

Pubblicato il 06/10/2020

N. 05883/2020REG.PROV.COLL.
N. 01125/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1125 del 2019, proposto da
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;

contro

Kpmg Advisory S.p.A., rappresentato e difeso dall'avvocato Gennaro
Terracciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Deloitte & Touche S.P.A. e Deloitte Consulting S.R.L. non costituite in
giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n.
11000/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Kpmg Advisory S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Terracciano, Tesauro, Olivieri, Galbiati, Palatucci, Siragusa, Di Via, Rizza e l'avvocato dello Stato Giacomo Aiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 – KPMG Advisory ha impugnato il provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), a conclusione del procedimento istruttorio I796, ha ritenuto che la società KPMG s.p.a. (KPMG), KPMG Advisory s.p.a. (KPMGA), Deloitte Consulting s.r.l. (Deloitte), Deloitte & Touche S.p.a. (D&T), Ernst & Young s.p.a. (EY o E&Y), Ernst&Young Financial Business Advisors s.p.a. (EYFBA), PricewaterhouseCoopers s.p.a. (PWC), PricewaterhouseCoopers Advisory s.p.a. (PCWA) avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara bandita dalla Consip S.p.A. ("Consip") per l'affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e "audit" dei programmi cofinanziati dall'Unione europea (gara "AdA") attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti relativi.

2 – Nello specifico, secondo l'Autorità, sarebbe emerso che le parti, coordinandosi a livello di "network", avevano presentato delle offerte economiche differenziate per i vari lotti in gara, secondo uno schema comune che appariva indicativo di dinamiche concertative, dato che, pur presentando sostanzialmente sempre un'offerta tecnica equivalente tra i diversi lotti, avevano dato luogo, in alcuni, a offerte economiche con ribassi tra il 30 e il 35%, mentre in altri le offerte erano risultate decisamente inferiori (con ribassi del 10-15% circa).

L'AGCM riteneva particolarmente significativa la circostanza per la quale le offerte con sconti più elevati di tali soggetti non si erano mai sovrapposte, per cui tale differenziazione delle offerte economiche non era spiegabile se non nell'ottica di un disegno "spartitorio", finalizzato ad annullare tra tali soggetti il confronto concorrenziale per ciascun lotto di interesse.

3 – La società ricorrente ha impugnato il provvedimento deducendone l'illegittimità, in quanto dalle evidenze istruttorie del procedimento non sarebbe emerso alcun elemento dal quale fosse possibile desumere che KPMG Advisory avesse posto in essere un'intesa avente per oggetto la ripartizione dei lotti nella gara indetta da Consip, né l'Autorità ha dimostrato in alcun modo che KPMG Advisory avesse posto in essere un disegno collusivo segreto con le altre società al fine di spartirsi i lotti posti a gara.

4 – Il T.A.R. per il Lazio, con la sentenza n. 11000/2018, ha accolto il ricorso annullando il provvedimento impugnato nella parte in cui sanzionava la società ricorrente, ritenendo non imputabile la condotta accertata alla società KPMG Advisory, in quanto, *"l'Autorità avrebbe troppo empiricamente applicato il concetto di unica entità economica ai "network" presi in considerazione, ricorrendo, peraltro, non alla condanna diretta delle due società (KPMG e KPMG Advisory) ma alla responsabilità solidale"*.

5 – L'Autorità ha proposto appello avverso tale pronuncia.

Si è costituita in giudizio la società originariamente ricorrente, proponendo appello incidentale avverso il capo della sentenza che ha rigettato il primo motivo del ricorso originario e riproponendo le censure non esaminate dal T.A.R.

6 – All'udienza pubblica del 17 settembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – Con l'appello, l'Autorità deduce la contraddittorietà, l'errore di fatto e di diritto nella valutazione della partecipazione di KPMG Advisory all'intesa.

Il Giudice di primo grado ha analizzato la questione mettendo in luce i seguenti elementi:

- a) l'AGCM ha applicato il vincolo "solidale" e non ha condannato direttamente la ricorrente, per cui deve ritenersi che si sia avvalsa del punto 32 delle Linee Guida - secondo cui: *"Nel caso in cui all'infrazione abbiano preso parte più società appartenenti al medesimo gruppo, l'Autorità può irrogare la sanzione in solido a tali società"* – nonostante, tra le società condannate solidalmente (KPMG/KPMGA), non siano in alcun modo ravvisabili gli estremi per configurare un gruppo societario alla stregua dei relativi criteri normativi, così come interpretati dalla giurisprudenza;
- b) il provvedimento non delinea gli estremi di un rapporto di "direzione e coordinamento" tra le due società, limitandosi a richiamare, per quanto riguarda il rapporto KPMG/KPMGA, unicamente l'esistenza di un (solo) socio comune, di cui non è dimostrata l'attività di "influenza" decisiva sugli organi societari di entrambe, né risulta indicato in che modo possa individuarsi una funzione di "direzione e coordinamento" (presumibilmente di KPMG su KPMGA), dalla presenza di un solo socio in comune;
- c) anche facendo riferimento al concetto eurounitario di unità economica, non risulta dimostrato un controllo esercitabile dalla capogruppo sulle altre società o un concreto esercizio su di esse di una influenza determinante tale da rendere, ai fini anticoncorrenziali, sia la società "madre" che le controllate, un "unico centro di imputazione effettivo" dell'attività del gruppo;
- d) non risulta che gli organi a cui è demandato l'effettivo potere decisionale delle rispettive società abbiano concordato la strategia di gara, potendo rientrare l'attività di collaborazione nella presentazione dell'offerta in una normale attività di condivisione di strumenti e personale a fini meramente organizzativi e amministrativi;
- e) è stato dimostrato dalla ricorrente che l'"ufficio gare" in comune si limitava ad una mera attività amministrativa e non aveva alcuna centralità nella decisione della strategia di gara da ricondurre a KPMG e KPMGA; inoltre,

non risulta dimostrato che un (solo) socio di KPMGA, che ricopriva anche incarichi in KPMG, avesse strumenti tali da poterlo considerare centro di imputazione della scelta della suddetta strategia comune all'intero "network".

2 – L'appello dell'Autorità è fondato per le ragioni di seguito esposte.

Gli argomenti del T.A.R., seppur astrattamente condivisibili, trascurano di considerare la vicenda concretamente in esame nella sua globalità.

Secondo la giurisprudenza costante la valutazione dei comportamenti dell'impresa dev'essere compiuta tenendo conto del quadro complessivo attraverso il quale viene delineata la strategia collusiva, articolata in una pluralità di condotte che concorrono a delineare le finalità "ripartitorie" delle parti dell'intesa (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 30 giugno 2016, n. 2947 e sentenza 11 luglio 2016, n. 3047).

In materia di intese restrittive della concorrenza, i singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) *"possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione; in tale situazione i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario qualificabile come intesa restrittiva della libertà di concorrenza o abuso di posizione dominante; in tale ipotesi, è sufficiente che l'Autorità garante tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione concorrenziale"* (Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2012, n. 1192).

2.1 - Nel caso di specie, l'Autorità ha correttamente ascritto anche alla società appellata la responsabilità dell'intesa in considerazione del fatto che le evidenze raccolte dimostrano che l'impresa aveva avuto la possibilità di comprendere e seguire consapevolmente la strategia spartitoria perseguita dal cartello, al quale deve pertanto ritenersi avesse partecipato.

Risultano significative le seguenti circostanze:

a) dagli elementi in atti emerge che il network (KPMG/KPMG Advisory) è composto da società identificate dallo stesso marchio, che condividono

risorse professionali e strutturali (quali sedi e risorse informative) ed adottano unitarie strategie di comunicazione, presentandosi al mercato quale unico soggetto (ad esempio: utilizzano il medesimo sito internet, quale strumento per promuovere l'intera gamma dei servizi offerti dal network e forniscono i dati relativi alla struttura del network e ai risultati raggiunti per la totalità dei servizi offerti a livello aggregato).

b) nel caso di specie, risulta particolarmente rilevante che tutte le società parti del procedimento appartenenti ai medesimi network condividono varie funzioni aziendali, tra cui l'ufficio gare, che evidentemente si pone quale snodo tra le società del network al fine della partecipazione alle procedure competitive;

c) le società appartenenti ai network, oltre ad essere integrate attraverso la condivisione di uffici e personale, si avvalgono dell'azione delle medesime persone fisiche (formalmente soci di una di essa) che operano per entrambe le entità; in particolare, l'Autorità ha dato conto che KPMG agisce attraverso un continuo coordinamento a livello delle due società in cui i soci dell'una svolgono attività anche per l'altra (si pensi al socio di KPMG che ha gestito la gara AdA o al Presidente di KPMG che rappresenta entrambe le società nel Global board di KPMG International cooperative).

E' alla luce di tale contesto che devono essere valutati gli specifici elementi che hanno poi portato all'integrazione dell'illecito sanzionato dall'Autorità, e precisamente:

a) con riferimento al network KPMG risulta che la gestione per la strategia di gara è stata affidata proprio ad un socio di KPMG Advisory, che si è direttamente occupato della partecipazione di KPMG alla gara AdA;

b) tale soggetto ha partecipato in prima persona e per conto di KPMG (quale network) alle riunioni nelle quali è stata definita tale strategia e sono stati individuati i termini della partecipazione di KPMG alla gara AdA.

2.2 - Non può essere oltremodo enfatizzata la mancata partecipazione della società appellata alla gara AdA, proprio in ragione del fatto che la stessa è

avvenuta in modo coordinato, decidendo, a livello di network, quale società fosse maggiormente adatta a fornire il servizio richiesto anche in relazione alla partecipazione alla successiva gara Consip AdG-AdC, avente ad oggetto i servizi di consulenza.

In alte parole, appare assolutamente plausibile che la mancata partecipazione alla gara di KPMG Advisory risponda proprio alla logica di network che ha guidato le due società, anche in considerazione della futura partecipazione alla gara AdG/ADC.

Era invero interesse delle imprese – ed a tale scopo sono state orientate le loro condotte - trovare una strategia globale per la partecipazione alle gare, tenuto anche conto del fatto che il soggetto che si fosse aggiudicato uno o più dei lotti regionali (da 1 a 7) della Gara Consip AdA non avrebbe potuto aggiudicarsi i medesimi lotti territoriali della successiva gara Consip AdG-AdC.

In tale contesto emerge immediatamente l'interesse di network (ovvero delle due società unitariamente intese) da intendersi riferito alla possibilità di trarre vantaggio dalle procedure di gara indette da Consip, di cui la spartizione dei lotti per la gara AdA non è che un tassello. Ne consegue che l'intesa accertata dall'Autorità risulta imputabile anche a KPMG Advisory, atteso che anche quest'ultima ha preso parte, insieme alla “consorella”, alla strategia collusiva che ha determinato la ripartizione dei lotti della gara Consip AdA tenendo conto delle rispettive competenze e dei vari interessi in gioco, anche tenuto conto delle possibili incompatibilità tra le attività di revisione e le attività di consulenza.

Sul punto vale rilevare che anche i contatti successivi, in cui KPMG Advisory comunica a KPMG S.p.A l'inizio delle fasi di aggiudicazione della gara Consip AdA, danno conto del coinvolgimento della consorella nella procedura, pur non avendo questa partecipato direttamente alla gara.

Si consideri inoltre, lo scambio di e-mail con oggetto “Incontro GdR e Consultazione Pubblica IPSAS”, in cui il medesimo socio della società

appellata, proprio con riferimento ad AdA, a fronte di una richiesta del 12 novembre 2014 da parte del socio di PWC (*“mi dovevi mandare, con riferimento al prossimo incontro, la richiesta di confronto sulla consultazione Consip”*), risponde il 13 novembre 2014: *“scusami te la mando subito”*.

3 - Alla luce delle considerazioni che precedono, deve concludersi che entrambe le società, singolarmente considerate, hanno partecipato all'illecito, risultando di conseguenza attenuati, se non del tutto irrilevanti, i rilievi circa il concetto di gruppo di cui al punto 32 delle Linee Guida, ovvero di “unità economica” così come delineata dalla giurisprudenza europea.

In altre parole, il provvedimento impugnato mette in luce la sussistenza di elementi sufficienti a considerare la società appellata responsabile dell'infrazione in forza della sua diretta partecipazione alla stessa, non essendo a tal fine imprescindibile l'aver partecipato formalmente alla gara, stante il ruolo attivo comunque assunto nel coordinamento del network.

In ogni caso, deve ribadirsi che il comportamento di più imprese può rientrare nella definizione elaborata dalle corti nazionali ed europee (di unica entità economica) qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tali soggetti non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (sentenze del 20 gennaio 2011, General Química e a./Commissione, C 90/09; nonché del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C 521/09).

In una situazione del genere poiché le società fanno parte di una stessa unità economica e formano, pertanto, una sola impresa ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, l'Autorità può emanare una decisione che infligga un'unica ammenda (Corte di Giustizia Akzo Nobel e a./Commissione; General Química e a./Commissione; Elf Aquitaine/Commissione).

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge inoltre chiaramente come possa anche essere ritenuta responsabile una società consorella, che pur

non detenendo quote nel capitale sociale di quella che ha posto in essere l'infrazione, esercita comunque un'influenza determinante su di essa in virtù dei vincoli economici e giuridici che intercorrono tra loro (Corte di Giustizia, 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, Knauf Gips KG c. Commissione europea), fermo restando che le due società consorelle debbano far parte di un'"unica entità economica".

4 - L'accoglimento dell'appello principale impone la necessità di esaminare l'appello incidentale proposto dalla società.

Al riguardo, in primo luogo, le ragioni che hanno portato all'accoglimento dell'appello dell'Autorità comportano anche il rigetto del quarto motivo del ricorso di primo grado, riproposto in questa sede d'appello, con cui si contesta l'estensione da parte dell'Autorità alla società appellante incidentale (con la previsione del vincolo della solidarietà passiva) la sanzione comminata a KPMG S.p.A., che è l'unica società del network che ha partecipato alla gara. Quanto alle ulteriori censure, con il primo motivo si sostiene che il T.A.R. avrebbe errato nel rigettare la censura con cui si deduceva il difetto di istruttoria e la violazione del contraddittorio, per non avere l'Autorità assicurato l'esame di tutti gli elementi adottati dalla società a propria discolpa.

A tal fine la società appellante osserva che:

- a) il contenuto della CRI sarebbe sostanzialmente identico a quello del provvedimento sanzionatorio impugnato e sarebbero stati, dunque, inspiegabilmente ignorati (quasi del tutto) i contributi istruttori forniti dall'appellante incidentale;
- b) le tesi difensive esposte da KPMG Advisory nella propria memoria di partecipazione procedimentale sarebbero state solo riassuntivamente e superficialmente riportate nel provvedimento sanzionatorio a soli fini descrittivi senza ulteriori specifiche valutazioni sulle circostanze addotte;
- c) i riferimenti operati nel provvedimento sanzionatorio alla adozione di un programma di compliance e al c.d. Codice antitrust sarebbero meramente

descrittivi e non forniscono alcuna spiegazione in ordine alle circostanze per le quali esso è stato considerato scarsamente incisivo ed efficace;

d) l'Autorità avrebbe violato il diritto di difesa delle parti, negando una proroga del termine infraprocedimentale di acquisizione degli elementi probatori e della audizione finale.

4.1 – La censura è inammissibile e comunque infondata.

Deve infatti rilevarsi come nella articolazione della doglianza, la società abbia omesso di specificare in quale misura la supposta lesione del principio del contraddittorio abbia, anche solo astrattamente, inciso sull'esito del procedimento.

L'appellante si limita a prospettare, in modo assolutamente generico, che il rispetto del contraddittorio ed il diritto di difesa della società sarebbero stati garantiti solo formalmente, senza una effettiva analisi degli argomenti difensivi della stessa posti all'attenzione dell'Autorità; ma non viene delineato alcuno specifico aspetto che, in ipotesi, se correttamente valutato avrebbe potuto portare ad una decisione diversa. Eventualità, quest'ultima, del resto smentita dal compiuto esame dell'appello dell'Autorità, che, come già osservato, dimostra la correttezza e bontà della prospettazione accusatoria dell'Autorità.

Più in generale, deve ricordarsi che, in base alla giurisprudenza, l'eventuale violazione dei diritti della difesa ed i suoi effetti vanno esaminati in relazione alla rilevanza del vizio procedimentale dedotto nell'ambito di un complesso procedimento antitrust (*cf.* Consiglio di Stato, sez. IV, decisione 12 febbraio 2001, n. 652; Consiglio di Stato, 19 sez. VI, decisione del 17 gennaio 2008, n. 102). Inoltre, deve ritenersi che l'Autorità “*non è obbligata a prender posizione su tutti gli argomenti svolti dalle parti interessate; è sufficiente che essa esponga i fatti e le considerazioni giuridiche che rivestono un'importanza decisiva nel contesto della decisione. In particolare, non è richiesto, tuttavia, che essa definisca la propria posizione su questioni manifestamente irrilevanti, insignificanti o evidentemente di rilievo secondario*” (Tribunale UE, T-530/15).

Infine, deve rilevarsi che, a norma dell'art. 14, comma 2, del D.P.R. n. 217/98, il termine minimo che deve intercorrere tra l'invio della CRI e il termine infra-procedimentale di acquisizione degli elementi probatori è pari ad almeno trenta giorni; nel caso di specie tale termine è stato pienamente rispettato, essendo decorso ampiamente decorso tale termine tra l'invio della CRI e il termine infra-procedimentale di acquisizione degli elementi probatori.

5 – Con il secondo motivo di appello, la società insiste nel contestare il provvedimento sanzionatorio per violazione del principio di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie nell'ambito del procedimento svolto dall'Autorità, nonché del principio del giusto processo, in violazione dell'art. 6 della CEDU.

A tal fine, l'appellante rileva che nel procedimento disciplinato dal d.P.R. n. 217/1998 la separazione di competenze tra gli uffici (aventi funzioni istruttorie) e il collegio (avente funzione decisoria) sarebbe meramente formale; ciò minerebbe alle radici la pienezza del contraddittorio e l'imparzialità oggettiva della decisione in quanto il collegio, organo titolare dei poteri decisorii, partecipa in misura determinante alla fase istruttoria del procedimento, concorrendo a definirne l'impostazione accusatoria.

6 - Il motivo non è fondato, dovendosi confermare la valutazione effettuata dal T.A.R., in conformità alla giurisprudenza della Sezione (*cfr.* Cons. St., Sez. VI, n. 1164/2016).

L'art. 6 CEDU prevede che, per aversi equo processo *“ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”*.

Questa disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale (al ricorrere dei criteri a suo tempo stabiliti dalla nota sentenza Engel del 8 giugno 1976).

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il “fair trial” non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento amministrativo, e

segnatamente: per “tribunale” deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato processo nell’ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale.

La sanzione dell’AGCM, avuto riguardo al particolare grado di severità della stessa, può in astratto assumere natura afflittiva e “sostanzialmente” penale alla stregua dei criteri individuati dalla giurisprudenza.

6.1 - Nonostante tale approdo da cui muovono le censure di parte appellante, queste si rivelano, nondimeno, sotto più profili fallaci.

Questa Sezione (*cf.* Cons. St., sez. VI, n. 1595 del 2015) ha già avuto modo di affermare come, in applicazione dei principi posti dalla Corte EDU, all’interno della più ampia categoria di “accusa penale” occorre distinguere tra un diritto penale in senso stretto (“hard core of criminal law”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Più precisamente, all’interno della più ampia categoria di accusa penale, la giurisprudenza della Corte EDU (*cf.* Corte europea dei diritti dell’uomo 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, Jussila c. Finlandia) ha distinto tra un diritto penale in senso stretto (“hard core of criminal law”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale, in particolare qualora l’accusa all’origine del procedimento non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell’accusato.

La pragmaticità dell’approccio della Corte europea dei diritti dell’uomo ha dunque portato quest’ultima a riconoscere che non tutte le garanzie di cui all’art. 6, par. 1, devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale.

Deve pertanto ritenersi compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni "penali" siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere giudiziale, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di "piena giurisdizione" e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale (Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596).

6.2 - Ferma la conclusione che precede, gli specifici rilievi di parte appellante trascurano di considerare la crescente tendenza ad anticipare, con riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza delle autorità amministrative indipendenti, molte garanzie tradizionalmente proprie del processo e dell'esercizio della giurisdizione.

In particolare, contrariamente agli assunti dell'appellante, deve registrarsi il già acquisito principio di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sin dalla fase procedimentale.

Tale approccio non risulta contraddetto dal fatto che il collegio venga informato dagli uffici in ordine a tutti gli accertamenti svolti nel corso della procedura (art. 8 comma 3) e che in capo allo stesso sia individuabile il potere di negare o autorizzare l'impiego dei mezzi di prova più efficaci, trattandosi invero di un filtro ulteriore a garanzia del soggetto indagato e non certo un pregiudizio alle sue facoltà difensive.

Vale una analoga considerazione in riferimento alla valutazione del Collegio di *"non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti"* e della conseguente autorizzazione all' *"invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese"* (art. 14, comma 1).

Da un altro punto di vista, la giurisprudenza ha già osservato che l'imparzialità dell'organo giudicante non è compromessa dalla partecipazione all'adunanza *"del responsabile dell'unità organizzativa competente alla raccolta dei dati istruttori, al fine esclusivo della loro sottoposizione ai componenti dell'organo deliberante,*

riproducendo essa partecipazione uno schema procedimentale usuale nell'attività di ogni organo collegiale? (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191).

Seppur la descritta separazione abbia un carattere essenzialmente interno e funzionale, posto che il soggetto decidente sulla sanzione, da un punto di vista formale, non è diverso da quello che svolge l'istruttoria, resta il fatto che la stessa, per come strutturata, vale in ogni caso ha costituire una ulteriore garanzia per l'accusato, mentre un ipotetico (deprecabile) appiattimento del Collegio giudicante rispetto all'ipotesi formulata dalla struttura deputata all'istruttoria rappresenta una mera eventualità di fatto, inidonea ad inficiare sul piano astratto la scopo perseguito della disposizioni organizzative citate.

6.3 - Spostando l'attenzione su un altro aspetto, si è già detto della compatibilità con l'art. 6, par. 1, della Convenzione di un sistema che imponga sanzioni penali in prima istanza attraverso un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”.

E' evidente come da questa concezione di “giusto procedimento” emerga la rilevanza centrale, nelle controversie sull'esercizio del potere sanzionatorio, del concetto di “full jurisdiction”.

Più precisamente, in base alla giurisprudenza della Corte Europea la decisione amministrativa incidente su diritti soggettivi, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del “fair trial”, può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa.

Perché ciò avvenga è necessario, tuttavia, che l'organo che procede al sindacato sulla decisione pubblica possa effettivamente ed efficacemente influire su di essa (“both on the facts and the law”).

Al riguardo, risulta fuorviante la prospettazione dell'appellante volta a circoscrivere i poteri di questo Giudice, non potendosi invero mettere in

discussione come il Giudice amministrativo assicuri una tutela effettiva dei diritti e degli interessi legittimi.

Il tipo di controllo che il Giudice amministrativo è chiamato a compiere risulta ispirato proprio dal principio della tutela piena ed effettiva “secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1 del c.p.a.).

In sintonia con tale principio, il codice di rito ha superato in radice la realtà originaria di un processo in cui la fase istruttoria verteva prettamente su prove precostituite – ovvero su documenti che non si formavano innanzi al giudice nel processo in contraddittorio tra le parti, ma prima del processo, nel momento stesso in cui il potere veniva tradotto in atto –, dotando il giudice di tutti i mezzi di prova necessari a realizzare un sistema rimediale “aperto” e conformato al bisogno differenziato di tutela dell’interesse evocato in giudizio, attraverso la piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall’amministrazione.

Nello specifico ambito in esame, non può poi trascurarsi la sussistenza di una giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni pecuniarie (art. 134, comma 1, lettera c), c.p.a.), per quanto riferita soltanto alla quantificazione della sanzione.

Anche la supposta criticità conseguente ai limiti del sindacato giurisdizionale sull’esercizio della discrezionalità tecnica non coglie nel segno alla luce dei recenti sviluppi di cui si è già dato conto.

Su un piano generale, la Sezione (*cf.* Cons. St., sez. IV, n. 4990 del 2019) ha già avuto modo di approfondire la questione (tenuto anche conto delle innovazioni apportate dall’art. 7, primo comma, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della direttiva 2014/104/UE), confermando per il Giudice “*il dovere di accertamento «diretto» di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria*”.

Il limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto a determinati elementi valutativi di concetti giuridici indeterminati - quali anche quelli che si

connotano per la sussistenza di un elevato grado di discrezionalità tecnica - non costituisce un limite ai poteri del giudice suscettibile di risolversi in una minorata tutela della situazione giuridica sottostante, bensì la conseguenza del modo in cui è congeniata la fattispecie normativa sottostante, ovvero del parametro che il legislatore, in ragione della peculiare materia che viene in considerazione, ha inteso utilizzare per disciplinare il comportamento delle parti.

Tale caratteristica non può non riflettersi sulla valutazione della conformità dei fatti alla relativa fattispecie astratta, che sarà declinabile, come già detto, in termini di elevata attendibilità, con esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione, quale precipitato dal principio cardine di separazione dei poteri sui quali si basa il nostro ordinamento.

Per le ragioni appena esposte, non pare corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possibilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice.

Anche i giudici dell'Unione europea hanno precisato che, nel controllo giurisdizionale sulle sanzioni antitrust, nessun ostacolo alla pienezza del sindacato può discendere dal *“potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE”* (Corte di Giustizia, 11 settembre 2014, in causa C-382/12, punto 156).

6.4 - Infine, non ci si può esimere dal constatare come, anche a prescindere dalle considerazioni svolte, nello specifico caso in esame, l'appellante abbia incentrato la propria censura su rilievi di ordine sistematico teorico senza alcun riferimento alla fattispecie concreta, rendendo di fatto del tutto evanescente la supposta lesione del diritto di difesa. In altri termini, è risolutivo il fatto che l'appellante non ha indicato in che modo, in concreto, l'asserito “scarto” tra garanzie assicurate dalle norme internazionali e quelle previste dalla norma nazionale regolamentare abbiano pregiudicato le proprie prerogative.

7 – In riferimento alla commisurazione della sanzione, la società lamenta che:

- a) non sussisterebbero i presupposti per considerare la violazione “molto grave”;
- b) la percentuale del valore delle vendite da applicare in funzione della gravità dell’infrazione dovrebbe essere, se non assente, significativamente più bassa; mentre, difetterebbe la motivazione dell’applicazione della entry fee del 25%;
- c) sarebbe arbitraria e non motivata la mancata applicazione dell’attenuante relativa all’adozione di specifici programmi di compliance antitrust.

7.1 – I rilievi sono infondati.

La gravità della violazione è stata apprezzata dall’Autorità alla luce di una pluralità di elementi tra cui, in particolare, la natura dell’infrazione, nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese interessate. Al riguardo, deve ricordarsi che l’Autorità ha accertato la sussistenza di *“un’intesa evidentemente segreta, di tipo orizzontale, restrittiva della concorrenza, volta alla spartizione dei lotti posti a gara [...] sì da neutralizzare il confronto competitivo per l’aggiudicazione delle commesse”*.

Il punto 12 delle Linee Guida, coerentemente con il punto 23 degli Orientamenti della Commissione Europea, chiarisce che *“per loro stessa natura, le (intese) orizzontali (...) di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione (...) costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza”*.

La giurisprudenza della Sezione ha già espresso il criterio in base al quale un’ipotesi di bid rigging va tendenzialmente qualificata come una fattispecie di intesa molto grave in quanto direttamente pregiudizievole per il bene giuridico coinvolto che, in una gara pubblica come nel caso di specie, si identifica nell’interesse pubblico alla selezione del contraente più efficiente alle migliori condizioni tecniche ed economiche (*cfr.* Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032).

In coerenza con tale impostazione, risulta corretta l’applicazione dell’entry fee, che è correlata al tipo e alla gravità dell’illecito collusivo.

Le Linee Guida dell’Autorità precisano infatti che *“con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza, indipendentemente dalla loro durata e dalla loro effettiva attuazione, l’Autorità può considerare opportuno l’inserimento nell’importo base di un ammontare supplementare compreso tra il 15 e il 25% del valore delle vendite di beni o servizi oggetto dell’infrazione?”*.

7.2 – Quanto al mancato riconoscimento della circostanza attenuante dell’adozione di un programma di compliance antitrust, deve osservarsi che, ai sensi del p. 23 delle Linee Guida, la mera esistenza di un programma di “compliance” non può essere 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.

Al riguardo, il punto 23 delle linee Guida richiama la necessità di dimostrare in concreto l’esistenza di 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”.

8 - In definitiva, deve trovare accoglimento il solo appello dell’Autorità con conseguente riforma della sentenza del T.A.R. e rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l’appello dell’Autorità, respinge l’appello della società KPMG Advisory e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna la società alla refusione delle spese di lite in favore dell’Autorità, che si liquidano in €4.000, 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 17 settembre 2020

con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO