

Pubblicato il 06/10/2020

N. 05900/2020REG.PROV.COLL.
N. 01135/2019 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 1135 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

Deloitte Consulting S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato G. Cesare Rizza, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
Giulio Cesare Rizza in Roma, piazza di Spagna, n. 15;

nei confronti

Regione Lazio non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n.
11002/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Deloitte Consulting S.r.l.;

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 e DIRITTO

1 – Deloitte Consulting S.r.l. 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 Deloitte Consulting S.r.l. 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 Deloitte Consulting S.r.l. 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. 11002/2018, ha accolto il ricorso annullando il provvedimento impugnato nella parte in cui sanzionava la società ricorrente, ritenendo non imputabile la condotta accertata alla società Deloitte Consulting S.r.l., 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 ma alla responsabilità solidale”*.

5 – Tale pronuncia è stata impugnata dall'Autorità.

Si è costituita in giudizio la società originariamente ricorrente, riproponendo i motivi di ricorso non esaminati in primo grado.

6 – Con l'appello, l'Autorità deduce la contraddittorietà, l'errore di fatto e di diritto nella valutazione della partecipazione di Deloitte Consulting 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, 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, né risulta indicato in che modo possa individuarsi una funzione di “direzione e coordinamento”, 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.

7 – 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 nella sua globalità, circoscrivendo indebitamente la condotta della società ricorrente al solo segmento della gara, alla quale pacificamente non ha partecipato.

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).

7.1 - 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 ciascun network 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; in particolare: le società Deloitte sono coordinate attraverso una società (Deloitte Italy), che le rappresenta a livello internazionale nel network di appartenenza; inoltre, all'interno del network Deloitte, è stato siglato un accordo sulle modalità di partecipazione alle gare pubbliche aventi ad oggetto i servizi di assistenza tecnica;

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 che operano per entrambe le entità; in particolare, l'Autorità per quanto riguarda il network Deloitte, ha evidenziato che proprio un membro di Deloitte Consulting aveva fattivamente collaborato alla redazione dell'offerta tecnica (*cf.* e-mail inviata da D&T a DC in cui si afferma, con riferimento alla futura gara Consip AdG-AdC: “L'OT (*offerta tecnica n.d.r.*) per quanto mi riguarda la gestirà l'account team coinvolgendo le migliori risorse del network (e se del caso esterne) così come fatto con indiscutibile successo sulla gara AdA”).

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) è stata proprio Deloitte Consulting a promuovere il ben noto incontro del 10 dicembre 2014 ove le società hanno discusso la loro partecipazione alla gara avente ad oggetto la gara AdA.;

b) la strategia di gara è stata costantemente condivisa tra D&T e DC, invero per la ripartizione dell'RTI con Meridiana, ad esempio, quest'ultima scrive direttamente al socio di Deloitte Consulting, al fine di discutere della percentuale ad essa attribuita nell'ambito del raggruppamento, evidenziando “il programma complessivo di partite che ci vedrà co-protagonisti” e DC risponde “le ragioni che hanno portato a quella percentuale te le abbiamo esposte e credo siano ragionevoli, oltre che condivisibili, detto questo mi confronto con ... (socio di Deloitte &

Touche n.d.r.) sul numero e/o su altre situazioni compensative per valutare eventuali modalità per venirvi il più possibile incontro”.

7.2 - 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 altre parole, appare assolutamente plausibile che la mancata partecipazione alla gara 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 Deloitte Consulting, 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.

In particolare, con riferimento al network DT, deve richiamarsi il fatto che è stata proprio Deloitte Consulting a promuovere l'incontro del 10 dicembre 2014 ove le società hanno discusso della gara AdA.

8 - 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 (Corte di Giustizia 20 gennaio 2011, *General Química e a./Commissione*, C 90/09; 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*; nonché *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”.

9 - L'accoglimento dell'appello principale impone la necessità di esaminare i motivi del ricorso di primo grado riproposti dalla società.

Al riguardo, in primo luogo, le ragioni che hanno portato all'accoglimento dell'appello dell'Autorità comportano anche il rigetto del motivo del ricorso di primo grado con cui si contesta la qualificazione di DC e D&T come singola unità economica e alla conseguente attribuzione a DC della responsabilità solidale per le condotte imputate a D&T in sede di Gara AdA.

10 - Quanto alle ulteriori censure, con il primo motivo riproposto in sede di appello, si contesta la mancata corrispondenza tra il contenuto della CRI e quanto deciso dall'Autorità nel provvedimento finale.

Secondo l'appellante il provvedimento finale presenta elementi di novità assolutamente significativi – quale l'affermazione dell'appartenenza di DC e D&T a una singola entità economica, o “impresa” in senso antitrust - rispetto a quanto prospettato dagli Uffici dell'Autorità nella CRI.

10.1 - La censura è infondata.

Non è in discussione che la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) cristallizza l'imputazione degli addebiti alle parti, le quali, a fronte di tale contestazione, possono pienamente esercitare il loro diritto di difesa. Infatti, la finalità della CRI è proprio quella di definire il quadro degli elementi probatori acquisiti nel corso dell'istruttoria e nel contraddittorio con i soggetti interessati.

Tuttavia, non può pretendersi una assoluta sovrapposizione tra le risultanze della CRI e gli elementi posti dall'Autorità a fondamento del provvedimento con cui si conclude il procedimento. Invero, nell'ambito della fase decisoria, il Collegio dispone di un potere valutativo autonomo *“considerato anche che la CRI è atto degli uffici dell'Autorità il quale deve essere completo nella descrizione delle risultanze istruttorie per consentire l'esercizio del diritto di difesa, ma che non intacca l'autonoma valutazione della fattispecie la quale spetta all'Autorità - e non agli uffici - in sede di*

adozione del provvedimento finale” (Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5275, 5276; Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252).

La giurisprudenza è giunta ad affermare che non costituisce un vizio del procedimento neanche *“il fatto che il provvedimento sia basato su una definizione del mercato geografico parzialmente diversa da quella che era stata prospettata in occasione della CRP”*, sempreché tale valutazione non stravolga l'impostazione originaria (Cons. Stato, sez. VI, n. 5864/2009).

10.2 - Nel caso in esame, deve osservarsi che, dal confronto con la valutazione svolta nella CRI, nel provvedimento finale non vi è stata alcuna significativa modifica dell'impianto accusatorio, tanto è vero che i fatti contestati sono i medesimi, bensì solo una diversa prospettazione giuridica di un aspetto limitato, rispetto alla fattispecie globalmente considerata, frutto della fisiologica dialettica procedimentale, e dunque in alcun modo in violazione dei diritti di difesa della società.

11 - Con un differente ordine di censure, si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE nonché dell'art. 2 del regolamento del Consiglio (UE) n. 1/2003 (onere della prova) e della presunzione d'innocenza, l'insussistenza degli elementi indiziari di prova della pratica concordata imputata alle partiche, al fine di confermare la propria ipotesi accusatoria.

Secondo la società appellante, l'Autorità avrebbe dovuto analizzare in dettaglio la posizione della società e le dinamiche del mercato di riferimento e i meccanismi di funzionamento della Gara AdA e, alla luce di ciò, avrebbe poi dovuto effettuare una rigorosa analisi economica delle condotte delle parti al fine di verificare se le stesse si potessero spiegare solamente con una strategia collusiva e non fosse invece possibile alcuna ipotesi alternativa.

Inoltre, si lamenta che l'AGCM avrebbe omesso di esaminare le giustificazioni fornite dalle società nel corso del procedimento per illustrare la razionalità economica della propria condotta, così incorrendo in una grave carenza di istruttoria.

11.1 – La società lamenta inoltre l'imposizione della sanzione a DC nonostante la non gravità della sua condotta e l'assenza dell'elemento soggettivo, in violazione e falsa applicazione degli artt. 101 TFUE e 15 della l. n. 287/90.

Secondo l'appellante, l'AGCM avrebbe dovuto provare la consapevolezza di DC di partecipare all'intesa contestata e la sua volontà di contribuirvi con un apporto specifico.

12 - Prima di esaminare compiutamente il merito di tali censure giova ricordare i principi – specie sotto il profilo probatorio - alla luce dei quali dovranno essere valutate.

Quanto all'intensità dell'onere probatorio, l'intesa restrittiva vietata può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata", nel cui ambito ben possono essere astrattamente ricondotti i comportamenti imputati alle società nel caso di specie.

Tale ultimo concetto viene generalmente descritto come una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza che non richiede, come l'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 (*cf.* Corte Giustizia, causa 48/69).

E' utile ricordare che le pratiche concordate emergono, come concetto del diritto antitrust, in qualità di prove indirette indicative dell'esistenza di un accordo, rappresentando dunque non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata, indicativa dell'esistenza di una concertazione tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato.

Come è già stato messo in luce dalla giurisprudenza, la pratica concordata corrisponde ad 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, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Devono, dunque, ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Anche secondo la giurisprudenza comunitaria “accordi” e “pratiche concordate” sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (*cf.* Corte Giustizia, 5 dicembre 2013, C-449/11), corrispondendo, in particolare, le “pratiche concordate” a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

12.1 – Più nel dettaglio, il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. È infatti importante tener presente che l'art. 101 del Trattato, 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 conseguenza, nella fattispecie 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. La stessa Corte di Giustizia, in applicazione del menzionato criterio, ha avuto modo di concludere nel senso che “*se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è*

l'unica plausibile...il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione” (cfr. 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 Woodpulp).

12.2 - Le condotte delle singole imprese devono essere inquadrare nel contesto complessivo della concertazione e considerate come *“tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza” (ex multis Consiglio di Stato, 2 luglio 2018, n. 4010).*

In linea con l'orientamento giurisprudenziale, deve pertanto essere respinto il tentativo delle ricorrenti di frazionare e segmentare la struttura argomentativa del provvedimento, al fine di svilire la valutazione complessiva del quadro probatorio.

13 – In applicazione delle coordinate ermeneutiche innanzi delineate, le censure dell'appellante, che, stante la loro connessione possono essere esaminate congiuntamente, non devono trovare accoglimento.

13.1 – Conviene iniziare l'analisi dall'aspetto relativo alle modalità (la pratica concordata) attraverso la quale è stato ottenuto l'effetto anticoncorrenziale, tenendo presente che l'effettiva realizzazione dello stesso ben può considerarsi un primo indice significativo circa la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale.

Secondo l'impianto accusatorio, le imprese hanno evitato di competere in occasione della gara, presentando ognuna sconti più elevati nei lotti “assegnati”, senza mai sovrapporsi e, con riferimento ai lotti di interesse delle altre parti, non presentando offerta o presentando offerte di appoggio del tutto inidonee a vincere il lotto.

Tale condotta emerge chiaramente dall'osservazione delle offerte economiche presentate nella gara Consip AdA dalle parti; offerte che presentavano delle anomalie intrinseche da indurre la stessa stazione appaltante a rilevarle tempestivamente. Infatti, le offerte delle parti, pur avendo ciascuna

partecipato a diversi lotti, sono state concertate ed articolate in modo tale che gli sconti più consistenti presentati da ciascuna di esse - compresi per tutte tra il 30% e il 32,3% - non si sovrapponevano mai, e questo in relazione a ben nove lotti in cui era scomposta la gara.

L'intesa si è spinta fino a concertare il livello degli sconti: tutte le offerte delle parti si sono posizionate intorno a due valori pivotali (30-32 e 10-15), con ciò costituendo un lampante ed evidentissimo profilo di anomalia.

Di fatto: l'intesa ha potuto trovare attuazione, avendo influenzato gli esiti della procedura con riguardo a tutti i 9 lotti. Se, infatti, le strategie partecipative di tutti i soggetti coinvolti nell'intesa fossero state assunte autonomamente e, dunque, guidate da logiche di confronto competitivo, si sarebbe assistito a risultati differenti.

14 - Deve evidenziarsi che, nel caso di specie, sussistono palesi riscontri oggettivi dell'intento perseguito dalle parti, tali da escludere la necessità di ricorrere a presunzioni, di cui, secondo l'appellante, sarebbe onere dell'Autorità dimostrare l'attendibilità.

Infatti, qualora sussistano ragionevoli indizi esogeni di una pratica concordata anticoncorrenziale, incombe alle imprese *“l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti”* (Consiglio di Stato, 4.9.2015, n. 4123; 13.5.2011, n. 2925; Trib. UE, 2.4.2013, causa T-442/08, CISAC/Commissione), sempre che la prova della concertazione offerta dall'AGCM rispetti il principio di *“congruenza narrativa”*, *“in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla 'storia' che si propone per la ricostruzione della intesa illecita [...] o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente”* (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514).

14.1 - Nel caso di specie, il coordinamento contestato è stato provato, innanzitutto, dai diversi documenti agli atti dai quali emerge che i quattro

network, in vista dello svolgimento della procedura, hanno deciso di incontrarsi tra di loro per “aprire un tavolo” e “condividere un’azione”.

È eloquente la mail del 29 ottobre 2014, in cui, a seguito dell’invito di Deloitte Consulting a promuovere un incontro tra le società sulla gara AdA, EYFBA scrive a EY: *“Oggi mi ha chiamato Deloitte per aprire un tavolo sulla gara Audit di Consip. Gli ho detto che saremmo andati insieme”*. In pari data lo stesso socio di Ernst & Young risponde: *“In sede Assirevi ho incontrato le altre 3 big four con i quali abbiamo condiviso di incontrarci appena abbiamo maggiori indicazioni riguardo la gara. Comunque lunedì 3 ho una riunione con loro in via po (ndr la sede di Ernst & Young è a via Po). Fammi sapere come vogliamo muoverci, considera che Deloitte è quella che ha la quota di mercato minore. KPMG mi ha fatto sapere che appena esce il bando prima vogliono condividere una azione con noi e poi con gli altri”*.

E’ altresì significativa la corrispondenza intercorsa tra i soci di PWC Advisory, che il 29 ottobre 2014 si scrivono: *“con deloitte ey e kpmg abbiamo concordato un incontro per parlare della prossima gara Consip sulle AdA nelle date proposte di seguito, mi fai sapere quando puoi ... per me ok 12 e 17 [novembre n.d.r.] ciao”*.

Le evidenze acquisite durante il procedimento hanno inoltre fatto emergere che le imprese hanno condiviso le risposte fornite a Consip rispetto alle consultazioni sulla gara AdA.

Dagli elementi istruttori acquisiti dall’Autorità risulta infatti che le parti si sono nuovamente incontrate il 10 dicembre 2014, scambiandosi informazioni sui precedenti contratti.

Al riguardo, assume una particolare valenza lo scambio di e-mail intitolato “Incontro fondi eu” del dicembre 2014, rinvenuto presso la sede di PWC Advisory. Si tratta di uno scambio di e-mail interno nel quale un socio di PWC Advisory inoltra ad un altro una e-mail contenente la richiesta di un socio di Deloitte Consulting, inviata anche ad alcuni soci di EY FBA, Ernst & Young, KPMG, KPMG Advisory, Deloitte & Touche per fissare un incontro presso la sede di Deloitte Consulting il 10 dicembre 2014.

In relazione a tale incontro, si legge: *“mi fai avere i dati che dovevamo portare sui nostri contratti?”* A fronte di tale esplicita richiesta, il socio di PWC Advisory risponde: *“ok, ns unico dato contratto MIUR”*.

Successivamente, il giorno 10 dicembre 2014 il socio di PWC Advisory scrive: *“ti sintetizzo i dati del contratto MIUR: Incarico: MIUR, supporto AdA base asta: 2 milioni importo contratto: 1.415.000 (gg/uomo) + 225.000 (spese varie), totale 1.640.000 quinto obbligo: 328.000 (gg/uomo) Totale: 1.743.000 (gg/uomo) + 225.000 (spese varie), totale 1.968.000 Durata: 1 giugno 2013 - 31 dicembre 2015 (32 mesi) Inoltre ti riepilogo la situazione dei competitors sui diversi territori”*. Alla mail è allegata una tabella che riporta le gare precedenti su base regionale e i relativi aggiudicatari.

Sempre in pari data, il socio di PWC Advisory specifica all'altro le altre competenze relative ai lotti centrali diversi dalle regioni: *“Igrue, KPMG, MLPS, KPMG, MIUR, PWC, MIT, KPMG, Min. Interno, all'inizio E&Y ha assistito AdA e poi non c'è più stata gara”*. L'altro socio, il giorno seguente, risponde: *“l'incontro è andato bene se sei in ufficio nel pomeriggio ti aggiorno”*.

Anche se il bando all'epoca non era stato ancora pubblicato, tali emergenze oggettive provano l'intento delle parti di coordinarsi per la *“prossima gara Consip sulle AdA”*, di cui era evidentemente nota la prossima indizione.

Il fatto che le “big four” abbiano condiviso una strategia ripartitoria dei lotti posti in gara trova un ulteriore riscontro nei documenti, acquisiti presso le parti dell'intesa, che verosimilmente danno conto delle simulazioni pre-gara.

In particolare, da un documento acquisito in ispezione presso Ernst&Young e antecedente alla presentazione delle offerte, emerge una chiara ripartizione dei lotti nella gara Consip AdA sulla base di due fattori “competenza” e “interesse”.

Sul punto, appare condivisibile l'assunto secondo cui non risulta plausibile che EY potesse conoscere a quali lotti erano interessati i competitor, senza che ciò fosse frutto di un confronto sulle modalità di partecipazione alla gara.

14.2 - Tra i significativi elementi di prova vanno annoverati anche i commenti post gara dai quali emerge lo sconcerto delle parti dell'intesa con riferimento ai risultati di PWC e EY che, per effetto dello scarso risultato tecnico di EY e delle ottime prestazioni di Lattanzio, hanno visto ridotta la loro quota di mercato.

Depone in tal senso uno scambio di e-mail tra i soci di PWC e PWC Advisory del 27 novembre 2015, inviata a commento degli esiti della gara Consip AdA ed in particolare la comunicazione: *“stamane sono stata con...x commento esiti, lui aveva visto ... (socio di n.d.r.) di Ernst&Young. Esiti davvero spiazzanti, l'equilibrio è stato alterato da Lattanzio.... Abbiamo condiviso strategia, ti aggiorno a voce alla prima occasione”*.

14.3 - Tali inequivoche emergenze documentali provano l'intento anticoncorrenziale sotteso alle scelte delle imprese di differenziare, in modo così ampio, le proprie offerte economiche nei vari lotti di partecipazione.

In altri termini, stante la chiara volontà che emerge da tali riscontri documentali, risultano inconferenti le “spiegazioni alternative” addotte dalle società a giustificazione della propria condotta anomala.

Le ricordate evidenze documentali, il riscontrato comportamento anomalo serbato dalle imprese durante le gare attenzionate dall'Autorità, nonché la circostanza che tale comportamento si è concretizzato in un effettivo pregiudizio alla dinamica concorrenziale, costituiscono di per sé la inequivoca conferma dell'ipotesi accusatoria dell'Autorità, senza la necessità di svolgere ulteriori riscontri quanto alle supposte giustificazioni delle imprese.

15 – Pur dovendosi ritenere esaustive le considerazioni innanzi svolte, deve rilevarsi che, ad ogni buon conto, nel provvedimento impugnato si argomenta compiutamente anche in ordine al fatto che le offerte economiche presentate nella gara Consip AdA dalle parti presentano delle anomalie intrinseche.

In primo luogo, vale quanto già evidenziato, ovvero che le offerte delle parti, pur avendo ciascuna partecipato a diversi lotti, sono state concertate in modo tale che gli sconti più consistenti presentati da ciascuna di esse - compresi per

tutte tra il 30% e il 32,3% - non si sovrapponevano mai, e questo in relazione a ben nove lotti.

Non appare infatti plausibile che le quattro principali imprese del settore – potenzialmente in concorrenza tra loro - offrano esattamente lo stesso livello di sconto sia nei lotti in cui hanno interesse (30-32%) sia nei lotti in cui affermano di non averne (10- 15%).

Ulteriore conferma della inspiegabile, se non secondo una logica concertativa, condotta delle imprese si rinviene nella circostanza per cui il meccanismo ripartitorio è stato supportato anche dalla formulazione di “offerte d’appoggio”, che visto il ridotto livello degli sconti, non avrebbero mai potuto consentire l’aggiudicazione del lotto, come del resto erano pienamente consapevoli le stesse imprese (cfr. le dichiarazioni di Ernst&Young per cui *“con il 10% di sconto era abbastanza remota la possibilità di aggiudicarsi il lotto 4”*).

L’istruttoria procedimentale ha permesso di accertare che le offerte d’appoggio erano necessarie anche in ragione della formula utilizzata dalla stazione appaltante per l’attribuzione del punteggio economico, dal momento che tale meccanismo permetteva, in estrema sintesi, che la società che doveva aggiudicarsi il lotto avrebbe ottenuto il punteggio economico massimo (nel caso in cui nessun soggetto estraneo al cartello avesse presentato offerta su quel lotto) o un punteggio economico comunque molto vicino al punteggio economico massimo eventualmente attribuito ad un outsider, solo tramite la presentazione di offerte d’appoggio con sconti minimi, che abbassavano la media nella formula.

Ciò che emerge è un inequivoco parallelismo dello schema di offerta adottato dalle big four, che non trova alcuna giustificazione alternativa a quella della concertazione, già provata dai dati documentali innanzi citati.

15.1 - Quanto agli specifici rilievi delle società, in ogni caso da ritenersi superati dalle conclusioni rassegnate in precedenza, l’Autorità ha correttamente rilevato la loro inattendibilità nel caso concreto.

Precisamente: a) il criterio di valutazione delle offerte previsto nel disciplinare di gara, ovvero sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non costituisce un ostacolo all'intento perseguito dalle parti, che erano convinte di ottenere un punteggio molto alto nell'offerta tecnica e ciò avrebbe consentito loro di recuperare il minimo gap (di due o tre punti) eventualmente sofferto nei lotti che si erano assegnate, nella valutazione dell'offerta economica. Tale prognosi è stata solo in parte sconsigliata dalla valutazione che ha condotto all'attribuzione di un punteggio relativamente basso ad EY e, dall'altro, ha assegnato un punteggio elevato a Lattanzio (vedasi al riguardo le considerazioni svolte dalle stesse imprese all'esito di tale circostanza); b) l'anomalia intrinseca del comportamento adottato dalle parti emerge dal raffronto con la gara Consip AdG-AdC. L'Autorità ha infatti messo in luce che nella successiva gara gli sconti presentati dalle parti sono molto più elevati rispetto a quelli della gara AdA, e le offerte con sconti elevati delle big four si sovrappongono in più lotti e, in alcuni casi, superano anche il limite di aggiudicazione (4 lotti) previsto nel disciplinare. Che nella successiva gara AdG-AdC – indipendentemente dalle diverse caratteristiche della stessa - le parti abbiano adottato un comportamento svincolato da dinamiche anticoncorrenziali emerge chiaramente dalla corrispondenza rinvenuta presso Deloitte, relativo ad un dibattito in merito alla strategia di partecipazione alla gara Consip AdG-AdC.

16 - Alla luce degli elementi probatori citati (vedasi anche punti 7.1 e 7.2), deve ritenersi provata la partecipazione della società – anche sotto il profilo soggettivo - all'intesa illecita, in conformità ai principi alla luce dei quali i diversi elementi probatori devono essere valutati.

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

- a) l'illegittima qualificazione dell'infrazione come “segreta” e “molto grave”, pur in assenza di effetti concreti sul mercato, stante l'assenza di aumenti di prezzo per la pubblica amministrazione;
- b) l'illegittimo riferimento al valore delle vendite del RTI D&T/Meridiana;

c) l'arbitrarietà della quantificazione nel 25% dell'importo supplementare (entry fee) applicabile all'importo base a fini di "effettiva deterrenza", pur in assenza di qualsiasi motivazione sulla scelta di tale valore;

d) la mancata applicazione in proprio favore dei punti 19 e 23 delle Linee guida, in ragione della minima gravità del contributo in ipotesi apportato da DC all'asserita infrazione.

17.1 – I rilievi sono infondati.

In primo luogo, l'Autorità ha espressamente tenuto conto di una pluralità di elementi individuati dalla consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, ossia la natura dell'infrazione nel suo complesso, consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione delle commesse e volta alla limitazione del confronto concorrenziale in una gara d'appalto pubblica (c.d. bid rigging).

Risulta inoltre adeguatamente motivata la valutazione di gravità dell'illecito ai fini della commisurazione della sanzione alla stregua del punto 12 delle Linee guida nazionali.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato: a) il fatto che l'intesa, oltre ad avere un oggetto chiaramente anticoncorrenziale, ha anche avuto (parziale) attuazione, attraverso la ripartizione e il coordinamento della partecipazione alla gara in esame; b) la dimensione delle imprese che l'hanno posta in essere, atteso che l'intesa ha coinvolto le maggiori imprese attive, anche livello internazionale, nel settore di riferimento; c) le modalità attraverso le quali la stessa è stata attuata, che hanno visto il coinvolgimento unicamente delle parti del procedimento, attraverso l'organizzazione di incontri non pubblici (di cui non consta la sussistenza di alcun verbale) ai quali hanno preso parte solo queste, nonché attraverso le cd. offerte di comodo.

17.2 – Quanto al carattere della segretezza, deve ricordarsi l'orientamento della Sezione secondo cui le intese orizzontali come quelle in esame devono essere considerate segrete *“se non altro perché essa non era certo palesata al pubblico e per averne la prova si è dovuta acquisire corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta dal segreto epistolare”* (Cons. St., Sez. VI, n. 7320 del 2018).

In riferimento alla valutazione degli “effetti” della condotta, richiamati nel punto 14 delle Linee Guida, deve in primo luogo osservarsi che, in base all’orientamento della giurisprudenza, le intese aventi oggetto anticoncorrenziale (intese orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati) possono essere qualificate come molto gravi sulla sola base della loro natura, senza che sia sempre necessario dimostrare un impatto concreto dell’infrazione sul mercato (*ex multis*, Consiglio di Stato, 20 ottobre 2016; Corte di Giustizia 3 settembre 2009, causa C534/07 –William Prym GmbH). Inoltre, nel caso di specie, l’intesa ha di fatto raggiunto il proprio scopo, seppur non completamente, attraverso l’effettiva presentazione di offerte coordinate, come già descritto innanzi, influenzando gli esiti della procedura (anche se non per la totalità dei lotti).

17.3 – Il calcolo dell’Autorità deve trovare conferma anche rispetto all’applicazione delle cd. entry fee.

Al riguardo, le Linee Guida precisano 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”*.

La giurisprudenza (*cf.* Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 gennaio 2017, Villeroy & Boch Austria GmbH; sentenza del 26 gennaio 2017, Mamoli Robinetteria) ha specificato che l’applicazione della entry fee per le ipotesi più gravi di illecito antitrust - come nel caso di specie - è indipendente dalla durata dell’infrazione e dagli effetti dell’intesa accertata.

Appare pertanto condivisibile il provvedimento che, a tal fine, ha valorizzato il fatto che l’infrazione accertata era molto grave, in ragione del fatto che le intese aventi ad oggetto il coordinamento del comportamento competitivo delle imprese interessate in occasione della partecipazione a procedure di gara sono tra le restrizioni più gravi della concorrenza e ha concluso per

l'inserimento nell'importo di base di un ammontare supplementare pari al 25% del valore delle vendite dei servizi oggetto dell'infrazione.

17.4 - In relazione alla qualificazione dell'intesa come "molto grave" in ragione della sua natura e della segretezza, va condivisa la valutazione operata dall'Autorità, senza la possibilità di riconoscere le attenuanti invocate dalla società, dovendosi quindi confermare il provvedimento, nella duplice considerazione che, per un verso, l'intesa era orientata al condizionamento di una procedura di gara ed era dunque qualificabile come intesa orizzontale di prezzo ossia come intesa di consistente gravità; per altro verso, in relazione alla segretezza, il supporto probatorio, fondato su contatti di posta elettronica non conoscibili all'esterno e da matrici organizzative di spartizione dei lotti in sede di gara, evidenzia la carenza di trasparenza e pubblicità dell'accordo stesso.

La considerazione unitaria del network e gli specifici elementi a carico della società escludono che il contributo di questa possa essere considerato di minima importanza.

17.5 – La valorizzazione del network nel senso innanzi precisato supera anche i rilievi della società relativamente all'identificazione del valore delle vendite a cui fare riferimento per il calcolo dell'importo base della sanzione.

Al riguardo, il punto 18 delle Linee Guida prevede che, con riferimento alla collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, *"in linea di principio (il valore delle vendite) 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"*.

Nel caso in esame, l'Autorità, considerando unitariamente il network e ponendo la sanzione a carico solidale delle società consorelle, ha fatto coerentemente riferimento al *"valore dell'offerta effettuata dalla parte che, sulla base del disegno spartitorio, si sarebbe dovuta aggiudicare il lotto"*, specificando altresì che *"tale soluzione, che uniforma il criterio di valutazione del valore delle vendite, appare... più"*

favorevole per le parti che non si sono aggiudicate tutti i lotti previsti, rispetto al considerare per loro, quale valore di riferimento, la base d'asta”.

18 - 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, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l’appello dell’Autorità e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge 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