

Pubblicato il 17/11/2020

N. 07152/2020REG.PROV.COLL.  
N. 06252/2018 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 NRG 6252/2018, proposto dall'AGCM - Autorità Garante della concorrenza e del mercato, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12,

*contro*

la -OMISSIS-, corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Raffaello Perfetti, Claudio Tesauo, Sara Lembo e Federica Puliti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Vittoria Colonna n. 39 e

*nei confronti*

di -OMISSIS- Azienda sanitaria locale per la Provincia di Milano-1, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio,

*per la riforma*

della sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. -OMISSIS-/2018, resa tra le parti e concernente l'irrogazione di una sanzione pecuniaria alla Società appellata,

per intese restrittive della concorrenza in occasione di gare pubbliche per servizi inerenti alla somministrazione domiciliare di gas medicale agli assistiti del SSN;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

della sola Società appellata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 14 novembre 2019 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, l'avv. Cassano (in dichiarata delega degli avv.ti Perfetti e Tesauro) e l'Avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

1. – La -OMISSIS-, corrente in Milano, dichiara d'aver partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica, indetta dall'Azienda Sanitaria Unica Regionale - ASUR delle Marche, per la prestazione di servizi di ossigenoterapia domiciliare (OTD) e ventiloterapia domiciliare (VTD).

In relazione a detta gara e col procedimento n. I792 avviato il 7 ottobre 2015, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato-AGCM appurò la commissione d'una pratica anticoncorrenziale da parte di vari operatori, tra cui tal Società, del settore dell'assistenza sanitaria con somministrazione di gas medicali a domicilio, offerenti, in particolare, servizi di OTD e VTD per la cura di patologie respiratorie (HCP – *Homecare providers*).

In particolare, l'Autorità riscontrò che «... *le società -OMISSIS-hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del ... TFUE..., consistente nella concertazione delle proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale...*». In tal modo, esse ostacolarono un effettivo confronto concorrenziale tra loro, mercé una pratica anticoncorrenziale, sì dispiegatasi in plurime fasi, ma pur sempre unitaria e ed articolata. L'obiettivo unitario fu di scongiurare l'indizione di una gara aperta per l'assegnazione del servizio di OTD nella Regione Marche, così evitando

un effettivo confronto concorrenziale e potendo mantenere artificiosamente alto il prezzo del servizio, nonché una sicura quota di mercato per ogni operatore e ciò fino a luglio 2014, quando furono presentate offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata. Sul piano probatorio, l'Autorità riscontrò, oltre al comune e congiunto comportamento delle parti in occasione, dapprima dell'indizione da parte della ASUR Marche della gara pubblica nell'anno 2010 e, successivamente, dell'avvio di una procedura negoziata ai sensi dell'allora vigente art. 57, co. 2, lett. a) del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (in data 18 ottobre 2013), diversi scambi di corrispondenza intervenuti tra le imprese, che testimoniarono non solo una pluralità di contatti, ma anche veri e propri incontri, allo scopo di determinare una strategia commerciale comune.

In esito a tal procedura (via via allargatasi alle predette imprese), l'AGCM irrogò, quindi e con il provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016, a detta Società una sanzione pecuniaria pari a € 7.248.524,00.

2. – Avverso tal provvedimento la -OMISSIS- insorse quindi innanzi al TAR Lazio, con il ricorso NRG -OMISSIS-/2017, deducendo:

I) – l'erronea ed illegittima qualificazione della vicenda come pratica concordata assistita da elementi di prova esogeni, avendo la *Assogastecnici* svolto un'attività tendente a sensibilizzare le stazioni appaltanti affinché impostassero i bandi di gara suddividendo il prezzo di fatturazione dell'ossigeno, dai prezzi relativi ai servizi accessori (trasporto, installazione a domicilio, *etc.*), nonché l'irragionevole assunto per cui la promozione, operata dagli HCP in favore dell'indizione di una procedura volta alla stipula di un Accordo Quadro, costituisse una condotta restrittiva della concorrenza, quando poi tal soluzione avrebbe garantito un servizio più efficiente ed un prezzo più competitivo;

II) – il difetto di istruttoria e di motivazione e di prova ed il travisamento dei fatti, poiché l'AGCM omise d'indagare, pur essendo suo onere probatorio, se il contegno delle imprese fosse giustificabile con una spiegazione alternativa

alla collusione, procedendo in quest'ultimo senso in maniera del tutto aprioristica;

III) – il difetto assoluto di motivazione e di prova in ordine alle spiegazioni economiche alternative offerte dalla ricorrente, l'analisi delle quali avrebbe svelato che il contegno della Società fu ispirato soltanto ad una strategia unilaterale in base a razionali valutazioni economiche;

IV) – in subordine, la violazione del principio di proporzionalità, nonché delle Linee-guida inerenti alle modalità applicative dei criteri per la quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie da irrogare e, in ogni caso, l'evidente ingiustizia di quella in concreto applicata.

L'adito TAR, con sentenza n. -OMISSIS- del 24 aprile 2018, ha accolto in parte la pretesa così azionata, riscontrando l'illegittimità del provvedimento dell'AGCM, in quanto basato «... *su un'istruttoria incompleta, le cui carenze si riflettono sull'intero impianto motivazionale dell'atto, il quale risulta in più passaggi e, complessivamente, nel suo insieme, assertivo e non aderente ai principi normativi e giurisprudenziali in materia...*».

3. – Ha quindi appellato l'AGCM con il ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità della sentenza gravata sotto molteplici profili.

In particolare, essa lamenta: 1) – l'omessa considerazione del TAR sull'elemento nodale dell'intesa illecita, consistente nel collettivo boicottaggio della procedura ristretta bandita dall'ASUR nel 2010 (ed alla quale le imprese erano state invitate nel 2013) e non certo o non solo nella perorazione da parte degli HCP in favore del modello dell'accordo-quadro, fermo restando che i comportamenti di questi ultimi, identici a quelli di altri operatori, non furono affatto estranei alla concertazione illecita ché ogni diversa conclusione non trovò alcun riscontro nel provvedimento sanzionatorio; 2) – che il TAR non ha colto il complesso degli elementi di prova acquisiti durante l'istruttoria, qui riproposti dall'appellante ed il cui significato non può che essere una collusione illecita, inspiegabile essendo altrimenti l'anomalo parallelismo di condotte o di giustificazioni addotte; 3) – il travisamento della

qualificazione della vicenda, non avendo mai l'Autorità l'istituto dell'accordo-quadro qual modello di procedura anticompetitivo né censurato gli HCP perché promotori di tale modello, sanzionandoli piuttosto per la loro illecita concertazione, culminata nel boicottaggio della procedura indetta da ASUR Marche, quando in un primo tempo v'avevano manifestato interesse e della quale avevano condiviso le condizioni e la generale impostazione; 4) – il preteso parallelismo di condotte ravvisato dal TAR in altri quattro HCP (-OMISSIS-) rimasti estranei alla concertazione illecita, in realtà non sanzionati per non aver partecipato alla collusione illecita in relazione a peculiari situazioni soggettive di ciascuno di essi, tra cui il minacciato boicottaggio da parte degli HCP collusi o le particolari vicende aziendali; 5) – l'assenza d'un onere probatorio, in capo all'AGCM, sull'intesa anticoncorrenziale, soprattutto sul fatto che il comportamento sanzionato non fosse spiegabile con una giustificazione alternativa (in realtà spettante solo agli HCP); 6) – l'inattendibilità, non colta e anzi confermata dalla sentenza, della spiegazione alternativa alla concertazione fornita dalla -OMISSIS-

S'è costituita in giudizio detta Società, concludendo per il rigetto dell'appello e riproponendo, in via subordinata, il quarto motivo del ricorso di primo grado, relativo alla quantificazione della sanzione ed assorbito dal TAR per l'accoglimento di quel gravame.

4. – L'appello è fondato e va accolto, nei termini qui di seguito indicati e con la precisazione che i motivi del ricorso in epigrafe possono esser trattati congiuntamente, in quanto tutti, sotto distinti ma connessi profili, diretti a dimostrare la sussistenza, disconosciuta dal Giudice di prime cure, di una pratica collusiva anticoncorrenziale tra l'appellata ed altri HCP, anch'essi sanzionati.

4.1. – Preliminarmente all'esame del merito delle censure formulate, s'impone un'indicazione delle coordinate, alla luce delle quali valutare le prospettazioni dell'Autorità, elaborate da giurisprudenza, ormai consolidata, in materia di illeciti *antitrust*.

L'intesa restrittiva vietata si può realizzare mediante o un accordo, che una pratica concordata, ossia una forma cosciente e volontaria di coordinamento e cooperazione (concertazione) tra imprese, che ha come obiettivo un danno ingiusto alla concorrenza. La concertazione non richiede, a differenza dell'accordo, una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano, tanto è vero che il coordinamento può essere raggiunto attraverso un mero contatto diretto o indiretto fra le imprese (v. Corte Giustizia, C-48/69). È utile ricordare pure che le pratiche concordate emergono, come concetto del diritto *antitrust*, quali prove indirette indicative dell'esistenza dell'accordo, onde rappresentano non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale. Essa opera sul piano probatorio, cioè in funzione dell'accertamento di un'intesa restrittiva vietata, a sua volta indicativa dell'esistenza d'una concertazione tra imprese concorrenti, che, invece, dovrebbero agire sul mercato in modo autonomo e disgiunto l'una dall'altra (cfr., da ultimo, *ex plurimis* Cons. St., VI, 4 settembre 2015 n. 4123; id., 28 febbraio 2017 n. 927; id., 19 dicembre 2019 n. 8585; id., 10 gennaio 2020 n. 236).

Quanto poi all'intensità dell'onere probatorio, è *jus receptum* che «... l'accertamento dell'intesa... non richiede la prova documentale (o altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali), atteso che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo (Cons. Stato, Sez. VI, 15/2/2018, n. 1821) ...». Sicché «... la prova della pratica concordata oltre che documentale può essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, 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, 12/10/2017, n.4733; 11/7/2016, n. 3047; 30/6/2016, n. 294; 18/5/2015, n. 2514)...» e, anzi, «... il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile ...». Invero, «... l'art. 101 TFUE, mentre

*vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti... (di talché ... è necessario accertare se il parallelismo di comportamenti non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione...».*

Pure per la giurisprudenza della CGUE, in applicazione di tal criterio, «... se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile..., (quello)... accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione» (v. Corte di Giustizia, cause riunite C- 23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85)...» (cfr. così Cons. St., VI, 10 febbraio 2020 n. 1047).

4.2. – Diversamente distribuito è pure l'onere probatorio, a seconda che la contestazione mossa da detta AGCM si basi su elementi di prova endogeni (quali il parallelismo di condotte, la particolare struttura del mercato, ecc.) o esogeni (che dimostrano l'intervento di sistematici contatti tra le parti).

Ebbene, nel primo caso grava sull'AGCM l'onere di dimostrare che l'esistenza di tale intesa illecita sia l'unica giustificazione possibile dell'anomalo parallelismo di condotte, agli operatori bastando allegare semplici circostanze che diano conto, invece, di come il parallelismo *de quo* si giustifichi alla luce di scelte economiche determinate in via unilaterale. Nel secondo, spetta agli operatori di dimostrare, allegando le relative risultanze probatorie, che tal condotta sia stata il frutto d'una ben precisa e plausibile strategia di mercato autonomamente determinata e rispondente a razionali scelte economiche (cfr. Cons. St., VI, 13 maggio 2011 n. 2925).

5. – Ciò posto, è anzitutto da osservare che l'intesa sanzionata dall'AGCM nel caso di specie è stata accertata in base non solo ad elementi di prova c.d. endogeni, ma anche a plurimi contatti avutisi tra le imprese responsabili per mezzo di posta elettronica.

Si tratta di dati certi, che rappresentano senza dubbio elementi di prova di carattere esogeno, la cui sussistenza, come poc'anzi ricordato, sposta l'onere

di provare la liceità della condotta in capo agli operatori stessi

Ebbene, la sanzione irrogata dall'AGCM intese colpire alcuni HCP, tra cui - OMISSIS-, per l'attività di concertazione posta in essere, al fine di ostacolare l'esito della gara bandita da ASUR Marche per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare a favore degli assistiti del SSN residenti nella Regione

Tale attività prese le mosse in occasione dell'indizione, nel 2010 e da parte di ASUR Marche, di una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di OTD e VTD. Su questa tutti gli HCP poi sanzionati avevano manifestato un concreto interesse, come d'altronde gli altri quattro operatori di settore già citati (rivelatisi privi di responsabilità), tant'è che si qualificarono entro il termine del 28 febbraio 2011, previsto dalla *lex specialis*. È bene osservare sul punto che in ragione di complessità e specificità tecnica dell'affidando servizio, con la determina di indizione della gara del 2010, detta centrale di committenza rinviò l'adozione dei documenti di gara definitivi a un momento successivo all'accreditamento da parte delle imprese. Tanto in esito d'un dialogo tecnico, procedimentalizzato dal Comitato tecnico nominato dall'ASUR stessa per la formazione dei documenti di gara, affinché le imprese acquisissero in modo comparativo gli elementi tecnici utili per il perfezionamento del capitolato speciale.

Pertanto, avviato il dialogo tecnico dapprima tra il Comitato e l'ASUR (fino al giugno 2012) e, nei mesi successivi, tra il Comitato stesso e le imprese già qualificatesi nei termini previsti dal bando, con determina del 16 gennaio 2013, detta ASUR diramò l'invito alla procedura ristretta. All'uopo furono adoperati i documenti definitivi di gara redatti con l'ausilio ed il concerto delle imprese del settore, cioè le nove società che si erano qualificate e sulla base del bando del 2010. Rispetto a esso, era stato unicamente modificato, al rialzo, l'importo presunto complessivo annuo del servizio da affidare, stimato in € 10,8 mln, oltre IVA (il prezzo previsto dal Bando del 2010 ammontava invece ad € 9,3 mln. oltre IVA). Tuttavia, spirato il termine per la presentazione delle

offerte, fissato in via definitiva al 17 giugno 2013, nessuno dei nove HCP, che precedentemente si erano accreditati ed avevano partecipato attivamente alla redazione degli atti di gara, presentava un'offerta, tant'è che la stazione appaltante dovette dichiarare la gara deserta e prorogare l'affidamento del servizio a favore dei gestori uscenti.

Tale anomalo parallelismo di condotte, consistito in un boicottaggio di massa da parte degli stessi operatori che cooperarono nel dialogo competitivo e si qualificarono nella procedura ristretta, fu il primo elemento, di natura endogena, rinvenuto dall'AGCM, qual indizio dell'esistenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza.

5.1. – Tuttavia, tale elemento, non è stato l'unico dirimente, ché, nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ebbe contezza di alquante missive, dalle quali emerse il tentativo di dette imprese d'indurre stazione appaltante a modificare quel disegno di gara alla cui formazione e struttura esse stesse poco prima avevano contribuito, nonché ad adottare la formula dell'aggiudicazione a più fornitori, attraverso un accordo-quadro.

Sul punto, assunsero dirimente rilievo, le seguenti comunicazioni intervenute tra le imprese:

a) l'*e-mail* del 4 febbraio 2013, spedita dalla -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, in merito alla necessità di decidere una posizione congiunta da assumere nella riunione del 7 febbraio 2013, al fine di convincere ASUR Marche quanto fosse «... *maggiormente conveniente attivare un accordo quadro piuttosto che un'aggiudicazione ad unico fornitore per lotto che permette una maggiore competizione qualitativa...*», da cui emerse una prima bozza di proposta da sottoporre a stazione appaltante [*«... se siete d'accordo, potremmo impostare il ragionamento su due livelli: a) primo livello solo OTD con prezzo a confezione + importo euro/die per servizio standard (...); b) secondo livello più stringente per la VTD dove, in questo caso possiamo aggiungere anche il follow up infermieristico definendo importi fissi per tipologia di devices (...). Forse sulla ventilazione potremmo spingerci un po' di più sui livelli assistenziali ma non vorrei (soprattutto giovedì) forzare troppo la mano. Ci*

*possiamo tenere... come carta sul primo livello... l'opzione del concentratore come valutazione del provider in caso di scarsa mobilità...»];*

b) la lettera del 7 marzo 2013 da Assogastecnici all'ASUR Marche ed alla Regione Marche, ove si contestò la gara, in quanto per l'ossigenoterapia aveva indicato il prezzo a *forfait*, proponendo un modello alternativo alla gara, ossia l'accordo-quadro, il cui contenuto fu condiviso, mediante l'invio d'una catena di *e-mail* tra il 3 ed il 5 marzo 2013, da -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-e, per nota, pure da -OMISSIS-§ 138);

c) l'*e-mail* del 16 aprile 2013, inviata da -OMISSIS- a -OMISSIS- e -OMISSIS- in cui si legge *«buongiorno, allungandosi i tempi dalla nostra 1° comunicazione alla regione Marche senza aver ricevuto un riscontro, è urgente sollecitare un incontro»*, inoltrata a seguito della precedente, in data 12 aprile 2013 da detta -OMISSIS- agli stessi destinatari, donde emerse la preoccupazione delle imprese (*«mi sono permesso di predisporre una bozza di lettera di richiesta di incontro alla regione Marche per dar seguito alla comunicazione che abbiamo inviato il 7/3 ed alla quale l'Associazione non ha ricevuto alcun riscontro. Considerati i tempi, i temi che abbiamo segnalato, un ricorso pendente e l'importanza strategica per il settore dei contenuti da discutere, credo sia necessario essere proattivi»*) (§ 140).

Oltre a siffatta corrispondenza, agli occhi del Collegio assumono decisivo rilievo le dichiarazioni di stazione appaltante, che hanno posto in evidenza le seguenti circostanze: I) – il disinteresse di dette imprese nei confronti della procedura ristretta, maturatosi con l'entrata in campo di Assogastecnici a fine 2012, la quale insisté per ottenere modifiche alle condizioni di gara, tanto da determinare che *«... al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, non è pervenuta alcuna offerta nonostante l'interessamento manifestato fino a pochissimi giorni prima...»* (§ 135); II) – la presenza, il giorno in cui scade tal termine e dinanzi all'ufficio protocollo, di un rappresentante di una delle imprese sanzionate, per l'intera mattinata (§ 135); III) – l'impedimento alla partecipazione alla gara a discapito di Gas Tecnici di Foligno, perpetrato dagli altri operatori, che *«...*

*in quanto anche produttori di ossigeno e fornitori della società stessa, avrebbero minacciato la sospensione della fornitura di ossigeno necessaria alla propria attività...» (§ 143).*

Ben si vede come tutti tali elementi, raccolti dall'AGCM nel corso dell'istruttoria, siano andati ben oltre l'accertamento del mero parallelismo tra le condotte delle imprese stesse, col conseguente e già citato spostamento dell'onere di provare la liceità delle condotte dall'Autorità a queste ultime.

5.2. – Ora, in base alle risultanze cristallizzate nel provvedimento dell'AGCM, l'intesa che violò l'art. 101 TFUE, fu apprezzabile –e la sua sussistenza avvalorata– anche con riguardo al contegno delle imprese nel momento successivo al boicottaggio della gara indetta da ASUR Marche e, come s'è visto, andata deserta.

Invero, stante tal circostanza con riguardo alla procedura ristretta, l'ASUR, anche per l'esito dei contatti (mantenuti segreti) con le Società -OMISSIS- (HCP potenzialmente interessate ad ampliare il proprio ambito di operatività nella fornitura del servizio di OTD e VTD nella Regione Marche), con determina del 18 ottobre 2013, indisse una procedura negoziata per la fornitura del servizio di OTD e VTD in ambito regionale, ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lett. a) del D.lgs. 163/2006. Al riguardo, l'ASUR precisò che, in ogni caso, non sarebbero state «... *modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto...*».

Sicché stazione appaltante invitò formalmente le predette Società (non affiliate ad Assogastecnici) a partecipare alla nuova procedura, le quali ne accettarono incondizionatamente il capitolato, rimasto immutato rispetto alla precedente gara poi andata deserta. Invece e rispetto alla nuova procedura — la cui *lex specialis* era rimasta invariata rispetto a quella della procedura ristretta —, le altre imprese manifestarono adesso il proprio interesse, tanto da attivare un contenzioso per il mancato invito di alcune tra esse. Una volta invitate, le imprese stesse proposero offerte con consistenti sconti rispetto all'importo a base d'asta e s'aggiudicavano i lotti, secondo la ripartizione individuata nel gravato provvedimento sanzionatorio.

Anche con riguardo a tal ulteriore fase dell'intesa, sì complessa ma unitaria nella progressione delle condotte illecite verso l'obiettivo anticompetitivo, l'AGCM riscontrò tanto l'anomalo parallelismo di tali condotte, quanto, soprattutto, la *e-mail* del 4 novembre 2013, con la quale -OMISSIS- trasmise a -OMISSIS- e -OMISSIS- la bozza di verbale per l'incontro tenutosi in pari data con la Regione Marche. L'*e-mail* evidenziò il disappunto degli operatori nei confronti dell'intenzione della P.A. di aggiudicare i predetti servizi solo con procedure competitive, pur dopo l'esito negativo della gara precedente. Evidenziò pure l'indisponibilità degli HCP coinvolti a prorogare le attuali condizioni di fornitura del servizio nelle more della nuova gara, rammentando l'intenzione di ASUR Marche ad attivare comunque una procedura negoziata con invito rivolto, come previsto dal procedimento di gara, alle aziende che essa avrebbe ritenuto più opportuno d'invitare, affinché l'aggiudicazione fosse definita entro la fine dello stesso 2013. Gli HCP ribatterono «... *che tale contesto è... visto dall'Associazione poco costruttivo in quanto, pur manifestando che l'impianto di gara presenta una serie di vizi legati prevalentemente alla mancata adesione alle disposizioni... (di)... AIFA in tema di acquisto di farmaci, l'ASUR non intende prendere atto delle osservazioni addotte e pertanto ritiene di procedere senza alcuna modifica dell'impianto di gara stesso...*». Declinando la richiesta della stessa ASUR sulla proroga per tutto il 2014 alle condizioni economiche poste dal capitolato di gara del 17 giugno 2013 —essendo questione d'esclusiva spettanza delle singole aziende—, i delegati di Assogastecnici chiarirono che essa sarebbe stata «... *disponibile a dimostrare che l'imputazione corretta e separata del costo del farmaco da quello del servizio... permetterebbe da un lato di bloccare un 'esperimento' di Procedura Negoziata che, a tutela sia degli assistiti che dell'ASUR stessa, potrebbe risultare alquanto rischiosa, dall'altro favorire maggiori economie di scala...*».

Ebbene, la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità e la conseguente definizione delle condotte, come miranti all'evento illecito anticoncorrenziale appaiono assistite da congruenza narrativa, in base a dati gravi, specifici e concordanti.

Ciò s'appalesa congruente con la ferma giurisprudenza della Sezione, per cui *«l'accertamento di un'intesa anticompetitiva è il portato di un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri (cfr. Cons. St., VI, 20 febbraio 2017 n.740), anche laddove le risultanze fattuali, prese ciascuna in sé, si possano prestar a differenti interpretazioni. Infatti, le singole risultanze probatorie allegate dall'AGCM a fondamento della sua determinazione, vanno lette alla luce del complessivo contesto in cui sono intervenute e del (qui riscontro) univoco contegno delle imprese. Da tal unitaria lettura emerge, pure nella fase negoziata, la concertata loro astensione dalla presentazione di offerte in occasione dell'indizione della gara e in entrambi le fasi della vicenda, per costringere stazione appaltante, mercé progressive modalità d'induzione, a realizzare lo scopo d'un appalto fatto a loro misura ed evitare ogni possibile intralcio competitivo. Non vi fu soluzione di continuità tra le due fasi concertate: non v'è altra e seriamente plausibile lettura di fatti e comportamenti se non quella che la gara, sebbene predisposta con l'ausilio degli stessi HCP (e, anzi, il concerto illecito fu già in quella predisposizione), dovesse per forza andar deserta —anche vigilando sull'altrui rispetto della concertata astensione e, se del caso, minacciando ritorsioni economiche per chi si fosse sfilato dalla concertazione o non avesse voluto prendervi parte—, affinché si giungesse poi, una volta creatosi lo stato di necessità di ASUR sul doveroso svolgimento del servizio appaltando gli assistiti del SSN, ad ottenere un'aggiudicazione nella forme ed alle condizioni volute dalle imprese stesse.*

5.3. – Da ciò discende l'evidente impossibilità di condividere l'impianto motivatorio della gravata sentenza, specie nelle parti in cui ritiene che il modello dell'accordo-quadro non fosse già di per sé qualificabile come anticompetitivo e laddove ritenne giustificabile la condotta delle Parti, alla luce del medesimo contegno tenuto da altri operatori, tuttavia non sanzionati. Non dura fatica il Collegio ad ammettere che lo strumento dell'accordo-quadro sia in sé neutro e, da solo, non possa scontare un pre-giudizio

negativo, ma non fu questo il punto della questione.

Infatti, essendo previsto dalla legge in coerenza col diritto UE, l'istituto, come ogni strumento, non è erroneo, ma può esser piegato a fini illeciti, come accadde nella specie. Dal che la necessità di tener in debita considerazione le circostanze concrete (e ben valutarne il contenuto) che condussero all'uso dell'istituto nella vicenda oggetto del presente giudizio. In realtà, l'AGCM, come s'evince dalla serena lettura del provvedimento sanzionatorio, non colpì gli HCP sol perché essi mostrarono una preferenza per la sottoscrizione di un accordo-quadro (preferenza del tutto legittima, tanto da poter essere manifestata alla stessa P.A. procedente), né perché ciò avesse dimostrato una certa qual loro malafede per il fatto solo d'aver collaborato con stazione appaltante sulla scelta di un modello competitivo, salvo poi non esser conseguenti con tal premessa. La sanzione scaturì piuttosto a causa del congiunto boicottaggio della procedura da parte degli HCP medesimi, malgrado essi avessero prestato una loro condivisione di massima sulle condizioni di gara.

Anzi, vale la pena di chiarire che, in linea di principio, un modello contrattuale, sebbene sia stato 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, in quanto 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 (cfr., per tutti, Cons. St., VI, 4 novembre 2014 n. 5423).

Se, dunque, esprimere una preferenza per una procedura piuttosto che un'altra è attività senz'altro lecita, non lo è più quando essa si spinga fino ad impedire a stazione appaltante l'affidamento del servizio secondo l'interesse pubblico. Tanto grazie ad un'azione congiuntamente eseguita da detti operatori economici, i quali si sarebbero dovuti determinare sul mercato in maniera autonoma e indipendente, essendo tra loro potenziali concorrenti. È appena d'osservare che la partecipazione anche di un solo degli HCP alla gara

competitiva avrebbe consentito il tempestivo affidamento del servizio, ed il conseguente risparmio di spesa per l'ASUR, stimato nel provvedimento dall'AGCM in € 6,5 mln. annui. Si può discettare perché mai l'ASUR non avesse ribandito la gara in altre forme parimenti efficaci e competitive una volta vista l'evidente anomalia della mancata partecipazione di quasi tutti gli operatori del settore.

Ma ciò non elide alcunché dalla loro responsabilità, accertata dall'Autorità e tale da fare intendere le ragioni dell'esclusione di altri operatori parimenti non partecipanti, perché immuni da colpa sul punto o verso i quali non emersero elementi di colpa esogeni, da cui arguire una loro partecipazione attiva alla concertazione illecita.

6. – Le considerazioni fin qui svolte conducono il Collegio a condividere l'impianto accusatorio di AGCM ed a ritenerne il contenuto congruente coi fatti accertati, tanto da non essere scalfito neppure dalle spiegazioni alternative che le imprese sanzionate e, in particolare per quanto qui d'interesse, dalla -OMISSIS-, hanno fornito a giustificazione della loro condotta.

In particolare, detta Società prospettò che la sua mancata presentazione di offerte alla procedura ristretta sarebbe dipesa dal fatto che, nelle more di quest'ultima, era entrata in vigore la c.d. riforma *Pay Back*, recata dal DL 6 luglio 2012 n. 95 (conv. modific. dalla l. 7 agosto 2012 n. 135). Ritenne la Società appella che tal *jus superveniens* avrebbe reso poco conveniente la sua partecipazione ad una procedura ristretta, fino a quel momento attrattiva dell'interesse degli HCP. Al contrario, la sua successiva partecipazione alla procedura indetta ex art. 57, co. 2, lett. a) del D.lgs. 163/2006 sarebbe stata giustificata dalla necessità di evitare la perdita di una fetta di mercato, in ragione della sicura partecipazione di -OMISSIS-.

La tesi è suggestiva, ma non convince, né elide la congruenza narrativa che assiste il provvedimento dell'AGCM.

S'è già detto come l'Autorità abbia puntualmente documentato la lunga fase prodromica inerente al contenuto del bando e precedente all'indizione della procedura di gara, anche al fine d'acquisire, nei tavoli tecnici cogli operatori del settore, indicazioni da loro sul contenuto dei servizi da mettere in gara. Detta fase prodromica si protrasse, in un primo segmento temporale, dal 23 dicembre 2009 al 22 ottobre 2010, data in cui fu deliberata l'indizione dell'appalto. Nel secondo segmento, posteriore all'indizione, i colloqui tra la P.A. appaltante e gli HCP continuarono al fine di determinare, con un metodo condiviso, i contenuti della documentazione di gara, stante l'elevata specificità tecnica del servizio posto a gara. Ora, in tutti questi incontri che precedettero la formulazione delle offerte, né la -OMISSIS- né altri HCP mai sollevarono l'obiezione sugli effetti del DL 95/2012, quantunque detta normativa fosse entrata in vigore, tranne alcune previsioni ad efficacia posticipata, il 6 luglio 2012, ossia ben prima della scadenza del termine, d'altro canto più volte prorogato, per la presentazione delle offerte.

6.1. – Ciò induce il Collegio a ritenere che l'avvento della riforma c.d. "*Pay back*", quand'anche rilevante, fu o del tutto neutra o, comunque, non tale da scoraggiare tutte e nello stesso tempo dette imprese dal presentare un'offerta per la procedura ristretta in particolare, a cagione d'una paventata mancanza di remunerazione dall'eventuale affidamento.

Se così fosse stato, gli HCP avrebbero plausibilmente fatto constare una tal anomalia, soprattutto se si pensa che, nella procedura negoziata successiva ed a sostanziale invarianza delle condizioni di affidamento del servizio, dette imprese vi parteciparono senza riserve. Anzi, in quella nuova procedura gli HCP presentarono offerte basate su ribassi di notevole entità (in media del 42%, con picchi fino al 60%) rispetto all'importo stabilito a base d'asta. Tutto questo dimostrò quindi che tal asserita assenza di remuneratività dell'affidamento —derivante dal DL 95/2012—, in realtà fu del tutto improbabile, se non addirittura inesistente.

Dal che la manifesta irrilevanza delle addotte giustificazioni, le quali, quand'anche fossero serie ed attendibili (e non lo sono), non potrebbero scriminare la pratica concertata come attuata in concreto, posto che ogni operatore economico deve determinare in modo del tutto autonomo la sua condotta commerciale. Nessuno nega che la morfologia d'una gara ad evidenza pubblica o la sopravvenienza d'un nuovo regime sui flussi di cassa e sui pagamenti della P.A. costituiscano vicende perturbative dell'ordine del mercato in una data area o per un certo tempo. Ed è pure certo che un'impresa cerchi d'adattarsi come sa e come può ai nuovi scenari, se del caso con rinunce o con repentini cambi di passo, quand'anche, come nella specie, avesse avuto un rapporto preparatorio con la P.A. circa il contenuto di procedimenti amministrativi da attivare tra loro. Infatti, i cambi di scenario economico giustificano le eventuali obiezioni dell'appellata sul rispetto di norme con effetti economicamente sensibili (p. es., norme fiscali o di tutela del lavoro, ecc.), oppure sulle modalità di remunerazione del servizio appaltato. Ma tutto ciò non giustifica comunque comportamenti o intese restrittivi della concorrenza in un dato mercato, compreso quello speciale e sensibilissimo, degli incanti pubblici.

Sicché la violazione delle norme poste a presidio della concorrenza non può mai essere considerata una risposta lecita, nemmeno a fronte d'un asserito comportamento illecito altrui (cfr. Cons. St. VI, 4 settembre 2015 n. 4123; CGUE, 22 ottobre 2015, C-194/14P, AC Treuhand; CGUE, C-49/92) e, a maggior ragione, rispetto ad una modalità di pagamento reputata opportuna o non più remunerativa a seguito d'un cambio degli assetti di quel mercato.

Ben si vede come la reazione di -OMISSIS-, se fosse stata solitaria, o non concertata nei modi testé visti, o svolta senza poi tentare una radicale modifica delle condizioni d'aggiudicazione, certo non sarebbe stata ritenuta illecita, proprio perché razionale, plausibile e del tutto autonoma verso sia i suoi *competitor* che l'Autorità stessa. Ma non fu questo il quadro degli eventi in cui l'appellata si mosse e di cui il TAR non ha tenuto conto.

6.2. – Né, infine, possono trovare accoglimento le ulteriori prospettazioni di -OMISSIS-, secondo cui seconda procedura si caratterizzò per un acceso confronto competitivo tra le imprese ed alcuni HCP non sarebbero neppure risultati aggiudicatari, cose, queste, che nella prospettazione dell'appellata, escluderebbero *ipso facto* la sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale.

Il rilievo è erroneo in fatto: l'appellata dimentica che l'intesa anticoncorrenziale fu posta in essere in occasione della prima procedura, la quale fu di comune accordo boicottata dalle predette imprese. Per contro, la loro partecipazione alla seconda procedura, per un'eterogeneità dei fini tipica degli atti illeciti, dimostrò piuttosto l'infondatezza delle spiegazioni alternative fornite da dette imprese. Se esse effettivamente non avessero partecipato alla prima procedura in ragione della sua inadeguata remuneratività, avrebbero evitato la partecipazione anche alla seconda, strutturata con le medesime condizioni di gara. Pertanto, irrilevante s'appalesa l'argomento di -OMISSIS-, perché l'intesa illecita fu ideata e consumata prima dell'attivazione della procedura ristretta e, comunque, la sua esistenza, stante la congruenza narrativa delle prospettazioni dell'AGCM, prescinde dal concreto svolgimento della seconda procedura cui le imprese poi parteciparono.

In definitiva, nel caso di specie la prospettazione dell'Autorità sia senz'altro preferibile, stante sia l'intrinseca ragionevolezza che la caratterizza, sia la coerenza con gli ulteriori elementi documentali emersi, rispetto ad ogni ipotesi alternativa in astratto dedotta dall'appellata. È solo da soggiungere che, nel quadro del canone di c.d. congruenza narrativa, l'eventuale sussistenza di alcuni profili di discrasia nel quadro indiziario non è idonea a travolgere la complessiva tenuta dell'impianto accusatorio, salvo nelle ipotesi —che qui non ricorrono— in cui le incongruenze risultino di tale gravità e rilevanza da rendere implausibile la coerenza complessiva del quadro ricostruttivo delineato dall'Autorità (arg. ex Cons. St., VI, 19 dicembre 2019 n. 8588).

7. – L'accoglimento dell'appello interposto dall'Autorità garante, impone al Collegio di scrutinare il quarto motivo di ricorso, formulato in primo grado dalla Società -OMISSIS-, sulla quantificazione della sanzione irrogata dall'AGCM, assorbito e qui espressamente riproposto.

In particolare, detta Società dedusse sul punto: a) l'erronea individuazione dell'importo base della sanzione, avendo l'AGCM adoperato l'importo a base d'asta pari ad € 10.780.215,00, moltiplicato per quattro in ragione della durata quadriennale dell'affidamento, nonostante la gara fosse stata dichiarata deserta; b) l'erronea applicazione d'un coefficiente di gravità pari al 20%, giustificabile solo in caso di intesa orizzontale e segreta, caratteristiche non rinvenibili in quella accertata da detta Autorità; c) l'inadeguata valutazione delle circostanze attenuanti, consistenti nell'implementazione, da parte di -OMISSIS-, del proprio programma di *compliance* (tale che l'Autorità avrebbe dovuto concederle una riduzione della sanzione pari al 15%), nonché nell'esistenza di condotte pubbliche idonee a favorire la commissione dell'illecito sanzionato; d) in caso di riforma non solo di quella qui appellata ma pure delle sentenze ulteriori del TAR Lazio n. 4477/2018 e n. 4475/2018 (sempre concernenti il medesimo provvedimento dell'AGCM, ma relative a concertazioni poste in essere in altri contesti territoriali), la sproporzione della sanzione inflitta a -OMISSIS- (pari a € 9.587.317,00), essendo superiore al limite edittale del 10% del fatturato annuo della Società, fermo restando che, avendo l'AGCM accertato, col provvedimento n. 26316, un'intesa unica e complessa, la sanzione sarebbe dovuta esser parimenti unica.

7.1. – Reputa opportuno il Collegio, prima d'addentrarsi nell'esame del merito della censura testé descritta, ripercorrere i passaggi seguiti dall'Autorità nel determinare la sanzione *de qua*.

Circa l'importo base a partire dal quale calcolare l'ammontare della sanzione, l'Autorità ha usato il criterio posto dal § 18) delle Linee Guida (delibera AGCM 22 ottobre 2014 n. 25152), cioè il «... *valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito...* (che)... *in linea di principio...* corrisponde, per

*ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione...»* moltiplicato per quattro, stante la durata quadriennale dell'affidamento.

L'Autorità ha poi applicato, in virtù dei §§ 11) e 12) di dette Linee Guida, una maggiorazione del 20% all'importo calcolato, in ragione del carattere "*molto grave*" dell'illecito accertato. Infine, con precipuo riferimento alla posizione di -OMISSIS-, l'Autorità ha ritenuto di concederle una riduzione della sanzione pari al 5%, poiché la Società si dotò d'un programma di *compliance* prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio e sottopose detto programma ad aggiornamento, nel corso del 2016, al fine di renderlo maggiormente efficace.

7.2. – Ciò premesso, le censure dell'appellata non possono esser condivise.

In primo luogo, il Collegio ritiene che l'AGCM correttamente pose, quale base per il calcolo della sanzione, l'importo base della gara bandita da ASUR Marche e andata deserta, appunto perché essa fu oggetto del boicottaggio perpetrato dalle imprese, compresa l'appellata. Tanto in applicazione rigorosa del § 18) delle Linee Guida, il quale prevede che l'importo della sanzione sia parametrato al «*valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito*», individuato a sua volta dalla stessa norma nell'importo posto a base d'asta, pure in assenza d'aggiudicazione. Sotto questo profilo, non vi sono elementi per censurare l'operato dell'Autorità, rivelatosi rispettoso delle Linee Guida, peraltro mai formalmente impugnate dalla Società appellata. A tal specifico riguardo, è fermo l'avviso della Sezione (cfr., per tutti, Cons. St., VI, n. 1047/2020, cit.) per cui la sanzione *antitrust*, in quanto volta ad impedire a priori una concertazione in funzione anticoncorrenziale, va riferita al momento della condotta legata alla specifica fattispecie e agli elementi allora in possesso delle imprese, ivi compreso l'importo base della gara oggetto dell'accordo anticompetitivo.

Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire circa l'asserita violazione del principio di proporzionalità, in considerazione delle caratteristiche della pratica concordata e degli effetti che questa generò sull'andamento dei prezzi per il servizio in discorso. Inoltre, la sanzione risulta pure proporzionata alle condizioni economiche della Società ed adeguatamente commisurata alla durata dell'infrazione.

Né è censurabile l'applicazione della percentuale del 20% per il livello di gravità dell'infrazione, che costituì l'esito d'una precisa e motivata valutazione relativa alla peculiarità del caso. Anzi, va senza dubbio condivisa siffatta qualificazione dell'intesa come "*molto grave*" in ragione della sua natura e della segretezza, tenuto conto che essa fu intesa orizzontale di prezzo, ossia come un'intesa già di per se stessa grave, senza neppure la necessità di ulteriori indagini sulle effettive conseguenze concrete (cfr. Cons. St., VI, 20 ottobre 2016 n. 4374; CGUE, 26 gennaio 2017, in C-626/13 P, Villeroy & Boch Austria). Né basta: il disvalore delle condotte accertate si apprezza ancor di più se si considera che le stesse s'inserirono nel contesto di procedure di gara ad evidenza pubblica per la a fornire OTD e VTD a pazienti in gravi condizioni di salute. Sotto il profilo della segretezza di tal intesa, la cui ricorrenza giustifica l'applicazione della sanzione così maggiorata, basta rammentare come le imprese sanzionate tennero tra loro plurimi contatti mercé il canale della posta elettronica, di per sé idoneo ad evitare la conoscenza all'esterno delle informazioni scambiate.

Neppure convince la doglianza diretta a lamentare la scarsa incidenza, sulla misura definitiva della sanzione, della circostanza attenuante per aver la Società appellata adottato un programma di c.d. *compliance*. Al riguardo, stante la già evidenziata gravità dell'illecito, appare infatti condivisibile la valutazione dell'Autorità, per cui «...*tutte le Parti sono risultate parimenti coinvolte...*» nell'illecita concertazione e tutte hanno dato concreta attuazione alle condotte anticoncorrenziali accertate. In ogni caso, l'Autorità, considerò l'effettivo rilievo in una complessiva valutazione di gravità dei fatti accertati,

conseguentemente parametrando la percentuale di riduzione alla luce dell'intero contesto in cui fu realizzato l'illecito sanzionato.

Inoltre, la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare che *«la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)»* (cfr. Cons. St., VI, 21 dicembre 2017 nn. 5997 e 5998; id., 19 dicembre 2019 n. 8587).

7.3. – Va infine disattesa l'ulteriore censura, svolta in via subordinata per l'eventuale accoglimento degli appelli proposti dall'AGCM avverso le sentenze del TAR Lazio n. 4477/2018 e n. 4475/2018. Si tratta, nella specie, dell'applicazione di tre sanzioni diverse, pur a fronte dell'accertamento di una (asserita) intesa unica e complessa.

In realtà, bene lo dice l'Autorità sia pur nei suoi scritti difensivi ma a fronte d'una tal doglianza così rappresentata in questa sede, l'unitarietà del provvedimento sanzionatorio non postula *ipso facto* e per forza l'unitarietà delle condotte illecite commesse e poi sanzionate. Non si può inferire alcunché di diverso dal mero fatto dell'apertura di un unico procedimento, dettata da ragioni di economia procedimentale in relazione alla circostanza che tutte le notizie di illecito giunte all'AGCM ebbero ad oggetto, sia pur con modalità differenti, l'affidamento di servizi identici (OTD e VTD ad assistiti del SSN). Tuttavia, l'Autorità accertò e, quindi, sanzionò, tre diversi illeciti anticoncorrenziali, sia perché realizzati mercé tre distinte condotte, sia in relazione al *locus* ed al *tempus commissi delicti*.

Ciò non toglie che, al di là della contestuale apertura di un unico contenitore procedimentale da parte dell'Autorità, la sussistenza di tre distinti illeciti

implica per forza l'applicazione di tre distinte ed autonome sanzioni.

Si può discettare se, per evitare ogni equivoco e render più agevole la lettura e la comprensione degli accertamenti svolti, l'Autorità non sia tenuta, come reputa il Collegio per evidenti motivi di ragionevolezza e speditezza, ad evitare accorpamenti di procedimenti sol perché aventi il medesimo oggetto, ma non per ciò solo connessi. Tuttavia, l'ontologica distinzione esiste e resta integra, a nulla rilevando che l'eventuale cumulo fattuale di tutte le sanzioni verso un'unica impresa destinataria, superi il limite edittale previsto nella misura del 10% del fatturato annuo del soggetto sanzionato. Il limite *de quo* concerne, con ogni evidenza, a ciascuna singola sanzione, non già la predetta materiale sommatoria.

8. – In definitiva, l'appello va accolto, ma restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati, che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari del doppio grado di giudizio, in ragione delle oggettive difficoltà degli accertamenti in fatto, idonee ad incidere sull'esatta conoscibilità *a priori* delle rispettive ragioni delle parti (cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2008 n. 20598).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 6252/2018 in epigrafe), lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27

aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di parte appellata. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 14 novembre 2019, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Silvestro Maria Russo**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio Santoro**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.