistenza dell’intesa come riportate nello stesso procedimento impugnato – come desumibile anche dalla mancata proposizione di eventuali “motivi aggiunti” nel presente giudizio, fermo restando che il ricorso risulta notificato il 20 novembre 2019, successivamente alla data del 30 ottobre 2019 in cui è stata consentita la visione di tali ulteriori documenti.

Non è condivisibile sul punto la tesi della ricorrente, di cui alla memoria di replica, secondo la quale, anche ai sensi dell’art. 24 Cost. e delle garanzie sull’”equo processo” di cui all’art. 10 della Dichiarazione universale del 1948 all’art. 6 della Convenzione europea del 1950, all’art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, all’art. 8 della Convenzione americana del 1969, la necessità di mettere a disposizione tutta la documentazione istruttoria incondizionatamente costituisce comunque un obbligo “assoluto” che va “al di là di ogni indagine, nel merito, in ordine alla rilevanza di tali documenti ed al preteso bilanciamento di interessi”, sia perché, ai sensi dell’art. 24 Cost., non è risultata l’impossibilità di proporre ricorso in sede giurisdizionale sia perché, ai sensi delle norme internazionali richiamate, deve comunque operarsi un bilanciamento di interessi, di cui, appunto, al relativo Regolamento dell’Autorità, che consenta di tutelare posizioni contrastanti, salvo, in concreto, l’intervento in sede giudiziaria, come effettuato nel caso di specie ai sensi dell’art. 116 c.p.a., ovvero eventualmente

in sede istruttoria, ai sensi dell'art. 65 c.p.a. in questo giudizio, con eventuale applicazione a beneficio della parte interessata del già richiamato istituto dei "motivi aggiunti".

Gli stessi documenti richiamati da parte ricorrente nella sua memoria di replica, casomai, sono utilizzabili nella presente sede proprio per corroborare la tesi di Sintesi, già ampiamente espressa nel procedimento e in questa fase.

In relazione al secondo motivo, sul diniego di proroga alla ricorrente e sull'autoassegnazione di proroghe alla stessa AGCM, il Collegio osserva che anche in questo caso non criticabile è la posizione dell'Autorità, che ha chiarito come il diniego di proroga alla ricorrente era stato giustificato dal sufficiente tempo a disposizione per contraddire 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.

Riguardo alla richiesta di perizia formulata da Sintesi nel corso del procedimento, il Collegio rileva che non sussiste un obbligo di relativa disposizione nel corso dell'istruttoria, essendo rimessa alla valutazione discrezionale del Collegio dell'Autorità la completezza o meno delle risultanze tecniche, salvo scontare in sede di ricorso giurisdizionale eventuali riscontrate carenze istruttorie.

Riguardo al censurato affidamento alla Direzione Settoriale Credito, Poste e Turismo e non alla Direzione Settoriale Manifatturiero e Servizi, il Collegio osserva che tale affidamento rientra pure nella discrezionalità dell'organizzazione degli uffici interni dell'Autorità e di per sé non è motivo di annullamento del provvedimento finale, salvo quanto ora rappresentato su carenze istruttorie derivanti da tali iniziativa.

Chiarito ciò sulle questioni "procedurali", il Collegio passa ad esaminare congiuntamente il terzo, il quarto e il quinto motivo di ricorso, che si

soffermano “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 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 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.

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.

Chiarito ciò e passando dunque ad esaminare le singole doglianze, il Collegio ritiene utile partire da quelle di cui al quinto motivo, legato essenzialmente all’assenza di elementi “esogeni” che coinvolgono Sintesi.

Tale constatazione è sposata dal Collegio che, dalla lettura del provvedimento impugnato, in effetti, non 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 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, anche in maniera indiretta tramite contatti con una

sola delle altre due imprese, sia difficile ipotizzare una pratica concordata “a tre”, 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.

Sempre in relazione agli elementi esogeni, acquistano sotto tale profilo – e non per quanto dedotto con il primo motivo – le osservazioni della ricorrente di cui ai suoi molteplici scritti difensivi.

Dall’accesso agli atti è infatti risultata la presenza di elementi esogeni ulteriori che coinvolgevano Sintesi ma tali elementi, contrariamente, evidenziavano piuttosto l’assenza di quel clima collaborativo e amichevole che l’AGCM ha dedotto tra le tre imprese per arrivare a concepire il disegno collusivo sanzionato.

Nella sua memoria di replica, infatti, Sintesi pone in evidenza documenti derivanti dall’accesso effettuato ai sensi della richiamata sentenza di questo Tribunale – e non smentiti nella sue difese dall’Autorità – da cui si evinceva che Sintesi non era affatto “ben vista” almeno da Igeam, laddove si faceva riferimento a invettive, commenti sarcastici, sui ribassi offerti, e negativi sull’A.U. di Sintesi stessa (pag. 8 memoria di replica della ricorrente del 29 maggio 2020).

Ne deriva, in sostanza, che la ricostruzione dell’AGCM è fondata, per quanto riguarda gli elementi esogeni, solo su rapporti intercorsi tra Igeam e Com Metodi - sui quali questa Sezione peraltro si pronuncerà nell’ambito dei rispettivi ricorsi pure in decisione all’udienza pubblica del 10 giugno 2020 - rispetto ai quali non è provata la adesione di Sintesi ai fini della

predisposizione e realizzazione dell'accordo anticoncorrenziale come prospettato.

Né vale il richiamo operato da Gi.One ed Exitone alla data 25 novembre 2015, prima della pubblicazione del bando per la procedura di gara "SIC4", ove sarebbe avvenuto un incontro presso la sede di "Deloitte Consulting" (mandante del RTI con Com Metodi) tra un dirigente di quest'ultima e l'amministratore delegato di Sintesi, con oggetto dell'incontro: "Consip", sia perché tale elemento non risulta considerato e valorizzato dall'AGCM, sia perché generico e comunque anteriore alla pubblicazione del bando, con conseguente impossibilità logica di poter concordare una strategia di gara.

Chiarito ciò, il Collegio rileva che residuano i soli elementi endogeni che, eventualmente, per la loro chiarezza, potrebbero ugualmente far propendere per la legittimità delle conclusioni dell'AGCM ma così non risulta.

Si è detto in precedenza, richiamando le conclusioni della giurisprudenza, anche in sede UE, che se è pur vero che il complesso di indizi invocato dall'Autorità procedente debba essere valutato globalmente e non in maniera "atomistica", essendo infatti usuale che le attività derivanti da pratiche e/o accordi anticoncorrenziali possano svolgersi in modo non apertamente dichiarato, è altrettanto vero che deve sussistere – soprattutto in caso di assenza di elementi esogeni - un certo numero di coincidenze e di indizi, che devono però essere "seri, precisi e concordanti" da considerare nel loro insieme, così da poter costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, prova dell'intesa anticoncorrenziale.

In sostanza, la giurisprudenza ha chiarito che l'Autorità "antitrust" deve produrre elementi di prova gravi, precisi e concordanti per sostenere l'accertamento della violazione a carico dell'impresa, che non è necessario che ciascun elemento di prova addotto soddisfi tale criterio in relazione ad ogni aspetto della violazione, che è sufficiente che il complesso delle prove su cui si basa l'Autorità – considerato nella sua interezza – soddisfi tale requisito

(Tribunale UE del 12 luglio 2019 in T-8/16, parrr- 385-386, e in T-763/15, par. 43).

E' stato ulteriormente chiarito che qualora, nell'accertamento di una infrazione degli artt. 101 e 102 TFUE, l'Autorità si basi su evidenze "documentali" dirette, all'impresa interessata incombe l'onere non semplicemente di prospettare una plausibile alternativa ma di dimostrare che le prove su cui si fonda la decisione impugnata non sono sufficienti per accertare la sussistenza dell'infrazione. Tale inversione dell'onere della prova non viola il principio della presunzione di innocenza. (Trib. UE, n. T-763/15, cit.).

Ne deriva però che, nell'ipotesi di richiamo a (soli) elementi endogeni e non "documentali", come nel caso di specie sul coinvolgimento di Sintesi, è sufficiente per l'impresa dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione plausibile sui fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento.

Ebbene, è ciò che accade nel caso di specie.

La società ricorrente, infatti, ha fornito una spiegazione alternativa plausibile, che l'AGCM ha quantomeno omesso di approfondire e valutare in sede istruttoria.

Sul punto, quindi, il Collegio deve rifarsi a quanto illustrato nel terzo e quarto motivo di ricorso.

L'AGCM, infatti, ha sostanzialmente fondato le sue conclusioni – su impulso anche di impresa terza – sulla riscontrata esistenza di offerte "a scacchiera" che avrebbero visto le tre imprese non sovrapporsi su più lotti di (ritenuto) interesse "appetibile".

Sintesi ha però fornito una spiegazione alternativa plausibile, fondata anche su deduzioni tecnico-matematiche che l'Autorità non ha preso in considerazione, con conseguente difetto di istruttoria in tal senso individuabile (riprendendo quanto premesso a proposito del primo motivo).

Come condivisibilmente osservato dalla ricorrente, nel raffronto tra i ribassi effettivi rilevati nella gara “SIC4” e i ribassi attesi calcolati dall’Autorità emerge una differenza esorbitante e non chiara nella sua dinamica.

Sintesi ha spiegato che, in realtà – in virtù del metodo di aggiudicazione, ad offerta economicamente più vantaggiosa – ha preferito mantenere uno “standard” tecnico, diminuendo i ribassi, in considerazione dell’alto valore sociale ed economico dei servizi oggetto di gara, perché comunque il prezzo non poteva non essere influenzato dal contenuto del progetto tecnico riguardante la salute e la sicurezza di lavoratori.

Sempre nelle sue memorie, Sintesi ha avuto modo di illustrare che, nell’ambito della modalità di paragone dei ribassi tra la gara “SIC3” e la gara “SIC4” - di loro non prettamente coincidenti per le differenze strutturali che le contraddistinguevano, se non altro per la differenza dei lotti geografici che in gare di tale portata non è di poco conto - prendendo come parametro il prezzo del servizio e non la percentuale, il ribasso medio atteso in “SIC4” sarebbe stato di 37,41% mentre Sintesi, sulla base di ragionamenti imprenditoriali, ha calcolato la percentuale nella misura del 17,7%, che applicata portava al ribasso medio atteso in “SIC4” del 32,24%, inferiore a quello presentato da Sintesi, pari in media a circa il 34%.

A ciò devono aggiungersi le tabelle di calcolo presentate da Sintesi, da cui emerge che il ribasso da essa formulato nei lotti a lei non aggiudicati era superiore alle medie attese e potenzialmente idoneo a concorrere all’aggiudicazione, anche alla luce del punteggio tecnico conseguito.

Tutto ciò per evidenziare che tali modalità di calcolo, presentate nelle sue perizie e/o comunque prospettate dalla ricorrente nel corso dell’istruttoria, dovevano essere oggetto di approfondita valutazione da parte dell’AGCM, la quale, invece, a quel che consta, 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.

Altra spiegazione alternativa è quella fornita da Sintesi in ordine alle sue scelte imprenditoriali in merito ai lotti, scelte che assumono una rilevanza centrale proprio in assenza di (altri) elementi esogeni come sopra rilevato.

In primo luogo, risulta una rilevanza competitiva dell'offerta di Sintesi nei lotti 1, 2, 4 e 9 che sarebbe, comunque, risultata prima in graduatoria, anche se Igeam e Com Metodi avessero presentato negli stessi lotti la loro miglior offerta.

La ricorrente, inoltre, ha evidenziato – senza smentita oggettiva – che il mercato rilevante “prevenzionistico” di cui la gara Consip copre il solo 5%, ed è imprenditorialmente più appetibile nelle regioni con più alto numero di dipendenti pubblici (qui lotti 2 e 6, Lombardia e Lazio, come già in “SIC2” e “SIC3”). Era, pertanto, logico che i partecipanti alla gara avessero interesse primario ad acquisire i lotti 2 e 6, proprio in virtù della loro “appetibilità imprenditoriale”.

Nello specifico, risultano giustificati i ribassi offerti da Sintesi, in un'ottica plausibilmente estranea a quella collusiva, fondati sulla redazione di piano volto a recuperare il fatturato perso a seguito della revoca della Convenzione “SIC3” in sede giurisdizionale, applicando un criterio orientato ad aumentare le probabilità di successo e di recupero della clientela che aveva perso.

Risultavano individuati, quindi, prima i lotti relativi a regioni di interesse principale (Lazio, Lombardia, Piemonte, Calabria, Sicilia, lotti 1, 2, 6 e 9), dove erano già presenti un'organizzazione commerciale e operativa, relazioni territoriali e un “network” di professionisti e di strutture necessari, poi i lotti relativi a regioni già gestite nella “SIC2” (Sardegna, Abruzzo, Basilicata), valutandone la composizione, anche in relazione alle esigenze espresse dai componenti del RTI (lotti 4 e 5), mentre il lotto della Puglia non appariva di interesse per Sintesi per negative esperienze pregresse sul territorio; infine, era individuato un ulteriore lotto (regione Veneto), con potenzialità di sviluppo rispetto ai rimanenti contenente comunque regioni di qualche interesse solo per alcuni componenti del raggruppamento.

In assenza di elementi esogeni coinvolgenti Sintesi, come detto, tale ricostruzione appare plausibile e difficilmente conciliabile con le scelte imprenditoriali dei “competitors” individuati dall’AGCM nonché – e soprattutto – con gli altri partecipanti, comunque in numero non irrilevante, tra cui Exitone e Consilia, quest’ultima poi, in effetti, aggiudicatasi uno dei lotti.

La ricorrente ha anche spiegato che, in relazione alle precedenti edizioni, aveva ritenuto valida la formulazione di ribassi più aggressivi e sostenibili per poter pensare di avere un vantaggio rispetto agli altri partecipanti, il cui numero e comportamento era difficile da prevedere in virtù della nuova e diversa conformazione della “SIC4”.

Sulla base del rilevante peso ponderale dell’offerta economica, dell’impegno di promozione commerciale che la convenzione richiedeva, della conoscenza del territorio in regioni già “servite”, Sintesi ha chiarito come ci sarebbe stata una ottimizzazione dei costi nella gestione della clientela nei lotti ritenuti “prioritari”, usufruendo di personale già formato e/o presente sul territorio, di investimenti già effettuati anche tramite accordi e convenzioni con laboratori, di un adeguato e mirato programma di “marketing”. Ne era conseguita l’offerta di un ribasso economico tale da tenere conto del ritenuto grado di pericolosità di tutti i concorrenti sui singoli lotti e dei vantaggi legati alla presenza sul territorio, con conseguenti economie legate al metodo di prestazione dei servizi nonché a soluzioni operative favorevoli in termini di territorialità, organizzazione, personale, tecnologia e logistica.

Tale scelta era d’altronde in linea con la tendenza dei concorrenti a dirigere le proprie offerte verso regioni già presidiate, proprio per il rinvenimento di “economie di scala” tipiche di questi servizi.

In relazione alle offerte sugli altri lotti, c.d. “di comodo”, la ricorrente ha affermato che poteva offrire nei territori “non elettivi” un ribasso analogo a quello presentato sugli altri, ma depotenziando i contenuti tecnici del progetto, ovvero offrire ribassi meno competitivi, mantenendo l’offerta dei

servizi tecnici; essa ha preferito quest'ultima soluzione in considerazione dell'alto valore sociale ed economico dei servizi oggetto di gara, sulla salute e la sicurezza dei lavoratori.

E' emerso, poi, che nei territori prescelti Sintesi ha avuto un risparmio tra il tra il 23% e il 28% e sottraendo tali costi al 58% di ribasso, nei lotti "non elettivi" un'offerta sostenibile avrebbe dovuto oscillare tra il 30% ed il 35%, come in effetti è stato, e Sintesi non avrebbe potuto attuare un ribasso superiore a quello presentato, dato che ha preferito – come detto - non diversificare la propria offerta tecnica.

Riguardo all'assenza di costi fissi, alla qualifica di operatore "non incumbent" di Sintesi e al "turnover" delle amministrazioni aderenti, che l'AGCM pone, anche in questa sede, alla base delle tesi orientate a smontare la spiegazione alternativa fornita dall'impresa, il Collegio concorda con quanto richiamato però dalla ricorrente.

Valga, infatti, evidenziare che costi fissi relativi al servizio in generale erano quelli di "marketing" e di promozione della gestione, come richiesti dallo stesso Capitolato di gara, la posizione di "incumbent" ragionevolmente poteva essere dedotta nei costi del servizio per la presenza sul territorio, comunque permanenti anche dopo la perdita del servizio della gara "SIC3" per la relativa rete di economie comunque avviate (contatti, sedi, professionisti, personale e altro, riferite a clientela che poteva essere anche esterna alla convenzione Consip).

Sul c.d. "turnover", in effetti, è emerso che le Amministrazioni aderenti hanno un altissimo gradimento della convenzione Consip e tale "turnover" era molto limitato nei lotti 1, 2, 6 e 9, in percentuale pari al 39% in termini numerici e al 33% in termini economici, rispetto ai dati utilizzati dall'Autorità, rispettivamente del 54,2% e del 35,9%.

Ne deriva che si rinviene una spiegazione alternativa plausibile, dato che il ribasso formulato da Sintesi nei lotti non aggiudicati era comunque superiore

alle medie attese e, quindi, idoneo a concorrere all'aggiudicazione unitamente al punteggio tecnico conseguibile.

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 tra le parti, inoltre, è ben difficile ipotizzare, per Sintesi, 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 sesto motivo legato all’entità della sanzione che, invece, deve essere annullata.

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