

Pubblicato il 22/10/2020

N. 10765/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04327/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4327 del 2019, proposto da Bifolco & Co. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Vincenzo Scarano e David Astorre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

So.Re.Sa. – Società Regionale per la Sanità, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

- del provvedimento n. 27546 del 30 gennaio 2019, notificato in data 7 febbraio 2019, adottato a conclusione del procedimento I816, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") avrebbe accertato l'esistenza di una intesa illecita, in violazione dell'art. 101 TFUE,

consistente in una ripartizione dei lotti nei quali si articolava la gara indetta da So.Re.Sa. S.p.A., per la quale è stata irrogata una sanzione di complessivi euro 258.582,50; nonché, ove occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi: il provvedimento di avvio dell'istruttoria n. 26768 del 27 luglio 2017 ; il provvedimento di ampliamento dell'istruttoria n. 26854 del 15 novembre 2017 ; il provvedimento di proroga dei termini dell'istruttoria n. 27395 del 17 ottobre 2018; la comunicazione delle risultanze istruttorie trasmessa in data 25 ottobre 2018 ; il *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*, adottato dalla medesima AGCM, in Bollettino, ed. speciale, Anno XXVII, supplemento al numero 20; le “*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*” adottate da AGCM con delibera del 22 ottobre 2014.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 3707/2019 del 6 giugno 2019;

Viste le memorie difensive e la richiesta congiunta dei difensori delle parti di passaggio della causa in decisione del 5 ottobre 2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 ottobre 2020 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In seguito a denunce tra il luglio e il settembre 2017 inoltrate dalla So.re.Sa. s.p.a, (“Soresa”), centrale di acquisto regionale in materia sanitaria della Regione Campania, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) dava avvio al procedimento orientato nei confronti delle società Langella Mario S.r.l. (“Langella”), Ecologica Sud S.r.l. (“Ecologica”), Ecosumma S.r.l. (“Ecosumma”), Bifolco & Co. S.r.l. (Bifolco”)

ed Eco Transfer S.r.l. (“Eco Transfer”), volta ad accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 101 del TFUE, in occasione della partecipazione alla gara bandita nell'autunno del 2016 da Soresa per l'acquisizione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi e non pericolosi della Regione Campania; successivamente l'istruttoria era estesa anche nei confronti della Green Light Servizi Ambientali s.r.l. (“Green Light”) e il procedimento, previa partecipazione delle imprese interessate, si concludeva con delibera adottata il 30 gennaio 2019, con la quale l'Autorità si determinava nel senso che i comportamenti posti in essere dalle suddette società, con l'ausilio della società di consulenza Green Light, consistenti in una ripartizione dei lotti nei quali si articolava la gara, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, e, previa diffida ad astenersi in futuro da comportamenti analoghi, irrogava le seguenti sanzioni pecuniarie amministrative: Ecologica: euro 355.442,30; Ecosumma: euro 197.231,70; Langella euro 535.828,10; Bifolco: euro 258.582,50; Green Light: euro 8.051,70.

In sintesi il provvedimento illustrava quanto segue.

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

della stessa, poi, aveva visto il lotto 1 aggiudicato a Langella, il lotto 2 all'ATI Ecologica/Langella, il lotto 3 all'ATI Langella/Bifolco, il lotto 4 a Ecosumma, il lotto 5 a Ecologica e il lotto 6 all'ATI Bifolco/Ecotransfer.

L'AGCM, avviato il procedimento ai sensi dell'art. 14 l. n. 287/90, dava luogo ad accertamenti ispettivi nei confronti delle parti - e anche di altre società che avevano partecipato alla gara ovvero che, pur risultando gestori uscenti di alcune aziende sanitarie campane con riferimento all'offerta di servizi oggetto della procedura di gara, non avevano tuttavia partecipato a quest'ultima o non si erano aggiudicate alcun lotto – estendeva il procedimento nei confronti della Green Light, società di cui si erano avvalse tutte le parti ai fini della predisposizione della documentazione di gara, procedeva ad accessi e audizioni, inoltrava richiesta di informazioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione, teneva l'audizione finale innanzi al Collegio in data 5 dicembre 2018.

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

1) Sulla qualificazione della fattispecie e il mercato rilevante.

Gli elementi raccolti facevano propendere per l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, consistente in un coordinamento delle strategie commerciali delle suddette società, anche per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light, la cui reale funzione in seno all'intesa emergeva in primo luogo dalla condivisione fra le parti stesse di una bozza di contratto, originariamente veicolata dalla società di consulenza ad una soltanto di esse e cioè a Ecologica Sud. La società di consulenza aveva

consapevolmente costituito il "collante" a garanzia reciproca delle parti del rispetto della preventiva spartizione dei lotti, coadiuvando i propri committenti nella realizzazione di "un progetto premiante".

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

Riguardo alle altre parti, invece, era osservato, dal punto di vista della qualificazione della fattispecie, che se i criteri del coordinamento e della collaborazione fra imprese debbono essere intesi alla luce delle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo le quali ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intenda seguire sul mercato comune, nel caso di specie risultava al contrario, in maniera inequivocabile, che l'esplicarsi dell'autonomia in questione era stata compromessa e condizionata dal perseguimento di finalità collusive.

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

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

2) Sulle modalità di realizzazione dell'intesa.

Essa si era basata su un modello concertativo peculiare che aveva visto coinvolte le società indicate e la società di consulenza Green Light. In particolare, le imprese avevano definito, "ex ante" e in maniera concordata, la propria strategia di gara, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti, agevolati in ciò dalla scelta condivisa di utilizzare un medesimo consulente per la

predisposizione delle relazioni tecniche, in ragione della consapevolezza comune che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti, quale elemento costitutivo dell'intesa oggetto di istruttoria. Le evidenze in atti testimoniavano che Green Light aveva anche assunto un ruolo significativo e consapevole nella descritta concertazione, agevolando e suggellando la previa spartizione del mercato, dato che aveva rappresentato a ciascuna di loro di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro. Risultava, poi, che tra le imprese erano intercorsi numerosi contatti volti a condividere "input" produttivi, nella consapevolezza reciproca che non sarebbero state concorrenti effettivi sui lotti selezionati, nonché ulteriori contatti, anche per il tramite della società di consulenza, finalizzati a garantire gli esiti del coordinamento.

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

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

implicitamente un patto di non concorrenza era suscettibile quindi di rappresentare in sé un elemento costitutivo di un'intesa.

L'AGCM osservava che quand'anche al momento dell'invio del contratto da parte della società di consulenza, Ecologica Sud avesse già maturato l'idea di concentrarsi sui lotti 2 e 5, la condivisione di tale bozza con i concorrenti, contenente un vincolo implicito alla non sovrapposizione nei diversi lotti, equivaleva in tutto alla assicurazione del reciproco rispetto delle proprie scelte. Risultava, poi, documentazione ispettiva, relativa ad appunti manoscritti - senza data - reperiti presso Bifolco, in una cartellina contenente il contratto di consulenza con Green Light, che riportavano il “pattern” di offerte effettivamente presentate dalle aziende nella gara. Era stato reperito, inoltre, un documento scritto via “mail”, datato 28 ottobre 2016, inviato dal consulente comune alle società Langella, Ecologica e Bifolco, nel quale il primo sollecitava i destinatari di questa a cooperare e a produrre tutta la documentazione indispensabile alla realizzazione di un “progetto premiante”. Risultava, altresì, altro documento, reperito presso la sede della società Ecologica e datato 17 dicembre 2016, con il quale la società effettuava alcune simulazioni di offerta relativamente ai lotti 2 e 5, scientemente effettuate escludendo dal confronto proprio gli altri “competitors” che si erano avvalsi della consulenza di Green Light e che poi non avevano presentato offerta per tali lotti.

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

versamento anche per un ulteriore lotto, giustificando poi, però, la propria scelta come irrazionale e dettata dal “panico”).

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

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

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

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

In merito erano richiamati: la decisione assunta dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte prevista nella gara indetta in Campania, e prima dell'aggiudicazione di tale gara, di partecipare alla successiva gara indetta dalla Regione Lazio; la capacità inutilizzata degli impianti di sterilizzazione degli operatori parti della concertazione, che ben avrebbe potuto essere utilizzata per predisporre offerte anche su altri lotti; la circostanza per la quale alcune delle parti avevano comunque maturato pregresse esperienze in altri presidi sanitari e dunque erano nella condizione di poter formulare offerte anche per lotti ulteriori e diversi rispetto a quelli prescelti, sia pure con la necessità di ricorrere ad ATI a composizione variabile, in ragione dei limiti derivanti dal bando; tutte le parti della procedura avevano chiesto ed ottenuto la disponibilità di società terza, sita in Calabria, al trattamento di eventuali rifiuti derivanti da tutti i lotti messi a gara; le parti avevano effettuato sopralluoghi in molti dei presidi sanitari presenti nei diversi lotti messi a gara, al fine di verificare le zone e le strutture ospedaliere presso le quali espletare i servizi richiesti; la condivisione, prima del deposito della documentazione di gara, tra due delle parti (Langella e Bifulco) di una bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 - contenente informazioni sulla struttura organizzativa della società Langella di evidente natura sensibile - sul quale aveva poi presentato offerta la sola Langella; i contatti fra le parti erano finalizzati anche a condividere "input" produttivi, quali tipologie di contenitori e impianti di smaltimento, considerati peraltro elementi qualificanti dell'offerta nelle dichiarazioni a verbale rese dal rappresentante di Green Light.

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

Con rituale ricorso a questo Tribunale, dopo aver precisato le caratteristiche della propria dimensione aziendale e l'impostazione data alla partecipazione alla gara, Bifolco chiedeva l'annullamento, previa sospensione, di tale provvedimento, lamentando, in sintesi, quanto segue.

"I. Violazione dell'articolo 10 della legge n. 287/1990. Violazione dell'art. 23, d.l. n. 201 del 2011. Irragionevolezza e illogicità manifesta. Violazione del Regolamento 1/2003 CE. Questione di legittimità costituzionale. Violazione dell'art. 35 del Regolamento CE 1 del 2003."

La ricorrente contestava la composizione dell'organo decidente, ex artt. 3, comma 2, e 6, comma 1, del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità.

In particolare, era rilevato che il provvedimento finale era stato adottato da un Collegio composto da soli due componenti, a causa del ritardo con cui si era proceduto alla nomina del nuovo Presidente di AGCM, a fronte della (da tempo) programmata cessazione dalle funzioni del Presidente uscente.

Bifolco impugnava anche l'articolo 6, comma 1, del Regolamento, che ritiene sufficiente il "quorum" costitutivo di due soli componenti, nonché l'articolo 7, comma 1, nella misura in cui esprime il medesimo precetto, in quanto contrastanti con le fonti di legge citate e col principio generale, di rango oltretutto legislativo e primario che impone il numero minimo di tre componenti.

In subordine, impugnava, in uno con il provvedimento, l'art. 6, comma 1, e l'articolo 7, comma 1, del Regolamento per profili diversi: ossia per il fatto che nessuno dei due membri del Collegio fosse il Presidente, figura

individuata attraverso meccanismi di nomina ben diversi (art. 6, comma 1), e nella parte in cui prevede che in caso di parità prevalga non solo il voto del Presidente bensì anche quello del Componente che in sua assenza ne assume temporaneamente le funzioni (art. 7, comma 1), trasformando il Consiglio in un organo monocratico, che precostituisce in capo al componente “anziano” una posizione di prevalenza idonea a compromettere, in radice, qualsiasi scampolo di collegialità.

Qualora si ritenesse che una composizione “a due” fosse stata implicitamente consentita dal combinato disposto del comma 1, lettera d), e del comma 2, secondo periodo, dell’art. 23 del d.l. n. 201 del 2011, o comunque per la eventualità che l’art. 23, comma 2, possa essere interpretato nel senso che avrebbe voluto consentire l’operatività a due componenti, senza il Presidente, e col voto prevalente del componente “anziano”, si chiedeva di sollevare questione di legittimità costituzionale di quest’ultima norma per violazione dell’art. 97 Cost, nonché per violazione e del principio di legalità ex artt. 23, 97 e 113 Cost.

La decisione di tipo “monocratico” era comunque in contrasto con lo stesso art. 7 del Regolamento che la ammette “temporaneamente” e non in modo stabile, in contrasto col vincolo derivante dall’articolo 35 del Regolamento CE n.1 del 2003, il quale demanda agli Stati membri di designare l’autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell’applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Di conseguenza, la ricorrente chiedeva di sollevare la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267 TFUE davanti alla Corte di giustizia: “se l’articolo 35 del Regolamento CE n. 1 del 2003 osti a che l’applicazione degli articoli 101 o 102 sia effettuata in Italia da un organo composto da due soli componenti, senza il Presidente, e col metodo della prevalenza del voto del componente anziano”.

“II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 101 TFUE e 2 l. n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 l. n. 241/1990. Eccesso di potere per

irragionevolezza, contraddittorietà e carenza di motivazione. Difetto di istruttoria. Travisamento dei fatti. Violazione e falsa applicazione degli artt. 10 e 14 della l. n. 287/1990.”

Soffermandosi sulla fattispecie della “pratica concordata” e sui particolari e severi requisiti strutturali, con una prova puntuale, precisa e aggravata che erano richiesti, Bifolco escludeva che nel caso di specie ciò si fosse verificato, in presenza di un mero “parallelismo tacito” e in quanto tale lecito.

Mancava, infatti, una prova diretta o anche indiretta di una concertazione tra le imprese, ossia una forma di contatto, di confronto, di dialogo, che poteva unirsi al mero dato oggettivo del comportamento economico, tale da influire sul comportamento sul mercato come nesso causale.

La giurisprudenza eurounitaria, sul punto, ammetteva solo una deduzione da elementi presuntivi contraddistinta da estremo rigore e puntualità e solo in casi assolutamente eccezionali.

Tali elementi, però, non erano rinvenibili nel caso di specie a carico di Bifolco. Sugli elementi “endogeni” individuati dall’Autorità, la ricorrente evidenziava che, all’indomani della pubblicazione del bando di gara, aveva immediatamente ed autonomamente deciso di partecipare ai soli lotti 3 e 6 per la stessa struttura della gara che incentivava la partecipazione di imprese ben più strutturate.

Bifolco, quindi, aveva subito compreso che l’unica “chance” di aggiudicazione era quella di presentare un’offerta economica, particolarmente aggressiva, con un ribasso medio superiore al 30% rispetto alla base d’asta. Gli unici lotti che avrebbero consentito di offrire un simile ribasso, senza dover operare “in perdita”, erano i lotti suddetti, ossia quelli che raggruppavano le strutture sanitarie presso le quali era appaltatore “uscente” e ciò perché: aveva compiuta conoscenza dei costi del servizio; disponeva già di un’organizzazione in grado di eseguire le prestazioni oggetto di appalto, senza dover acquisire nuove attrezzature e mezzi; le strutture sanitarie da servire erano vicine alla sede operativa della società; vi era la presenza di strutture

private già servite da Bifolco, con la possibilità di ammortizzare i costi di trasporto dei rifiuti.

Vista la potenziale concorrenza di altre ditte di maggiori dimensioni, era altresì necessario rafforzare la competitività della piccola società Bifolco, grazie alla partecipazione in ATI con altri operatori, e presentare un'offerta tecnica altrettanto valida. Da qui la partecipazione in ATI con Langella (lotto 3) e con Econtransfer (lotto 6) e la possibilità di presentare offerte tecniche competitive per capitalizzare al meglio le conoscenze tecniche acquisite in anni di pregressa gestione del servizio.

La scelta di Green Light come consulente era dovuta alla complessità di tale offerta tecnica e alla proposta in tal senso di Langella.

L'AGCM, dal canto suo, aveva ignorato tali spiegazioni, contrapponendo però argomentazioni non già basate su analisi di natura tecnico-economica, ma fondate solo su una pervicacia accusatoria.

Riguardo al richiamo alla partecipazione di Bifolco anche a distinta gara nella Regione Lazio, la ricorrente evidenziava che ciò era stato deciso perché Bifolco non aveva alcuna certezza in ordine all'aggiudicazione dei lotti per i quali aveva presentato offerta ed era del tutto logico, pertanto, che, non potendo confidare sul buon esito della "gara Soresa", avesse cercato di costituirsi un "ancora di salvataggio" mediante la partecipazione alla ulteriore gara. Quanto alla mancata saturazione degli impianti di sterilizzazione, si trattava di circostanza che certamente non poteva esser opposta a Bifolco, che, come pacificamente risulta agli atti del procedimento, non aveva e non ha alcun impianto di sterilizzazione.

Inoltre, la ricorrente aveva svolto il servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti sanitari solo per le strutture sanitarie confluite nei lotti 3 e 6 (tranne dieci anni prima per altra azienda ospedaliera napoletana) e non aveva mai chiesto a una terza società in Calabria (come invece per altre partecipanti alla asserita intesa) la disponibilità al trattamento di eventuali rifiuti derivanti da tutti i lotti messi a gara.

La ragione – poi - per quale Bifolco aveva effettuato i sopralluoghi anche presso aziende sanitarie diverse da quelle ricomprese nei lotti 3 e 6 era stata puntualmente chiarita in sede di audizione e riguardava una scelta strategica, volta ad evitare che potenziali concorrenti potessero capire a quali e quanti lotti essa avrebbe partecipato.

Riguardo agli elementi “esogeni”, ugualmente Bifolco censurava le conclusioni dell’Autorità.

Sulla “mail” di trasmissione di Ecologica Sud alle altre parti dalla bozza del contratto predisposto da Green Light, essa non recava alcuna indicazione dei lotti ai quali tale società o altre parti coinvolte nell’istruttoria avrebbero partecipato, ma si limitava alla trasmissione di una bozza contrattuale che riportava solo una generica indicazione di tutti i lotti di gara, senza in alcun modo indicare quali imprese vi avrebbero partecipato; descriveva le prestazioni che Green Light avrebbe reso, tutte connesse esclusivamente alla predisposizione dell’offerta tecnica; riportava una clausola di riservatezza che impegnava Green Light e l’eventuale contraente a mantenere la confidenzialità sulle informazioni scambiate, senza contenere alcun “patto di non concorrenza”. Mancavano pertanto elementi contrari a dimostrazione che la società di consulenza avrebbe prestato la sua assistenza ad operatori in concorrenza sul medesimo lotto e che le parti avrebbero condiviso tra loro l’informazione circa i lotti ai quali avrebbero partecipato. La trasmissione di tale bozza contrattuale era stata effettuata al solo fine di esaminare il relativo “format”, che ogni società ha poi autonomamente condiviso con il solo consulente e comunque in un momento successivo, quantomeno per Bifolco, all’individuazione dei lotti di gara ai quali partecipare.

Riguardo ad appunti manoscritti reperiti presso Bifolco, essi non erano allegati al contratto ma erano stati “presi a mano” dall’Amministratore Unico della società al momento dell’apertura delle buste dalla “gara Soresa”, e non prima della presentazione delle offerte, ed erano logicamente conservati insieme ai documenti di gara.

Per la “mail” mail del 28 ottobre 2016, trasmessa da Green Light a Langella, Ecologica e Bifulco, essa lo era stata separatamente e Bifulco aveva risposto solo a Green Light sulle informazioni utile per redigere l’offerta tecnica, secondo lo scopo della “mail”.

Riguardo alla “mail” del 24 novembre 2016, reperita presso la sede di Langella e dalla quale si evidenziava l’organizzazione di un incontro presso la sua sede con Ecologica, Bifulco ed Ecosumma, essa non conteneva alcun tipo di riferimento ad ipotetiche spartizioni dei lotti di gara. L’incontro di cui si parla nella “mail” era avvenuto in data 1 dicembre 2016 e, dunque, in un momento nel quale da tempo ciascuna impresa aveva deciso a quali lotti partecipare. Così pure per il documento reperito presso la sede di Bifulco, risalente al novembre-dicembre 2016 e contenente una bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 riferibile alla società Langella, esso non conteneva alcuna informazione in ordine ai lotti alle quali le parti avrebbero partecipato e consisteva in una mera bozza fornita da Langella a Bifulco solo per consentirle di recuperare i dati relativi all’azienda Langella ed i loghi della predetta, per completare la relazione relativa al lotto 3 in cui Bifulco era in ATI proprio con Langella.

“III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 101 TFUE e dell’art. 2 legge n. 287/1990. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e carenza di motivazione. Difetto di Istruttoria. Travisamento dei fatti ed ingiustizia manifesta.”

Sulla ritenuta violazione “per oggetto” della normativa “antitrust”, non era chiaro se l’Autorità, quando richiamava la “spartizione del mercato” intendeva riferirsi al mercato nazionale dei servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti sanitari oppure alla singola “gara Soresa”.

Se, infatti, si aveva riguardo al mercato nazionale dei servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti, non poteva esservi stata alcuna ‘spartizione’, atteso che Bifulco, così come le altre parti coinvolte nell’istruttoria, sono operatori di dimensioni locali, la cui attività è pressoché irrilevante a livello nazionale. Né poteva dirsi che vi era stata una ‘spartizione’ del mercato nella gara in

questione, posto che a essa avevano partecipato numerosi altri operatori, più strutturati e di dimensioni ben maggiori rispetto alle parti sanzionate.

L'Autorità, pertanto, avrebbe dovuto dettagliatamente provare gli effetti della presunta intesa sul mercato, cosa che invece si è dichiaratamente astenuta dal fare, trincerandosi dietro un'interpretazione eccessivamente estensiva della c.d. "per se rule".

"IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101, comma 3, TFUE. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e carenza di motivazione. Difetto di Istruttoria."

Le condotte della parti erano state comunque foriere di benefici per il mercato, ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE, dato che: i) le offerte delle parti avevano consentito alla stazione appaltante di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo estremamente vantaggioso (a fronte di significativi ribassi sulla base d'asta), oltre che le migliori possibili dal punto di vista tecnico; (ii) la consulenza chiesta a Green Light si era limitata alla redazione dell'offerta tecnica e la collaborazione tra le parti si era ridotta, da un lato, alla condivisione degli impianti (cosa che aveva consentito di assicurare il miglior servizio alle Amministrazioni servite), dall'altro lato, alla negoziazione per la fornitura dei contenitori plastici (al fine di contenere i costi e proporre un ribasso maggiore alla stazione appaltante); (iii) la competizione nella gara non era stata minimamente alterata, atteso che si era registrata la partecipazione, oltre che delle parti, anche di operatori di maggiori dimensioni.

"V. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 legge n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 legge n. 689/1981. Violazione degli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità. Illegittimità delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Illegittimità diretta e derivata"

In subordine, in relazione all'entità della sanzione, la ricorrente contestava la "gravità" dell'illecito, dato che la pratica in questione non aveva affatto coinvolto tutti i partecipanti alla gara e nemmeno quelli di dimensione maggiore e ben più strutturata rispetto alle parti sanzionate, senza alterare gli esiti dell'intero procedimento di gara. Inoltre, le ATI cui aveva partecipato Bifolco avevano ottenuto il massimo nella valutazione dell'offerta tecnica e avevano assicurato alla stazione appaltante un ribasso medio superiore al 33% rispetto all'importo a base d'asta.

In ulteriore subordine, la ricorrente rilevava la manifesta sproporzione del "quantum" sanzionatorio, dato che: l'intesa non aveva il carattere della segretezza e, dunque, non sussistevano i presupposti per applicare la soglia minima vincolata del 15% prevista dal punto 12 delle "Linee guida"; l'applicazione della c.d. "entry fee", con l'aggiunta di un'ulteriore percentuale del 15% sul valore delle vendite, appariva del tutto ingiustificata per quanto detto sopra sulla "gravità", da considerare anche sotto tale profilo; l'Autorità non aveva considerato le ridottissime dimensioni di Bifolco, che era una realtà imprenditoriale locale, con un fatturato di circa 2,5 milioni di euro annui, e con appena 15/20 unità di personale.

Riguardo direttamente le "Linee guida", Bifolco chiedeva che fossero dichiarate illegittime e fossero annullate, nella parte in cui avevano provocato l'applicazione di una sanzione di così elevato ammontare, con la soglia minima del 15% dell'importo base applicata automaticamente che aveva determinato una sostanziale eliminazione - o quantomeno una radicale limitazione - della valutazione discrezionale imposta dalla legge (fonte primaria) circa la graduazione della sanzione e una conseguente disapplicazione dei parametri legislativi di quantificazione indicati dalle citate disposizioni della l. n. 287/90 e della l. n. 689/81.

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

Con l'ordinanza in epigrafe, questa Sezione accoglieva l'istanza cautelare limitatamente alla sospensione della sanzione pecuniaria, subordinata, ai sensi dell'articolo 55, comma 2, c.p.a., alla prestazione - da parte della società ricorrente e in favore dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato - di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata.

In prossimità della pubblica udienza l'AGCM depositava ulteriore documentazione e la causa era fissata in decisione per la data dell'8 aprile 2020.

I tale occasione, non avendo tutte le parti costituite depositato istanza congiunta per il passaggio in decisione della controversia, ai sensi dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 allora vigente e adottato per l'insorgere dell'emergenza nazionale legata al "Covid 19", il Presidente disponeva che la causa fosse rinviata all'udienza pubblica del 20 maggio 2020.

In prossimità di questa, le parti presentavano istanza congiunta di rinvio per procedere a discussione orale e la causa era quindi rinviata al 7 ottobre 2020.

Le parti costituite ritenevano di depositare memorie scritte a integrazione delle rispettive tesi difensive. Alla pubblica udienza tenutasi alla data suddetta, quindi, la causa era trattenuta in decisione come da istanza congiunta in precedenza depositata delle parti costituite.

DIRITTO

Esaminando il primo motivo di ricorso, il Collegio ne rileva l'infondatezza sotto i diversi profili prospettati.

Questa Sezione si è già più volte pronunciata in argomento, (Tar Lazio, Sez. I, 16.3.20, n.3260 e 26.9.19, n. 11330), precisando che, sebbene l'art. 10 della l. n. 287/90 preveda che l'Autorità è un organo collegiale, costituito da tre membri compreso il presidente (come da modifica di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), d.l. 201/11 come convertito in legge n. 214/11), nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione. Inoltre, ha rammentato che la giurisprudenza ha già chiarito che l'AGCM non costituisce collegio perfetto ed è demandata ad essa stessa, ai sensi dell'art. 10, commi 2 e

6, L. 287/90, la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento al "quorum" sia strutturale sia funzionale (Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 873). Il Regolamento sul funzionamento dell'AGCM (delibera n. 26614 del 24 maggio 2017) conferma tutto ciò, prevedendo: a) all'art. 3, l'assenza del presidente o un suo impedimento, con funzioni assunte temporaneamente dal componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età; b) all'art. 6, che per la validità delle riunioni dell'Autorità è necessaria la presenza del presidente e di un componente, ovvero di due componenti; c) all'art. 7, che le deliberazioni dell'Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

Né – anche qualora il collegio dell'Autorità fosse comprensivo dei tre componenti "ex lege" - è comunque prevista una verbalizzazione della discussione tra i componenti dell'Autorità tale da far comprendere se e quale sia stato il grado di partecipazione alla decisione di ciascun componente e quali siano state, eventualmente, le sue posizioni; così come non è necessaria alcuna obbligatoria verbalizzazione di eventuale "dissenso", anche nell'ipotesi di piena formazione del collegio, fermo restando che la ricorrente non fornisce alcun elemento, anche solo indiziario, da cui ritenere che l'altro componente sia stato in dissenso con il presidente nell'assumere la delibera impugnata, per cui quella della decisione assunta con potere "monocratico" è una mera deduzione non suffragata da alcun elemento.

Le modalità con cui è stata assunta la decisione impugnata, pertanto, appaiono conformi alla regolamentazione e alla legge che disciplinano il funzionamento dell'Autorità, e si sottraggono alle critiche di compatibilità con le norme costituzionali in quanto funzionali ad assicurare la continuità dell'azione amministrativa.

Valga osservare, infatti, che la durata dei procedimenti “antitrust” ha un limite temporale, di avvio e conclusione, proprio a garanzia delle imprese e un arresto prolungato non previsto dalla normativa, con sospensione di ogni procedimento in attesa della nomina del presidente da parte di organi politici a loro volta non sottoposti a termini perentori per procedere alla nomina, porterebbe ancor più alla paralisi dell’attività e alla consumazione del potere in assenza di specifica norma di legge e in violazione del principio di efficienza nonché di buon andamento ai sensi dell’art. 97 Cost.

Inoltre, il Consiglio di Stato, in relazione a situazione comparabile a quella in esame relativa ad altra Autorità indipendente (ma riferibile a tutte le autorità indipendenti per le quali è stata prevista la riduzione del numero dei componenti dell’organo di vertice), ha chiarito che la disposizione sul valore “doppio” del voto del presidente si comprende agevolmente considerando che tutti i collegi posti al vertice delle autorità indipendenti (che non sono considerati collegi perfetti) sono stati portati a tre componenti (con le sole eccezioni dell’AGCom e della Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici) e che tale riduzione del numero dei componenti ha reso assai più probabile il verificarsi di situazioni di “impasse” conseguenti all’astensione o all’impedimento di uno dei componenti del collegio, con conseguente necessità di evitare che, in ragione di tale impedimento o assenza, l’attività dell’Autorità risulti di fatto paralizzata, con chiaro “vulnus” al principio costituzionale di buon andamento (Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4936).

Per quanto riguarda l’impugnativa del Regolamento sotto i diversi profili dedotti, si rileva quanto segue:

a) per quanto riguarda l’impugnazione dell’articolo 6, comma 1, del Regolamento, che ritiene sufficiente il “quorum” costitutivo di due soli componenti, nonché l’articolo 7, comma 1, nella misura in cui esprime il medesimo precetto, si è già detto in relazione alla conformazione dell’art. 10 della l. n. 287/90 che nulla prevede sul numero minimo di componenti per

assumere una decisione, lasciando anzi alla stessa Autorità la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento al “quorum” sia strutturale sia funzionale (comma 6);

b) in relazione al fatto che nessuno dei due membri del collegio decidente fosse il presidente, figura individuata attraverso meccanismi di nomina specifici, e che in caso di parità prevale il voto del componente “più anziano” che in sua assenza ne assume temporaneamente le funzioni, preconstituendone una posizione di prevalenza che comprometterebbe in radice il principio di collegialità, il Collegio osserva che l’art. 3, comma 2, del Regolamento parla chiaramente di temporaneità dell’assunzione delle funzioni da parte del componente “anziano”, temporaneità peraltro da interpretarsi in relazione ai tempi di nomina del nuovo presidente e comunque verificatasi, dato che quest’ultimo risulta essere stato nominato dopo poco dall’adozione del provvedimento qui impugnato; a ciò deve aggiungersi che anche nella sua struttura ordinaria, con il presidente e due componenti, l’art. 23, comma 2 prevede che ove il numero dei componenti, incluso il Presidente, risulti pari, ai fini delle deliberazioni, in caso di parità, il voto del Presidente vale doppio, con conseguente sostanziale istituzione di un potere “monocratico” in capo al Presidente ma ciò fa parte della dinamica degli organi collegiali al fine di evitarne una paralisi di funzionamento;

c) in ordine ai dubbi di costituzionalità del comma 1, lettera d), e del comma 2, secondo periodo, dell’art. 23 del d.l. n. 201 del 2011, o comunque per la eventualità che l’art. 23, commi 1, lett. d), e comma 22, possa essere interpretato nel senso che avrebbe voluto consentire l’operatività a due componenti, senza il presidente, e col voto prevalente del componente “anziano”, per violazione dell’art. 97 Cost, nonché per violazione e del principio di legalità ex artt. 23 e 113 Cost., il Collegio non ne rileva la non manifesta infondatezza, in quanto – come sopra precisato – tale conformazione provvisoria consente di evitare situazioni indeterminate di “stallo” dell’organo decidente, in osservazione dell’art. 97 Cost. e non in sua

violazione; così pure non si riscontra collegamento diretto con l'art. 23 Cost. e la imposizione di prestazioni patrimoniali e con l'art. 113, non rilevandosi impedimenti alla tutela giurisdizionale su provvedimenti adottati con la conformazione contestata;

d) da ultimo, in merito alla questione eurounitaria prospettata, sull'art. 35 del Regolamento CE n. 1/2003 che dovrebbe essere interpretato nel senso che la figura delle "autorità" non può che riferirsi ad un organo collegiale munito di collegialità "autentica", il Collegio rileva che lo stesso art. 35, par. 2, prevede che *"Qualora l'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza sia demandata ad autorità amministrative e giudiziarie nazionali, gli Stati membri possono attribuire competenze e funzioni a tali autorità nazionali, sia amministrative che giudiziarie"*, lasciando quindi agli Stati membri di provvedere alla regolazione, in Italia avvenuta secondo le norme primarie sopra richiamate e illustrate. Il par. 1 prevede che *"Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 [oggi 101 TFUE] del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento"*, senza che sia imposta in altra parte del Regolamento, peraltro non richiamata dalla ricorrente, un'obbligatorietà di collegialità come pretesa in questa sede (si richiama anche il "considerando 35" del medesimo Regolamento, con conseguente improspettibilità della questione proposta e del relativo quesito alla CGUE come articolati dalla ricorrente.

Passando all'esame del secondo motivo di ricorso, parimenti se ne rileva l'infondatezza.

Prima di inoltrarsi nell'esame delle deduzioni specifiche della ricorrente, il Collegio ritiene opportuno ricordare che l'art. 101 TFUE vieta *"...tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:... c) ripartire i mercati..."*.

Senza dilungarsi oltremodo sui presupposti che la giurisprudenza ha individuato ai fini della valutazione di legittimità di provvedimenti sanzionatori in materia di “antitrust”, peraltro ben noti alla parte ricorrente che ne ha fatto ampio richiamo nelle proprie difese, evidenzia, in sintesi, quanto più volte precisato sul punto (per tutte: TAR Lazio, Sez. I, 14.10.16, n. 10309).

E' noto che l'intesa restrittiva vietata dall'art. 101, paragrafo 1, TFUE può realizzarsi sia mediante un “accordo” – che, in materia “antitrust”, non si esaurisce nell'istituto civilistico del contratto, ma comprende anche fattispecie che, senza poter essere qualificate “contratti”, non si risolvono neanche in mere “pratiche”, sia pure concordate, ma si presentano come manifestazioni di volontà impegnative (sul piano sociale, e non necessariamente anche sul piano giuridico) di due o più soggetti, nelle quali resta irrilevante la forma, così come non rileva che l'accordo sia stato concluso, o meno, da soggetti muniti di potere di rappresentanza delle imprese partecipanti (v. Corte Giust. UE, 7 febbraio 2013, C-68/12; Trib. I° grado CE, 24 ottobre 1991, T-1/89), essendo sufficiente che esponenti aziendali abbiano, di fatto, impegnato le rispettive imprese all'attuazione dell'intesa;

Storicamente, la “pratica concordata” rilevante ai fini “antitrust” - e pacificamente rilevata nel caso di specie – emerge come qualificazione indiretta dell'esistenza di un accordo, rappresentando dunque non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale, rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata dal diritto “antitrust”, indicativa dell'esistenza di una concertazione voluta e consapevole tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato (per tutte: Cons Stato, Sez. VI, 28.2.17, n. 928).

La pratica concordata corrisponde, quindi, a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo contrattuale, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa

collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, devono essere intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però, rigorosamente, che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (v. sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 4.9.15, n. 4123);

Ne consegue che l'eventuale qualificazione, da parte dell'Autorità "antitrust", di una determinata situazione di fatto come "pratica concordata", anziché come "accordo", non vale ad immutare la sostanza dei fatti materiali addebitati alle imprese sanzionate per un'intesa restrittiva della concorrenza, rilevando la distinzione tra le diverse forme di manifestazione dell'intesa vietata primariamente sul piano del regime probatorio.

A questo proposito, valga rilevare che, per costante giurisprudenza, è sufficiente che il complesso di indizi invocato dall'Autorità procedente debba essere valutato globalmente. E' infatti usuale che le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo non apertamente dichiarato, che le riunioni siano riservate e che la documentazione ad esse relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l'Autorità individui documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni: pertanto, nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere inferita da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra

spiegazione coerente, la prova di una violazione delle norme sulla concorrenza.

Pertanto, tenuto conto della notorietà del divieto di partecipare ad accordi anticoncorrenziali, non si può pretendere che l'AGCM produca documenti che attestino in modo esplicito un contatto tra gli operatori interessati, dovendo gli elementi frammentari e sporadici di cui essa potrebbe disporre, in ogni caso poter essere completati con deduzioni che permettano di ricostituire taluni dettagli, con la conseguenza che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale può essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza (per tutte, da ult.: TAR Lazio, Sez. I, n. 3260/20 cit. e Trib. UE, 12.7.11, T-113/07);

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (c.d. "smoking gun", quali testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa "antitrust" che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente e necessaria in questa materia l'emersione di indizi, purché seri, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata (Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 294 e 18.5.15, n. 2514).

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie da dimostrare sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di

un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente esogeni – si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa. In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere stati frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (sulla ricostruzione della fattispecie delle pratiche concordate anticoncorrenziali, in punto di giurisprudenza dell'Unione, v: Case 41, 44 e 45/69 ACF Chemiefarma NV v Commission [1970] ECR 661, Polypropylene [1986] OJ L230/1, Cases 48-57 ICI v. Commission [Dyestuffs 1972] ECR619; cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v Commission [1975] ECR 16634, Case 172/80 Zuechner v Bayerische Vereinsbank [1981] ECR2021).

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione può perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di

incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità "antitrust", infine, nella giurisprudenza (v., per tutte, Corte Cass., Sez. Un., 20.1.14, n. 1013) è stato puntualizzato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento. Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come ad esempio nel caso della definizione di "mercato rilevante" – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Il giudice amministrativo, pertanto, in relazione ai provvedimenti "antitrust" dell'AGCM, esercita un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, mentre, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 2947).

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

Premesso ciò, il Collegio rileva che nel caso di specie l'AGCM ha sostanzialmente contestato alle parti una concertazione "complessa", definendone con chiarezza – secondo la sua ricostruzione - il plurimo oggetto anticompetitivo, vale a dire la volontà di condizionare gli esiti della "gara Soresa" attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti più appetibili per ciascuna, nei limiti di quanto prescritto dalla "lex specialis", con valorizzazione economica della posizione di operatore "uscente".

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

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

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

Per quanto riguarda la ricorrente, Bifolco sostiene che l'unica "chance" di aggiudicazione era quella di presentare un'offerta economica particolarmente aggressiva, con un ribasso medio superiore al 30% rispetto alla base d'asta e che gli unici lotti che avrebbero consentito di offrire un simile ribasso, senza dover operare in perdita, erano i soli lotti individuati, ossia quelli che raggruppavano le strutture sanitarie presso le quali era appaltatore "uscente", partecipando in ATI per capitalizzare al meglio le conoscenze tecniche acquisite in anni di pregressa gestione del servizio. La ricorrente evidenziava che ciò era stato deciso perché Bifolco non aveva alcuna certezza in ordine all'aggiudicazione dei lotti per i quali aveva presentato offerta ed era del tutto logico, pertanto, che, non potendo confidare sul buon esito della "gara Soresa", avesse cercato di costituirsi un'"ancora di salvataggio" mediante la partecipazione alla ulteriore gara nella Regione Lazio.

Ebbene, tale ricostruzione non resiste alle osservazioni per le quali, proprio alla luce di quanto dedotto sul punto dalla ricorrente, appariva più logico, in ottica "proconcorrenziale", che tale "ancora di salvataggio" potesse individuarsi più agevolmente nell'offerta anche per altri lotti in gara, tenuto conto anche del fatto stesso – riferito da Bifolco - non aveva e non ha alcun impianto di sterilizzazione, senza pensare di "emigrare" in altra Regione, sia pure limitrofa. Tant'è che risulta come Bifolco e Eco Transfer che erano in ATI (unitamente ad un'altra società) non si sono poi aggiudicate alcuna commessa in tale gara.

Inoltre, risulta dal provvedimento impugnato che Bifolco è una società, attiva nella raccolta e trasporto e smaltimento di rifiuti urbani e speciali, pericolosi e non, tra cui quelli ospedalieri, che nel 2017 aveva realizzato un fatturato di 2.585.825 euro, di cui circa 1,2 milioni di euro nelle attività attinenti i rifiuti presso strutture sanitarie pubbliche della Regione Campania, per cui ben poteva avere una struttura che le consentiva un'espansione, sia pure in ATI, ancora nella stessa Regione Campania per altri lotti e proprio per le esperienze pregresse maturate sul territorio (par. 135 del provvedimento

impugnato). Inoltre, tutte le parti della procedura istruttoria avevano chiesto ed ottenuto la disponibilità di una società, sita in Calabria, al trattamento di eventuali rifiuti derivanti da tutti i lotti messi a gara, ad ulteriore testimonianza delle potenzialità di espansione.

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

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

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

A ciò deve aggiungersi il primario rilievo del ruolo di Green Light, a cui la stessa ricorrente, unitamente a tutte le altre parti, si era rivolta.

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

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

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

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

Sostiene la ricorrente che le prestazioni che Green Light avrebbe reso erano tutte connesse esclusivamente alla predisposizione dell’offerta tecnica, il contratto riportava una clausola di riservatezza che impegnava Green Light e l’eventuale contraente a mantenere la confidenzialità sulle informazioni scambiate, non era contenuto alcun “patto di non concorrenza” e la trasmissione di tale bozza contrattuale era stata effettuata al solo fine di esaminare il relativo “format”, che ogni società aveva poi autonomamente

condiviso con il solo consulente e comunque in un momento successivo, quantomeno per Bifolco, all'individuazione dei lotti di gara ai quali partecipare.

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

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

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

In tale ottica non appare rilevante l'affermazione della ricorrente secondo la quale l'aver effettuato sopralluoghi anche presso aziende sanitarie diverse da quelle ricomprese nei lotti 3 e 6 riguardava una scelta strategica, volta ad evitare che potenziali concorrenti potessero capire a quali e quanti lotti essa avrebbe partecipato, dato che l'intento delle parti nella partecipazione alla gara, per come strutturato, era essenzialmente quello di preservare ciascuna la propria posizione di fornitore uscente nella maggior parte dei presidi in cui si essa si articolava, pur se raggruppati in maniera differente rispetto al passato, sicché ognuna sapeva di non essere "disturbata" dalla presenza delle altre, grazie all'attività di raccordo di Green Light articolatasi prima della presentazione delle offerte.

Risultavano, poi, appunti manoscritti - reperiti presso la sede di Bifulco in una cartellina ove era anche rinvenuto il contratto stipulato tra tale società e Green Light - privi di data, che riportavano il "pattern" di offerte poi effettivamente presentate dalle aziende nella gara e così pure il ritrovamento, presso la sede di Bifulco, di una bozza di relazione, non ancora depositata presso Soresa, relativa al lotto 1, sul quale avrebbe poi presentato offerta la sola società Langella, divenuta aggiudicataria.

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

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

In merito, non altrettanto convincenti appaiono le spiegazioni alternative offerte dalla ricorrente.

Per quanto riguarda gli appunti "presi a mano" dall'Amministratore Unico della società, che Bifolco riferisce scritti al momento dell'apertura delle buste e non prima della presentazione delle offerte e logicamente conservati insieme ai documenti di gara, il Collegio osserva che non è giustificata la ragione della loro conservazione una volta conclusa la gara, se non nella più logica ottica della verifica postuma della mancata sovrapposizione.

Così pure per la trasmissione della "mail" del 28 ottobre 2016 da Green Light a Langella, Ecologica e Bifolco, che la ricorrente dice di avere ricevuto "separatamente", il Collegio osserva che, dalla copia in atti, negli indirizzi in intestazione vi era però anche quello delle altre società, per cui la ricorrente sapeva dell'invio "plurimo". E' chiaro che Bifolco aveva inviato solo i "suoi" elementi di valutazione ma potendo ben sapere che non vi era possibilità di sovrapposizione.

La ricorrente sostiene anche la "mail" del 24 novembre 2016, reperita presso la sede di Langella e dalla quale si evidenziava l'organizzazione di un incontro presso la sua sede con Ecologica, Bifolco ed Ecosumma, non conteneva alcun tipo di riferimento ad ipotetiche spartizioni dei lotti di gara e che l'incontro di cui si parlava era avvenuto in data 1 dicembre 2016, in un momento nel quale da tempo ciascuna impresa aveva deciso a quali lotti partecipare. Su questo il Collegio osserva che logicamente – per la teoria sulla

“smoking gun” sopra richiamata – non era plausibile che fosse ritrovata una comunicazione in cui si riferiva esplicitamente di spartizioni e che è plausibile che l’incontro, antecedente alla scadenza di presentazione delle offerte, ben poteva considerare la situazione di non concorrenza implicita scaturita dai contatti con Green Light e tra le parti in precedenza.

In quest’ottica di valutazione globale e complementare tra elementi esogeni ed endogeni, non assume rilievo decisivo, a confutazione delle conclusioni dell’AGCM, l’osservazione della ricorrente in ordine al documento reperito presso la sua sede e contenente una bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 riferibile a Langella, che non conteneva alcuna informazione in ordine ai lotti alle quali le parti avrebbero partecipato e consisteva in una mera bozza fornita da Langella a Bifolco per consentirle di recuperare i dati relativi alla prima e i loghi della predetta per completare la relazione relativa al lotto 3 in cui Bifolco era in ATI con Langella stessa.

In sostanza, la ricorrente ha dedotto una serie di censure volte a parcellizzare e frazionare l’unitaria valutazione dell’Autorità, prospettando una lettura diversa di alcuni elementi dell’impianto motivazionale posto a base del gravato provvedimento, onde indebolire il quadro d’insieme ricostruito dall’AGCM ma incorrendo essa stessa nel vizio metodologico di una valutazione meramente atomistica dei singoli elementi su cui si basava l’accertamento dell’illecito, in violazione dei parametri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di prova dell’illecito ex art. 101, comma 1, TFUE (CGUUE, 24.6.15, in C-293/13; Trib. UE, 18.6.13, in T-406/08 e 12 luglio 2011, in T-113/07).

Pertanto, l’AGCM, in aderenza ai criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, è pervenuta alla corretta conclusione della comprovata esistenza di una intesa restrittiva anticoncorrenziale riconducibile, da un lato, alla presenza di elementi oggettivi di riscontro – tra i quali figurano scambi di informazioni e un contratto di consulenza con un’unica società – che rivelavano l’esistenza di una collaborazione anomala (elementi esogeni) e,

dall'altro lato, all'impossibilità di spiegare alternativamente le condotte parallele sub specie di frutto plausibile di iniziative imprenditoriali autonome delle parti (elementi endogeni).

In sostanza l'intesa è stata qualificata perché devono ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (Cons. Stato, Sez. VI, 12.2.20, n. 1047 e 4.9.15, n. 4123).

Che, quindi, la ricorrente ritenga di giustificare l'interesse per i singoli lotti aggiudicati e il disinteresse per quelli non aggiudicati, con ragionamenti di politica aziendale pur astrattamente praticabili, anche se riportati "a posteriori", non consente di giustificare altrettanto le coincidenze generali sul ricorso alla medesima società di consulenza, sulla mancata partecipazione concorrenziale in sovrapposizione con le altre parti, sulla struttura "a scacchiera" delle offerte; tali elementi, uniti ai numerosi profili "esogeni" riscontrati, consentono di ritenere condivisibile la conclusione in ordine alla sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale a cui è pervenuta l'AGCM.

Per quanto riguarda il terzo motivo di ricorso, sulla ritenuta violazione "per oggetto" e sulla nozione di "mercato rilevante" che Bifolco ritiene non specificata, se ne rileva ugualmente l'infondatezza.

Al punto "VI" del provvedimento impugnato, infatti, sono espresse chiaramente le motivazioni in punto di qualificazione della fattispecie e di mercato rilevante, laddove è detto che i comportamenti assunti dalle parti configuravano un'intesa restrittiva della concorrenza, frutto di una consapevole collaborazione delle parti, volta ad eliminare i rischi connessi al dispiegarsi di corrette dinamiche competitive in occasione della prima gara centralizzata volta all'acquisizione del citato servizio, indetta da Soresa nella Regione Campania. Quanto all'individuazione del mercato rilevante, l'AGCM chiariva, ai sensi della giurisprudenza che era richiamata, che l'ambito economico interessato era rappresentato dalla procedura di affidamento del servizio in questione.

Su tale ultimo profilo, l'individuazione del "mercato rilevante" in cui la condotta sanzionabile è ritenuta realizzata, come ampiamente rilevato dalla giurisprudenza (con riferimento a "gare d'ambito", v. Cons. Stato, Sez. VI, 4.11.14, n. 5423), la definizione ed estensione del concetto di "mercato rilevante" spetta all'Autorità competente quale frutto di una valutazione discrezionale, non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo se non per vizi di illogicità estrinseca, e ben può essere desunta all'esito dell'esame della singola e specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale, con la conseguenza per la quale il "mercato rilevante" può anche coincidere con una singola gara (TAR Lazio, Sez. I, 14.10.16, n. 10309).

Riguardo alla prova degli effetti che sarebbe stata a carico dell'Autorità, il Collegio rileva di avere più volte evidenziato che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto", come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare, come nel caso all'esame, il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. "bid rigging") che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE (Tar Lazio, Sez. I, 16.3.20, n. 3264 e 16.11.15, nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935).

Nel caso di specie, quindi, ricorre l'ipotesi tipizzata di cui all'art. 101, par. 1, lettera c), TFUE, di intesa orizzontale anticoncorrenziale tesa alla ripartizione del mercato – attraverso la spartizione dei lotti della "gara Soresa" – con la conseguente mancata necessità di una valutazione degli effetti concreti sul mercato e a prescindere dal rilievo che il provvedimento impugnato contiene

valutazioni specifiche attinenti all'incidenza dell'illecito sull'esito della gara, le quali, peraltro, non possono che essere espresse in termini probabilistici, trattandosi di valutazioni di natura ipotetica.

Si rammenta la natura dell'intesa restrittiva della concorrenza, che integra "una fattispecie di pericolo, nel senso che il "vulnus" al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato" (Cons. Stato, Sez. VI, 13.6.14, n. 3032; id., 24.10.14, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278).

Pertanto l'illecito collusivo, così accertato, non imponeva all'Autorità ulteriori accertamenti volti a verificare se l'intesa avesse in concreto prodotto effetti anticoncorrenziali sul mercato, una volta stabilito il suo oggetto anti-competitivo (Cons. Stato, Sez. VI, 3.1.20, n. 53).

Non rilevano, quindi, le censure circa l'asserita carenza di effetti dell'intesa, trattandosi di circostanza che può al più rilevare, nell'ambito del presente giudizio, ai fini della valutazione circa la gravità dell'illecito e, quindi, della quantificazione della sanzione.

Parimenti infondato è il quarto motivo di ricorso in ordine alla mancata applicazione dell'art. 101, comma 3, TFUE.

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

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

Ebbene, il Collegio osserva che tale previsione stabilisce che, laddove si sia in presenza di un'intesa restrittiva, essa può essere considerata lecita nell'ipotesi in cui gli accordi contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, non imponendo restrizioni alla concorrenza non indispensabili per la realizzazione dello scopo e non eliminando completamente la concorrenza stessa. Le condizioni previste dalla norma sono di tipo cumulativo e, quindi, devono essere contestualmente soddisfatte affinché possa operare il beneficio in parola. La giurisprudenza ha chiarito che domanda di esenzione presentata dalla parte del procedimento sanzionatorio deve essere scrutinata dall'Autorità alla luce degli argomenti di fatto e degli elementi di prova forniti nell'ambito della domanda stessa, in quanto l'onere di provare la sussistenza dell'insieme delle condizioni che, secondo la disposizione suddetta, devono cumulativamente concorrere per beneficiare dell'esenzione spetta all'impresa che ne richiede l'applicazione (TAR Lazio, Sez. I, 4.6.19, n. 7177 e Cons. Stato, Sez. VI, 27.6.14, n. 3252).

Dunque, il mancato soddisfacimento dell'onere dimostrativo incombente sulla parte ha legittimamente consentito all'Autorità di escludere l'applicabilità del regime derogatorio in questione.

Da ultimo deve esaminarsi il quinto motivo di ricorso, sull'entità della sanzione.

Sul punto, l'AGCM nel provvedimento ha precisato di essersi attenuta a quanto previsto dall'art. 15, comma 1, l. n. 287/90, al disposto dell'art. 11 l. n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della l.n. 287/90, nonché ai criteri interpretativi enucleati nelle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei

criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

In particolare, vertendosi in materia di collusione nell'ambito di una procedura di gara, rilevava il disposto di cui al punto 18 delle "Linee Guida", secondo cui doveva prendersi a riferimento, come "importo base" il valore delle vendite interessate dall'illecito, corrispondente, per ciascuna impresa, all'importo al quale esse si erano aggiudicate i sei lotti messi a gara (se in ATI, in proporzione alle effettive percentuali di espletamento del servizio in seno all'ATI stessa, corrispondente per Bifolco al 36% per il lotto 3 e al 64% per il lotto 6). In relazione alla "gravità" dell'infrazione, era poi aggiunta una percentuale, ai sensi del punto 12 delle "Linee Guida", pari al 15%.

Era anche previsto, ai sensi del punto 17 delle Linee Guida, l'inserimento nell'importo base di un ammontare supplementare pari al 15% del valore delle vendite dei servizi oggetto di infrazione (cd. "entry fee"), giustificata dall'osservazione per la quale la fattispecie accertata si configura quale restrizione particolarmente grave della concorrenza in relazione, oltre che alla natura dell'infrazione, alla tipologia del servizio interessato, assolutamente necessario sia per le Autorità Sanitarie che per l'intera popolazione della Regione e in relazione al quale il mancato confronto concorrenziale ha inficiato la possibilità di innovazione di prodotto e di processo nella fornitura. L'AGCM, infine, non riconosceva come circostanza attenuante per Bifolco quella di avere sospeso il pagamento degli importi dovuti a Green Light, a saldo delle prestazioni ricevute, nel mese di gennaio 2018, in attesa di conoscere gli esiti del procedimento istruttorio "antitrust".

All'esito della valutazione, emergeva che per tutte le imprese era superato il limite massimo - previsto all'art. 15, comma 1, della l. n. 287/90 - del 10% del "...fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida", per cui per la ricorrente la

sanzione pecuniaria era ricondotta alla cifra indicata all'inizio della narrativa in fatto.

Nelle sue censure, Bifolco lamentava che l'intesa non aveva il carattere della segretezza e, dunque, che non sussistevano i presupposti per applicare la soglia minima vincolata del 15% prevista dal punto 12 delle "Linee guida"; che l'applicazione della c.d. "entry fee", con l'aggiunta di un'ulteriore percentuale del 15% sul valore delle vendite, appariva del tutto ingiustificata per quanto detto sulla inesistente "gravità"; che l'Autorità non aveva considerato le ridottissime dimensioni imprenditoriali della ricorrente.

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

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

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

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

Da ultimo, si rileva che la ricorrente chiedeva anche l'annullamento delle "Linee Guida", nella parte in cui avevano provocato l'applicazione di una sanzione di elevato ammontare, con la soglia minima del 15% dell'importo base applicata automaticamente così da determinare una sostanziale eliminazione - o quantomeno una radicale limitazione - della valutazione discrezionale imposta dalla legge sulla gradualità della sanzione.

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

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

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

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

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

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

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO

