

APPALTI - INTESA RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA - NATURA GIURIDICA - FATTISPECIE DI PERICOLO - ACCERTAMENTO - VULNUS POTENZIALE - SUFFICIENZA

L'intesa restrittiva della concorrenza, in quanto "fattispecie di pericolo", si perfeziona sin dal momento in cui la condotta posta in essere sia idonea a mettere in pericolo il valore protetto - il libero gioco della concorrenza - a prescindere dall'effettiva realizzazione dell'evento dannoso che la norma intende evitare.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 236/2020

Pubblicato il 10/01/2020

N. 00236/2020REG.PROV.COLL.

N. 05996/2018 REG.RIC.

N. 06253/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5996 del 2018, proposto da Vitalaire Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Claudio Tesauro, Sara Lembo e Federica Puliti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Tesauro in Roma, via Vittoria Colonna, 39;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

So.Re.Sa. s.p.a., Federfarma Campania, non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6253 del 2018, proposto da Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Vitalaire Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Claudio Tesauero, Sara Lembo e Federica Puliti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Tesauero in Roma, via Vittoria Colonna 39;

nei confronti

So.Re.Sa. s.p.a., Federfarma Campania, Asur Marche, Azienda sanitaria locale della provincia di Milano 1, non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5996 del 2018:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio 24 aprile 2018, n. 4475, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 6253 del 2018:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio 24 aprile 2018, n. 4475, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità garante della concorrenza e del mercato e di Vitalaire Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti l'avvocato Cassano in dichiarata delega degli avv.ti Perfetti e Tesauro e l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 5996 del 2018, Vitalaire Italia s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio 24 aprile 2018, n. 4475 con la quale accolto in parte, con rinvio all'autorità competente per la nuova quantificazione della sanzione da irrogare alla originaria ricorrente, il ricorso proposto da Vitalaire Italia s.p.a. contro Autorità garante della concorrenza e del mercato, So.Re.Sa. s.p.a. e Federfarma Campania per l'annullamento – del provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016 adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato all'esito del procedimento I/792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia, notificato tramite posta elettronica certificata a Vitalaire Italia s.p.a. in data 19 gennaio 2017;

Dinanzi al giudice di prime cure, la Vitalaire Italia s.p.a. (Vitalaire) chiedeva l'annullamento della determinazione con la quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("AGCM" o "Autorità"), a conclusione del procedimento istruttorio I/792, nella parte in cui aveva ritenuto che la ricorrente, unitamente alle società Linde, Eubios, Medicaire Sud, Oxy Live, Ossigas, Tergas, Vivisol Napoli s.r.l. e Magaldi ("le parti", anche dette "HCP", acronimo di Home Care Providers), avessero posto in essere un'unica intesa complessa e continuata in

violazione dell'art. 101 del TFUE, avente per oggetto una strategia di coordinamento tesa a mantenere artificiosamente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da SO.RE.SA. s.p.a. ("SORESA") nel 2014.

Il procedimento, avviato il 7 ottobre 2015, poi integrato con le estensioni soggettive e oggettive intervenute, aveva ad oggetto l'esistenza di tre distinte intese poste in essere in occasione di distinte procedure di gara per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e/o ventiloterapia domiciliare indette da ASL Milano 1, Azienda sanitaria unica regionale delle Marche e SORESA.

L'Autorità, dopo avere inviato alle parti le risultanze istruttorie del procedimento, aveva adottato, con delibera del 21 dicembre 2016 in questa sede impugnata, il suddetto provvedimento con il quale accertava la sussistenza della surriferita intesa tra tutte le parti del procedimento, infliggendo alla ricorrente una sanzione pari a 927.906 euro per la terza intesa.

Il mercato rilevante era individuato nella somministrazione presso la dimora di pazienti affetti da disturbi respiratori cronici di ossigeno liquido o di altri gas, espressamente qualificati dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 quali "medicinali per uso umano".

L'intesa come accertata si sostanziava, per l'AGCM, nel coordinamento delle politiche commerciali delle parti, allo scopo di mantenere artificiosamente elevato il livello dei prezzi dei servizi, anche tramite la concertazione sulle modalità di partecipazione alla gara indetta da SORESA nel 2014.

Sul piano probatorio, il provvedimento si basava su elementi endogeni ed esogeni, complessivamente raccolti al fine di dimostrare l'esistenza di un'attività volta a mantenere artificiosamente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, a

ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara.

Veniva in considerazione, secondo l'Autorità, una intesa segreta orizzontale di fissazione dei prezzi, nonché volta a condizionare le dinamiche di una gara ad evidenza pubblica, che ha coinvolto i maggiori operatori del mercato di riferimento. Il provvedimento irrogava le sanzioni, alla luce della rilevata qualifica di "molto grave" dell'intesa e della sua durata, secondo quanto previsto dalle "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", affermando che la partecipazione all'intesa della ricorrente ha avuto inizio nel dicembre 2012 (quando si sono verificati i primi contatti tra le parti volti a ostacolare un'eventuale riduzione dei prezzi del servizio) fino al settembre 2014, data di presentazione delle offerte in sede di gara, bandita da SORESA.

Con il ricorso in primo grado, l'originaria ricorrente – dopo un'ampia introduzione sui presupposti di fatto dell'intera fattispecie - lamentava, in sintesi, quanto segue.

"I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del TFUE in ordine alla qualificazione della fattispecie come pratica concordata assistita da elementi di prova esogeni."

Per quanto riguardava la gara SORESA, Vitalaire rilevava che i due documenti principalmente presi a riferimento dall'AGCM non potevano dimostrare la sua partecipazione all'intesa, in quanto la società non era mai richiamata in essi e il numero di pazienti indicato era completamente errato per quel che la riguardava, mentre, per quel che riguardava lo scambio di "mail, del 28 febbraio 2014, esso riguardava informazioni relative a ciascuna ASL Campania inerenti: (i) il numero di pazienti in terapia, (ii) il consumo annuo di ossigeno (in metri cubi e per bombole)

e (iii) il fatturato annuo 2013, richiesti al fine di concludere i contratti con le singole ASL per la fornitura del servizio di OTD nel periodo immediatamente antecedente la gara, fermo restando che solo una coinvolgeva la ricorrente.

“II. Eccesso di potere: difetto di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, difetto assoluto di motivazione e di prova in ordine all'autonoma verifica di una spiegazione alternativa alla collusione.”

Le conclusioni cui era pervenuta l'AGCM erano frutto di una ricostruzione gravemente lacunosa e imprecisa, fondandosi su una inversione del corretto meccanismo logico-giuridico di interpretazione dei fatti e riversando sulle parti l'onere di provare che le condotte parallele riscontrate sul mercato non erano frutto di un coordinamento illecito, bensì di decisioni strategiche unilaterali adottate sulla base di solide e razionali valutazioni economiche.

Non era stata effettuata un'attenta analisi in grado di dimostrare che la ricostruzione dell'AGCM fosse l'unica a dare un senso accettabile alla storia che si proponeva per la ricostruzione dell'intesa illecita.

L'Autorità avrebbe dovuto analizzare la struttura dei bandi di gara, in considerazione della peculiarità di ciascun bacino di riferimento e della regolazione applicabile e, quindi, procedere ad un'analisi economica volta a verificare la razionalità del comportamento di gara assunto da ciascuna impresa; né risultava che fosse stata formulata alcuna richiesta di informazioni volta a raccogliere dati – quali costi e prezzi pre-gara – per svolgere un'analisi di redditività funzionale alla valutazione della razionalità economica della condotta di Vitalaire.

“III. Eccesso di potere: difetto di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, difetto assoluto di motivazione e di prova in ordine alle spiegazioni economiche alternative offerte da Vitalaire.”

La condotta di Vitalaire nell'ambito di tutte e tre le gare oggetto del provvedimento impugnato era stata il frutto di decisioni strategiche unilaterali adottate sulla base di solide e razionali valutazioni economiche.

Per quel che riguardava la gara SORESA, la ricorrente richiama le peculiarità del modello adottato in Campania per distribuire l'OTD, che prevedeva la necessaria intermediazione delle farmacie, in un sistema ove Federfarma negoziava con la Regione Campania il corrispettivo della propria attività di intermediazione nonché il prezzo dell'ossigeno, a condizioni economiche più vantaggiose rispetto al prezzo ufficiale stabilito dall'AIFA. Federfarma, quindi, sottoscriveva con il maggior numero di HCP presenti sul territorio una convenzione, in cui quest'ultimi si impegnavano a fornire il servizio di OTD al prezzo concordato tra Federfarma e la Regione.

In data 4 dicembre 2012 gli HCP avevano aderito ad una nuova convenzione proposta da Federfarma, secondo cui a partire dal 1° gennaio 2013 i prezzi di fornitura dell'OTD sarebbero stati ulteriormente ribassati rispetto al periodo precedente (i.e. da 100 Euro/confezione ad 85 Euro/confezione "Convenzione 2013"). A distanza di due settimane, tuttavia, Federfarma proponeva agli HCP di modificare la Convenzione 2013, chiedendo un ulteriore ribasso. Tale richiesta era motivata dalla necessità di garantire ai farmacisti un sufficiente margine di guadagno, a discapito dell'interesse pubblico ad una riduzione della spesa sanitaria che avrebbe potuto essere assicurata da un sistema di distribuzione diretto. A fronte, quindi, della richiesta di Federfarma, Vitalaire e gli altri HCP sottoscrivevano in data 20 dicembre 2012 una lettera in cui, tenuto conto della Convenzione 2013 sottoscritta pochi giorni prima, si rifiutavano di ribassare ulteriormente i prezzi concordati, riservandosi di applicare il prezzo ufficiale prescritto dall'AIFA, nel caso in cui non fosse stato raggiunto un diverso accordo con Federfarma.

La lettera, pertanto, lungi dal rappresentare espressione di un'intesa di prezzo, era la legittima reazione degli HCP all'operato di Federfarma, che pur di mantenere un ruolo nel sistema distributivo dell'ossigeno continuava ad interloquire con la Regione per garantire un margine di guadagno ai propri associati a discapito degli HCP stessi.

Inoltre, Vitalaire aveva scelto di partecipare alla gara seguendo un preciso "iter" razionale sotto il profilo economico, che era illustrato ampiamente, scegliendo di presentare offerta solo sui lotti ritenuti più redditizi, tenuto conto: (i) della loro vicinanza al sito produttivo della Società – situato a Gricignano d'Aversa in provincia di Caserta – che avrebbe creato le migliori sinergie in termini di risparmio per costi di trasporto e logistica; (ii) della reputazione di ciascuna delle ASL competenti per singolo lotto in termini di maggiore solvibilità e tempestività nel corrispondere i pagamenti.

La ricorrente aveva presentato l'offerta migliore sul lotto 2 (Napoli Nord), quello più vicino al sito produttivo e con la migliore reputazione in termini di garanzie di pagamento, e non aveva presentato offerta altrettanto competitiva sul lotto 6 (Caserta) perché aveva un'estensione territoriale estremamente più ampia del lotto Napoli Nord ma una densità di pazienti minore, imponendosi altrimenti alla società costi logistici molto più elevati.

L'offerta sul lotto 3 avrebbe consentito, in caso di aggiudicazione su uno degli altri, di realizzare le migliori sinergie in termini di costi di trasporto e logistica.

La mancata presentazione dell'offerta sul lotto 1 era giustificata in quanto la relativa ASL era stata classificata da "Assobiomedica" come il "peggior pagatore" campano, come da documentazione allegata in atti.

Quindi, per tutte le procedure, l'AGCM si era astenuta dal:

- definire correttamente la fattispecie giuridica oggetto di contestazione;

- condurre un'autonoma analisi economica tesa a verificare che l'ipotesi collusiva fosse l'unica in grado di dare una spiegazione credibile al parallelismo di condotte delle imprese, trincerandosi invece dietro la presenza di asseriti contatti qualificati tra le imprese per invertire, illegittimamente, l'onere della prova in capo a quest'ultime;

- condurre un'attenta analisi delle circostanziate spiegazioni alternative fornite da Vitalaire a sostegno della razionalità e liceità delle proprie condotte, anche alla luce delle caratteristiche dei servizi oggetto di analisi, del quadro regolatorio di riferimento e del contesto di mercato, il cui esame era invece doveroso, essendo contestata nel caso di specie un'intesa restrittiva "per oggetto".

"IV. In via subordinata: violazione dell'art. 11 della legge n. 689/1981 e degli artt. 15 e 31 della legge n. 287/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'AGCM."

In via subordinata, la ricorrente contestava la qualificazione di gravità dell'intesa nonché l'eccessiva e sproporzionata quantificazione della stessa, dato che era stata contenuta nel 10% del massimo edittale pur riferendosi a circostanze limitate e la medesima percentuale sarebbe stata applicata anche se la ricorrente fosse stata ritenuta partecipe in molte più intese contestuali.

In sostanza, l'ampio margine di discrezionalità di cui l'Autorità dispone nell'imposizione delle sanzioni doveva trovare un limite insormontabile nel fondamentale principio di proporzionalità che fa parte ormai da tempo dell'ordinamento giuridico europeo e, a fortiori, di quello nazionale.

Non erano condivisibili neppure le conclusioni dell'Autorità sulla segretezza degli asseriti illeciti, che avevano condotto quest'ultima ad applicare, al valore preso a

riferimento per il calcolo dell'importo base, una percentuale del 20%, per tutte e tre le fattispecie contestate.

L'intesa infatti non era da considerarsi "segreta", posto che gli asseriti contatti illeciti tra Vitalaire e i concorrenti avevano avuto luogo sempre e comunque in contesti pubblici ed istituzionalizzati e non era ravvisabile alcun artificio posto in essere dagli HCP per occultare la presunta intesa collusiva.

Le infrazioni contestate avevano interessato un numero assolutamente esiguo di gare se si considerava l'elevato numero di procedure analoghe ad evidenza pubblica bandite ogni anno sul territorio nazionale. Comunque, per la gara SORESA, l'Autorità non aveva tenuto in considerazione la riduzione del prezzo conseguente all'aggiudicazione della gara.

Nessun rilievo era attribuito all'attenuante relativa all'esistenza di condotte pubbliche idonee a favorire o comunque facilitare le asserite infrazioni e, sul riconosciuto programma di "compliance", rivolto a prevenire la violazione delle norme nazionali e comunitarie in materia di abusi di posizione dominante o intese restrittive della concorrenza, l'Autorità avrebbe dovuto applicare alla ricorrente una riduzione dell'importo base pari al massimo consentito dalle Linee Guida (il 15%), vista la robustezza del programma in questione.

Nel contesto campano, infine, era stata la stessa Regione a strutturare il mercato in modo da escludere una negoziazione bilaterale con gli HCP, obbligandoli (di fatto) ad interfacciarsi con Federfarma per aderire alle convenzioni annualmente proposte da quest'ultima e Vitalaire si era limitata ad assecondare quella che era una prassi generalizzata del settore che trovava l'avallo e l'incentivo da parte di autorità pubbliche.

Si costituiva in giudizio l'AGCM, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 15 settembre 2017 n. 4774, il T.A.R. accordava la tutela cautelare richiesta, limitatamente alla sospensione della sanzione, in quanto legata alla

spontanea 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.

Alla pubblica udienza del 14 marzo 2018 la causa era discussa e decisa con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva parzialmente fondate le censure proposte, sottolineando l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione all'individuazione di una intesa illegittima in relazione alle prime due fasi oggetto di contestazione (ossia la non adesione delle parti alla Convenzione con Federfarma nel dicembre 2012 e l'azione concertata volta a concordare la strategia da assumere nei confronti della procedura di Accordo Quadro attivata da SORESA in data 30 gennaio 2014), mentre riconosceva la fondatezza dell'impianto accusatorio in relazione all'accordo nell'ambito della gara a evidenza pubblica, imponendo conseguentemente all'AGCM di rimodulare la sanzione irrogata.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, al fine di conseguire il totale accoglimento del proprio ricorso originario e chiedendo, altresì, l'accoglimento della domanda cautelare, in relazione alla sanzione ancora dovuta.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 30 agosto 2018, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza 3 settembre 2018 n. 4126.

La stessa sentenza veniva altresì impugnata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con ricorso iscritto al nrg. 6253 del 2018, dolendosi, per ragioni opposte a quelle della Vitalaire, della pronuncia del T.A.R.. La stessa Vitalaire si costituiva per resistere all'appello dell'Autorità.

Alla pubblica udienza del 14 novembre 2019, i due ricorsi sono stati congiuntamente discussi e assunti in decisione.

DIRITTO

1. - In via preliminare ed a norma dell'art. 96 comma 1 del codice del processo amministrativo, va disposta la riunione dei diversi appelli, in quanto proposti contro la stessa sentenza.

Gli stessi appelli saranno poi esaminati anteponendo quello dell'Autorità, nrg. 6253 del 2018, che incide sull'esistenza della fattispecie collusiva, per poi valutare quello di Vitalaire, n. 5996 del 2018, che riguarda le ulteriori ragioni di diritto non esaminate dal primo giudice ed il conseguenziale profilo della quantificazione della sanzione.

2. - Col primo motivo, rubricato "Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 101 TFUE - Travisamento dei fatti relativi alla prima fase dell'intesa - errore di fatto e di diritto sul ruolo di Federfarma", la parte appellante critica l'impugnata sentenza nella parte in cui ha negato che l'accordo del 20/12/2012, con cui le imprese del settore si erano impegnate a non accettare il prezzo proposto dalla Regione Campania per l'erogazione del servizio di OTD, configurasse un'intesa anticoncorrenziale.

Secondo il Tribunale l'accordo non avrebbe valenza antitrust in quanto le imprese partecipanti non avrebbero avuto il potere di alterare il mercato in considerazione del ruolo preponderante rivestito da Federfarma nella fissazione dei prezzi del servizio in esame.

Tuttavia, la detta associazione di categoria non avrebbe avuto alcun potere in ordine alla determinazione del prezzo in questione, stante la funzione di mera intermediaria tra domanda (della Regione) e offerta (delle imprese HCP), dalla stessa svolta, funzione peraltro remunerata attraverso una percentuale fissa sui servizi erogati, del tutto indipendente dal prezzo riconosciuto alle imprese HCP.

In ogni caso, la condotta posta in essere dalle dette imprese risulterebbe illecita anche laddove Federfarma avesse avuto il ruolo ipotizzato dal Tribunale. In nessun

caso, infatti, gli operatori economici di un settore potrebbero coordinarsi per ottenere prezzi più elevati.

La doglianza viene poi ampliata nel secondo motivo di diritto, rubricato “Violazione e/o falsa applicazione, sotto altro profilo, dell’articolo 101 TFUE. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto per illogicità manifesta in ordine alla definizione di intesa c.d. “per oggetto” che, riguardando parimenti la ricostruzione dell’esistenza dell’intesa, può essere qui esaminato congiuntamente.

2.1. - Le doglianze sono fondate e vanno accolte.

Con l’accordo sottoscritto al termine di una riunione tenutasi in data 20 dicembre 2012 le imprese HCP Vivisol, Vitalaire, OXY Live, Medicaire Sud, Ossigas, Eubios, Magaldi, Euroossigeno, Linde, GCO e TER.GAS, in opposizione alla richiesta della Regione Campania di ridurre, per l’anno 2013, il prezzo per l’erogazione del servizio di OTD in convenzione, hanno concordato quanto segue: “in riferimento alla convenzione sottoscritta tra Federfarma e gli Home Care Provider in data 4.12.2012 in merito alla distribuzione di ossigeno liquido (...) vi comunichiamo che gli HCP non sono disponibili a rivedere le condizioni concordate con la convenzione precedentemente richiamata, inoltre riteniamo caduti tutti i precedenti accordi sottoscritti tra le parti, pertanto vi comunichiamo che a far data dal 1 gennaio 2013 gli HCP firmatari della presente comunicazione si rifaranno al prezzo AIFA di fatturazione per le relative confezioni”.

Il trascritto accordo risulta illecito già di per sé, indipendentemente dall’accertare il ruolo svolto nella vicenda da Federfarma, non essendo in nessun caso consentito agli operatori economici coordinarsi fra loro al fine di concertare una comune strategia commerciale finalizzata a conseguire una più elevata remunerazione delle prestazioni rese, dovendo gli stessi determinare in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato di riferimento.

Peraltro, come correttamente accertato dall'Autorità, nella fattispecie la suddetta associazione di categoria non ha avuto alcun ruolo nella determinazione del prezzo da riconoscere agli HCP, per l'assorbente ragione che non esercitando alcun potere su questi ultimi, non aveva alcuna possibilità di incidere sui prezzi del servizio da costoro erogato.

L'affermazione del Tribunale secondo cui Federfarma "era interessata a ottenere, tramite una riduzione del prezzo complessivo del servizio, sconti sul corrispettivo da versare agli HCP, in modo da accrescere i propri margini di profitto, alla luce dei prezzi di rimborso concordati con la Regione", non è quindi dirimente.

L'intesa fra gli HCP, come è emerso dall'indagine dell'Autorità, ha avuto l'effetto di far lievitare il prezzo del servizio a 3,606 euro rispetto ai 3 euro proposti dalla Regione, prezzo, quest'ultimo, che non risulta rifiutato dalle imprese perché considerato non adeguatamente remunerativo.

3. - Con il terzo motivo, rubricato "Violazione e/o falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'articolo 101 TFUE. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto per illogicità manifesta in ordine alla prova della pratica concordata", si denuncia l'errore asseritamente commesso dal Tribunale nell'escludere l'illiceità del comportamento tenuto dalle imprese nel non partecipare alla procedura di accordo-quadro per l'erogazione del servizio di OTD, indetta da SORESA nel gennaio 2014, in quanto in essa si prevedeva un prezzo inferiore a quello praticato, per il medesimo servizio, in Puglia e Calabria.

Nella fattispecie il giudice di prime cure, in contrasto col consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di un parallelismo di condotte preceduto da contatti e scambi di informazioni tra le imprese atti a disvelarne la comune strategia, incombe su queste ultime l'onere di provare che il riscontrato parallelismo non è frutto di concertazione, avrebbe sostanzialmente disconosciuto che gli scambi di informazioni puntualmente indicati dall'Autorità mostrassero in

modo inequivoco la volontà delle parti di convergere su un'unitaria condotta commerciale.

3.1. - La doglianza è fondata.

Occorre premettere che per pacifica giurisprudenza la pratica concordata (vietata dall'art. 101, paragrafo 1, del TFUE e dall'art. 2 della L. 10/10/1990, n. 287) “corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato: 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” (così Cons. Stato, Sez. VI, 28/2/2017, n. 927, si vedano anche, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 20/2/2017, n. 740 e 4/9/2015, n. 4123).

L'accertamento dell'intesa, sempre in base a un consolidato indirizzo giurisprudenziale, non richiede la prova documentale (o altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali), atteso che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo (Cons. Stato, Sez. VI, 15/2/2018, n. 1821).

In particolare è stato affermato che la prova della pratica concordata oltre che documentale può essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o

indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata (Cons. Stato, Sez. VI, 12/10/2017, n.4733; 11/7/2016, n. 3047; 30/6/2016, n. 294; 18/5/2015, n. 2514).

Sempre sul piano della prova è stato chiarito che risulta superfluo, ai fini dell'an della responsabilità, indagare quale sia stato il ruolo del singolo aderente all'intesa, essendo all'uopo sufficiente anche una condotta meramente passiva, di modo che risponde dell'illecito anche il partecipante che, senza assumere una veste attiva, abbia comunque tratto vantaggio dall'intesa, potendo l'esonero da responsabilità discendere soltanto da un'esplicita dissociazione (Cons. Stato, Sez. VI, 29/3/2018, n. 1999; 30/6/2016, n. 2947; 23/6/2014, n. 3167).

Orbene, gli elementi di prova individuati dall'Autorità, pur non avendo i requisiti di una smoking gun, soddisfano, comunque, lo standard probatorio richiesto per poter affermare che nella fattispecie la condotta posta in essere dagli HCP sanzionati, tra cui la Oxy Live, sia frutto di una pratica concordata.

Al riguardo risultano significativamente rilevanti le circostanze indicate nell'atto impugnato al paragrafo 529, secondo cui la concertazione è testimoniata:

a) dai <<numerosi contatti tra Linde, Medicaire Sud, Euroossigeno, Magaldi, Irongas, Eubios, Vivisol, Ossigas, GCO, Air Liquide (Vitalaire), OXY Live e Tergas volti a concordare la strategia da assumere nei confronti dell'Amministrazione in risposta al nuovo tentativo di quest'ultima di "negoziare un prezzo unico omnicomprensivo inferiore a quello previsto nell'accordo della Regione Puglia">>;

b) dalla comunicazione in data 2/1/2014 rivolta da Linde agli altri concorrenti, in cui si afferma "l'accordo in questione a detta loro è provvisorio perché vogliono fare la gara e sappiamo che la pubblicheranno senza dubbio. Questo sarà il loro tentativo di risparmiare ulteriormente, ma per quanto mi riguarda il prezzo

dell'accordo Puglia, uguale a quello della Calabria, non può essere assolutamente soggetto a trattative al ribasso”;

c) dalla replica di Medicair Sud secondo cui: “se accordo deve essere solo come Puglia e Calabria ... altrimenti se vogliono ottenere prezzi diversi facciano la gara a quando la faranno!!!!”.

L'AGCM ha, inoltre, condivisibilmente rilevato che sul punto non <<può valere la giustificazione addotta da una delle Parti per cui tale documento provverebbe solo che “i messaggi di risposta (...) si soffermano sulla circostanza per cui l'auspicato accordo avrebbe dovuto prevedere, quale prezzo per l'erogazione del servizio OTD, quello già in essere per le Regioni Puglia e Calabria”; tale affermazione, di contro, conferma che l'unica criticità presente nella nuova Convenzione fosse legata al prezzo e che l'intenzione delle Parti fosse quella di aderire alla Convenzione unicamente in presenza dei prezzi fissati in altre Regioni>>.

L'intesa in parola <<si è tradotta nell'astensione dal manifestare interesse all'accreditamento nell'ambito della procedura attivata da SORESA in data 29 gennaio 2014, considerato che essa prevedeva un prezzo per il servizio OTD inferiore rispetto a quello vigente in Puglia e Calabria. Ciò, malgrado il prezzo previsto da SORESA, lungi dall'essere stato astrattamente elaborato, si fondasse sulle “condizioni rilevate (...) a seguito dell'indagine di mercato condotta per la suddetta gara centralizzata”>> (paragrafo 531 del provvedimento impugnato).

Il Tribunale ha poi concordato con l'odierna appellata nel ritenere lecita la concertazione tra gli operatori del settore in quanto <<volta a perorare presso l'amministrazione la maggiore adeguatezza di determinati aspetti economici di una procedura ... specie laddove, come si legge nella determina 25 del 12 febbraio 2014, la riformulazione delle condizioni economiche dell'accordo, “allineandole a quelle stabilite dagli Accordi sottoscritti nella Regione Puglia e Calabria”, sia

avvenuta in adesione a quanto disposto dalla nota commissariale del 7 febbraio 2014>>.

Tuttavia tali argomentazioni non possono essere condivise atteso che:

a) il “boicottaggio” concordato del primo accordo-quadro proposto da SORESA non può configurare una legittima attività di promozione degli interessi delle imprese del settore, comportando, piuttosto, un’illecita restrizione della concorrenza finalizzata a ottenere significativi incrementi di prezzo, come del resto risulta dal fatto che poco dopo tutte le imprese sanzionate hanno aderito al nuovo accordo-quadro rimodulato allineando le condizioni economiche a quelle stabilite dagli accordi sottoscritti nella Regione Puglia e Calabria;

b) la circostanza che la riformulazione dell’accordo-quadro con prezzi per il servizio di OTD più elevati si è avvenuta sulla base della nota commissariale del 7/2/2014 non è in alcun modo significativa allo scopo di dimostrare l’irrilevanza dell’intesa, posto che la nota in questione è intervenuta successivamente al “boicottaggio” della procedura, indetta per il 29/1/2014.

Né il giudice di prime cure può essere seguito laddove pretende di ricavare elementi di prova di un’astratta razionalità della condotta oggetto di contestazione dal fatto che nell’identico modo si sarebbero comportate altre sei imprese del settore non sanzionate.

Al riguardo è sufficiente rilevare che la condotta posta in essere dagli operatori economici sanzionati è illecita in quanto concordata e che le suddette sei imprese non sono state sanzionate in quanto rispetto ad esse l’Autorità non ha riscontrato elementi atti a comprovare la partecipazione all’intesa.

L’impugnata sentenza non può essere condivisa nemmeno laddove, per contrastare l’argomentazione dell’Autorità secondo cui “la decisione delle parti di non aderire in prima battuta all’accreditamento proposto non sarebbe comunque giustificabile in ragione della non adeguata remuneratività del prezzo previsto ...”

dato che “a distanza di pochi mesi le Parti presenteranno offerta in sede di gara per basi d'asta significativamente inferiori al prezzo proposto in Convenzione (2,50 euro/m³ a fronte di oltre 3 euro/m³) rispetto alle quali applicheranno addirittura sconti”, afferma che la spiegazione non sarebbe convincente <<in quanto tenta di comparare due procedure di affidamento (l'accordo-quadro e la procedura aperta) affatto diverse, nelle quali l'appetibilità dell'aggiudicazione per ciascun operatore economico assumeva un valore profondamente diverso. Infatti, mentre l'accordo-quadro non garantiva all'impresa che sottoscriveva la convenzione la sicurezza di diventare fornitore del servizio ma solo la possibilità di ricevere ordinativi di fornitura, attraverso la gara l'HCP risultato aggiudicatario si assicurava la fornitura esclusiva dell'ossigeno nella zona identificata dal lotto>>.

E invero, il rilievo circa la non comparabilità delle due procedure, seppur corretto in termini generali e astratti, perde di incisività ove si consideri che dalle non smentite affermazioni della difesa erariale, basate sulla documentazione acquisita al procedimento e sulle stesse dichiarazioni rese dagli HCP, emerge che gli stessi abbiano mantenuto negli anni una presenza sostanzialmente stabile nelle rispettive aree di attività (sul punto si vedano i paragrafi 56, 300, 304 e 305 del provvedimento gravato).

4. - L'accoglimento delle ragioni espresse dall'appello nrg. 6253 del 2018 proposto dall'Autorità impone ora di esaminare le ulteriori ragioni di censura proposte dalla Vitalaire con l'appello n. 5996 del 2018.

Alcune delle ragioni espresse in questo ultimo appello sono state già vagliate esaminando i motivi precedenti. E ciò vale principalmente per il primo motivo (Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE in ordine alla qualificazione della fattispecie come pratica concordata assistita da elementi di prova esogeni) e il secondo motivo (“Eccesso di potere: difetto di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, difetto assoluto di motivazione e di prova in ordine all'autonoma verifica

di una spiegazione alternativa alla collusione”), esplicitamente ritenuti connessi tra loro anche nel ricorso di appello.

Le successive ragioni (il terzo motivo, recante “Eccesso di potere: difetto di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, difetto assoluto di motivazione e di prova in ordine alle spiegazioni economiche alternative offerte da Vitalaire”; e il quarto, recante “Violazione e errata interpretazione dell’art. 101 TFUE in punto di omessa analisi degli effetti anticoncorrenziali della condotta di Vitalaire. Violazione dell’art. 25 Cost. per violazione del principio della necessaria offensività del reato. Violazione dell’art. 112 c.p.c. per omissione di pronuncia”) riguardano tutte la mancata valutazione di una possibile spiegazione alternativa al comportamento tenuto, evenienza che non sarebbe stata tenuta presente dal T.A.R.

4.1. - Entrambe le censure non possono essere condivise.

Occorre premettere che:

- a) l’accertamento di un’intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti e da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo all’uopo sufficiente anche una prova indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4733/2017; n. 3047/2016; n. 294/2016 e n. 2514/2015 già citati);
- b) una volta accertata l’intesa la responsabilità sussiste indipendentemente dal ruolo in essa avuto dal partecipante e dal vantaggio che il medesimo ne abbia tratto, potendo l’esonero dall’addebito discendere soltanto da un’esplicita dissociazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1999/2018; n. 2947/2016 e n. 3167/2014 dianzi citati).

Sempre in tema di accertamento dell’intesa va soggiunto che la ricostruzione della fattispecie collusiva postula una valutazione globale delle prove acquisite, al fine di dare evidenza dell’intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese, il che esclude la possibilità di parcellizzare i singoli elementi probatori sulla base di una

considerazione meramente atomistica degli stessi (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14/10/2019, 6985; 28/2/2017, n. 928).

Orbene, alla luce delle illustrate coordinate di diritto, deve ritenersi che il Tribunale abbia correttamente riconosciuto la responsabilità dell'appellante nella terza fase dell'intesa.

Il giudice di prime cure ha infatti condivisibilmente evidenziato come "l'ipotesi accusatoria su cui fonda il provvedimento impugnato risulta dotata di congruenza narrativa ed appare l'unica in grado di dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione dell'intesa illecita (Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2514); laddove le spiegazioni economiche alternative fornite dalle imprese interessate non paiono generalmente attendibili o, comunque, complessivamente idonee a superare le ragioni validamente poste da AGCM a fondamento dell'ordito motivazionale dell'atto impugnato."

È quindi corretto confermare la pronuncia del primo giudice, in quanto l'infondatezza di tutte le censure articolate in ricorso e concernenti l'equivocità e la contraddittorietà di singoli documenti o la loro riferibilità a politiche interne delle singole imprese emerge dalla circostanza che le contestazioni di Vitalaire Italia s.p.a. si riferiscono a profili marginali della ricostruzione dell'Autorità. Inoltre è anche il singolare parallelismo delle condotte che ulteriormente avvalora la valenza probatoria dei documenti rinvenuti dall'Autorità, oggettivamente riferibili a tutte le parti da un punto di vista sostanziale, atteso che, pur se materialmente ricollegabili ad una o più imprese, presuppongono la conoscenza di dati che solo le singole società potevano in concreto comunicare.

Appare inoltre lampante la presenza di due documenti che dimostrano incontrovertibilmente l'intento collusivo tra tutte le parti sanzionate. Il primo, rinvenuto presso la società OXY Live, è redatto su carta intestata di Vivisol e contiene una simulazione di partecipazione delle imprese alla gara, nella quale

erano riportate ipotesi di RTI, che benché poi non realizzatesi, erano in quel momento al vaglio degli HCP e di cui i soli partecipanti potevano avere contezza. Nelle simulazioni si fa riferimento, inoltre, a taluni dati non pubblici e conoscibili solo dalle singole società (cfr. il par. 214 del provv.). Il secondo documento che significativamente accerta la sussistenza del “bid rigging” tra le imprese è il manoscritto acquisito presso la ricorrente, riprodotto al par. 218 del provvedimento, riportante uno schema di abbinamenti tra società e lotti, perfettamente corrispondenti a quelli che risulteranno all’esito della procedura.

Nemmeno appare dirimente la spiegazione alternativa lecita fornita dalla ricorrente, tesa a sostenere la razionalità commerciale del suo comportamento da essa tenuto in ragione della collocazione degli stabilimenti e sui bassi importi ai quali è poi avvenuta l’aggiudicazione o anche sulla affidabilità dell’amministrazione quale soggetto pagatore, in quanto tutte le evenienze possono astrattamente convivere con la logica spartitoria della quale il provvedimento ha fornito una prova documentale, tanto più che proprio la finalità di ottenere i lotti più appetibili (perché più vicini agli stabilimenti) potrebbe aver ragionevolmente influenzato i criteri di accordo sulle modalità di distribuzione degli stessi.

Deve quindi confermarsi la statuizione del primo giudice proprio in relazione alla 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” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032; id., 24 ottobre 2014, 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 (Groupement des cartes bancaires, cit.; Case C-439/09 Pierre Fabre Dermo –

Cosmétique, 13.10.2011; T-Mobile Netherlands, cit.; Joined Cases C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P and C-519/06P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission, [2009]).

5. - Con il quinto motivo di diritto, recante in via subordinata “violazione dell’art. 11 della legge n. 689/1981 e degli artt. 15 e 31 della legge n. 287/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’AGCM”, viene lamentata l’erroneità del calcolo della sanzione, nonostante che la stessa sia stata ridotta dal primo giudice, atteso che questi, da un lato, non ha tratto le dovute conseguenze in termini sanzionatori dalla totale assenza di effetti restrittivi dell’asserito illecito e, dall’altro, ha avallato la scelta dell’Autorità di non riconoscere a Vitalaire una percentuale di attenuante maggiore connessa all’articolato programma di compliance antitrust implementato dalla ricorrente.

5.1. - La censura è infondata sotto entrambi i profili.

In ordine al primo profilo, ossia la mancata considerazione della totale assenza dell’illecito, essa è smentita dalle osservazioni appena svolte in relazione ai precedenti motivi di appello, dove si è invece ritenuta esistente l’intesa in tutte e tre le fasi valutate dall’Autorità.

In relazione al secondo profilo, ossia la mancata considerazione del programma di compliance, va condivisa l’argomentazione del primo giudice che ha evidenziato come la sua mera esistenza non integri in sé una circostanza attenuante qualora, come nel caso in esame, venga meno un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma, secondo valutazione ampiamente discrezionale dell’AGCM sul punto.

6. - Conclusivamente, l’appello n. 5996 del 2018 va respinto mentre va accolto l’appello n. 6253 del 2018. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente

esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalle oggettive difficoltà di accertamenti in fatto, idonee a incidere sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti (così da ultimo, Cassazione civile, sez. un., 30 luglio 2008 n. 20598).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Dispone la riunione degli appelli n. 5996 del 2018 e n. 6253 del 2018;
2. Respinge l'appello n. 5996 del 2018 e accoglie l'appello n. 6253 del 2018 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio 24 aprile 2018, n. 4475, respinge il ricorso di primo grado;
3. Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Diego Sabatino

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO