

Pubblicato il 16/07/2021

N. 05372/2021REG.PROV.COLL.
N. 00583/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 583 del 2021, proposto da Ecologica Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Anglani e Giuseppe Rianna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Anglani in Roma, via Vittoria Colonna, n. 39;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Società Regionale per la Sanità (Soresa) S.p.A. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 10791/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2021 il Cons. Giordano Lamberti e dato atto che l'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 – Con il bando di gara del 14 ottobre 2016, So.re.Sa. s.p.a ("Soresa", centrale di acquisto regionale in materia sanitaria della Regione Campania) ha indetto una gara centralizzata per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari di tutte le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania.

Tale gara è stata articolata in 6 lotti, ognuno ottenuto raggruppando un numero variabile da due a quattro aziende sanitarie. Il criterio di aggiudicazione è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un punteggio massimo di 50 punti per l'offerta tecnica e di 50 punti per quella economica.

Il bando di gara ha previsto la possibilità di partecipare ai diversi lotti sia in forma singola, sia mediante ATI che non dovevano necessariamente avere la medesima composizione in tutti i lotti. È stato inoltre stabilito che ogni concorrente, singolo o raggruppato, che avesse presentato offerta e fosse risultato primo in graduatoria per più lotti, non avrebbe potuto comunque aggiudicarsi più di due lotti per ogni forma di partecipazione (singola o raggruppata) scelta.

2 - In seguito alle denunce inoltrate da Soresa, nel settembre 2017, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") ha dato avvio al procedimento 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; successivamente, l'istruttoria è stata estesa anche nei confronti della Green Light Servizi Ambientali s.r.l. ("Green Light").

Il procedimento si è concluso con la delibera adottata il 30 gennaio 2019, con la quale l'Autorità ha accertato 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, ha irrogato 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.

2.1 - In estrema sintesi, l'Autorità ha ravvisato un parallelismo di comportamenti tra le parti nella mancata sovrapposizione nei lotti di gara. Tale parallelismo non avrebbe *"costituito il frutto di un'autonoma scelta individuale delle società, ma l'esito di una definizione concertata tra le stesse"* e ciò sarebbe dimostrato da *"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..., nella consapevolezza reciproca della indisponibilità di Green Light ad assistere soggetti tra loro in concorrenza sul medesimo lotto"*.

3 - La società appellante ha impugnato il provvedimento avanti il T.A.R. per il Lazio che con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto integralmente il ricorso.

4 – Avverso tale pronuncia ha proposto appello la società per i motivi di seguito esaminati.

Si è costituita in giudizio l’Autorità.

All’udienza pubblica del 1 luglio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 - Prima di esaminare i motivi di appello giova ricordare che la controversia trae origine dall’invio da parte di Soresa di una segnalazione con quale venivano rappresentate all’Autorità talune anomalie nella presentazione delle offerte per la procedura ad evidenza pubblica indetta nell’autunno del 2016 per la selezione centralizzata del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianto di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, provenienti dalle attività di 17 aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania.

La gara in questione - la prima nella quale il servizio di raccolta, trasporto e conferimento a impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari è stato acquisito in via centralizzata per tutte le aziende sanitarie campane - era articolata in sei lotti distinti. Il criterio di aggiudicazione adottato era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex articolo 95, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016.

All’esito della competizione sono stati aggiudicati i lotti 2, 3, 4, 5 e 6, rispettivamente all’ATI Ecologica Sud/Langella; all’ATI Langella Mario/Bifolco; alla società Ecosumma; alla società Ecologica Sud e all’ATI Bifolco/Eco Transfer. Con successiva determina n. 201 del 5 ottobre 2017, infine, si è provveduto ad aggiudicare il lotto 1 alla società Langella Mario

In particolare, nella segnalazione Soresa rappresentava che le società Langella Mario S.r.l., Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Bifolco & Co. S.r.l. ed Eco Transfer S.r.l. avevano presentato sei offerte, una per ogni lotto, per le quali in molti punti era riscontrabile una *“piena sovrapposibilità ed identità di contenuti delle offerte tecniche”* non potendo quindi escludersi che le offerte fossero state redatte in modo coordinato.

L'istruttoria ha consentito all'Autorità di accertare la sussistenza di un'intesa di tipo orizzontale posta in essere dalle società Bifolco, Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario ed Eco Transfer per il tramite della società di consulenza Green Light, nella forma di una pratica concordata con la finalità di condizionare gli esiti della gara Soresa, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti. L'Autorità ha accertato che le imprese hanno evitato di competere in occasione della gara, anche grazie all'attività svolta dalla società di consulenza Green Light, la cui reale funzione in seno all'intesa emerge in primo luogo dalla condivisione fra le parti 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 avrebbe costituito il "collante" a garanzia reciproca delle parti dell'intesa del rispetto della preventiva spartizione dei lotti. Inoltre, Green Light avrebbe contribuito attivamente e con piena cognizione di causa a realizzare in concreto la concertazione tra le società coadiuvando i propri committenti nella realizzazione di "un progetto premiante".

1.1 - Prima di scrutinare i singoli motivi di censura, giova inoltre ricordare che il sindacato giurisdizionale che viene in considerazione nell'ambito in esame è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente – superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato "debole" e "forte" – ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una

determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990).

Tale sindacato è stato definito di "attendibilità tecnica e non sostitutivo" (*cf.* Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019).

2 – Con il primo motivo di appello la società contesta la configurazione di una pratica concordata.

Al riguardo, deduce che l'analisi del T.A.R. sarebbe errata sia in fatto sia in diritto poiché: a) non tiene conto della documentazione a fascicolo e della ricostruzione dei fatti fornita da Ecologica Sud in sede di ricorso; b) qualifica il doc. 32.20 del fascicolo istruttorio quale "contatto qualificato" pur in assenza dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza amministrativa per poterlo ritenere tale; c) si basa su una serie di indizi che non sono né gravi, né precisi né, tantomeno, concordanti.

A sostegno della propria difesa ed al fine di dimostrare che il proprio comportamento è stato pienamente legittimo, l'appellante prospetta che:

- a) i contatti tra le parti antecedenti al coinvolgimento di Green Light hanno esclusivamente avuto ad oggetto l'ipotesi di costituire delle ATI;
- b) ciascuna parte ha autonomamente elaborato la propria strategia di gara contattando Green Light singolarmente e alla luce delle scelte precedentemente effettuate;
- c) le parti hanno affidato singolarmente a Green Light la sola redazione dell'offerta tecnica, al fine di migliorarne la competitività in sede di gara, imponendosi delle condizioni volte a preservare la reciproca autonomia.

2.1 – Con il secondo motivo l'appellante lamenta che il T.A.R. non avrebbe analizzato le spiegazioni fornite da Ecologica sulla razionalità del proprio operato in gara così incorrendo in un'ulteriore carenza di istruttoria o, quantomeno, di motivazione.

La società aveva invece illustrato e documentato le ragioni che l'avevano indotta (in piena autonomia) a tenere una determinata strategia di gara che si era basata sui seguenti driver di valutazione: a) la prevedibile accesa concorrenza in gara; b) i suoi limiti di carattere tecnico, organizzativo ed economico; c) la vicinanza dei lotti rispetto ai suoi impianti; d) la conoscenza delle strutture sanitarie rientranti nei lotti messi a gara.

2.2 – Con il terzo motivo, l'appellante contesta la scelta dell'AGCM di qualificare le condotte sanzionate quali integranti un'intesa per oggetto ai sensi dell'articolo 101 TFUE in mancanza dei relativi presupposti.

Secondo l'appellante, con riferimento alle condotte tipizzate dall'articolo 101 TFUE (inclusa la fattispecie di bid rigging), è lecito ricorrere all'istituto dell'intesa per oggetto, a condizione che dal contesto economico e giuridico di riferimento emerga con certezza che le condotte sanzionate abbiano effettivamente alterato la concorrenza.

A questo riguardo, Ecologica Sud ha evidenziato che:

- il mercato della raccolta e del trasporto di rifiuti sanitari in Campania si caratterizza per la presenza di numerosissime altre imprese, molte delle quali di dimensioni ben maggiori rispetto alle parti (e che hanno effettivamente partecipato alla Gara presentando offerte altamente competitive);
- in tale contesto, un ipotetico accordo tra le parti volto a spartirsi i lotti di gara non le avrebbe in alcun modo messe al riparo da offerte concorrenti e, dunque, non le avrebbe indotte ad offrire sconti più bassi o a sviluppare offerte tecniche meno competitive;
- a causa dei propri limiti strutturali e dell'ubicazione dei propri impianti, l'appellante non avrebbe in ogni caso partecipato con successo su lotti diversi rispetto a quelli su cui ha effettivamente puntato;

- i contatti tra le parti avevano lo scopo di perseguire efficienze produttive tali da consentire a ciascuna di esse di presentare un'offerta quanto più possibile competitiva sia sotto il profilo economico, sia sotto quello tecnico;
- tali efficienze si sono effettivamente concretizzate, visto che: i) i prezzi offerti dall'appellante in gara sono stati, in media, inferiori del 30% rispetto a quelli precedentemente praticati; ii) ha presentato un'offerta tecnica ispirata a criteri di eccellenza, come confermato dai punteggi tecnici massimi riconosciuti da Soresa.

3 - Le censure di parte appellante, che possono essere esaminate congiuntamente, non possono trovare accoglimento.

In via generale, deve ricordarsi che, a norma dell'art. 101, par. 1, Tfuè *“sono incompatibili con il mercato interno e vietati 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”*.

L'art. 2 della legge n. 287 del 1990 contiene analoga disposizione.

La giurisprudenza ha messo in rilievo la diversità esistente tra l'accordo e la pratica concordata. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre quando si realizza una forma di coordinamento fra imprese che *“senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza”* (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197). È evidente come la figura dell'accordo sia rara nella prassi in quanto *“gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto”*. Per queste ragioni la giurisprudenza, *“consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e*

concordanti?” (Cons. Stato, sez. VI, n. 3197 del 2018; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Circa la specifica posizione della società ricorrente, deve precisarsi sin da ora che nelle fattispecie di intesa anticoncorrenziale, risulta superfluo, al fine dell’”an” della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all’intesa abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o addirittura meramente passivo (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013 e 18 maggio 2015, n. 2513).

Inoltre, per consolidata giurisprudenza, un’intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 e 24 ottobre 14, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278).

3.1 – Ai fini del presente giudizio è utile ricordare che, in base alla disciplina antitrust, ogni impresa deve determinare autonomamente le proprie condotte e vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l’effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l’interessato ha deciso, o prevede, di tenere sul mercato (*cf.* Corte di giustizia dell’Unione Europea del 16 dicembre 1975, Suiker Unie, causa C-114/73).

Anche secondo una consolidata giurisprudenza della Sezione “*ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta sul mercato; ciò non esclude che egli abbia il diritto a reagire in maniera razionale al comportamento, constatato o atteso, dei propri concorrenti; gli proibisce però di instaurare con i concorrenti stessi ogni contatto, diretto o indiretto, volto influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto. Se tali contatti fossero ammessi, infatti, si sostituirebbe “all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione” ed il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di*

mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese” (Consiglio di Stato, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8585 e 8591).

4 – L’istruttoria condotta dall’Autorità ha fatto emergere idonei elementi atti a comprovare l’ipotesi accusatoria, ovvero che le imprese partecipanti alla procedura indetta da Soresa hanno definito ex ante ed in maniera concordata la propria strategia di gara, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti, in ciò agevolati dalla scelta condivisa di utilizzare un medesimo consulente per la predisposizione delle relazioni tecniche, che ha anche favorito la realizzazione del coordinamento.

Al riguardo, deve sin da ora evidenziarsi come il dato incontestato che le società, in concorrenza tra loro, si siano avvalse consapevolmente del medesimo consulente (Green Light) per la medesima gara costituisca un indice significativo dell’intento perseguito, che le giustificazioni della società non riescono a superare. Intento che, oltretutto, ha trovato riscontro nella denuncia della società appaltante e nel dato pacifico che le offerte delle parti dell’intesa non si sono mai sovrapposte.

4.1- Nello specifico, la sussistenza di contatti e l’intento anticompetitivo perseguito dalle parti dell’intesa emergono in modo non equivoco dalla condivisione della e-mail, datata 21 ottobre 2016, inviata dal legale rappresentante di Green Light, a un dipendente della società Ecologica Sud, nella quale il primo gira al secondo la bozza di un possibile contratto di consulenza tra Green Light ed Ecologica Sud, relativo all’assistenza tecnica in occasione della gara Soresa. Tale bozza di contratto di consulenza allegata alla e-mail conteneva un riferimento, nelle premesse, a tutti e sei i lotti nei quali si articolava la gara indetta da Soresa.

Tale bozza di contratto è stata inoltrata, unitamente al contenuto della mail, da Ecologica ai rappresentanti delle società Bifolco, Ecosumma e Langella. Seppur in seguito le società hanno formalizzato singoli ed individuali contratti di consulenza con Green Light, è pacifico che le stesse hanno selezionato i

lotti sui quali candidarsi senza essere in concorrenza con gli altri operatori che si erano rivolti a Green Light.

Tali emergenze testimoniano di per sè la finalità collusiva perseguita dalle imprese, che non riescono a giustificare in modo attendibile la ragione della trasmissione tra concorrenti della bozza di contratto sopra richiamata, rendendo per l'effetto poco convincenti le spiegazioni alla loro successiva condotta relativa ai rapporti con la società di consulenza ed alle offerte presentate.

Invero, la bozza di contratto (poi oggetto di condivisione) era stata redatta a favore di Ecologica con riferimento a tutti i lotti nei quali si articolava la gara; la stessa è stata poi condivisa con le altre parti ed ha avuto quale effetto quello di costituire un vincolo di non concorrenza sul medesimo lotto accettato dalle società parti.

Deve anche rilevarsi che il rappresentante di Green Light ha affermato testualmente che: *“una volta liberatasi la sua disponibilità per i quattro lotti ai quali non era più interessata Ecologica Sud”* era stato poi *“contattato “a ruota” dalle altre società”* alle quali avrebbe ribadito - come inizialmente 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”*; al riguardo, anche il rappresentante legale di Langella, in sede di audizione, ha affermato: *“(Ecologica Sud), riferì che Green Light non avrebbe fornito consulenza ad imprese in concorrenza fra loro”* e che, una volta formalizzata l'attività di consulenza, Green Light suggerì di mettere a fattor comune le proprie conoscenze ed i propri asset.

Tale esito imposto da Green Light e condiviso dalle parti, indipendentemente dall'intento perseguito da quest'ultima, come da quello perseguito dalle altre parti (vedasi le giustificazioni delle stesse addotte al fine di dimostrare la razionalità economica della propria condotta) per le modalità con le quali è stato ottenuto è illecito, nel momento in cui le parti hanno dato vita

consapevolmente ad un impegno alla non sovrapposizione nei diversi lotti, rivelando necessariamente alle concorrenti la propria condotta di gara.

4.2 – L’Autorità ha messo in luce anche ulteriori elementi che confermano il preventivo coordinamento in relazione alle modalità di partecipazione alla procedura indetta da Soresa. In particolare, rilevano:

a) una e-mail reperita presso la sede della società Ecologica Sud, del 17 dicembre 2016, inviata da un rappresentante di tale società a Green Light, a cui risultano allegati una serie di file contenenti alcune simulazioni di offerta economica relativamente ai lotti 2 e 5 della gara indetta da Soresa, riguardanti non solo Ecologica Sud ma anche altre imprese, ma che non includono le altri partecipanti all’intesa;

b) gli appunti manoscritti reperiti presso la sede della società Bifolco, custoditi nella cartellina nella quale è stato rinvenuto il contratto stipulato tra la citata società e Green Light. Tali appunti, sebbene privi di data, riportano il pattern di offerte poi effettivamente presentate dalle aziende nella gara. Infatti, in essi si legge: “*Bifolco = lotto 6 lotto 3 Langella = lotto 1 lotto 3 Bruno (Cesaro AD di Ecologica Sud) = lotto 2 lotto 5*”. Ancora, nella pagina successiva si legge: “*Lotto 1 Lang. 2 Bruno (Ecologica) 3 Bif/Lang. 4 Oropallo (AD di Ecosumma), 5 Cesaro 6 Bifolco*”;

c) i documenti dai quali emerge che verosimilmente le parti, in vista dello svolgimento della procedura, hanno condiviso nel corso di specifici incontri, i medesimi input produttivi, nella consapevolezza reciproca che esse non sarebbero mai state concorrenti effettive sui lotti selezionati (vedasi: lo scambio di e-mail, datato 3 novembre 2016, reperito presso la sede di Ecosumma; la successiva mail, reperita presso la sede della società Ecosumma e datata 14 novembre 2016);

d) la e-mail, reperita presso la sede di Langella, datata 24 novembre 2016, dalla quale risulta che la stessa Langella aveva organizzato un incontro presso la sua sede legale, alla presenza degli altri operatori concorrenti per discutere congiuntamente della possibile fornitura di contenitori in plastica da parte dell’impresa produttrice ISI Plast S.p.A. (di fatto, tutte le parti dell’intesa

hanno indicato la medesima tipologia di contenitori nelle relazioni tecniche depositate in sede di gara);

e) i contatti tesi a condividere tra Bifolco e Langella Mario, a cavallo tra novembre e dicembre 2016, la relazione tecnica che il secondo stava predisponendo con l'ausilio di Green Light (presso la sede di Bifolco, è stata infatti rinvenuta una bozza di relazione, non ancora depositata presso la sede di Soresa, relativa al lotto 1, sul quale ha poi presentato offerta la sola società Langella Mario);

f) il documento reperito presso la sede della società Langella ed inviato, in data 28 ottobre 2016, alle società Langella Mario, Ecologica e Bifolco dal rappresentante della società di consulenza che richiedeva alle parti la documentazione necessaria per chiudere la parte tecnica ed amministrativa delle offerte (l'istruttoria svolta dall'Autorità ha permesso di confermare la sussistenza di evidenti similitudini presenti negli elaborati tecnici presentati dalle parti e financo l'identità di contenuti degli stessi).

5 - Come già ricordato, la giurisprudenza ha confermato il principio secondo cui laddove vengano rinvenuti elementi di prova esogeni, ovvero afferenti all'esistenza di contatti tra le imprese e scambi di informazioni, come nel caso di specie, grava in capo alle imprese l'onere di dover fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte mentre, in mancanza, la prova dell'elemento endogeno, ovvero dell'irrazionalità della condotta incombe sull'Autorità (Consiglio di Stato, IV, 19 dicembre 2019, n. 8581 e 8599).

Le modalità di partecipazione delle società alle gare (sia singolarmente che in ATI), senza mai sovrapporsi, confermano la riconducibilità delle condotte delle imprese alla predetta strategia collusiva.

Ad ulteriore conferma di una consapevole ripartizione concertata dei lotti, l'Autorità ha evidenziato che le parti del procedimento hanno versato il contributo ANAC richiesto dal disciplinare di gara solo con riguardo agli specifici lotti su cui poi si sono effettivamente presentate avvalendosi del contributo di Green Light, con l'unica eccezione della società Ecosumma (che

risulta aver effettuato il versamento anche per un ulteriore lotto, e che ha tuttavia giustificato la propria scelta come irrazionale e dettata dal “panico”).

5.1 - I tentativi di spiegazione forniti dall'appellante non risultano convincenti: la tesi che il comportamento della società sia stato determinato dal contesto nel quale si è svolta la gara ed il conseguente interesse a prestare il servizio unicamente nelle aree nelle quali era già gestore uscente, pur astrattamente plausibile, non esclude necessariamente che tale intento sia stato perseguito in modo illecito, scontrandosi comunque con le evidenze relative ai contatti avuti con le imprese concorrenti e l'utilizzo del medesimo consulente che, come evidenziato, direttamente o indirettamente metteva al riparo l'appellante dal concorrenza delle altre parti dell'intesa.

L'Autorità ha inoltre verificato che 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.

Le giustificazioni economiche prospettate dalle società si scontrano inoltre con la loro decisione assunta, dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte prevista nella gara indetta da Soresa, ma ben prima dell'aggiudicazione di tale gara, di partecipare alla successiva gara indetta dalla Regione Lazio.

5.2 – Quanto alla configurazione di intesa per oggetto ed alla mancata verifica degli effetti dell'intesa, il punto VI del provvedimento impugnato, esprime chiaramente le motivazioni in punto di qualificazione della fattispecie, evidenziando che i comportamenti assunti dalle parti configuravano un'intesa restrittiva della concorrenza, frutto di una consapevole collaborazione delle parti, volta ad eliminare i rischi connessi al dispiegarsi di corrette dinamiche competitive in occasione della prima gara centralizzata indetta da Soresa nella Regione Campania.

La prospettazione dell'appellante, tenuto conto della specifica fattispecie che viene in rilievo, risulta in contrasto che la consolidata giurisprudenza, secondo cui un'intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il vulnus al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 e 24 ottobre 14, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278).

L'Autorità ha correttamente ritenuto che l'intesa posta in esame ha avuto per oggetto un coordinamento nella decisione di partecipare alla gara indetta da Soresa volto alla suddivisione dei lotti, senza sovrapposizioni degli uni con gli altri partecipanti all'intesa.

Tale conclusione risulta conforme alla decisioni rese in riferimento a casi analoghi, ove, in ragione del chiaro oggetto anticoncorrenziale, si è affermato che una intesa deve ritenersi illecita *“per il suo stesso oggetto spartitorio senza necessità di verificarne gli effetti concreti”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5998).

Del resto, la rilevanza della procedura di gara interessata, la partecipazione alla stessa di società di spessore nazionale, la circostanza che la gara fosse stata indetta per tutti i presidi sanitari della regione Campania e l'ulteriore circostanza che le imprese parti all'accordo fossero gestori uscenti della gran parte dei presidi sanitari presenti nei lotti, rendono plausibile il prodursi di un effetto di cristallizzazione del mercato, a danno di una reale e sana competizione nel settore.

La giurisprudenza più recente della Sezione ha ribadito che *“le infrazioni anticoncorrenziali che mirano al coordinamento e alla concertazione delle strategie di partecipazione a gare d'appalto possono essere considerate, per loro stessa natura dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, TCE”* (Consiglio di Stato, nn. 3555/2021 e 3566/2021).

6 – Con il quarto motivo di appello la società deduce che anche ove le parti avessero coordinato la propria strategia di gara, le loro condotte sarebbero comunque lecite sotto il profilo antitrust poiché foriere di significativi benefici per la stazione appaltante ed i pazienti campani e in linea con gli ulteriori requisiti stabiliti dall'articolo 101 comma 3 del TFUE.

Contrariamente all'assunto del giudice di primo grado, la società avrebbe dimostrato di aver soddisfatto le condizioni richieste dall'art. 101, comma 3, TFUE, tenuto conto delle seguenti circostanze:

- a) la condivisione degli impianti ha permesso di abbattere significativamente i costi di trasporto e di presentare delle offerte tecniche che potessero soddisfare appieno l'esigenza manifestata nel capitolato di gara di garantire la continuità delle attività di prelievo rifiuti anche in caso di malfunzionamenti di un impianto o di picchi di raccolta;
- b) la negoziazione contestuale di alcuni input della produzione ha consentito di abbattere il costo di acquisto delle materie prime grazie al maggior potere contrattuale detenuto dalle Parti in sede di negoziazione contestuale;
- c) il lavoro di Green Light si è rivelato assai prezioso ai fini della formulazione della miglior offerta tecnica, visto che Green Light è uno dei maggiori esperti del settore che si occupa ormai da anni proprio di fornire consulenza sui capitolati tecnici delle gare aventi ad oggetto servizi di prelievo, trasporto e smaltimento rifiuti in tutto il territorio nazionale; il supporto di tale consulente si è rilevato fondamentale poiché ha consentito alle stesse di accrescere e valorizzare al massimo le proprie competenze e di presentare un'offerta tecnica in linea con il complesso disciplinare di gara;
- d) la miglior prova dei benefici derivanti dalla collaborazione tra le Parti è rinvenibile nei risultati della Gara, che dimostrano incontrovertibilmente come, pur essendosi trovate a competere con altre imprese incumbent e con imprese di dimensione nazionale, le Parti hanno presentato su tutti i lotti offerte particolarmente competitive.

Secondo l'appellante le condotte delle Parti hanno consentito alle aziende ospedaliere di risparmiare diversi milioni di Euro (sia rispetto alla base d'asta, sia rispetto alle offerte degli altri concorrenti) e di ricevere un servizio di altissimo livello, attestato dai punteggi tecnici ottenuti

7 – La censura è infondata.

In primo luogo, deve rilevarsi come gli argomenti fattuali dedotti dall'appellante appaiono assolutamente opinabili, non essendo idonei a sorreggere in modo oggettivo la prospettazione dell'appellante.

In particolare, l'elevato punteggio tecnico ottenuto dalle parti è indicativo della qualità della loro offerta rispetto a quella degli operatori estranei al cartello, ma non può in alcun modo escludersi che la qualità delle offerte tecniche presentate dalle imprese partecipanti al cartello sarebbe stata superiore nel caso in cui queste si fossero confrontate direttamente per l'aggiudicazione dei singoli lotti. Parimenti, con riguardo agli sconti, va osservato che la vantata vantaggiosità è puramente teorica, in quanto le imprese non hanno affatto provato che tali sconti sarebbero stati più contenuti in assenza del cartello a causa di minori efficienze a livello dei costi di produzione.

Soprattutto non è stato provato che l'accertata spartizione dei lotti in gara fosse indispensabile al fine di realizzare le ipotizzate efficienze.

Sul piano teorico, deve ricordarsi che l'art. 101, paragrafo 3, TFUE, prevede la possibilità di accordare un'autorizzazione in deroga a un'intesa restrittiva della concorrenza laddove questa soddisfi talune condizioni, apportando complessivamente dei benefici che compensino più che proporzionalmente gli effetti anticoncorrenziali, e purché a seguito dell'intesa residui sul mercato un grado di concorrenza sufficiente.

Tale eccezione deve tuttavia essere correttamente calibrata al contesto all'interno del quale si sviluppano gli effetti dell'intesa, non potendo certo giustificare una concertazione atta ad alterare una procedura ad evidenza pubblica - il cui scopo è precipuamente quello di rendere contendibile,

secondo i principi del confronto competitivo, il bene posto in gara - la cui trasparenza ed integrità è presidiata non solo dalla disciplina antitrust.

Anche secondo la Comunicazione della Commissione C101/08 del 27 aprile 2004 le intese in discorso non possono “*verosimilmente soddisfare le condizioni di cui all’articolo 81.3. Tali restrizioni figurano nella lista nera dei regolamenti di esenzione per categoria o sono individuate come restrizioni fondamentali*” di cui al citato articolo.

8 – Con il quinto motivo l’appellante contesta, sotto diversi profili, la quantificazione della sanzione.

In particolare, la società deduce:

- che lo scopo di deterrenza (e, dunque, la necessità di comminare ad Ecologica una sanzione pecuniaria) non sussiste, poiché l’intento della società era solo quello di fornire la migliore offerta tecnica ed economica possibile in sede di gara senza in alcun modo sottrarsi al confronto competitivo;
- l’insussistenza del ritenuto carattere grave dell’intesa, dal momento che la stessa: i) non è segreta, ii) non ha prodotto effetti dannosi sul mercato, iii) costituisce un caso isolato.
- l’insussistenza dei presupposti per l’applicazione dell’*entry fee*;
- l’eccessività la sanzione ad Ecologica nella misura massima del 15% in virtù del suo presunto ruolo “particolarmente attivo” nella realizzazione dell’intesa;
- la sussistenza dei presupposti per l’accoglimento dell’istanza di inability to pay, alla luce della documentazione attestante che il pagamento di una sanzione di entità pari a quella irrogata dall’Autorità ne comprometterebbe l’equilibrio economico con la “possibilità di un default della stessa”.

9 – Le censure sono infondate.

Il provvedimento ha fatto corretta applicazione dei criteri atti a determinare la sanzione nell’ambito in questione e l’esito non risulta irragionevole e sproporzionato.

In particolare, viene in considerazione il punto 18 delle Linee Guida, ai sensi del quale “*in generale, anche nei casi di collusione nell’ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l’Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o*

indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione [...], senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti?

Dato tale presupposto, il provvedimento identifica il valore delle vendite con l'importo al quale ciascun lotto è stato aggiudicato sul quale calcola la percentuale che avrebbe dovuto riflettere la gravità dell'infrazione, individuata nel 15%, in conformità al punto 12 delle Linee Guida, in caso di *“intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato, la percentuale del valore delle vendite considerata ai fini del calcolo dell'importo base è in genere non inferiore al 15%”*.

A ciò è stata aggiunta la c.d. entry fee per un ammontare supplementare pari ad un ulteriore 15%, in ragione del fatto l'intesa sarebbe *“particolarmente grave”*, sia per la sua natura, sia per la tipologia del servizio interessato necessario per le strutture sanitarie e per la popolazione.

Considerato che l'importo base così calcolato superava il limite massimo edittale previsto dall'art. 15 della legge n. 287/1990, la sanzione pecuniaria finale irrogata è stata ricondotta entro tale limite e quantificata in €355.442,30.

9.1 - Avuto riguardo alla specifica posizione dell'appellante ed al contesto nel quale si colloca l'intesa, in relazione alla determinazione di gravità dell'intesa va condivisa la valutazione operata dall'Autorità, dovendosi sul punto confermare la sentenza impugnata, avuto riguardo al fatto che l'intesa aveva per oggetto la condotta da serbare nella gara pubblica indetta da Soresa e si connotava anche per la sua segretezza, dal momento che il relativo supporto probatorio è fondato su contatti di posta elettronica non conoscibili all'esterno, evidenziando così la carenza di trasparenza e pubblicità dell'accordo stesso (*cf.* Cons. St., Sez. VI, n. 8591/2019; n. 8581/2019; n. 8599/2019).

Tale valutazione pare in sintonia con la definizione di *“cartello segreto”* fornita dall'art. 2 della Direttiva 2019/1 (*“cartello segreto: un cartello di cui è celata in tutto o in parte l'esistenza”*) nonché dal considerando 53 della stessa Direttiva

(“perché un cartello sia considerato un cartello segreto non è necessario che siano segreti tutti gli aspetti della condotta. In particolare, un cartello può essere considerato un cartello segreto quando non sono a conoscenza del pubblico, dei clienti o dei fornitori elementi del cartello che rendono più difficile da individuare la condotta nel suo complesso”).

La gravità è stata apprezzata dall’Autorità anche valorizzando la circostanza che le società sanzionate comprendessero i principali gestori uscenti nel mercato di riferimento nonché una società di consulenza attiva su tutto il territorio nazionale.

Le giustificazioni addotte dall’Autorità al fine di qualificare l’intesa come grave appaiono dunque ragionevoli e conformi agli orientamenti della giurisprudenza, non risultando dirimente in senso contrario neppure la prospettata mancata produzione di un effetto anticoncorrenziale (*cf.* Consiglio di Stato, 15 luglio 2019, n. 4990). Per altro, l’intesa ha avuto piena attuazione dal momento che le parti si sono aggiudicate i lotti ai quali miravano.

L’Autorità ha anche adeguatamente motivato l’applicazione di un ulteriore incremento del 15% che risulta giustificato dal fatto che l’infrazione ha interessato un servizio (raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti dalle aziende sanitarie della Campania) necessario sia per le ASL che per l’intera popolazione della Regione.

In ogni caso, l’applicazione del cap del 10% sul fatturato globale, con il relativo effetto di abbattimento dell’importo base della sanzione, assorbe sostanzialmente i plurimi rilievi della società (attraverso l’applicazione del limite edittale l’importo della sanzione è passato da circa €2.226.000 a €355.442,30).

Deve dunque concludersi che la sanzione concretamente irrogata dall’Autorità risulta del tutto congrua e proporzionata, dovendosi considerare che deve in ogni caso esserne assicurata l’efficacia deterrente (*ex multis* Consiglio di Stato, 4 settembre 2014, nn. 4506: *“la sanzione da applicare in caso di*

illeciti "antitrust" deve rivestire il necessario e sufficiente carattere dissuasivo, allo scopo, da un lato, di sanzionare le imprese responsabili dell'infrazione (scopo dissuasivo specifico) e, dall'altro, di dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare in comportamenti illeciti)".

Esulano dal presente giudizio le ulteriori ipotizzate conseguenze quali l'esclusione dalle gare pubbliche indette nei prossimi tre anni e l'eventuale decisione di Soresa di annullare la gara.

La sanzione concretamente irrogata comporta anche la conferma della non condivisione della prospetto rilievo facente leva sulla cd. inability to pay.

Al riguardo, ai sensi del p. 31 delle Linee Guida, l'impresa interessata che voglia far valere la propria limitata capacità contributiva deve all'uopo produrre *"evidenze complete, attendibili e oggettive da cui risulti che l'imposizione di una sanzione, determinata secondo quanto delineato nelle presenti Linee Guida, ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato"*. Secondo le Linee Guida, l'Autorità, in ogni caso, *"non prenderà in considerazione istanze basate unicamente su perdite di bilancio negli ultimi esercizi o di crisi generalizzata del settore interessato"*.

Alla luce delle disposizioni citate devono essere confermati i principi della eccezionalità della riduzione per "incapacità contributiva" e l'onere per la parte di provarne il collegamento con il pagamento della sanzione, conformemente alla giurisprudenza di questo Consiglio (*cf.* Cons. St. n. 5998 del 2017), che richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentt. CGUE 19 marzo 2015, C-286/13P, Dole Food; 26 novembre 2013, C-58/12, Groupe Gascogne).

Al riguardo, non appare dunque censurabile la valutazione dell'Autorità che non ha riconosciuto la sussistenza delle condizioni per l'accoglimento dell'istanza della ricorrente, in quanto, tra l'altro, gli ultimi tre esercizi contabili presi in esame denotavano una situazione di liquidità dell'impresa complessivamente buona nella misura in cui il capitale circolante netto era ampiamente positivo e pari a più del doppio il valore della sanzione

10 - Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

L'appello va, quindi, respinto nei sensi di cui in motivazione.

Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Autorità, che si liquidano in €5.000, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Francesco De Luca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO