

Pubblicato il 23/10/2020

N. 10790/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04583/2019 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 4583 del 2019, proposto da Green Light Servizi Ambientali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Nigro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12; So.Re.Sa (Società Regionale per la Sanità) S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento previa sospensione

del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prot. n. 27546 del 30/01/2019, notificato alla ricorrente in data 07/02/2019 a mezzo p.e.c., recante l'accertamento di un'intesa restrittiva in violazione dell'art. 101 TFUE, l'ordine di astenersi dal reiterare i comportamenti anticoncorrenziali e la sanzione amministrativa pecuniaria di € 8.051,70,

nonché di ogni ulteriore provvedimento preesistente e/o successivo comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 3710/2019 del 6.6.2019;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 ottobre 2020 il dott. Ivo Correale, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In seguito a denunce tra il luglio e il settembre 2017 inoltrate dalla So.re.Sa. s.p.a, ("Soresa"), centrale di acquisto regionale in materia sanitaria della Regione Campania, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") dava avvio al procedimento orientato nei confronti delle società Langella Mario S.r.l. ("Langella"), Ecologica Sud S.r.l. ("Ecologica"), Ecosumma S.r.l. ("Ecosumma"), Bifolco & Co. S.r.l. (Bifolco") ed Eco Transfer S.r.l. ("Eco Transfer"), volta ad accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 101 del TFUE, in occasione della partecipazione alla gara bandita nell'autunno del 2016 da Soresa per l'acquisizione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi e non pericolosi della Regione Campania; successivamente l'istruttoria era estesa anche nei confronti della Green Light Servizi Ambientali s.r.l. ("Green Light") e il procedimento, previa partecipazione delle imprese interessate, si concludeva con delibera adottata il 30 gennaio 2019, con la quale l'Autorità si determinava nel senso che i comportamenti posti in essere dalle suddette società, con l'ausilio della società di consulenza Green Light, consistenti in una ripartizione dei lotti nei

quali si articolava la gara, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, e, previa diffida ad astenersi in futuro da comportamenti analoghi, irrogava le seguenti sanzioni pecuniarie amministrative: Ecologica: euro 355.442,30; Ecosumma: euro 197.231,70; Langella euro 535.828,10; Bifolco: euro 258.582,50; Green Light: euro 8.051,70.

In sintesi il provvedimento illustrava quanto segue.

Soresa nelle sue segnalazioni, dopo aver rappresentato che la procedura ad evidenza pubblica indetta costituiva la prima gara centralizzata posta in essere per conto di tutte le Aziende Sanitarie della Regione Campania, prospettava all'Autorità che, delle sei offerte ricevute dalle società indicate, una per ogni lotto, in molti punti era riscontrabile una piena sovrapposibilità ed identità di contenuti delle offerte tecniche di alcuni concorrenti che, singolarmente o in raggruppamento temporaneo di imprese, avevano partecipato alla gara in lotti diversi, non potendo quindi escludersi che le offerte fossero state redatte in modo coordinato. La singolarità era anche relativa al fatto che le imprese - che avevano poi ottenuto il miglior punteggio tecnico in tutti e sei i lotti messi a gara - avevano presentato offerte, senza sovrapporsi tra di loro, nei soli lotti nei quali rappresentavano i fornitori uscenti del servizio messo a gara. L'esito della stessa, poi, aveva visto il lotto 1 aggiudicato a Langella, il lotto 2 all'ATI Ecologica/Langella, il lotto 3 all'ATI Langella/Bifolco, il lotto 4 a Ecosumma, il lotto 5 a Ecologica e il lotto 6 all'ATI Bifolco/Ecotransfer.

L'AGCM, avviato il procedimento ai sensi dell'art. 14 l. n. 287/90, dava luogo ad accertamenti ispettivi nei confronti delle parti - e anche di altre società che avevano partecipato alla gara ovvero che, pur risultando gestori uscenti di alcune aziende sanitarie campane con riferimento all'offerta di servizi oggetto della procedura di gara, non avevano tuttavia partecipato a quest'ultima o non si erano aggiudicate alcun lotto - estendeva il procedimento nei confronti della Green Light, società di cui si erano avvalse tutte le parti ai fini della predisposizione della documentazione di gara, procedeva ad accessi e

audizioni, inoltrava richiesta di informazioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione, teneva l'audizione finale innanzi al Collegio in data 5 dicembre 2018.

Nel provvedimento finale, quindi, dopo aver illustrato i presupposti di fatto e le risultanze istruttorie, descritto il servizio oggetto di gara e la precedente gestione in ogni ASL campana, evidenziato le modalità di svolgimento della gara e le conseguenti aggiudicazioni dei lotti, le condotte delle parti, anche in riferimento a Green Light, dopo aver descritto le argomentazioni difensive delle parti, anche per l'eventuale quantificazione della sanzione e la riduzione della stessa per incapacità contributiva di alcune, giungeva alle determinazioni conclusive che si vanno a riassumere.

1) Sulla qualificazione della fattispecie e il mercato rilevante.

Gli elementi raccolti facevano propendere per l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, consistente in un coordinamento delle strategie commerciali delle suddette società, anche per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light, la cui reale funzione in seno all'intesa emergeva in primo luogo dalla condivisione fra le parti stesse di una bozza di contratto, originariamente veicolata dalla società di consulenza ad una soltanto di esse e cioè a Ecologica Sud. La società di consulenza aveva consapevolmente costituito il "collante" a garanzia reciproca delle parti del rispetto della preventiva spartizione dei lotti, coadiuvando i propri committenti nella realizzazione di "un progetto premiante".

La concertazione non era tuttavia imputabile solo alla società Eco Transfer S.r.l. per le ragioni che erano esposte.

Riguardo alle altre parti, invece, era osservato, dal punto di vista della qualificazione della fattispecie, che se i criteri del coordinamento e della collaborazione fra imprese debbono essere intesi alla luce delle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo le quali ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intenda seguire sul mercato comune, nel caso di specie risultava al contrario, in

maniera inequivocabile, che l'esplicarsi dell'autonomia in questione era stata compromessa e condizionata dal perseguimento di finalità collusive.

Ciò perché se tale esigenza di autonomia non esclude che gli operatori economici possano adattarsi intelligentemente al comportamento dei concorrenti sul mercato, non può invece consentirsi ogni presa di contatto, diretta o indiretta (che nel caso di specie si era realizzata anche grazie al ricordato contributo di Green Light), tra operatori, avente per oggetto o per effetto sia di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, sia di svelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere sul mercato.

Quanto al mercato rilevante, alla luce di principi giurisprudenziali richiamati, esso ben poteva rappresentarsi nella procedura di affidamento del servizio in questione.

2) Sulle modalità di realizzazione dell'intesa.

Essa si era basata su un modello concertativo peculiare che aveva visto coinvolte le società indicate e la società di consulenza Green Light. In particolare, le imprese avevano definito, "ex ante" e in maniera concordata, la propria strategia di gara, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti, agevolati in ciò dalla scelta condivisa di utilizzare un medesimo consulente per la predisposizione delle relazioni tecniche, in ragione della consapevolezza comune che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti, quale elemento costitutivo dell'intesa oggetto di istruttoria. Le evidenze in atti testimoniavano che Green Light aveva anche assunto un ruolo significativo e consapevole nella descritta concertazione, agevolando e suggellando la previa spartizione del mercato, dato che aveva rappresentato a ciascuna di loro di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro. Risultava, poi, che tra le imprese erano intercorsi numerosi contatti volti a condividere "input" produttivi, nella consapevolezza reciproca che non sarebbero state concorrenti effettivi sui lotti selezionati, nonché ulteriori

contatti, anche per il tramite della società di consulenza, finalizzati a garantire gli esiti del coordinamento.

Risultava che Ecosumma, Ecologica Sud e Langella avevano utilizzato un medesimo impianto di smaltimento rifiuti sito in Campania e vi era stato un incontro svoltosi presso la sede di Langella, alla presenza degli altri operatori concorrenti, per discutere congiuntamente la possibile fornitura di contenitori in plastica da parte di una terza impresa produttrice.

Le evidenze documentali acquisite dimostravano che la scelta dei lotti sui quali competere non aveva costituito il frutto di un'autonoma scelta individuale delle società, ma l'esito di una definizione concertata tra le stesse. Erano emerse evidenze di un contatto qualificato tra le parti, consistente in una bozza di contratto, inviata da Green Light a Ecologica Sud, in data 21 ottobre 2016, e da quest'ultima veicolata alle società Ecosumma, Bifolco e Langella, a cui seguiva la successiva stipula di autonomi contratti di consulenza tra le parti e Green Light, che indicavano i lotti in cui ciascuna società avrebbe partecipato alla gara, senza dunque che, alla luce del suddetto vincolo imposto da Green Light, vi fosse alcuna sovrapposizione tra concorrenti. La condivisione di una bozza di contratto contenente implicitamente un patto di non concorrenza era suscettibile quindi di rappresentare in sé un elemento costitutivo di un'intesa.

L'AGCM osservava che quand'anche al momento dell'invio del contratto da parte della società di consulenza, Ecologica Sud avesse già maturato l'idea di concentrarsi sui lotti 2 e 5, la condivisione di tale bozza con i concorrenti, contenente un vincolo implicito alla non sovrapposizione nei diversi lotti, equivaleva in tutto alla assicurazione del reciproco rispetto delle proprie scelte. Risultava, poi, documentazione ispettiva, relativa ad appunti manoscritti - senza data - reperiti presso Bifolco, in una cartellina contenente il contratto di consulenza con Green Light, che riportavano il "pattern" di offerte effettivamente presentate dalle aziende nella gara. Era stato reperito, inoltre, un documento scritto via "mail", datato 28 ottobre 2016, inviato dal

consulente comune alle società Langella, Ecologica e Bifolco, nel quale il primo sollecitava i destinatari di questa a cooperare e a produrre tutta la documentazione indispensabile alla realizzazione di un “progetto premiante”. Risultava, altresì, altro documento, reperito presso la sede della società Ecologica e datato 17 dicembre 2016, con il quale la società effettuava alcune simulazioni di offerta relativamente ai lotti 2 e 5, scientemente effettuate escludendo dal confronto proprio gli altri “competitors” che si erano avvalsi della consulenza di Green Light e che poi non avevano presentato offerta per tali lotti.

Era evidente, per l’Autorità, che pur avendo le stesse società rivendicato una presunta libertà di candidarsi su altri lotti individualmente o ricorrendo ai servizi di altra società di consulenza - adducendo in proposito una natura “pro-concorrenziale” del contratto di consulenza stipulato con Green Light - di fatto esse non avevano poi presentato altre offerte, eliminando quindi in radice qualunque forma di confronto competitivo in sede di gara, come confermato dal versamento di tutte del contributo ANAC richiesto dal disciplinare di gara solo con riguardo agli specifici lotti su cui poi si erano effettivamente presentate (tranne Ecosumma, che aveva effettuato il versamento anche per un ulteriore lotto, giustificando poi, però, la propria scelta come irrazionale e dettata dal “panico”).

Non rilevanti in senso contrario erano i vincoli di partecipazioni posti nella legge di gara, dato che il relativo disciplinare consentiva astrattamente la possibilità di presentare offerte anche su tutti i lotti, con il solo limite derivante dalla necessità di non adottare la medesima forma giuridica, tanto che Langella aveva partecipato e si era aggiudicata, in composizione variabile, tre dei sei lotti nei quali si articolava la gara (lotto 1 come impresa individuale e lotti 2 e 3 in ATI, rispettivamente, con Ecologica Sud e Bifolco, anche se avrebbe potuto farlo con un'ATI in diversa composizione).

Sul fatto per il quale nel partecipare alla gara non era stato concordato un sistema di “offerte di appoggio” con sconti contenuti che, alla luce della

conformazione della formula per l'attribuzione del punteggio economico, avrebbe consentito secondo le parti di neutralizzare eventuali offerte aggressive di altre imprese, l'AGCM osservava che, se le parti avevano adottato in concreto un modello collusivo diverso da quello che in astratto - "ex post" - sostenevano essere stato più conveniente, ciò non valeva a escludere in sé l'esistenza dell'intesa, dato che un'eventuale presentazione di offerte di appoggio avrebbe potuto realizzarsi solo senza l'ausilio della società di consulenza Green Light, atteso il ricordato vincolo di non concorrenza.

Inoltre, decisivo era il fatto che le Parti, nella partecipazione alla gara, avevano avuto l'intento di preservare, ciascuna, la propria posizione di fornitore uscente nella maggior parte dei presidi in cui si articolava la stessa, pur se raggruppati in maniera differente rispetto al passato; solo in subordine era perseguito l'intento di mantenere il livello di redditività delle commesse. Proprio in considerazione dell'incertezza in merito all'offerta di operatori terzi — anche in ragione della circostanza che si trattava della prima gara centralizzata indetta da Soresa — non era evidente il vantaggio connesso a eventuali strategie di offerte di appoggio, il cui utilizzo, nelle condizioni descritte, non avrebbe potuto massimizzare le possibilità di aggiudicazione.

In ordine alla limitata struttura dimensionale delle parti, l'Autorità sottolineava che, pur riconoscendo l'oggettiva natura di operatori di piccole dimensioni che le caratterizzava, esistevano tuttavia alcune evidenze documentali che si ponevano in contraddizione con le giustificazioni addotte dalle imprese.

In merito erano richiamati: la decisione assunta dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte prevista nella gara indetta in Campania, e prima dell'aggiudicazione di tale gara, di partecipare alla successiva gara indetta dalla Regione Lazio; la capacità inutilizzata degli impianti di sterilizzazione degli operatori parti della concertazione, che ben avrebbe potuto essere utilizzata per predisporre offerte anche su altri lotti; la circostanza per la quale alcune delle parti avevano comunque maturato

pregresse esperienze in altri presidi sanitari e dunque erano nella condizione di poter formulare offerte anche per lotti ulteriori e diversi rispetto a quelli prescelti, sia pure con la necessità di ricorrere ad ATI a composizione variabile, in ragione dei limiti derivanti dal bando; tutte le parti della procedura avevano chiesto ed ottenuto la disponibilità di società terza, sita in Calabria, al trattamento di eventuali rifiuti derivanti da tutti i lotti messi a gara; le parti avevano effettuato sopralluoghi in molti dei presidi sanitari presenti nei diversi lotti messi a gara, al fine di verificare le zone e le strutture ospedaliere presso le quali espletare i servizi richiesti; la condivisione, prima del deposito della documentazione di gara, tra due delle parti (Langella e Bifulco) di una bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 - contenente informazioni sulla struttura organizzativa della società Langella di evidente natura sensibile - sul quale aveva poi presentato offerta la sola Langella; i contatti fra le parti erano finalizzati anche a condividere “input” produttivi, quali tipologie di contenitori e impianti di smaltimento, considerati peraltro elementi qualificanti dell'offerta nelle dichiarazioni a verbale rese dal rappresentante di Green Light.

L'Autorità, quindi, concludeva la sua esposizione, illustrando la restrittività dell'intesa “per oggetto”, il pregiudizio al commercio intracomunitario, i motivi di inapplicabilità dell'art. 101, par. 3, TFUE (sugli effetti benefici per il mercato), la gravità e durata dell'infrazione, i criteri per la quantificazione della sanzione a ciascuna impresa, i motivi per respingere le istanze di “inability to pay” di Ecologica, Langella ed Ecosumma.

Con rituale ricorso a questo Tribunale, Green Light chiedeva l'annullamento, previa sospensione, di tale provvedimento, lamentando, in sintesi, quanto segue.

“1. Violazione dell'art. 3 L. n°. 241/90. ECCESSO DI POTERE: Carenza di motivazione e di istruttoria. Motivazione apparente. Incongruità.”

La ricorrente rilevava che l'AGCM non aveva fornito argomenti, fattori ed elementi sufficienti per individuare l'“iter” definito con il provvedimento

gravato; né Green Light aveva potuto esercitare il proprio diritto di difesa costituzionalmente garantito, per la incongruità e l'eccessiva prolissità del provvedimento impugnato, che aveva aggravato l'onere della ricorrente di fornire al G.A. gli elementi idonei ad evidenziarne i profili di illegittimità.

La motivazione del provvedimento impugnato, perché estremamente straripante e sovradimensionata, non era congrua, non apparendo idonea a sostenere il rapporto di coerenza formale (da cui il vizio di violazione di legge in relazione all'art. 3 L. 241/90) ed il rapporto di coerenza sostanziale (da cui il vizio della funzione che si sostanzia nell'eccesso di potere) tra premesse e conclusioni, trovandosi al cospetto di una tipica motivazione "apparente".

"2. ECCESSO DI POTERE: Travisamento ed erronea valutazione dei fatti."

Sintetizzando il contenuto del provvedimento impugnato, la ricorrente lamentava che non fosse rinvenibile il nesso motivazionale inerente la ritenuta rilevanza anticoncorrenziale dei contratti di consulenza individuali ed il rifiuto di assistere più imprese impegnate nello stesso lotto nonché l'asserito ruolo cruciale di Green Light nella concertazione anticoncorrenziale.

Secondo la ricorrente, tra la premessa istruttoria e la conclusione c'era un deserto argomentativo e logico, unito a un pregiudizio sospettoso, privo di qualsiasi riscontro di indizi gravi, precisi e concordanti.

"2.1. Onere di prova sugli elementi endogeni. Eccesso di potere e violazione dell'art. 101 TFUE".

Il teorema enunciato dall'Autorità nei confronti della ricorrente non era assistito da una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti, perché l'unico elemento endogeno evidenziato sarebbe costituito dai singoli contratti e relative fatture separate da cui desumere lo "pseudo patto anticoncorrenziale"; a ciò si doveva aggiungere che l'Autorità era venuta meno al suo onere probatorio perché non aveva fornito alcuna prova a sostegno della impossibilità di spiegare "aliunde" la condotta della società ricorrente, né che tale condotta fosse connotata dal carattere della "stranezza".

“2.2. Eccesso di potere - Spiegazioni alternative”.

Per la ricorrente: a) i contratti di consulenza non potevano che essere singoli ed autonomi l'uno dall'altro, giacché la prestazione professionale di consulenza erano rivolte ad una pluralità di imprese distinte che partecipavano autonomamente alla “gara SoReSa” ed i rispettivi pagamenti del compenso professionale dovevano obbligatoriamente essere fatturati separatamente e singolarmente ai rispettivi contraenti, di guisa che necessitava (quale obbligo fiscale) la corrispondenza tra i contratti, le fatture ed i pagamenti; b) i contratti di consulenza non contenevano alcun patto di non concorrenza, ma solo l'esplicitazione di un elementare e banale principio deontologico per il quale nessun professionista può fornire contemporaneamente consulenza ad una pluralità di soggetti che si muovono nel medesimo spazio concorsuale; c) gli incontri erano momenti necessari per conferire ed accettare un incarico professionale; d) non era vero che le imprese non avrebbero potuto organizzare il “pactum sceleris” senza il coordinamento della Green Light, dato che non c'era bisogno di uno specialista in appalti in materia di rifiuti sanitari per individuare i lotti più convenienti cui ogni impresa avrebbe partecipato; e) la circostanza che Eco Transfer sia stata esonerata da responsabilità in merito, nonostante avesse chiesto ed ottenuto la consulenza di Green Light per lo stesso appalto e si sarebbe rifiutata di saldare le spettanze del consulente solo dopo essersi accorta che le offerte tecniche erano simili, appare incompatibile con l'assioma accusatorio sostenuto dall'Autorità, poiché non si vede per quale motivo solo la Eco Transfer dovesse essere ritenuta all'oscuro della tela che il consulente avrebbe tessuto nella fase preparatoria della partecipazione alla gara.

“2.3. Eccesso di potere circa l'elemento indiziario esogeno”.

La bozza del contratto inviato da Green Light alle altre parti non concerneva tutti i lotti: infatti, la predetta bozza li menzionava tutti solo per mere finalità descrittive, riconducibili esclusivamente ad esigenze di Green Light e, dunque, solo per individuare - nella parte premessa - quale fosse l'oggetto della gara.

La mail del 28 ottobre 2016, trasmessa dal consulente alle parti, e dall'Autorità indicata come elemento "esogeno", era una normale richiesta di informazioni specifiche che ciascuna parte avrebbe poi inviato al consulente affinché ne tenesse conto per la redazione delle singole offerte tecniche, che erano simili solo nella veste tipografica e nei caratteri utilizzati, ma erano diverse per il contenuto specifico. La società consulente invocava la collaborazione delle singole imprese con la stessa Green Light e non tra di loro, essenziale per consentirle un lavoro di qualità e tempestivo, caratteristiche che, più che rappresentare una giusta aspirazione di un professionista, configuravano un suo obbligo di prestazione. In tale ottica, anche l'evocazione di un "progetto premiante", richiamata nel provvedimento impugnato, con intenzioni allusivamente negative, rappresentava semplicemente l'autoreferenziale presentazione del proprio lavoro da parte del professionista nei confronti dei propri clienti.

"2.4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101, co. 3, TFUE - Eccesso di potere: mancato riconoscimento dell'essenzialità."

L'Autorità aveva ingiustificatamente ignorato che le partecipanti alla gara avevano offerto progetti tecnici di alto profilo, premiati con il punteggio massimo da parte della commissione aggiudicatrice e avevano offerto considerevoli ribassi, in media inferiori a quelli precedentemente praticati di circa il 30%.

"3. Sulla sanzione pecuniaria - Violazione di legge: violazione art. 11 L. n. 689/81 ed artt. 15 e 31 L. n. 287/90 - Eccesso di potere: violazione principio di proporzionalità e delle linee guida su applicazione e criteri di quantificazione."

In subordine, la ricorrente lamentava che nel caso di specie vi fosse l'effettiva esigenza di deterrenza contemplata dalle "Linee guida" della stessa AGCM. Infatti, essa non aveva partecipato ad alcuna spartizione del mercato, ma aveva solo fornito la propria opera professionale per migliorare l'offerta tecnica in sede di gara, con benefici per la stessa stazione appaltante.

L'Autorità aveva poi disposto la lievitazione della sanzione fino al limite massimo, applicando infondatamente l'istituto della c.d. "entry fee", consentito solo in collegamento ad episodi di gravi restrizioni della concorrenza, che, nel caso di specie, erano assolutamente inesistenti; né era possibile riconoscere la sussistenza di circostanze aggravanti relative al ruolo di mero consulente tecnico rivestito da Green Light.

Nella fattispecie, la sanzione comminata pari al 10% del fatturato dell'anno di riferimento denotava un volume di affari modestissimo, che avrebbe subito un contraccolpo insostenibile e avrebbe messo a rischio la stessa sopravvivenza dell'impresa ricorrente. Conseguentemente, nella denegata ipotesi di non accoglimento delle censure di infondatezza e di illegittimità mosse avverso il provvedimento impugnato, Green Light chiedeva una drastica riduzione della sanzione pecuniaria, fino al minimo edittale, chiedendo a questo Tribunale di esercitare i propri poteri in materia.

Si costituiva in giudizio l'intimata Autorità, affidando a una memoria per la camera di consiglio le tesi orientate rilevare l'infondatezza del ricorso.

Con l'ordinanza in epigrafe, questa Sezione accoglieva 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.

La prima udienza di merito, fissata all'8 aprile 2020, era rinviata ai sensi dell'art.84, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, allora in vigore, non avendo tutte le parti costituite depositato istanza congiunta per il passaggio in decisione della controversia.

In prossimità della nuova pubblica udienza del 20 maggio 2020, le parti congiuntamente depositavano istanza di rinvio ad una data successiva al termine della fase emergenziale prevista dall'art. 84 d.l. cit e, dunque, successiva al 30 giugno 2020, al fine di garantire una trattazione orale della controversia.

Fissata nuova data a tale scopo al 7 ottobre 2020, l'AGCM depositava ulteriore memoria e la causa era trattenuta in decisione alla data ora indicata.

DIRITTO

Esaminando il primo motivo di ricorso, il Collegio ne rileva l'infondatezza.

La motivazione del provvedimento, infatti, appare idonea, circostanziata e approfondita, alla luce della complessità della fattispecie, nonché sufficientemente scandita nelle suoi passaggi logici, per ricostruire in maniera completa la tesi dell'Autorità, come rilevabile dalla ricostruzione "in fatto" sopra operata dal Collegio e come anche rilevabile dalle impugnazioni delle altre imprese coinvolte, pure in decisione alla data del 7 ottobre 2020, che hanno senza alcuna censura sul punto agevolmente ricostruito – sia pure criticandola – la procedura argomentativa dell'AGCM.

Il Collegio osserva che, anzi, una motivazione particolarmente esaustiva come nel caso di specie consente alle Parti di conoscere al meglio l'iter logico seguito dall'Autorità per giungere alle sue conclusioni e consente alle stesse, come d'altro canto fatto dalla stessa ricorrente nei successivi motivi di ricorso, di esercitare al meglio il suo diritto di difesa in sede giurisdizionale, anche ai sensi dell'art. 3 l. n. 241/90.

Passando ad esaminare il secondo motivo di ricorso, secondo le sue diverse articolazioni, il Collegio ugualmente ne rileva l'infondatezza.

E' necessario, allo scopo, procedere alla ricostruzione del quadro normativo e probatorio alla base della determinazione dell'AGCM.

il Collegio ritiene 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 di "antitrust", peraltro ben noti alla parte ricorrente

che ne ha fatto ampio richiamo nelle proprie difese, evidenza, in sintesi, quanto più volte precisato sul punto (per tutte: TAR Lazio, Sez. I, 14.10.16, n. 10309).

E' noto che l'intesa restrittiva vietata dall'art. 101, paragrafo 1, TFUE può realizzarsi sia mediante un "accordo" – 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", sia pure concordate, 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" - e pacificamente rilevata nel caso di specie – 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' infatti usuale che le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo non apertamente dichiarato, che le riunioni 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. 3260/20 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 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 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 Coöperatieve 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).

Tali principi sono stati anche di recente recepiti dal legislatore con l'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Premesso ciò, il Collegio rileva che nel caso di specie l'AGCM ha sostanzialmente contestato alle parti una concertazione "complessa",

definendone con chiarezza – secondo la sua ricostruzione - il plurimo oggetto anticompetitivo, vale a dire la volontà di condizionare gli esiti della “gara Soresa” attraverso l’eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti più appetibili per ciascuna, nei limiti di quanto prescritto dalla “lex specialis”, con valorizzazione economica della posizione di operatore “uscente”.

Al riguardo occorre rimarcare che l’AGCM ha chiaramente precisato che la strategia partecipativa della parti, era volta alla tutela del “portafoglio storico”, al fine di prevenire/impedire, per quanto possibile, l’aggiudicazione in favore delle altre imprese concorrenti e, dunque, improntata a finalità anticoncorrenziali, tendenzialmente raggiungendo gli obiettivi perseguiti.

Il Collegio ritiene condivisibile la considerazione centrale dell’AGCM, secondo la quale era la parametrizzazione dei lotti su cui concorrere che richiedeva una necessaria e parallela attività di affinamento della pratica competitiva concordata, tenuto conto – aggiunge il Collegio – che tale situazione di affinamento della scelta era stata agevolata dal ricorso a una terza società “comune” nello studio della conformazione dell’offerta tecnica, su cui ben poteva parametrarsi l’offerta economica per il lotto/lotti di interesse.

Per quanto riguarda gli elementi “endogeni”, il provvedimento impugnato individua, senza parvenza di illogicità e con sufficiente chiarezza – nell’ambito dell’onere probatorio indiziario e coerente che è richiesto in simili fattispecie – che non risultano giustificate a sufficienza dalle parti le ragioni per le quali abbiano deciso di concentrarsi nelle loro offerte solo sui lotti di interesse, a fronte di una disponibilità di risorse che permettevano anche una più ampia partecipazione territoriale.

In primo luogo, il Collegio osserva che appariva più logico, in ottica “proconcorrenziale” pure invocata, che le imprese coinvolte proponessero offerta anche per altri lotti in gara, tenuto conto anche del fatto che, ad

esempio, Bifolco e Eco Transfer, che erano in ATI (unitamente ad un'altra società), non si sono poi aggiudicate alcuna commessa in tale gara.

Coerente sul tema, in relazione al potenziale utilizzo di “offerte di appoggio” non riscontrate, è la conclusione dell'AGCM, secondo cui l'intento delle parti nella partecipazione alla gara era stato essenzialmente quello di preservare ciascuna la propria posizione di fornitore uscente nella maggior parte dei presidi in cui si articolava la stessa e, quindi, non potendo tuttavia escludere la partecipazione alla gara di operatori terzi, potenzialmente competitivi sia sotto il profilo economico che sotto quello tecnico (cosa che nei fatti si è realizzata con la partecipazione alla gara da parte dell'ATI “Coop Service/Ecosistem”), non era evidente il vantaggio connesso a eventuali strategie di offerte di appoggio, il cui utilizzo, nelle condizioni descritte, non avrebbe potuto massimizzare le possibilità di aggiudicazione.

Tale prospettazione, pertanto, deve anche essere inserita nell'ambito di valutazione consentita in materia “antitrust”, per la quale comportamenti in sé e isolatamente leciti (quali la scelta di procedere per il solo lotto “uscente”) ben possono assumere colorature anticoncorrenziali se calati nel quadro indiziario complessivamente valutato.

A completare ulteriormente l'insieme delle circostanze idonee e ricostruire la consapevolezza della sussistenza della pratica sanzionata non può non richiamarsi anche la circostanza per la quale tutte le parti avevano versato il “contributo ANAC” richiesto dal disciplinare di gara solo con riguardo agli specifici lotti su cui poi si sono effettivamente presentate, con l'unica eccezione di Ecosumma, che effettuava il versamento anche per un ulteriore lotto ma che tuttavia giustificava la propria scelta come irrazionale e dettata dal “panico”.

A ciò deve aggiungersi il primario rilievo del ruolo di Green Light.

La realizzazione del coordinamento, infatti, era agevolata in ragione della consapevolezza comune che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti.

A sostegno di quanto finora detto devono richiamarsi anche gli elementi “esogeni” individuati dall’Autorità, che uniti a quelli “endogeni” concorrono a delineare il quadro indiziario univoco, grave e concordante che ha legittimato la decisione dell’AGCM.

Per quanto riguarda la società di consulenza, risulta agli atti che una bozza del relativo contratto era allegata a una “mail” del 21 ottobre 2016 - in periodo immediatamente successivo alla pubblicazione del bando ma precedente al termine per la formulazione delle offerte di fine dicembre - inviata dal legale rappresentante di Green Light a un dipendente di Ecologica contenente un riferimento a tutti e sei i lotti della gara (e non solo ai lotti 2 e 5 di interesse di quest’ultima partecipante che riferiva di averli autonomamente scelti subito dopo la pubblicazione del bando), a sua volta “girata” e inoltrata, unitamente al contenuto della mail, lo stesso 21 ottobre 2016, da Ecologica ai rappresentanti di Bifolco, Ecosumma e Langella.

Come condivisibilmente osservato, anche nelle sue difese, dall’Autorità, se l’invio a Langella poteva in astratto giustificarsi alla luce del fatto che Ecologica e Langella avevano deciso di partecipare in ATI sul lotto 2, altrettanta giustificazione non si individuava, se non nell’ottica della condivisione del progetto unitario, per la trasmissione anche a Bifolco ed Ecosumma, gareggianti, come visto, su lotti differenti.

Né rileva che le prestazioni che Green Light avrebbe reso erano tutte connesse esclusivamente alla predisposizione dell’offerta tecnica, il contratto riportava una clausola di riservatezza che impegnava Green Light e l’eventuale contraente a mantenere la confidenzialità sulle informazioni scambiate, non era contenuto alcun “patto di non concorrenza” e la trasmissione di tale bozza contrattuale era stata effettuata al solo fine di esaminare il relativo “format”, che ogni società aveva poi autonomamente condiviso con il solo consulente e comunque in un momento successivo, quantomeno per alcune imprese, all’individuazione dei lotti di gara ai quali partecipare.

In realtà, proprio la clausola di riservatezza e la notorietà della provenienza della “bozza” da parte di una potenziale concorrente poteva dare la certezza che Green Light avrebbe fornito assistenza nell’offerta tecnica solo conoscendo che non vi erano possibili “sovrapposizioni” nei lotti, tant’è che risulta come, in audizione, il rappresentante di Green Light abbia affermato che prima di stipulare i contratti con le parti, aveva nuovamente rappresentato a ciascuna di loro "di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro". Se le parti avevano poi stipulato il contratto, emergeva la consapevolezza di non essere in concorrenza. Ciò era confermato dalla stessa Green Light che esplicitamente aveva invitato le parti ad assumere comportamenti più collaborativi ai fini della partecipazione alla gara, stimolando le stesse ad "evitare personalismi" onde poter agevolare la migliore stesura degli elaborati tecnici e ricevere i corrispettivi pattuiti nel contratto (par. 121 del p.i.).

Si aggiungevano, poi, la scelta di Ecosumma, Ecologica e Langella di utilizzare un medesimo impianto di smaltimento rifiuti sito in Campania, l'incontro svoltosi presso la sede di Langella, alla presenza degli altri operatori concorrenti Ecologica, Bifolco ed Ecosumma, per discutere congiuntamente la possibile fornitura di contenitori in plastica da parte di un’impresa terza produttrice, scelta questa incompatibile con un atteggiamento concorrenziale su più lotti “sovrapponibili”.

Logicamente, quindi, l’AGCM concludeva nel senso che la condivisione di una bozza di contratto contenente implicitamente un patto di non concorrenza era suscettibile di rappresentare in sé un elemento costitutivo di un'intesa, dovendosi tale elemento a maggior ragione qualificarsi come un “contatto qualificato”, quale elemento di prova esogeno.

Risultavano, poi, appunti manoscritti - reperiti presso la sede di Bifolco in una cartellina ove era anche rinvenuto il contratto stipulato tra tale società e Green Light - privi di data, che riportavano il “pattern” di offerte poi

effettivamente presentate dalle aziende nella gara e così pure il ritrovamento, presso la sede di Bifulco, di una bozza di relazione, non ancora depositata presso Soresa, relativa al lotto 1, sul quale avrebbe poi presentato offerta la sola società Langella, divenuta aggiudicataria.

Presso la sede di Langella risultava anche un documento inviato in data 28 ottobre 2016, alla stessa Langella, a Ecologica e Bifulco dal rappresentante della società di consulenza con oggetto “lista della spesa lotto 1-2-3-5-6”, con la quale Green Light sollecitava i destinatari di tale “mail” ad inviare le risposte sollecitamente per chiudere la parte tecnica ed amministrativa e produrre un progetto che fosse “...il più possibile aderente e corrispondente alla realtà...” per poter dedicare tutto il tempo alla costruzione di un “... progetto premiante, senza dover inutilmente perdere tempo in attività di ricopiatura”. In essa era detto inoltre che “...in questa fase, forse la più delicata in quanto non soggetta a personalismi, è necessario chiudersi a riccio e fare in modo di inviare tutta la documentazione completa”.

Appare coerente la conclusione dell’AGCM, quindi, per la quale solo la consapevolezza dell’intento delle parti e la conoscenza della reciproca “non concorrenza” poteva consentire alla società di consulenza di ribadire di evitare “personalismi” e di “chiudersi a riccio”, al fine proprio di una omogeneizzazione delle offerte tecniche conseguente all’attività svolta dal consulente, che aveva condotto ad una sostanziale sovrapposibilità delle offerte in questione con cui ciascuna azienda aveva partecipato alla gara in lotti distinti senza mai sovrapporsi.

Così pure riguardo alla trasmissione della “mail” del 28 ottobre 2016 da Green Light a Langella, Ecologica e Bifulco, il Collegio osserva che, dalla copia in atti, negli indirizzi in intestazione vi era però anche quello delle altre società, per cui le imprese coinvolte ben sapevano dell’invio “plurimo”.

Sulla “mail” del 24 novembre 2016, reperita presso la sede di Langella e dalla quale si evidenziava l’organizzazione di un incontro presso la sua sede con Ecologica, Bifulco ed Ecosumma, che non conteneva alcun tipo di

riferimento ad ipotetiche spartizioni dei lotti di gara e che l'incontro di cui si parlava era avvenuto in data 1 dicembre 2016, in un momento nel quale da tempo ciascuna impresa aveva deciso a quali lotti partecipare, il Collegio osserva che logicamente – per la teoria sulla “smoking gun” sopra richiamata – non era plausibile che fosse ritrovata una comunicazione in cui si riferiva esplicitamente di spartizioni e che è plausibile che l'incontro, antecedente alla scadenza di presentazione delle offerte, ben poteva considerare la situazione di non concorrenza implicita scaturita dai contatti con Green Light e tra le parti in precedenza.

Pertanto, l'AGCM, in aderenza ai criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, è pervenuta alla corretta conclusione della comprovata esistenza di una intesa restrittiva anticoncorrenziale riconducibile, da un lato, alla presenza di elementi oggettivi di riscontro – tra i quali figurano scambi di informazioni e un contratto di consulenza con un'unica società – che rivelavano l'esistenza di una collaborazione anomala (elementi esogeni) e, dall'altro lato, all'impossibilità di spiegare alternativamente le condotte parallele sub specie di frutto plausibile di iniziative imprenditoriali autonome delle parti (elementi endogeni).

In sostanza l'intesa è stata qualificata perché devono ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato, non rilevando, in tale ottica, l'invocata – da Green Light competitività di “alto profilo” delle offerte tecniche in sé considerate (Cons. Stato, Sez. VI, 12.2.20, n. 1047 e 4.9.15, n. 4123).

Valga osservare che la giurisprudenza ha chiarito come non occorra che ogni singola prova dedotta dall'AGCM risponda necessariamente a ogni singolo elemento dell'infrazione, in quanto è sufficiente che il complesso di indizi adottati, complessivamente valutato, risponda a tale esigenza” (Cons. Stato, Sez. VI, 14.10.19, n. 6985).

Inoltre, è stato evidenziato che il principio in base al quale le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo, e non in modo atomistico, e che l'esame dei riscontri gravanti in capo alla singola impresa se, da un lato, è l'elemento che collega ogni azienda al tessuto collusivo - e quindi deve dar vita ad una "probatio" soddisfacente - dall'altro, non può essere ridotto ad una parcellizzazione degli elementi già riconnessi tra loro in sede di affermazione dell'intesa collusiva (Cons. Stato, n. 6985/19 cit.).

Si è anche ritenuto che sia superfluo valutare se il singolo partecipante all'intesa abbia avuto all'interno della stessa un ruolo maggiore o minore, attivo o addirittura meramente passivo, in quanto l'intesa risulta contestabile anche nei confronti di chi si limiti a trarne vantaggio assumendo un ruolo meramente passivo, dovendosi riconoscere l'esonero della responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa (Cons. Stato, Sez. VI, 19.12.19, n. 8585).

Infine, a proposito del contratto di consulenza in sé considerato, il fatto che un modello contrattuale sia espressamente tipizzato dal legislatore non lo mette al riparo da censure antitrust laddove emerga che, in un caso concreto, lo stesso sia stato utilizzato per finalità anticoncorrenziali: ciò che rileva a fini antitrust, infatti, non è la legittimità o meno di una specifica condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti, anche, in tesi, in sé legittimi" (Cons. Stato, Sez. VI, 19.12.19, n. 8588).

In sostanza, la ricorrente con il secondo motivo ha dedotto una serie di censure volte a parcellizzare e frazionare l'unitaria valutazione dell'Autorità, prospettando una lettura diversa di alcuni elementi dell'impianto motivazionale posto a base del gravato provvedimento, onde indebolire il quadro d'insieme ricostruito dall'AGCM ma incorrendo essa stessa nel vizio metodologico di una valutazione meramente atomistica dei singoli elementi su cui si basava l'accertamento dell'illecito, in violazione dei parametri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di prova dell'illecito ex

art. 101, comma 1, TFUE (CGUUE, 24.6.15, in C-293/13; Trib. UE, 18.6.13, in T-406/08 e 12 luglio 2011, in T-113/07).

Sul punto l'AGCM conclude osservando che l'esito della gara era stato significativamente pregiudicato dalla concertazione tra le parti e dall'eliminazione dell'incertezza necessaria per l'efficacia del confronto competitivo, non potendosi dunque escludere, in assenza del descritto coordinamento, un risparmio di spesa ben più significativo. Ciò considerando anche, con riguardo all'offerta tecnica, che il punteggio massimo attribuito alle offerte delle parti derivava dal meccanismo di valutazione previsto dal bando di gara, il quale adottava un approccio relativo e non assoluto, e che la qualità delle offerte tecniche presentate dalle imprese partecipanti al cartello poteva essere superiore nel caso in cui queste si fossero confrontate direttamente per l'aggiudicazione dei singoli lotti e tanto valeva anche per l'offerta economica.

Inoltre, trattandosi di ripartizione del mercato, una delle più gravi restrizioni della concorrenza, secondo la Comunicazione della Commissione C101/08 del 27 aprile 2004, essa non può "verosimilmente soddisfare le condizioni di cui all'art. 81.3" (oggi art. 101.3 del TFUE).

Infondato è anche il terzo motivo di ricorso.

Sul punto, l'AGCM nel provvedimento ha precisato di essersi attenuta a quanto previsto dall'art. 15, comma 1, l. n. 287/90, al disposto dell'art. 11 l. n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della l.n. 287/90, nonché ai criteri interpretativi enucleati nelle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

In particolare, vertendosi in materia di collusione nell'ambito di una procedura di gara, rilevava il disposto di cui al punto 18 delle "Linee Guida", secondo cui doveva prendersi a riferimento, come "importo base" il valore delle vendite interessate dall'illecito, corrispondente, per ciascuna impresa, all'importo al quale esse si erano aggiudicate i sei lotti messi a gara (se in ATI,

in proporzione alle effettive percentuali di espletamento del servizio in seno all'ATI stessa, corrispondente per Bifolco al 36% per il lotto 3 e al 64% per il lotto 6). In relazione alla “gravità” dell’infrazione, era poi aggiunta una percentuale, ai sensi del punto 12 delle “Linee Guida”, pari al 15%.

Era anche previsto, ai sensi del punto 17 delle Linee Guida, l’inserimento nell’importo base di un ammontare supplementare pari al 15% del valore delle vendite dei servizi oggetto di infrazione (cd. “entry fee”), giustificata dall’osservazione per la quale la fattispecie accertata si configura quale restrizione particolarmente grave della concorrenza in relazione, oltre che alla natura dell’infrazione, alla tipologia del servizio interessato, assolutamente necessario sia per le Autorità Sanitarie che per l’intera popolazione della Regione e in relazione al quale il mancato confronto concorrenziale ha inficiato la possibilità di innovazione di prodotto e di processo nella fornitura. All’esito della valutazione, emergeva che per le imprese era superato il limite massimo - previsto all’art. 15, comma 1, della l. n. 287/90 - del 10% del “... fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida”.

Il Collegio, in merito, osserva che la percentuale del 15% ai sensi del punto 12 delle “Linee Guida” appare del tutto congrua nel caso di specie, attesa la natura di gravità dell’intesa, riguardante un’intesa anticoncorrenziale “per oggetto”, attraverso una forma di “bid rigging” in un settore particolarmente sensibile come quello del servizio di smaltimento rifiuti sanitari. Inoltre, non può dubitarsi del carattere segreto dell’intesa, che si è sviluppata attraverso lo scambio di informazioni (per mezzo di “e-mail” e colloqui telefonici) condivise solo tra le parti, nonché tramite la conclusione di accordi non soggetti ad alcuna forma di pubblicazione o di comunicazione a terzi, a cui dovere aggiungere anche appunti manoscritti reperiti presso sedi delle parti.

Per quanto riguarda l’applicazione della c.d. “entry fee”, il Collegio rileva che il contenimento della sanzione entro il 10 % del fatturato annuo di riferimento rende irrilevante una sua eventuale deduzione.

Ad ogni modo, si osserva che l'importo supplementare in questione è applicabile al fine di "inspessire" l'effetto deterrente della sanzione laddove l'Autorità usi un sopporto motivazionale che faccia comprendere la necessità di tale "rinforzo", come si evince dalla locuzione "potrà considerare opportuno" contenuta nel suddetto punto 17, in relazione alle singole imprese e al loro effettivo comportamento (TAR Lazio, Sez. I, 16.3.20, n. 3261).

Nel caso di specie, la motivazione circostanziata è presente e si fonda sulla considerazione per la quale la fattispecie accertata "...si configura quale restrizione particolarmente grave della concorrenza in relazione, oltre che alla natura dell'infrazione, alla tipologia del servizio interessato (raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti da attività delle aziende sanitarie della Campania) assolutamente necessario sia per le AA.SS. che per l'intera popolazione della Regione e in relazione al quale il mancato confronto concorrenziale ha inficiato la possibilità di innovazione di prodotto e di processo nella fornitura."

Il Collegio osserva anche che, proprio alla stregua dei principi di logicità e ragionevolezza che regolano l'azione amministrativa (di cui agli artt. 97 Cost., 41 "Carta di Nizza" e 1 legge n. 241/1990), l'AGCM ha legittimamente dato attuazione ai principi, costituzionali e comunitari, di proporzionalità e graduazione della sanzione in funzione dell'elemento soggettivo e oggettivo della violazione (v.: artt. 3 Cost., 49 "Carta di Nizza" e 7 "CEDU"), applicando le proprie Linee Guida del 2014 e, quindi, un parametro iniziale di calcolo della sanzione discrezionalmente aumentato alla percentuale minima nell'ambito di un "range" predefinito (e contenuto al 15% oltre alla "entry fee"), peraltro poi ridotto, in ossequio al limite edittale posto dalla legge nazionale, al minore importo corrispondente al 10% del fatturato complessivo dell'impresa, restando in tal modo assorbita anche la – minore – riduzione che secondo la ricorrente avrebbe dovuto essere disposta in relazione alla sua dimensione di impresa, peraltro non irrilevante.

La sanzione comminata dall’Autorità nell’osservanza delle proprie “Linee Guida” risulta pertanto conforme, da un lato, agli Orientamenti comunitari in materia sanzionatoria e, dall’altro, ai principi comunitari e nazionali di gradualità e proporzionalità della sanzione, misurata nella sua oggettiva gravità secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di intese orizzontali restrittive della concorrenza (TAR Lazio, Sez. I, 2.8.16, n. 8930).

Alla luce di tutto quanto dedotto, pertanto, il ricorso non può trovare accoglimento.

La complessità della fattispecie consente di compensare eccezionalmente le spese di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO

