

N. 04733/2017REG.PROV.COLL.

N. 09182/2016 REG.RIC.

N. 09385/2016 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 9182 del 2016, proposto da: COMERIN SRL, MAREN SRL, TECHNOMONT SRL, TECNOSIT SRL, TPS TARANTO SRL, CONSORZIO CHIOME, WORK SERVICE SRL, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Angelo Buonfrate, Manfredi De Vita e Silvia Maria Specchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Piergiorgio Galli in Roma, piazza Mignanelli, n. 3;

contro

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

METALBLOCK SRL, SIMAN SRL, COIBESA THERMOSOUND SRL, SAIT SPA, ECOEDIL PROFESSIONAL SRL, non costituiti in giudizio;

SERVECO SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Marega, Roberto Leccese e Giovanna De Santis, con domicilio eletto presso lo studio Ughi e Nunziante in Roma, via XX Settembre, n. 1;

sul ricorso numero di registro generale 9385 del 2016, proposto da: SERVECO SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Marega, Giovanna De Santis e Roberto Leccese, con domicilio eletto presso lo studio Ughi e Nunziante in Roma, via XX Settembre, n. 1;

contro

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Quanto al ricorso n. 9385 del 2016:

per la riforma della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma – Sez. I n. 8500 del 2016;

Quanto al ricorso n. 9182 del 2016:

per la riforma della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma – Sez. I, n. 8499 del 2016;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Serveco s.r.l. e del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Angelo Buonfrate, Barbara Tidore, Andrea Marega e Anna Collabolletta dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: "Autorità" o "AGCM") avviava, con delibera n. 24968 del 12 giugno 2014, un procedimento istruttorio al fine di accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 2 della legge n. 287/90 con riferimento alle condotte poste in essere da alcune imprese partecipanti a tre procedure di gara, bandite dal Ministero della Difesa - Direzione degli Armamenti Navali ("Navarm"), nell'arco temporale 2011-2013, aventi per oggetto «l'affidamento di servizi di bonifica e smaltimento dei materiali potenzialmente inquinanti e/o pericolosi e lavorazioni accessorie da eseguirsi su unità navali, sommergibili, naviglio dipartimentale, bacini galleggianti e imbarcazioni a motore e non a motore della marina militare presso gli arsenali di Taranto, La Spezia ed Augusta». Il procedimento scaturiva da una segnalazione dello stesso Ministero della Difesa il quale aveva riscontrato che, nelle gare menzionate, figurava per ogni lotto quasi esclusivamente un unico offerente, il quale risultava poi aggiudicatario a ribassi anormalmente decrescenti rispetto agli anni precedenti.

1.1.– Al termine dell'istruttoria, con provvedimento n. 25739 del 18 novembre 2015, l'Autorità accertava l'esistenza di un'intesa illecita tra dodici società –

segnatamente: Tecnosit S.r.l., TPS Taranto S.r.l., S.i.m.a.n. S.r.l., Maren S.r.l., Consorzio Chio.Me, Serveco S.r.l., Coibesa Thermosound S.p.A., Technomont Taranto S.r.l. in liquidazione, Co.m.e.r.i.n. S.r.l., Work Service S.r.l., Metalblok S.r.l. e S.a.i.t. S.p.A. – raggruppate in tre distinti raggruppamenti temporanei di imprese, individuati come ATI “A”, ATI “Al” e ATI “B”. L’intesa sarebbe stata in grado di neutralizzare il confronto competitivo, consentendo la spartizione dei lotti tra le tre ATI e la fissazione dei prezzi di aggiudicazione. Su queste basi, l’AGCM disponeva quindi l’inibitoria da comportamenti analoghi per il futuro e applicava a ciascuna società sanzioni nella misura del 10% del rispettivo fatturato complessivamente prodotto nell’esercizio precedente (relativo all’anno 2014).

2.– Le società Comerin Srl, Maren Srl, Technomont Srl, Tecnosit Srl, Tps Taranto Srl, Consorzio Chiome, Work Service Srl, impugnavano il predetto provvedimento sanzionatorio innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, il quale tuttavia respingeva il ricorso con sentenza 25 luglio 2016, n. 8499. Avverso tale decisione, le ricorrenti hanno promosso appello (n. 9182 del 2016) chiedendo, in sua riforma, l’accoglimento della domanda di annullamento.

Le appellanti censurano che:

- il giudice di prime cure si sarebbe limitato a fare proprie del tutto acriticamente le censure svolte dall’Autorità medesima, senza tenere in alcuna considerazione le circostanziate e comprovate spiegazioni alternative e giustificazioni economiche offerte dalle imprese;
- il TAR non si sarebbe avveduto del fatto che le ATI di cui si è posta in discussione la legittimità concorrenziale non sono costituite tra imprese concorrenti, come tali strutturalmente inidonee a dar vita ad una forma di collusione orizzontale, e che le stesse non avrebbero potuto partecipare individualmente alle gare;

- l'impugnata sentenza avrebbe erroneamente ritenuto inattendibili le spiegazioni economiche alternative fornite dalle imprese, in particolare non tenendo conto che le progressive riduzioni dei ribassi sarebbero da ricondursi, sia alla difficoltà per le società di incassare dalla Marina il corrispettivo a fronte degli interventi contabilizzati, sia all'aumento dei costi dei materiali richiesti per le lavorazioni oggetto degli affidamenti, a fronte di costi unitari individuati dalla stazione appaltante nella lex specialis di gara che sono rimasti uguali o avrebbero subito incrementi minimi di valore;

- la fattispecie in esame non presenterebbe alcun connotato di gravità, nei termini normativamente richiesti dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, tenuto conto che la presunta intesa non avrebbe comportato alcuna forma di esclusione di imprese terze dalla partecipazione alle gare di cui trattasi e che il differenziale tra i ribassi percentuali sul prezzo base di gara per gli appalti oggetto di istruttoria e quello tra analoghe procedure estranee al perimetro del presente procedimento risulterebbe a pochi punti percentuali, di talché non potrebbe rinvenirsi la produzione di sensibili effetti sulla concorrenza;

- con riguardo alla quantificazione della sanzione, l'Autorità avrebbe pretermesso l'analisi di alcune circostanze attenuanti, quali l'ambito di operatività meramente locale delle imprese interessate, la loro marginale dimensione, la problematicità delle condizioni economiche delle parti ed i condizionamenti alle condotte di impresa impressi dalla peculiarità dei bandi di gara di cui trattasi.

3.- La società Serveco s.r.l. impugnava anch'essa, con separato ricorso, il provvedimento dell'AGCM n. 25739 del 2015, lamentando di essere stata inspiegabilmente ritenuta responsabile dell'intesa, con conseguente applicazione nei suoi confronti di una sanzione amministrativa pecuniaria, nonostante la sua totale estraneità al cartello sanzionato. Con l'atto di appello n. 9385 del 2016, ha

impugnato la sentenza Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 8500 del 2016 che ha integralmente confermato la legittimità del provvedimento.

I motivi di appello sono così sintetizzabili:

- da nessun documento del fascicolo istruttorio emergerebbe il benché minimo coinvolgimento di SERVECO nel disegno spartitorio, in particolare non vi sarebbe evidenza alcuna che la stessa abbia preso contatti con società diverse da TECNOSIT ai fini della decisione di partecipare alle gare sul Lotto 1 di Taranto;
- l'Autorità non avrebbero rilevato che, alla base della scelta di SERVECO di partecipare unicamente al Lotto 1 di Taranto, vi sarebbe stata una puntuale valutazione della maggiore remuneratività che la Società avrebbe potuto spuntare su Taranto, diversamente dai Lotti di Augusta e La Spezia, in ragione della minore entità dei costi da sostenere su Taranto;
- la configurazione dell'ATI "A", con la partecipazione della appellante ad una compagine nella quale anche TECNOSIT era in grado di provvedere allo svolgimento di servizi di bonifica dell'amianto, risponderebbe a circostanziate ragioni di carattere economico-organizzativo, dal momento che SERVECO disponeva sul proprio lotto di riferimento (Taranto) di un impianto di smaltimento di rifiuti speciali che permetteva alle imprese riunite nell'ATI "A" di evitare di incaricare un gestore esterno di impianti di smaltimento;
- peraltro, per SERVECO la remunerazione derivante dai contratti stipulati con "NAVARM" rappresenterebbe una porzione trascurabile sia in rapporto ai ricavi complessivi della Società sia, in rapporto ai ricavi generali per lo svolgimento di attività di bonifica da amianto in generale;
- nessuno dei documenti acquisiti nel corso dell'istruttoria, relativi alla riallocazione delle quote tra le imprese partecipanti in ATI in maniera difforme da quanto normalmente statuito all'atto di costituzione dell'ATI stessa, riguarderebbe SERVECO, che non sarebbe mai neppure menzionata;

- risulterebbe carente o insufficiente la motivazione adottata dall'AGCM a sostegno della tesi in base alla quale non potrebbe condividersi la circostanza che l'andamento decrescente dei ribassi fosse strettamente legato anche all'aumento dei costi del carburante e del personale impiegato;

- l'Autorità avrebbe comunque determinato la sanzione in maniera erronea, avendo calcolato l'importo base prendendo in considerazione il valore degli importi oggetto di aggiudicazione, sulla base delle quote assegnate in sede di costituzione dell'ATI "A", invece di fare riferimento alle somme effettivamente percepite;

- l'Autorità avrebbe omesso di applicare le seguenti circostanze attenuanti: la presentazione, in data 14 settembre 2015, di impegni, ai sensi dell'art. 14-ter, legge 10 ottobre 1990, n. 287 (che benché rigettati sarebbero stati idonei a comprovare un ravvedimento tale da poter beneficiare della riduzione della sanzione); la cooperazione dimostrata durante l'istruttoria (fornendo l'unico studio di fattibilità, tra tutte le imprese coinvolte nel caso di cartello, idoneo a consentire lo svolgimento di valutazioni circa le modalità di definizione dell'ammontare dei ribassi da parte delle imprese partecipanti alle gare in questione); il carattere marginale della partecipazione di SERVECO alla presunta infrazione (in assenza di prove documentali di qualsiasi tipo che dimostrino l'esistenza di contatti diretti o indiretti tra SERVECO e le altre imprese ritenute appartenenti al cartello); la struttura della procedura ristretta indetta da NAVARM nelle gare in esame che avrebbe quantomeno contribuito a favorire le condotte oggetto di accertamento.

3.- L'AGCM si è costituita in entrambi i giudizi di appello, argomentando diffusamente l'infondatezza delle ragioni avversarie.

4.- Con ordinanza 24 febbraio 2017, n. 786 (nel giudizio istaurato dall'atto di appello n. 9182 del 2016), la Sezione – «Ritenuto, nell'ambito della delibazione propria della presente fase cautelare, sufficientemente comprovato allo stato, in particolare, il requisito del periculum, tenuto conto dei possibili effetti patrimoniali

pregiudizievoli che possono derivare alle appellanti dalla esecuzione - peraltro già in itinere - della componente sanzionatoria del provvedimento dell'Autorità resistente nelle more della decisione nel merito del presente giudizio, per la cui deliberazione comunque risulta essere già fissata la pubblica udienza di discussione per il giorno 18 maggio 2017; Ritenuto comunque opportuno subordinare gli effetti della presente ordinanza alla condizione risolutiva, qualora ciascuna delle appellanti non rilasci, nella forma di un contratto autonomo di garanzia (concluso da un istituto bancario, a favore della Autorità resistente), entro quindici giorni dalla comunicazione a ciascuna di esse di questa ordinanza, per la garanzia per un importo corrispondente all'ammontare della sanzione irrogata a ciascuna delle appellanti» – ha sospeso gli effetti della sentenza impugnata.

5.– All'udienza del 18 maggio 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.– Va pregiudizialmente disposta la riunione degli appelli in epigrafe, atteso che gli stessi sono stati proposti avverso due sentenze del giudice di primo grado aventi ad oggetto il medesimo provvedimento di accertamento dell'intesa restrittiva e che i motivi di gravame sono in buon parte sovrapponibili.

1.1.– La vicenda riguarda tre procedure di gare, bandite il 10 giugno 2011 (gara G305), il 15 giugno 2012 (gara G313) e il 16 luglio 2013 (gara G324), dalla Direzione degli Armamenti Navali del Ministero della Difesa, per l'affidamento dei servizi di bonifica di materiali inquinanti da eseguirsi su unità navali presso gli arsenali. Ciascuna delle tre gare era ripartita in tre lotti autonomi: Lotto 1 (Arsenale di Taranto), Lotto 2 (Arsenale di La Spezia) e Lotto 3 (Arsenale di Augusta). La procedura ad evidenza pubblica era di tipo ristretto, con il criterio di selezione del massimo ribasso.

2.– Va scrutinato per primo l'appello n. 9182 del 2016, promosso avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 8499 del 2016.

2.1.– Secondo l'ipotesi accusatoria, l'intesa anticompetitiva sarebbe consistita nel coordinamento reciproco delle imprese sanzionate ai fini della partecipazione nelle gare d'appalto G305, G313 e G324. La concertazione avrebbe avuto il fine di assicurare alle parti dell'accordo illecito di ripartire tra di loro i tre lotti (lotto 1, Arsenale di Taranto; lotto 2, Arsenale di La Spezia; lotto 3, Arsenale di Augusta) che ogni anno venivano messi contestualmente a gara. Per il conseguimento dell'obiettivo indicato, le imprese avrebbero dato vita a tre ATI – denominate dall'Autorità "A", "A1" e "B" – la cui composizione era sempre la stessa per quanto riguarda, sia le società mandanti, sia le società mandatarie (queste ultime erano: TECNOSIT per l'ATI "A", TPS Taranto per l'ATI "A1" e SIMAN per l'ATI "B"). Il coordinamento in sede di gara avrebbe comportato che ciascuna ATI presentasse un'offerta solo in relazione ad un unico e medesimo lotto, e – con riguardo ai lotti di Taranto e Augusta – la redistribuzione dei lavori relativi ai due arsenali interessati tra le imprese confluite nelle due ATI aggiudicatarie, facendo in modo che, per ciascuna commessa, i lavori fossero svolti da sottogruppi preliminarmente concordati. Le imprese si sarebbero in questo modo spartite il mercato, peraltro offrendo ribassi piuttosto modesti rispetto alla base d'asta e crescenti rispetto alle gare pregresse.

2.2.– Rileva preliminarmente il Collegio che l'AGCM ha correttamente preso in considerazione quale mercato rilevante l'ambito merceologico e geografico delle gare G305, G313 e G324, bandite da NAVARM tra il 2011 e il 2013, aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di bonifica da amianto e accessori su navi militari, e articolate nei tre lotti funzionali di Taranto, La Spezia e Augusta.

In termini generali, il mercato «rilevante» si definisce con riferimento sia ai tipi di prodotto o servizio (che debbono essere intercambiabili o sostituibili dal

consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei prezzi e dell'uso finale), sia all'ambito geografico (inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue). Giova premettere che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di «contestualizzazione» delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il «mercato rilevante», al caso specifico. Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni. La definizione del mercato rilevante compiuta dalla AGCM nella singola fattispecie non è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291 e 26 gennaio 2015, n. 334).

In materia di intese anticoncorrenziali, il mercato di riferimento deve essere costituito da una parte rilevante del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica. Tuttavia, anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Diversamente dai casi di concentrazioni e di accertamenti della posizione dominante, in cui la definizione del mercato rilevante è presupposto dell'illecito, in presenza di una intesa illecita la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa poiché l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima circoscrivono il mercato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1272; Id., sez. VI, 13 maggio 2011, 2925). Anche le gare di pubblici appalti

possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia in funzione delle diverse situazioni di fatto.

Ebbene, nel caso in esame, l'iter argomentativo seguito dall'Autorità è coerente con il principio giurisprudenziale secondo cui è consentito «circoscrivere l'ambito merceologico e territoriale all'insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale» (Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032; Id., 30 giugno 2016, n. 2947 e 11 luglio 2016, n. 3047), in quanto caratterizzato dall'incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto agli altri ambiti anche contigui.

2.3.– L'art. 2, della legge n. 287 del 1990, punisce le intese restrittive della concorrenza, frutto dell'incontro di più volontà. È quindi sufficiente la violazione del precetto secondo cui, ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti, è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto. Ciò che è quindi vietata è l'iniziativa che, volta a “concordare” – tramite accordi espressi, pratiche concordate, o deliberazioni di associazioni di imprese ed altri organismi simili – le linee di azione delle singole imprese, anche in funzione dell'eliminazione di incertezze sul reciproco comportamento, finisce con il sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale. Per la sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, non anche necessariamente dell'effetto (Cons. Stato, VI, 22 marzo 2001, n. 1699).

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 (v., *ex plurimis*, Corte Giust. UE, 5 dicembre 2013, C-449/11P), e possono coesistere anche nell’ambito di una stessa intesa, 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. Ne consegue che l’eventuale qualificazione, da parte dell’Autorità antitrust, di una determinata situazione di fatto come “accordo”, anziché come “pratica concordata”, non vale ad modificare 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.

Sul piano probatorio, sia nell’accordo che nella pratica concordata, si richiede che: vi siano comportamenti di più imprese; detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale. Va rimarcato come, per costante giurisprudenza comunitaria spetta, d’un lato, all’autorità che asserisca l’esistenza di un’infrazione alle regole di concorrenza l’onere di darne la prova, dimostrando in forma sufficiente i fatti costitutivi dell’infrazione stessa, mentre, dall’altro lato, incombe all’impresa, che invochi a proprio favore un mezzo difensivo diretto a contrastare una constatazione di infrazione, l’onere di provare che le condizioni per l’efficacia di tale mezzo difensivo sono soddisfatte, di modo che la suddetta autorità dovrà ricorrere ad altri elementi di prova (*ex plurimis* Trib. I grado, 18 giugno 2013, T-406/08). La giurisprudenza di questa Sezione, consapevole della rarità dell’acquisizione della prova piena (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 giugno 2016, n. 294; id., 18 maggio 2015, n. 2514).

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti 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 (in tal senso, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; id., 13 giugno 2014, n. 3032). Tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrata in vigore il 3 febbraio 2017 – inapplicabile *ratione temporis* in via diretta al presente processo –, il cui art. 7, comma 1, per quanto qui interessa, testualmente recita: «[...] *Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima* [...]»).

2.4.– Nella fattispecie in esame, la sussistenza dell'intesa illecita è avvalorata, sia da elementi «endogeni», sia da evidenze documentali.

2.4.1.– Le anomalie comportamentali che “segnalano” l’esistenza di una concertazione sono:

- la costituzione coordinata di ATI dotate di compagini omogenee (sia nell’ATI “A” che nell’ATI “A1” sono infatti presenti diverse imprese dotate di specializzazioni del tutto omogenee, che non a caso in passato hanno concorso in schieramenti separati), nelle quali si sono trovate a cooperare operatori professionali che precedentemente figuravano in raggruppamenti concorrenti;
- la strategia partecipativa consistente nella presentazione della domanda di partecipazione, da parte delle ATI, anche su più lotti, per i quali, dopo la fase di pre-qualifica, non veniva formulata alcuna offerta;
- l’uso coordinato di ciascuna ATI per la presentazione di offerte in un solo e diverso lotto (sempre l’ATI “A” per il lotto di Taranto e sempre l’ATI “A1” per il lotto di Augusta;
- la riallocazione effettiva dei lavori tra una parte soltanto dei componenti delle due ATI, dimodoché per ciascun lotto la reale esecuzione dei lavori veniva affidata ai componenti dell’ATI che già in passato avevano operato in relazione al lotto considerato;
- a partire dalla gara n. G313 (del 2012), si assiste poi alla reciproca astensione delle imprese coinvolte nell’intesa dalla presentazione di offerte nei lotti che la concertazione attribuiva ai concorrenti;
- l’anomalo andamento decrescente dei ribassi presentati registratosi rispetto alla precedenti gara.

2.4.2.– Il parallelismo di condotte, attraverso le quali si è manifestata una marcata discontinuità rispetto alle dinamiche competitive registratesi nelle pregresse gare, ha trovato spiegazione e riscontro in molteplici documenti attestanti ripetuti contatti e scambi di informazione tra imprese concorrenti idoneo a facilitare, per

effetto della conseguente consapevolezza delle condotte da tenere in sede di gara, il coordinamento delle condotte parallele.

In primo luogo, vi sono evidenze scritte dei contatti intrattenuti da TPS TARANTO e TECNOSIT, nel corso dei quali queste ultime concordavano la composizione delle ATI destinate a presentare offerta sui diversi lotti delle gare (cfr. le email acquisite presso MAREN e presso a TECHNOMONT: doc. 10 del fascicolo di primo grado).

Ulteriori documenti reperiti in sede ispettiva comprovano come le imprese aderenti alle due ATI "A" e "A1", dopo l'affidamento dei lotti (di Taranto e Augusta), dividevano i lavori diversamente da quanto prospettato negli atti costitutivi delle ATI, in modo da lasciarne la realizzazione effettiva ad una parte soltanto dei partecipanti a ciascun raggruppamento (cfr. doc. 21, 19, 17 e 18 del fascicolo di primo grado; estremamente significative sono anche le dichiarazioni rese, in sede istruttoria, dalla SAIT, la quale riconosce di avere svolto, in relazione alla gara G305, lotto di Augusta, tutti i servizi di bonifica, ivi compresi quelli di bonifica spettanti a TECNOSIT).

2.5.– In questo quadro, appare immune dai denunciati vizi di legittimità la valutazione di inattendibilità che la stessa Autorità ha espresso in merito alla spiegazione del parallelismo alternativa al coordinamento, fornita dalle parti. Pur essendo onere dell'Autorità fornire tutti gli elementi probatori a sostegno delle contestazioni mosse alle imprese, in presenza di evidenze precise e concordanti, spetta infatti alle imprese prospettare ipotesi alternative rispetto a quelle formulate dall'Autorità.

Non coglie nel segno l'affermazione secondo cui la costituzione delle ATI era indispensabile alle imprese sanzionate per partecipare alle procedure di affidamento. Come correttamente replicato dall'Autorità, la condotta contestata non consiste nell'aver partecipato alle gare in forma di raggruppamento, bensì

nell'impiego strumentale delle ATI per spartire i lavori relativi ai due lotti di Taranto e Augusta, tra gruppi di imprese che in passato avevano presentato offerte concorrenti. Quanto all'enfatizzazione del carattere "a chiamata" dell'appalto, è dirimente considerare che le imprese in concreto astenutesi dalla partecipazione ai lavori non hanno dimostrato che i servizi per i quali esse partecipavano alle ATI non erano stati chiesti dagli Arsenalari interessati.

Occorre poi ricordare che le intese finalizzate alla ripartizione dei mercati hanno un oggetto restrittivo della concorrenza in sé e appartengono a una categoria di accordi espressamente vietati dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché un siffatto oggetto non può essere giustificato mediante un'analisi del contesto economico e giuridico in cui si iscrive la condotta anticoncorrenziale di cui trattasi (Corte Giust. UE, 19 dicembre 2013, cause riunite C-239/11 P, C 489/11 P e C 498/11 P). Ne deriva che non può costituire una causa di giustificazione di un'intesa restrittiva volta alla ripartizione del mercato la circostanza che, diversamente, l'impresa non avrebbe potuto perseguire i propri interessi commerciali.

Quanto alla progressiva riduzione dei ribassi nell'ambito delle gare in esame – che secondo le appellanti sarebbero spiegabili in ragione di asseriti aumenti dei costi di produzione che la stazione appaltante non avrebbe computato in sede di definizione della base d'asta, unitamente ai tempi impiegati dalla stazione appaltante per l'esecuzione dei lavori – la stazione appaltante ha dimostrato di avere effettuato con cadenza annuale periodiche rivalutazioni degli importi a base di gara. Peraltro, gli asseriti ingenti aumenti dei costi di produzione (nell'arco temporale in cui colloca la concertazione anticompetitiva) non sono supportate da documentazione idonea.

2.6.– In definitiva, l'ipotesi accusatoria deve essere considerata vera quando – come accade nella specie – risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi

raccolti, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

2.7.– Veniamo da ultimo alle censure con le quali parte ricorrente ha contestato la quantificazione della sanzione.

2.7.1.– Con la decisione che accerta un'infrazione grave degli articoli 2 e 3 della legge n. 287 del 1990 o degli articoli 101 e 102 TFUE, l'Autorità, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone «l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida», ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990. L'articolo 31 della medesima legge stabilisce che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle norme in materia di concorrenza «si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689». A sua volta, l'articolo 11 della legge n. 689/81 prevede che nel determinare l'importo della sanzione «si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

Nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, nei limiti di quanto previsto dalle richiamate norme. In particolare, la sanzione non deve superare il dieci per cento del fatturato totale realizzato a livello mondiale in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Nel rispetto di tali vincoli, ai fini di un'effettiva deterrenza, il livello della sanzione irrogata non deve eccedere quanto necessario per indurre le imprese a conformarsi alle norme antitrust.

Trova applicazione, nel caso in esame, la delibera dell'AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152 («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»), in quanto la comunicazione delle risultanze istruttorie del procedimento è stata trasmessa alle parti dopo l'emanazione di siffatta delibera. Ivi si legge che, affinché la sanzione abbia un'effettiva efficacia deterrente, è almeno necessario che essa non sia inferiore ai vantaggi che l'impresa si attende di ricavare dalla violazione. Tali vantaggi, dipendendo dalla tipologia di infrazione posta in essere, sono funzione del valore complessivo delle vendite interessate dalla condotta illecita. Per questa ragione, le sanzioni applicabili agli illeciti antitrust devono essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato rilevante nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione. La percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce deve essere determinata in funzione del grado di gravità della violazione (non potendo però essere superiore al 30%).

L'importo di base della sanzione si ottiene dunque moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione e alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione.

2.7.2.– Nel caso di specie, gli importi delle sanzioni da applicare alle imprese sono risultati i seguenti: Tecnosit € 4.233.674,50; TPS Taranto € 1.604.681,75; Siman € 2.941.614,54; Maren € 662.520,62; Consorzio Chiome € 847.550,50; Serveco € 863.845,40; Coibesa € 1.143.961,21; Technomont Taranto € 335.418,75; Work Service € 469.569,00; Comerin € 49.525,00; Metalblok € 140.469,37; Sait € 189.695,00.

La ritenuta gravità dell'intesa orizzontale ha costituito, ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, parametro di commisurazione della sanzione, pari fino

al 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. In applicazione delle menzionate linee guida, l'AGCM ha poi preso in considerazione «per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione».

Nell'ambito di ciascuna ATI, poi, gli importi di aggiudicazione sono stati ripartiti secondo le quote di partecipazione al raggruppamento. È stata applicata per tre società (TECNOSIT, TSP TARANTO E SIMAN) un'ulteriore percentuale del 15% dell'importo base a titolo di aggravante «in ragione del ruolo decisivo nella promozione, realizzazione e organizzazione dell'infrazione». A due società (SAIT e METALBLOC), è stata invece riconosciuta una diminuzione, sempre nella medesima misura percentuale, rispettivamente, in ragione dell'efficace collaborazione fornita nel corso del procedimento istruttorio e in considerazione del ruolo marginale rivestito.

2.7.3.– Il giudice di prime cure si è pronunciato, con motivazioni condivise dal Collegio, sulle doglianze relative alla mancata considerazione della problematicità delle condizioni economiche delle parti, nonché dei condizionamenti alle condotte di impresa impressi dalla peculiarità dei bandi di gara di cui trattasi.

2.7.4.– Appare invece fondata la censura relativa al mancato rispetto del parametro di commisurazione della sanzione incentrato sulla gravità della condotta.

Si è già detto che, nel caso di intesa avente un oggetto anticoncorrenziale, non è necessario, perché la stessa possa essere qualificata come illecita, effettuare ulteriori valutazioni sugli effetti concreti che la stessa ha avuto sul mercato, la suddetta qualificazione conseguendo al riscontro dell'oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza. La giurisprudenza comunitaria ha affermato la possibilità

di pratiche concordate condannabili “per oggetto” pur in mancanza di effetti concreti (v. Corte Giust. CE, 8 luglio 1999, C-49/92; Trib. I grado CE, 8 luglio 2004, T-50/00), con ciò riferendosi a “pratiche facilitanti” atte a favorire il coordinamento dei comportamenti concorrenziali delle imprese coinvolte, per quanto non ancora produttive di concreti effetti anticoncorrenziali.

Tuttavia, l'analisi degli effetti prodotti sul mercato ben può incidere sulla valutazione di gravità della intesa illecita e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092).

Nel caso in esame, mentre è certamente emersa l'esistenza di un'intesa avente un oggetto potenzialmente anticoncorrenziale, l'analisi degli effetti concreti è rimasta priva di adeguati approfondimenti. Anche nelle Linee Guida, tra i criteri di qualificazione della gravità, di cui l'Autorità deve tenere conto ai fini della scelta della percentuale da applicare al valore delle vendite, figura espressamente: «[...] *la rilevanza dell'effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi*». La mancanza individuazione del concreto pregiudizio arrecato al funzionamento del mercato e il dato per cui il differenziale tra i ribassi percentuali sul prezzo base di gara per gli appalti oggetto di istruttoria e quello tra analoghe procedure estranee al perimetro del presente procedimento risulta – secondo quanto dedotto dalle odierne appellanti senza specifica contestazione di controparte – a pochi punti percentuali, doveva essere preso in considerazione nella scelta della percentuale applicabile al valore delle vendite. Si tratta di elementi che, senza certo poter condizionare per le ragioni illustrate la valutazione di gravità dell'intesa da svolgere in sede di verifica circa la sussistenza dell'illecito, non potevano essere tuttavia pretermessi in sede di quantificazione della sanzione da irrogare.

2.7.5.– Tirando le fila sul punto, ai sensi art. 134, comma 1, lett. c) del c.p.a., che riconosce in materia al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito, e conformemente ai precedenti specifici sul punto (cfr. Sez. VI, sentenze n. 3057 e n. 3016 del 2017, relative alla medesima vicenda contenziosa), la misura della sanzione pecuniaria comminata dall'AGCM deve essere ridotta del 70%.

3.– Veniamo ora all'appello n. 9385 del 2016 sollevato da Serveco s.r.l., avente ad oggetto la diversa sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 8500 del 2016.

3.1.– Ai fini del rigetto delle censure incentrate sull'incongruenza motivazionale e sul deficit probatorio a supporto dell'impianto ricostruttivo contenuto nel provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, è sufficiente riportarsi alle argomentazioni sopra svolte.

Non resta che esaminare la posizione specifica dell'odierna esponente.

3.2.– Come si illustrato nella premessa fatto, la società invoca la propria estraneità alla condotta anticompetitiva, la quale sarebbe desumibile dalla sua posizione di mandante partecipante alla sola ATI "A", dalla corrispondenza tra la percentuale di lavori portata a compimento e quella assegnata dall'atto costitutivo, nonché dalla marginalità della sua partecipazione (non superiore al 10% del valore totale del lotto aggiudicato).

Va premesso che, secondo la giurisprudenza europea, quando una decisione che applica l'articolo 101 TFUE (ex art. 81 TCE) riguarda più destinatari e pone un problema di imputabilità dell'infrazione, essa deve contenere una motivazione sufficiente nei confronti di ciascuno dei destinatari, specie di quelli che, secondo il tenore della stessa decisione, dovranno sopportare l'onere conseguente all'infrazione (Trib. I grado CE, 28 aprile 1994, T 38/92; id., T 330/01), con la precisazione che l'accertamento dell'elemento soggettivo quanto meno della colpa costituisce il presupposto per l'applicazione delle sanzioni amministrative

pecuniarie, ai sensi dell'art. 11, paragrafo 2, del Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 (concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato), ma non costituisce elemento costitutivo dell'illecito antitrust (ad es., ai fini dell'adozione di misure interdittive).

Gli accordi e le pratiche concordate di cui all'art. 101 TFUE derivano necessariamente dal concorso di due o più imprese, tutte coautrici dell'infrazione, la cui partecipazione può però presentare forme differenti a seconda, segnatamente, delle caratteristiche del mercato interessato e della posizione di ciascuna impresa su tale mercato, degli scopi perseguiti e delle modalità di esecuzione scelte o previste: tuttavia, la semplice circostanza che ciascuna impresa partecipi all'infrazione secondo forme ad essa peculiari non basta ad escluderne la responsabilità per il complesso dell'infrazione, compresi i comportamenti materialmente attuati da altre imprese partecipanti che però condividano il medesimo oggetto o il medesimo effetto anticoncorrenziale (Corte di Giustizia CE, 8 luglio 1999, C 49/92 P). In tali casi, spetta all'Autorità nazionale antitrust dimostrare che la suddetta impresa intendeva contribuire con il proprio comportamento agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti e che era a conoscenza dei comportamenti materiali previsti o messi in atto da altre imprese nel perseguire i medesimi obiettivi, oppure che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi (Corte Giustizia CE, 8 luglio 1999, C-49/92 P).

3.3.— Su queste basi, correttamente il giudice di primo grado ha ritenuto imputabile anche SERVECO la conoscenza del disegno collusivo, in quanto molteplici elementi conducono a ritenere che l'impresa abbia inteso contribuire agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti, in quanto consapevole della condotta pianificata o quantomeno perfettamente in grado di prevederla.

La società, in considerazione dell'esperienza professionale e della sua pregressa partecipazione alle gare pregresse svoltesi nel medesimo segmento merceologico e

geografico, non poteva non avere constatato la discontinuità dell'atteggiamento competitivo delle imprese prima concorrenti e poi raggruppate in un'unica compagine, con all'interno anche società aventi (senza apparente giustificazione economica) le medesime specializzazioni. Scostamento anomalo della strategia imprenditoriale che SERVECO ha quantomeno inteso assecondare, avendo deciso di permanere nell'ATI e nella commessa per tutte le gare bandite nel 2011, 2012 e 2013, senza assumere iniziative di dissociazione o denuncia della pratica concordata.

Come correttamente affermato dal giudice di prime cure non sono in contraddizione con la ricostruzione dell'illecito collusivo, i rilievi relativi all'effettiva esecuzione della quota lavori ad essa spettante secondo l'atto costitutivo dell'ATI e alla disponibilità di un impianto di smaltimento rifiuti speciali in loco.

3.4.– Venendo alla quantificazione della sanzione, non appaiono fondate le censure con le quali SERVECO lamenta il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti in relazione a molteplici fattori dalla stessa individuati.

È sufficiente al riguardo evidenziare che:

- la mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'attività istruttoria non costituisce di per sé una circostanza attenuante;
- l'avvenuta presentazione di impegni da parte della società non può incidere sul trattamento sanzionatorio ove, come nel caso all'esame, siano stati valutati negativamente dall'Autorità;
- la collaborazione nel corso del procedimento con l'AGCM per essere valutata come circostanza attenuante deve andare al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge e deve manifestarsi in maniera particolarmente efficace (non risulta che la condotta della società appellante sia stata tale da rendere più agevole il compito di accertare l'infrazione o di inibirla);

- non risulta, che la società appellante abbia svolto un ruolo marginale nella partecipazione alla infrazione, tale da giustificare l'applicazione di circostanze attenuanti, in quanto essa ha comunque concretamente attuato la pratica illecita.

3.5.– Deve invece procedersi alla riduzione della sanzione pecuniaria comminata dall'AGCM nella misura del 70%, per gli stessi motivi indicati ai paragrafi 2.6.4. e 2.6.5. della motivazione.

4.– Conclusivamente, gli appelli vanno accolti con esclusivo riferimento alla rideterminazione della sanzione in riduzione, nella misura del 70%.

4.1.– La complessità delle questioni dedotte e la parziale reciproca soccombenza giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di entrambi i gradi dei giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe indicati, li accoglie ai sensi e nei limiti della motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata e in parziale accoglimento dei ricorsi di primo grado, ridetermina la sanzione finale nella misura di cui alla motivazione.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio sono compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Dario Simeoli

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO