

Pubblicato il 14/11/2018

N. 11004/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00216/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 216 del 2018, proposto da Ernst & Young S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Tesauro, Luca Raffaello Perfetti, Sara Lembo, Giorgio Bitonto e Anna Maria Chiariello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Bonelli Erede 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, presso cui è domiciliata "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Consip S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017, adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato all'esito del procedimento I/796 - *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE*, notificato tramite posta elettronica certificata a Ernst & Young S.p.A. in data 7 novembre 2017;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 119 c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del 17 ottobre 2018 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

Con ricorso a questo Tribunale, ritualmente notificato e depositato, la società in epigrafe chiedeva l'annullamento del provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità"), a conclusione del relativo procedimento istruttorio 1796, aveva ritenuto che le Parti - quali le società **KPMG** s.p.a. (**KPMG**), **KPMG** Advisory s.p.a. (KPMGA), Deloitte Consulting s.r.l. (Deloitte), Deloitte & Touche S.p.a. (D&T), Ernst & Young s.p.a. (EY o E&Y), Ernst&Young Financial Business Advisors s.p.a. (EYFBA), PricewaterhouseCoopers s.p.a. (PWC), PricewaterhouseCoopers Advisory s.p.a. (PCWA) - secondo uno schema comune indicativo di dinamiche concertative, avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara bandita dalla Consip S.p.A. ("Consip") per l'affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e "audit" dei programmi cofinanziati dall'Unione europea (gara "AdA"), attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti relativi.

Il relativo provvedimento, quindi, disponeva inibitoria a porre in essere futuri comportamenti analoghi e applicava la relativa sanzione pecuniaria, ammontante per la ricorrente a € 8.563.021 in solido con EYFBA.

Il procedimento istruttorio, su iniziativa della stessa AGCM, prendeva avvio nei confronti delle su indicate società nel marzo 2016 - tranne KPMGA, Deloitte e EYFBA alle quali era poi esteso nell'agosto 2016 - evidenziando che, dalla documentazione acquisita, era emerso come le Parti, coordinandosi a livello di "network", avessero presentato delle offerte economiche differenziate per i vari lotti in gara, secondo uno schema comune che appariva indicativo di dinamiche concertative, dato che, pur presentando sostanzialmente sempre un'offerta tecnica equivalente tra i diversi lotti, avevano dato luogo, in alcuni, a offerte economiche con ribassi tra il 30 e il 35%, mentre in altri le offerte erano risultate decisamente inferiori (con ribassi del 10-15% circa).

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

Illustrando l'attività istruttoria svolta, descrivendo il settore merceologico di riferimento, richiamando la qualifica di "big four network" riconoscibile alle quattro principali entità attive a livello mondiale nella revisione contabile e nella consulenza, quali E&Y, **KPMG**, D&T e PWC, tutte con articolazioni in Italia tramite le indicate compagini societarie di diritto nazionale, riportando dettagliatamente le risultanze istruttorie e le argomentazioni delle parti, motivatamente confutate laddove orientate a escludere loro responsabilità o la sussistenza stessa di un'intesa anticoncorrenziale, l'Autorità perveniva alle relative conclusioni che si vanno a sintetizzare:

1) era stata posta in essere un'intesa avente per oggetto, tramite partecipazione coordinata, la ripartizione dei lotti nella gara "AdA", in violazione dell'art. 101 TFUE, con riscontrati effetti sul mercato perché risultavano influenzati gli esiti dell'intera procedura di gara, determinando l'aggiudicazione dei lotti di

interesse di ciascuna impresa a condizioni nel complesso peggiori di quelle che si sarebbero verificate in un contesto pienamente competitivo;

2) l'ambito merceologico nel quale si era verificata l'intesa era costituito dai servizi di assistenza tecnica ad "AdA" (Autorità di Audit) e "AdG-AdC" (Autorità di Gestione e Autorità di Certificazione, oggetto di diversa e successiva procedura di gara non in valutazione);

3) oggetto dell'intesa era il condizionamento dell'esito della gara attraverso la ripartizione dei lotti e la mancata corrispondenza delle modalità partecipative alla gara ad autonome scelte imprenditoriali, che avevano frustrato il corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali;

4) la condotta contestata risultava anticompetitiva "per oggetto", determinando perciò l'irrilevanza, ai fini della valutazione di illiceità, della produzione di eventuali effetti restrittivi, in quanto le Parti, quali maggiori "players" del mercato con esperienza e capacità economica di gran lunga superiore a quella degli altri operatori del settore, avevano eliminato il rischio del reciproco confronto concorrenziale, ripartendosi lotti posti a gara;

5) irrilevante, in quest'ottica, era il fatto che il complesso disegno collusivo non avesse condotto agli esiti sperati con riferimento a tutti i lotti, perché ciò era avvenuto in ragione di elementi del tutto imprevedibili, quali la partecipazione di un'impresa "outsider" che aveva ottenuto in un lotto un elevato punteggio tecnico e il basso punteggio tecnico inaspettatamente ottenuto da E&Y;

6) l'intesa era stata posta in essere anche dalle società Deloitte, EYFBA, PWCA e KPMGA, che, all'interno dei rispettivi "network", svolgevano l'attività di consulenza, potevano astrattamente partecipare alla gara "AdA" e avevano preso parte, insieme alle "consorelle", alla strategia collusiva che aveva determinato la ripartizione dei lotti di tale gara, tenendo conto delle rispettive competenze e dei vari interessi in gioco, anche alla luce di possibili incompatibilità tra le attività di revisione e le attività di consulenza;

7) tutte le società parti del procedimento appartenenti ai medesimi "network" si erano mosse sul mercato in maniera coordinata alla stregua di un'unica entità economica, partecipando attivamente alla scelta delle strategie della specifica gara in esame e collaborando nella redazione dell'offerta, in quanto era emerso che ciascun "network" era composto da società identificate dallo stesso marchio, che utilizzavano in comune risorse professionali e strutturali, presentandosi al mercato quale unico soggetto e condividendo varie funzioni aziendali, tra cui l'"ufficio gare";

8) la qualificazione, ai fini "antitrust", dei "network" sopra richiamati come uniche entità economiche che operano a livello italiano con modalità condivise si fondava su precisi e circostanziati elementi valutati in una prospettiva prettamente concorrenziale, per cui, all'interno dei "network" così individuati, ciascuna società aveva contribuito con la propria condotta alla realizzazione dell'intesa, secondo molteplici elementi "esogeni" richiamati, fermo restando che società che non avevano partecipato formalmente alla gara avevano avuto in ogni caso anche un ruolo attivo nel coordinamento tra i diversi "network".

Per l'Autorità, l'esistenza dell'intesa era poi fondata sui seguenti elementi:

a) l'anomalia della condotta delle Parti, che avevano partecipato alla gara "AdA", formulando, a livello di "network", tutte offerte "incredibilmente" alternate e ricomprese in due "range" ben definiti (sconto medio 30-35% per lotti di interesse e sconto medio 10-15% per lotti non di interesse);

b) l'evidenza di numerosi contatti aventi ad oggetto la gara "AdA" nonché il ritrovamento di un documento che anticipava la suddivisione dei lotti posta in essere;

c) l'incongruità e manifesta infondatezza delle giustificazioni "alternative" alla ricostruzione dell'intesa addotte dalle Parti.

In particolare, per quanto riguardava il profilo sub a), le offerte delle Parti, pur avendo ciascuna partecipato a diversi lotti, erano articolate in modo tale che gli sconti più consistenti presentati da ciascuna di esse - compresi per tutte tra il 30% e il 32,3% - non si sovrapponevano mai, e questo in relazione a tutti i nove lotti; lo schema comune aveva interessato anche il livello degli sconti: tutte le offerte riconducibili alle "big four" si posizionavano intorno a due valori "pivotali" (30-32 e 10-15) e ciò costituiva un ulteriore profilo di anomalia, atteso che era del tutto implausibile che quattro imprese, asseritamente in concorrenza fra loro, avessero presentato esattamente lo stesso livello di sconto, sia nei lotti in cui avevano interesse (30-32%) sia nei lotti in cui avevano dimostrato di non averne.

Inoltre, il meccanismo ripartitorio era stato supportato anche dalla formulazione di offerte d'appoggio, finalizzate, da un lato, a celare il cartello e, dall'altro, a sfruttare al meglio il meccanismo di calcolo dell'attribuzione del punteggio economico, secondo la formula utilizzata dalla stazione appaltante per l'attribuzione di quest'ultimo. Ciò perché, grazie ad offerte d'appoggio con sconti minimi, che abbassavano la media nella formula, la società che doveva fare l'offerta vincente avrebbe ottenuto o il punteggio economico massimo (nel caso in cui nessun soggetto estraneo al cartello avesse presentato offerta su quel lotto) o un punteggio economico comunque molto vicino al punteggio economico massimo eventualmente attribuito ad un "outsider".

Per l'AGCM, quindi, con la sicurezza di ottenere un alto punteggio tecnico, l'obiettivo che le Parti avevano condiviso era stato quello di ripartirsi i lotti cercando di aggiudicarsi al riparo dalla concorrenza reciproca con uno sconto massimo del 30-35% e, per proteggersi da eventuali offerte aggressive di potenziali concorrenti estranei al cartello, attraverso l'abbassamento della media degli sconti, presentando offerte d'appoggio particolarmente basse sui lotti per i quali non erano assegnatarie sulla base della ripartizione concordata.

La modifica "in concreto" del prefigurato scenario era derivata solo da due fattori, del tutto inaspettati e imprevedibili, legati alla valutazione dell'offerta tecnica fatta da Consip che, da un lato, aveva assegnato un punteggio relativamente basso ad EY e, dall'altro, assegnato un punteggio elevato a un'impresa terza.

Le stesse società non avevano peraltro differenziato le proprie offerte tecniche nei vari lotti di partecipazione, dato che (fatta eccezione per tre casi riferiti al diverso punteggio ottenuto nel lotto 9), tutti i soggetti offerenti avevano sostanzialmente sempre ottenuto lo stesso punteggio in tutti i lotti per cui avevano concorso e sarebbe stato, in questa prospettiva, del tutto inutile e inefficiente coordinarsi anche sull'offerta tecnica, presentando offerte differenziate sui lotti a seconda dello schema ripartitorio condiviso. Ciò anche in considerazione dell'aspetto reputazionale, legato alla presentazione di offerte tecniche insufficienti.

La stranezza intrinseca del comportamento adottato dalle Parti emergeva ancor di più - per l'Autorità - in raffronto a quello adottato nell'ambito della successiva e collegata gara Consip "AdG-AdC", ove gli sconti presentati dalle Parti stesse erano molto più elevati rispetto a quelli della gara "AdA" e le offerte con sconti elevati delle "big four" si sovrapponevano in più lotti, in alcuni casi superando anche il limite di aggiudicazione (quattro lotti) previsto nel disciplinare, per cui emergeva chiaro che le società avevano in quella gara adottato strategie diverse (alcune presentando sempre lo stesso sconto in tutti i lotti mentre altre differenziando la propria offerta), con sconti distribuiti uniformemente da un minimo del 32% fino ad oltre il 55%, senza che fosse possibile, quindi, individuare i due livelli "fissi" invece propri della gara "AdA".

Richiamando, poi, i numerosi elementi riscontrati in sede ispettiva a sostegno di tale conclusione e a confutazione delle tesi delle Parti, l'Autorità sottolineava anche che le strategie di partecipazione alla gara "AdG-AdC" erano state elaborate avendo presente proprio la precedente gara "AdA" e che le due gare erano certamente confrontabili, perché entrambe aventi ad oggetto servizi di assistenza tecnica alla P.A. su fondi comunitari, entrambe con lotti individuati in base a medesimi criteri geografici, entrambe con limiti di

aggiudicazione massima, entrambe con la clausola di incompatibilità, entrambe con tariffe simili dei professionisti incaricati di assistenza tecnica.

L'Autorità indicava anche i principali elementi "esogeni" da cui aveva dedotto l'esistenza dell'intesa, quali:

- a) a fine ottobre 2014, le "big four", incontratesi in sede Assirevi, avevano deciso di rincontrarsi presso la sede di una di loro, per discutere della imminente gara "AdA"; seguivano una serie di "e-mail", tra cui quella con la quale il socio di Deloitte organizzava il successivo incontro, avvenuto il 10.12.14, a cui partecipavano tutte le "big four";
- b) nella sede di EY era stata reperita una mail inviata a EYFBA il 19.3.2015 in cui EYFBA comunicava la pubblicazione della gara AdA e scriveva a EY sulla necessità di fare a breve una "riunione di coordinamento e decidere strategie sui lotti ed alleanze";
- c) il rilievo di alcune "e-mail" successive che avevano ad oggetto i risultati della gara, in cui si faceva riferimento a equilibrio alterato e condivisione di strategia.

In ordine a tali "contatti orizzontali", l'AGCM rilevava che, dalle evidenze agli atti, emergeva come le scelte strategiche sulla partecipazione alla gara "AdA" fossero state condivise all'interno dei rispettivi "network", in quanto entrambe le società di revisione e consulenza dei medesimi (ad eccezione di PWC S.p.A. per l'incontro del dicembre 2014) erano state coinvolte negli incontri preliminari alla gara e tutte le società parti del procedimento appartenenti ai medesimi "network" condividevano l'"ufficio gare". Inoltre, la decisione di partecipare o meno ad una determinata gara era assunta "a livello di network", tenendo conto delle rispettive competenze e dei vari interessi in gioco, anche alla luce di possibili incompatibilità tra le attività di revisione e le attività di consulenza.

Ciò era confermato:

- per EY ed EYFBA, dallo scambio interno di "e-mail" posto in evidenza;
- per **KPMG** e **KPMGA**, dalla circostanza per cui le strategie di gara in materia di fondi europei erano definite dalla stessa persona fisica, ossia l'allora socio di **KPMGA** che ricopriva anche incarichi in **KPMG**, come confermato anche in sede ispettiva;
- per **PWC** e **PWCA**, da una "e-mail" del 21.3.15 in cui i soci sia di **PWC** che di **PWCA** decidevano se e come partecipare alla gara "AdA", facendo riferimento alla ricerca di alleanze, e da altra "e-mail" in cui si riferiva che la configurazione di partecipazione doveva essere unica e identica su tutti i lotti;
- per il "network" Deloitte, dal fatto che era stata proprio Deloitte a promuovere l'incontro del 10.12.14, che risultava documentazione per la quale la strategia di gara era stata condivisa con D&T e che Deloitte aveva collaborato fattivamente alla redazione dell'offerta tecnica, fermo restando che, sia pure successivamente alla gara, le due società avevano formalizzato uno specifico accordo - ricognitivo, però, di una prassi precedente - avente ad oggetto le modalità di partecipazione di entrambe alle gare di assistenza tecnica, prevedendo quote di partecipazione in base all'oggetto della gara stessa (sia stata essa per "AdA", "AdG" o "AdC").

Ulteriore elemento "esogeno", per l'Autorità, era costituito da un documento reperito presso EY, antecedente alla data di presentazione delle offerte, identificato come "Simulazione preliminare alla gara AdA", nel quale, per ciascuno dei nove lotti, era stato riportato a fianco della colonna con il valore del lotto un'altra colonna intitolata "competenza" e riportante per ciascuno dei lotti le sigle delle "big four". In un'altra tabella dello stesso documento, sempre a fianco dei nove lotti della gara, era indicata una colonna denominata "interesse", anche in questo caso riportante per ciascuno dei lotti le sigle delle "big four". La data di tale documento, che nel corso dell'ispezione era stata fissata da EY "novembre-dicembre 2014", nella memoria presentata da quest'ultima era stata poi posticipata al marzo-aprile 2015.

L'AGCM osservava che i risultati della colonna "interesse" combaciavano per sei lotti su nove con quelli effettivi. Allegate a tale documento si trovavano, inoltre, alcune simulazioni di offerta, relative al lotto 7, in cui si ipotizzavano le offerte di EY, **KPMG** e PWC, nonché di un ipotetico concorrente denominato "alfa" e ciò combaciava con il fatto che proprio per il "lotto 7" non risultavano offerte di D&T.

Risultavano, poi, varie "e-mail", posteriori alla gara e riconducibili alle Parti, in cui si dava atto dell'"aggressività" futura di EY per la gara "AdG/AdC", ritenute dall'AGCM ulteriori prove "esogene" in merito alla condivisa strategia di partecipazione in quella "AdA".

Una volta elencati e illustrati tali singoli elementi di prova "esogeni" riscontrati in sede ispettiva ed emersi comunque nel corso dell'istruttoria, l'AGCM si soffermava sulle deduzioni difensive delle Parti.

L'AGCM rilevava, in primo luogo, che non si riscontrava – come sostenuto dalle Parti – che gli incontri tra le società in questione fossero orientati solo al profilo dell'incompatibilità per la partecipazione alle due gare. Era, poi, evidenziata la prevedibilità della struttura di gara, dato che, essendo unico il servizio richiesto, i lotti non potevano essere merceologici, bensì solo territoriali, e che appariva inoltre singolare come, se tutte le Parti avevano avuto dei dubbi sul tema dell'incompatibilità, nessuna di esse, all'indomani della pubblicazione del bando della "gara AdA", avesse formulato una specifica richiesta di chiarimenti sul tema alla Consip stessa, la quale aveva comunque rappresentato di non aver percepito che il tema dell'incompatibilità fosse una seria preoccupazione delle Parti e fermo restando – proseguiva l'Autorità – che il tema dell'incompatibilità, affrontato congiuntamente dai principali "competitors" in relazione a una specifica gara, soprattutto quando lo stesso era stato discusso, come testualmente riscontrato, a "livello di business" e con i "contratti alla mano", non poteva che aver comportato la condivisione delle reciproche intenzioni di partecipazione alla gara stessa in relazione agli interessi dei rispettivi "network".

L'Autorità si soffermava sull'illustrazione delle simulazioni pre-gara rinvenute in sede ispettiva, replicando alle varie osservazioni delle Parti proposte nel corso del procedimento, e precisava che per la "gara AdA", prima del suo genere, l'aver rinvenuto commenti tra di esse (in "e-mail"), a valle della gara stessa, su un'alterazione dell'equilibrio, confermava l'ipotesi di una previa intesa tra le "big four", anche se questa aveva solo in parte dato l'esito sperato a causa dell'"exploit" di un terzo "competitor" e della bassa qualificazione dell'offerta tecnica di EY.

Era poi dedicato un intero paragrafo alle motivazioni per le quali l'AGCM riteneva l'infondatezza delle singole giustificazioni alternative alla configurazione di un'intesa anticompetitiva, come addotte dalle Parti.

Il provvedimento impugnato, infine, si soffermava sugli "effetti" dell'intesa come riscontrati – intesa avente un chiaro oggetto anticompetitivo, perché mirata precipuamente a condizionare l'esito della gara "AdA" attraverso la ripartizione dei lotti - pur non essendo necessario, alla luce della qualificazione come restrittiva "per oggetto", dimostrare l'esistenza di questi per configurare una violazione dell'art. 101 TFUE.

L'AGCM, quindi, perveniva alle relative conclusioni, affermando che, dalle varie risultanze, emergeva un disegno collusivo segreto con la finalità di spartirsi, tra i rispettivi "network", i lotti posti a gara, evitando di competere, presentando ognuno sconti più elevati solo nei lotti "pre-assegnati", senza mai sovrapporsi e, con riferimento ai lotti di interesse delle altre "big four", non presentando proprio un'offerta o presentando offerte di appoggio del tutto inidonee ad aggiudicarsi il lotto.

L'intesa in esame, avente ad oggetto il coordinamento dei comportamenti delle parti nell'ambito di una gara, rientrava tra le più gravi violazioni del diritto della concorrenza ed era stata pienamente attuata, influenzando gli esiti della procedura con riguardo a tutti i nove lotti. Ciò perché se, infatti, le strategie partecipative di tutti i soggetti coinvolti nell'intesa fossero state assunte autonomamente e, dunque, guidate da logiche di confronto competitivo, si sarebbe assistito a risultati differenti, maggiormente

favorevoli per la stazione appaltante, sia da un punto di vista economico sia con riferimento al servizio tecnico ricevuto.

L'intesa in esame era stata valutata ai sensi dell'articolo 101 TFUE perché i servizi oggetto della gara interessavano l'intero territorio nazionale e richiedevano anche la partecipazione di imprese aventi vocazione internazionale.

Tale intesa era valutata con il requisito della "gravità", quale intesa orizzontale e segreta mirante a condizionare la dinamica della riferita gara così da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione delle commesse. Tale comportamento era da considerare tra le violazioni più gravi della normativa "antitrust" in quanto, per sua stessa connotazione, appariva idoneo e destinato ad alterare, in caso di aggiudicazione della gara – come poi avvenuto – per tutta la durata dell'affidamento, il normale gioco della concorrenza.

Seguiva, da ultimo, la quantificazione delle sanzioni per ciascuna impresa e la relativa condanna "in solido" delle parti facenti capo al medesimo "network" (**KPMG** e **KPMGA**, **D&T** e **Deloitte**, **E&Y** e **EYFBA**, **PWC** e **PWCA**).

Con la sua impugnativa, quindi, la società ricorrente lamentava, in sintesi, quanto segue.

"I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE in merito all'esistenza di contatti qualificati; difetto di istruttoria, carenza di motivazione."

Secondo la ricorrente, la ricostruzione dell'Autorità era errata e lacunosa e non teneva conto di una serie di rilevanti elementi di contesto che smentivano categoricamente la tesi accusatoria.

Ciò perché:

a) in relazione agli incontri tra le Parti del 3 novembre e 10 dicembre 2014, da nessuno dei documenti emergeva che l'intenzione di EY e di EYFBA fosse quella di discutere con le altre Parti la strategia commerciale da tenersi con riferimento alla Gara "AdA" né, tantomeno, di spartirsi i lotti di tale gara, fermo restando che tali incontri erano avvenuti diversi mesi prima della pubblicazione del bando di gara del marzo 2015, quando non era possibile conoscere la conformazione e il valore dei relativi lotti, e molti mesi dopo i citati incontri EY aveva formulato delle simulazioni interne volte a ipotizzare i comportamenti di gara dei propri concorrenti che non corrispondevano a quanto poi effettivamente accaduto; in realtà, nel corso delle citate riunioni le Parti si erano incontrate al solo scopo di discutere e meglio comprendere il tema della c.d. "incompatibilità di network", ossia del rischio che la partecipazione di una società alla gara "AdA" avesse potuto impedire ad un'altra società del medesimo "network" di partecipare alla successiva gara "AdG";

b) in relazione alla "e-mail" del coordinatore ASSIREVI del 13 novembre 2014, sulla base della quale l'AGCM aveva sostenuto che le Parti, dopo essersi incontrate ad inizio novembre per spartirsi i lotti della gara "AdA", avessero coordinato le risposte da fornire a Consip nel tentativo di influenzare indebitamente la predisposizione del bando, la ricorrente osservava che da nessun passaggio del documento si evinceva la volontà di coordinare una risposta a Consip o di influenzare la predisposizione del bando di gara, fermo restando che tale "e-mail" era indirizzata non solo alle Parti ma a tutti i membri di ASSIREVI;

c) in relazione alla riunione tra EY e EYFBA del marzo 2015, la ricorrente osservava che, se le due società erano qualificabili ai fini "antitrust" come un'"unica entità economica", secondo quanto indicato nello stesso provvedimento impugnato, ogni loro dialettica interna pertanto era perfettamente lecita, fermo restando che non vi era stato comunque alcun riferimento alle strategie di gara in tale riunione;

d) in relazione alle "e-mail" successive alla pubblicazione dei risultati di gara, non vi era contenuto alcun riferimento al fallimento dell'intesa ma emergeva la naturale sorpresa per i risultati negativi di EY, che

prima della gara era “leader” di mercato, e la sorpresa per i risultati eccellenti di alcune piccole società di consulenza.

“II. In via subordinata: 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.”

Al fine di confermare la propria ipotesi accusatoria, l’Autorità avrebbe dovuto analizzare in dettaglio le dinamiche del mercato di riferimento e i meccanismi di funzionamento della gara “AdA” e, alla luce di ciò, avrebbe poi dovuto effettuare una rigorosa analisi economica delle condotte delle Parti al fine di verificare se le stesse si potessero spiegare solamente con una strategia collusiva o se non fosse invece possibile alcuna ipotesi alternativa. L’Autorità si era infatti limitata a reagire alle spiegazioni delle Parti, tentando di “smontarle” sulla base di mere controdeduzioni, e, con inversione dell’onere della prova, non si era soffermata ad analizzare il tema dell’“incompatibilità di network” che tutte le Parti avevano menzionato al fine di spiegare la natura dei contatti intercorsi e di illustrare le ragioni che le avevano condotte ad adottare una determinata strategia di gara.

“III. In ulteriore subordine: Eccesso di potere. Difetto di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di prova in ordine alle spiegazioni economiche offerte da EY.”

L’AGCM aveva omesso di esaminare con la dovuta attenzione le spiegazioni fornite dalla ricorrente nel corso del procedimento per illustrare la razionalità economica della propria condotta, tenendo anche in considerazione che la gara “AdA” aveva rappresentato una novità assoluta nel settore, in quanto era stata la prima gara unica gestita centralmente da Consip per la fornitura di servizi di assistenza alle autorità di “audit” sui fondi comunitari, con regole di partecipazione particolarmente complesse e articolate. Né era stato chiarito se la partecipazione di una società ad uno o più lotti della gara “AdA” avrebbe precluso per le altre società del medesimo “network” la possibilità di partecipare ai corrispondenti lotti della gara “AdG” che di lì a poco sarebbe stata bandita dalla stessa Consip.

In realtà, la ricorrente aveva autonomamente elaborato la propria strategia - e ciò non solo rispetto alle altre “big four” ma anche ad EYFBA - secondo i seguenti obiettivi di fondo: (i) avvicinarsi il più possibile al valore massimo di aggiudicazione previsto dalle regole di gara (27 milioni); (ii) minimizzare gli impatti del rischio di “incompatibilità di network”; (iii) aggiudicarsi i lotti ritenuti maggiormente strategici in ragione della pregressa esperienza di EY con determinate amministrazioni, della presenza di uffici e di risorse sul territorio di riferimento e/o dell’interesse strategico di EY ad investire su determinati clienti e/o territori.

Al fine di contemperare al meglio questi tre obiettivi, EY aveva quindi deciso di “puntare” maggiormente sui lotti 7, 6 e 3 (offrendo uno sconto particolarmente elevato del 30 - 35%), di non puntare affatto sui lotti 9 e 2 (poiché incompatibili con i “Vincoli di Partecipazione”) e di “puntare di rimbalzo” (ossia offrendo uno sconto più basso del 10 - 15%) sui restanti lotti che, in considerazione delle ragioni sopra indicate, non erano ritenuti di particolare interesse per EY ma che, in caso di aggiudicazione ad un prezzo particolarmente vantaggioso, avrebbero consentito livelli di marginalità talmente elevati da compensare le collegate criticità.

Le relative osservazioni dell’AGCM nel provvedimento impugnato non erano condivisibili, dato che non risultava approfondito il tema della suddetta “incompatibilità”, non risultavano valutate con attenzione le motivazioni sull’individuazione di determinati lotti a scapito di altri e sul meccanismo di formazione dell’offerta economica, non era stato evidenziato a sufficienza che alcun parallelismo o meccanismo a scacchiera era rinvenibile con riferimento alle offerte tecniche, che pure avevano un peso preponderante.

Per quanto riguardava le diverse condotte tenute nelle due gare, esse non erano altro che il riflesso della diversità delle gare stesse, che avevano, infatti, ad oggetto servizi completamente distinti ed erano

strutturate in modo non assimilabile, così da rispondere conseguentemente a diverse dinamiche di mercato, in modo che, nella gara "AdG", era stato possibile praticare sconti più alti ottenendo comunque margini adeguati.

"In via di ultimo subordinate: 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."

L'Autorità, nell'irrogare la sanzione, aveva errato sul valore delle vendite preso in considerazione, perché aveva calcolato non soltanto il lotto 7, effettivamente aggiudicato a EY all'esito della gara, ma anche i lotti ulteriori, benché non aggiudicati, discostandosi così dal tenore letterale dell'art. 18 delle Linee Guida applicate.

In più, la ricorrente osservava che, in via del tutto subordinata, doveva convenirsi sulla doverosa suddivisione dell'importo posto a base d'asta dei lotti 3 e 6 per il numero delle Parti.

In secondo luogo, non apparivano condivisibili neppure le conclusioni dell'Autorità sulla gravità e la segretezza della presunta intesa, che l'avevano condotta ad applicare la percentuale massima del 30% al valore preso a riferimento per il calcolo dell'importo base, dato che erano assenti artifici e azioni delle Parti miratamente volte a nascondere l'esistenza dell'illecito e dato che, in altri casi di "big ridding", con evidenze istruttorie ben più gravi ed univoche, non si era mai applicata la percentuale massima in questione, fermo restando che quello considerato era un caso isolato su oltre duecento gare pubbliche a cui la ricorrente aveva partecipato nel solo 2015.

In ordine agli effetti sul mercato ai fini della gravità dell'intesa, l'analisi condotta dall'Autorità era apodittica e del tutto insufficiente, perché era necessaria un'analisi di impatto economico sul mercato alla luce di una valutazione "controfattuale" volta a verificare cosa avrebbero fatto le Parti in assenza dell'ipotizzata intesa, senza considerare che imprese specializzate in altri ambiti di attività e non incluse nell'asserito cartello si erano comunque aggiudicate alcuni importanti lotti della gara.

Per la ricorrente, errata era anche la determinazione dell'"entry fee", ai sensi dell'art. 17 delle Linee Guida, applicata nella percentuale massima del 25%, dato che in tutti i precedenti in cui era stata applicata tale maggiorazione, l'AGCM aveva sempre adottato percentuali inferiori (del 15% e, raramente, del 20%) rispetto a quella prevista nel caso di specie, e ciò anche quando si trattava di condotte analoghe - o talvolta anche ben più gravi - rispetto a quelle in esame e di gare relative a settori particolarmente sensibili.

In relazione all'attenuante riconosciuta nella sola misura del 5% per l'adozione del programma di "compliance antitrust", in linea con quanto previsto all'art. 23 delle Linee Guida, la ricorrente lamentava che non fosse stata applicata la percentuale massima del 15% o altra maggiore di quella in concreto applicata, dato che l'Autorità aveva sempre attribuito un'attenuante almeno del 10% alle società che avevano implementato programmi di "compliance".

Si costituiva in giudizio l'Autorità intimata, chiedendo la reiezione del ricorso in separata memoria per la trattazione di merito, cui replicava, con altra memoria, la società ricorrente.

Alla pubblica udienza del 17.10.2018 la causa, previa ampia discussione orale, era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Prima di pervenire alla disamina delle censure mosse da parte ricorrente alla determinazione dell'Autorità in merito alla sussistenza e all'ascrivibilità della partecipazione ad un'intesa orizzontale "per oggetto", unica e continuata, nonché alla irrogazione e quantificazione della relativa sanzione amministrativa pecuniaria (peraltro "in solido" con EYFBA, autonoma ricorrente in separato giudizio), il Collegio ritiene opportuno

sintetizzare il quadro normativo di riferimento della fattispecie (per tutte, si richiama sul punto: TAR Lazio, Sez. I, 20.4.18, n. 4406).

L'art. 101 cit. (così come l'art. 2 della legge n. 287/1990) stabilisce che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'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.

La funzione della disposizione è quella di tutelare la concorrenza nel mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse.

Ne deriva che, sulla base dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, ciascun operatore economico deve determinare in maniera autonoma il suo comportamento nel mercato di riferimento (Case C-49/92 Commission v. Anic Partecipazioni S.p.a. [1999] ECR I-4125).

Nel fare ciò, l'operatore terrà lecitamente conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non essendogli, per contro, consentito instaurare con gli stessi contatti diretti o indiretti aventi per oggetto, o per effetto, di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato, vale a dire, di influenzare il comportamento di un concorrente o di mettere al corrente tale concorrente in ordine al comportamento che l'impresa stessa abbia deciso di porre in atto (Anic, cit.; Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v Commission [1975] ECR 1663 C- 40/73; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 giugno 2014, n. 3252, I722 – Logistica Int. - ITK Zardini).

Tali contatti vietati possono rivestire la forma dell'"accordo" ovvero quella della "pratica concordata".

La fattispecie dell'"accordo" ricorre quando le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, e ciò, anche senza fare ricorso ad un (formale o meno) "contratto" (Corte UE, Case 41, 44 e 45/69 ACF Chemiefarma NV v Commission [1970] ECR 661) o ad altro documento scritto (Polypropylene [1986] OJ L230/1, § 81).

La pratica concordata, invece, corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo formale ed esplicito, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse al rischio competitivo, influenzando ugualmente in tal modo le condizioni di piena concorrenza sul mercato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4.9.15, n. 4123; Corte UE, Cases 48-57 ICI v. Commission [Dyestuffs 1972] ECR 619, § 64; Suiker Unie, cit.).

L'esistenza di una pratica concordata, considerata la (estremamente) difficile acquisibilità della prova di essa in tal senso tra i concorrenti (c.d. "smoking gun"), viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indici probatori dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di restrizione della concorrenza.

In materia è dunque ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Sempre in materia probatoria deve poi essere considerata la distinzione tra elementi di prova "endogeni", afferenti l'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi "esogeni", quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata anche "per inferenza", dalle circostanze del mercato (Corte UE, Case 172/80 Zuechner v Bayerische Vereinsbank [1981] ECR2021).

La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – "endogeni" ed "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, in tal modo, di dare una diversa spiegazione in chiave concorrenziale dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento.

Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata solo sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state 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 (Cons. Stato, Sez. VI, 13.5.11, n. 2925).

A ciò si aggiunga che deve ricordarsi il principio in base al quale le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall'AGCM e non in modo "atomistico".

Ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di specifica rilevanza "anticoncorrenziale", qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, come nel caso di specie, devono essere considerati quali "tasselli di un mosaico", i cui elementi non sono significativi "in sé", ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza.

In tale ipotesi, è sufficiente che l'Autorità tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione "anticoncorrenziale" (Cons. Stato, Sez. VI, 2.7.18, n. 4010, 30.6.16, n. 2947 e 11.7.16, n.3047).

Sul piano della prova, non può inoltre trascurarsi come usualmente le attività derivanti da pratiche e/o accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo non dichiarato, con contatti e riunioni con oggetto non esplicito in tal senso e che la documentazione ad esse relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l'Autorità scopra documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela inevitabile e, spesso, necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni, con la conseguenza per la quale, nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica e/o di un accordo "anticoncorrenziale" deve essere inferita da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati "nel loro insieme", possano costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova indiziaria di una violazione delle norme sulla concorrenza (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4010/18 cit.).

Tenuto conto della notorietà del divieto di partecipare ad accordi anticoncorrenziali e in conformità all'orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria, non si può pretendere pertanto che l'AGCM riscontri, e quindi produca, documenti attestanti in modo esplicito un accordo o ancor più una pratica concordata tra gli operatori interessati, dovendo gli elementi frammentari e sporadici di cui l'Autorità dispone, in ogni caso, poter essere completati con deduzioni che permettano di ricostituire taluni dettagli, attraverso un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possano rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza.

Per questo la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (la ricordata "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 necessaria ma sufficiente in questa materia l'emersione di indizi,

con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una “forza” attenuata (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2947/16 cit. e 18.5.15, n. 2514).

Effettuata tale doverosa premessa di ordine generale, il Collegio passa a esaminare i singoli motivi di ricorso.

Per quanto riguarda il primo, si osserva che esso può congiuntamente essere esaminato con i successivi due, ove la ricorrente, nella sostanza, censura, sotto vari profili, l'esistenza stessa di un'intesa anticoncorrenziale.

Ebbene, in tali tre motivi, EY ripropone nella presente sede le singole giustificazioni sulle modalità di partecipazione alla gara e sulla scelta dei lotti ma, come evidenziato in precedenza, il Collegio deve evidenziare che esse, nella presente sede di legittimità sull'operato dell'AGCM, non possono considerarsi sotto un profilo “atomistico” e circostanziato a ragionamenti di politica aziendale, sempre rappresentabili “a posteriori” e non verificabili nella loro sostanzialità economica, ma devono esaminarsi nel complesso di quanto emerso nella valutazione di tutti gli elementi “endogeni” ed “esogeni” richiamati dall'AGCM.

Il fulcro della questione in esame, infatti, non è tanto fondato sulla giustificabilità o meno della partecipazione “puntata” a questo o quel lotto da parte delle singole imprese ma sulla coincidenza estrema, in termini di percentuale, degli sconti offerti sui lotti di interesse e su quelli di “non interesse” da parte di tutte le “big four”, unita ai “contatti” tra le Parti più volte riscontrati prima della gara.

Che, quindi, EY ritenga di giustificare l'interesse per i singoli lotti aggiudicati e il disinteresse per quelli non aggiudicati, con ragionamenti di politica aziendale pur astrattamente non pienamente illogici, anche se riportati “a posteriori”, non consente di giustificare altrettanto le coincidenze generali sugli sconti, la “simmetria” di questi, la mancata partecipazione concorrenziale in sovrapposizione con le altre “big four”, la struttura “a scacchiera” delle offerte e 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.

Basta sul punto esaminare “nel complesso” le giustificazioni proposte da ciascuna delle Parti sugli sconti per i rispettivi lotti, come riportate dall'AGCM (§ da 123 a 159), per rilevare che le stesse non combaciano al fine di rilevare l'assenza di ragionamenti in funzione “spartitoria” e che, in relazione a esse, possono ben valutarsi le osservazioni fornite dalla stessa Consip (§ 187 e ss.) e dagli altri soggetti sentiti in audizione (§ 194-198).

Sotto un primo profilo può rilevarsi – per verificare la non illogicità delle considerazioni dell'AGCM – che tutte le Parti, tra cui appunto la ricorrente, hanno sostenuto di aver operato scelte strategiche nel privilegiare “economie di costi” legati al personale e allo sviluppo su territori già “presidiati” ma ciò – si ricorda, sempre da valutare in una logica “di insieme” con gli altri elementi “esogeni” ed “endogeni” – appare più come riflesso di una volontà non dichiarata di rafforzamento di posizione, ben compatibile e, anzi, tendenzialmente legata a iniziative “spartitorie”, soprattutto tra le c.d. “big four”, “leaders” del mercato e operanti sull'intero territorio italiano.

Sorprende, quindi, che nessuna delle suddette “quattro” abbia pensato di allargare la propria posizione, sottraendo quote di mercato locale o nazionale in un'ottica tendenziale di piena concorrenza e non di “rendita” di posizione.

Ciò deve collegarsi a un secondo profilo, da cui risulta che Consip abbia per prima osservato che le offerte economiche (perché quelle tecniche erano state pressoché analoghe per tutti i lotti) di ciascuna delle “big four” erano potenzialmente vincenti solo in determinate aree geografiche (§188), facilitando così un disegno “spartitorio”, dato che nella gara “AdA” non si poteva scegliere un criterio di suddivisione dei lotti di tipo merceologico ma solo uno territoriale, che ben poteva peraltro essere immaginato “a priori” (§198),

così come era stato fatto per altre gare Consip sia pur per servizi differenti, e per il quale i “costi di trasferta” e “di personale” non apparivano così proibitivi per i maggiori “network” del settore, che potevano avvalersi di figure professionali specializzate comunque contigue a ciascun territorio, il cui “costo” di impiego e trasferta ben poteva essere bilanciato con l’acquisizione di una “nuova” commessa che avrebbe consentito di espandersi sul territorio in un’ottica competitiva e pienamente concorrenziale tra i maggiori “competitors”, come d’altronde accaduto nella successiva gara “AdG-AdC”.

Anche gli altri soggetti estranei all’intesa sentiti in audizione avevano ritenuto – anzi avevano dato “per scontato” (§194) - che le “big four” avrebbero partecipato con la stessa forza su tutti i lotti, tenuto conto che i lavori da svolgere erano sostanzialmente omogenei per tutti questi e che le basi d’asta già lasciavano buoni margini, a differenza di altre precedenti gare di assistenza alle “AdA”.

Inoltre, non era stato ritenuto che vi fosse stato spazio per “personalizzare l’offerta tecnica”, dato che non era possibile indicare i “curricula” dei professionisti, le cui tariffe giornaliere, peraltro, erano simili a quelle dei professionisti previsti per la gara “AdG-AdC”.

In sostanza, le argomentazioni di tipo economico che EY propone anche in questa sede, soprattutto nel terzo motivo, scontano il difetto della “atomisticità” e dello slegamento dal contesto generale, in relazione alla specificità della gara “AdA” in questione e al comportamento delle altre “big four”, del tutto sovrapponibile nel richiamare scelte di politica aziendale, tutte tese, però, come detto, alla conservazione di posizioni e non allo sviluppo concorrenziale che pure poteva attendersi, tenuto conto che la gara “AdA”, come riconosciuto da tutte le Parti, era la prima del settore così impostata dopo l’entrata in vigore dell’art. 9, comma 8 bis, d.l. n. 66/2014, conv. in l. n. 89/2014, e ritenuta dalle Parti stesse, per tale ragione, di grande importanza strategica (§ 258, su dichiarazione di PWCA).

Non hanno spessore, quindi, in questa ottica, gli argomenti di parte ricorrente sulla omessa considerazione del comportamento concorrenziale nell’ambito di altre gare analoghe, proprio perché la gara “AdA” in questione era a queste non assimilabile, in quanto per la prima volta bandita da Consip.

Per quanto riguarda, poi, la struttura della gara, si rileva in sintesi, quanto segue.

Che una procedura di tipo “aperto” consentirebbe di eliminare un significativo rischio connesso alla restrizione della concorrenza, essendo imprevedibile nella sostanza il numero di operatori partecipanti alla selezione, è circostanza di per sé non decisiva, in quanto la stessa conformazione delle “big four”, di “leaders” del mercato di riferimento, ne faceva certamente dei “competitors” favoriti rispetto ad altri di minore “impatto”, di cui, infatti l’“exploit” in particolare di uno era risultato del tutto inaspettato anche per gli altri soggetti estranei alle dette “big four” (si veda quanto dichiarato in audizione dagli esponenti di questi nei suddetti paragrafi del provvedimento impugnato sopra indicati).

Proprio se non vi era, “in astratto”, un rischio di restrizione della concorrenza dalla conformazione della gara, ci si sarebbe quindi atteso un confronto concorrenziale pieno e “aperto” su tutti i lotti, soprattutto a beneficio di chi poteva ambire a conquistare ulteriori “fette” di mercato (vedi PWC/PWCA).

Il limite all’aggiudicazione di lotti, poi, favoriva, pur sempre “in astratto”, eventuali disegni spartitori tra i maggiori operatori, che dunque dovevano avere in tal senso “l’accortezza” di presentarsi con modalità di partecipazione non omogenea, come invece accaduto considerando anche gli elementi “esogeni” ravvisati dall’AGCM.

A ciò deve aggiungersi che la specifica suddivisione di punteggio (70% offerta tecnica – 30% offerta economica) in concreto non comportava un confronto “pieno”, dato che comunque le “big four” hanno ottenuto, come era stato prefigurato anche dagli altri “competitors” estranei, punteggi analoghi sull’offerta tecnica (v. il già ricordato § 196) perché non vi era spazio per una grande differenziazione dei relativi singoli elementi.

E' chiaro – né poteva essere diversamente – che vi era, in tesi, un ampio margine discrezionale della stazione appaltante nella valutazione del punteggio tecnico ma, in ipotesi, ciò non è avvenuto, a testimonianza della sostanziale decisività dell'offerta economica, unica sulla quale è emersa infatti la struttura "a scacchiera" e la coincidenza dei valori di sconto offerti, in lotti tutti non sovrapponibili.

Che, poi, la ricorrente EY abbia ottenuto un "punteggio tecnico" molto basso rispetto ad altro di una "outsider", e che ciò sia risultato inaspettato, è circostanza riconducibile alla sola EY che – come esaminato in prosieguo – può al massimo avere valore ai fini degli effetti concreti dell'intesa ma non esclude che "a priori" possa esserci stata la riscontrata volontà di spartizione a fini "conservativi".

In presenza di aspetti "qualitativi" delle offerte altamente assimilabili, quindi, lo scarto sul punteggio economico ben poteva fare, come ha fatto, la "differenza".

A ciò si aggiunga che una delle stesse Parti, PWC, ha dichiarato che la motivazione del livello più contenuto dei ribassi vincenti di EY, D&T e **KPMG** rispetto a quello dei due soggetti "outsiders" aggiudicatari di lotti poteva dipendere dalla maggiore consapevolezza della qualità della propria offerta tecnica (§ 251).

Come più volte evidenziato, infatti, nel caso di specie è la certezza di non avere concorrenzialità dai maggior "competitors" ad essere stata stigmatizzata dall'AGCM, non l'individuazione dei lotti in quanto tale.

Nell'ambito della sua discrezionalità in materia, quindi, appare non illogica la conclusione dell'Autorità secondo la quale la presentazione di offerte economiche modeste in determinati lotti aggiudicati ad altri, e mai in sovrapposizione, era stata effettuata sulla consapevolezza, di non difficile deduzione, che le altre "big four" avrebbero ottenuto punteggi tecnici molto elevati e ciò non poteva interpretarsi – unitamente agli altri elementi "esogeni" – se non nell'ottica di porsi al riparo dalla concorrenza reciproca, evitando anche giudizi sull'offerta tecnica negativi, che avrebbero gravato, se non altro, su un profilo "reputazionale" (§ 254).

Non risulta, quindi, scalfita dalle spiegazioni alternative della ricorrente e assume spessore e logica la ricostruzione sulla rilevanza degli elementi "endogeni" effettuata dall'AGCM, secondo la quale tutte le Parti, fiduciose di ottenere un alto punteggio tecnico, avevano cercato di ripartirsi i lotti, aggiudicandosi al riparo della concorrenza reciproca, con uno sconto massimo del 30-35% e presentando offerte d'appoggio particolarmente basse sui lotti di non interesse spartitorio per proteggersi da eventuali offerte aggressive di potenziali concorrenti estranei al "cartello".

Né può dirsi che l'Autorità abbia illogicamente richiamato l'esito della successiva gara "AdG-AdC", dato che tale richiamo risulta effettuato non perché ritenute sovrapponibili le due gare ma per osservare che le due procedure selettive potevano ritenersi assimilabili nel senso di avere entrambe ad oggetto servizi di assistenza tecnica alla P.A. su fondi UE, di risultare strutturate su lotti individuati in base ai medesimi criteri geografici, attribuibili entro un massimo di unità, di avere la medesima clausola di incompatibilità e la coincidenza sostanziale delle tariffe giornaliere dei professionisti da impiegare.

Neppure può dirsi che analoghe scelte di politica societaria potevano essere ricondotte anche alle imprese che avevano partecipato alla gara ma che non erano state ritenute facenti parti dell'intesa, dato che su di esse non è stato trovato alcun elemento "esogeno", come invece accaduto per le "big four".

Non si riscontra, quindi, alcuna contraddittorietà o illogicità sotto questo profilo nel provvedimento impugnato, come variamente rilevate invece nel ricorso.

Per quanto riguarda la ritenuta inconsistenza di prove "esogene", il Collegio osserva quanto segue.

In relazione ai "contatti" tra le Parti, in primo luogo essi non si riducono al solo incontro del 10.12.14 ma, dal richiamo alle risultanze ispettive/istruttorie, emerge che vi erano stati numerosi contatti tra le Parti già dopo il luglio 2014 e fino al 19 marzo 2015, data di pubblicazione del bando Consip.

In particolare, è emerso uno scambio di “e-mail” di fine ottobre 2014 tra un socio di EY e uno di EYFBA, a valle della richiesta di un socio di Deloitte di incontrare esponenti delle altre “big four”, ove quello di EYFBA diceva che Deloitte lo aveva chiamato per “aprire un tavolo sulla gara Audit di Consip” e quello della ricorrente rispondeva che in sede Assirevi aveva incontrato “...le altre 3 big four con i quali abbiamo condiviso di incontrarci appena abbiamo maggiori indicazioni riguardo la gara”, ricordando di avere comunque una riunione con costoro il 3 novembre nella sede di EY ed evidenziando già in questa fase che “...Deloitte è quella che ha la quota di mercato minore”. Inoltre – per quel che più rileva nella presente sede – era anche evidenziato esplicitamente che “**KPMG** mi ha fatto sapere che appena esce il bando prima vogliono condividere una azione con noi e poi con gli altri”.

La conferma di tali contatti emerge anche da corrispondenza tra i soci di PWCA, che lo stesso 29 ottobre 2014 si scrivono: “...con Deloitte, ey e **kpmg** abbiamo concordato un incontro per parlare della prossima gara Consip sulle AdA nelle date proposte...”.

Risulta, poi, uno scambio di “e-mail” tra un socio di KPMGA e uno di PWC, nelle date 12-13-11.2014, ove si fa riferimento, per un “prossimo incontro”, all’invio della richiesta di confronto sulla consultazione Consip e ove il primo risponde scusandosi e inviando quanto richiesto.

Risulta, inoltre, un invito all’incontro fissato presso la sede di Deloitte per il 10.12.2014, inviato da un socio di Deloitte stessa a uno di PWCA, oltre che ad alcuni soci di EYFBA, EY, **KPMG**, KPMGA, D&T, il 3.12.2014.

In data 9.12.2014, risulta anche che un socio di PWCA abbia chiesto ad altro socio se aveva ricevuto tale invito e se avrebbe potuto presenziare; alla risposta negativa di quest’ultimo, il primo replicava chiedendo dei dati che avrebbe dovuto portare alla suddetta riunione e l’altro riscontrava prontamente la richiesta, inviando i dati relativi a un contratto con il M.I.U.R.

Sulla base di tali riscontri, quindi, risulta che precedentemente al 10.12.2014 vi erano stati vari contatti tra le Parti, coinvolgenti anche EY, per discutere della gara “AdA” già alla fine del 2014.

D’altro canto, il coinvolgimento della ricorrente, quantomeno per la fissazione e la conoscenza dell’incontro in questione, non è stato smentito da nessuna delle Parti.

Piuttosto, tutte le Parti – tra cui insistentemente la ricorrente - hanno sostenuto che oggetto dell’incontro era stato unicamente il c.d. “tema dell’incompatibilità”, vale a dire quello legato alla possibilità di partecipare o meno alle gare “AdA” e “AdG-AdC” da parte di società dello stesso “network” su medesimi lotti.

Sul punto, però, il Collegio rileva che tale spiegazione alternativa logicamente non è apparsa convincente all’AGCM.

In primo luogo, valga osservare che le stesse Parti – tra cui la ricorrente - non hanno giustificato per quale motivo, in un’ottica di piena concorrenzialità, si sarebbero dovute incontrare tra loro per discutere di un tema che ciascuna aveva i mezzi tecnici per ben poter approfondire in autonomia e che, se mal interpretato (sempre in autonomia) da qualcuna, avrebbe potuto portare ad esclusioni dalla futura gara e, quindi, a un vantaggio concorrenziale per le altre.

A ciò deve aggiungersi che, dagli atti dell’istruttoria, è emerso che la stessa Consip non aveva ritenuto il problema dell’incompatibilità come “pressante” per le Parti prima dell’avvio della gara e che tale tema era stato affrontato esplicitamente solo successivamente alla pubblicazione del bando, attraverso un incontro tra i legali delle “big four”.

Giustamente, sul punto, ha rilevato l’AGCM che non era stato chiarito il motivo per il quale il tema dell’incompatibilità era stato esplicitamente richiamato solo dopo la pubblicazione della legge di gara e non nelle “e-mail” precedenti.

Se, poi, il tema dell'incompatibilità era proprio degli esperti legali di ciascun "network", non si vede per quale ragione doveva essere trattato in precedenza, senza esplicita indicazione, dai relativi "uomini di business", come pure emerso nelle risultanze istruttorie.

A ciò deve aggiungersi che, se il tema dell'incontro fosse stato solo quello dell'incompatibilità, non si vede la ragione – se non nella diversa ottica spartitoria individuata dall'AGCM – per la quale fosse necessario portare a tale riunione dati relativi a contratti in corso, come emerso da quanto sopra richiamato. La necessità di "portare" tali dati non poteva che essere al fine di condivisione con gli altri e non se ne individua la rilevanza con il tema della (futura) incompatibilità, ben evidenziandosene, invece, l'utilità in funzione della costruzione di un'intesa a fini di ripartizione dei lotti in gara, non giustificandosi altrimenti la ragione di portare in condivisione dati personali che, sia pure "non sensibili" e ricavabili – forse – con attività di dettagliata ricostruzione a posteriori, non necessitano solitamente di condivisione con i dettagli propri della relativa tabella allegata alla "e-mail" in questione, che un socio di PWCA si era fatto inviare prima della riunione.

Deduttivamente estranee al tema dell'incompatibilità sono, poi, le "e-mail" sopra riportate, ove è detto che: "Deloitte è quella che ha la quota di mercato minore" e che "KPMG mi ha fatto sapere che appena esce il bando prima vogliono condividere una azione con noi e poi con gli altri", dato che le espressioni "quota di mercato" e "condividere un'azione" mal si conciliavano con il tema ipotetico della incompatibilità in questione.

Altro elemento "esogeno" non sufficientemente e convincentemente giustificato dalle Parti, tra cui la ricorrente, è quello relativo al contenuto di una "e-mail" successiva all'incontro in questione, in cui il socio di PCWA comunicava all'altro socio con cui aveva già parlato del "contratto MIUR" che "...l'incontro è andato bene".

Ebbene, se tale riunione fosse stata sul tema dell'incompatibilità, non si comprende sotto quale profilo poteva dirsi "andato bene" e perché la Parti non si sono scambiate ulteriori informazioni sul punto, considerato così importante da convocare riunioni tra esponenti di tutte le "big four", compresi quelli della ricorrente.

In sostanza, se era "andato bene", il tema della incompatibilità si sarebbe dato per risolto ma ciò non risulta da successiva documentazione, che le Parti non avrebbero avuto difficoltà a reperire se esistente.

Né che la gara fosse ancora lontana e non se ne conoscevano, al dicembre 2014, struttura e regolamento, come sostenuto da EY, è elemento che può avere rilevanza, dato che è stato sopra più volte richiamato come la struttura in lotti territoriali omogenei era prevedibile (vedi dichiarazioni Consip e Cogea (§ 280 e nota 334), le c.d. "big four" avevano coscienza della propria "forza" e stabilità sul territorio, il conoscere i rispettivi dati contrattuali pregressi nei rapporti con le P.A. poteva ben essere assai rilevante per individuare una strategia di gara condivisa e potenzialmente vincente sotto un profilo spartitorio e non per risolvere il tema dell'incompatibilità.

A ciò si aggiunga anche la "e-mail" del 21.3.15 in cui i soci sia di PWC che di PWCA decidevano se e come partecipare alla gara "AdA", facendo riferimento alla "ricerca di alleanze"; e anche questa espressione non si concilia con il tema dell'incompatibilità come richiamato.

In sostanza, trattandosi di elementi "esogeni", si osserva che non era l'AGCM a dover fornire la prova del carattere illecito dei contatti avvenuti, dato che – come sopra già precisato in termini generali - le diverse tipologie di elementi probatori - endogeni ed esogeni - si riflettono 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, in tal modo, 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 state 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 (Cons. Stato, Sez. VI, 13.5.11, n. 2925).

A ciò si aggiunga che deve ricordarsi il principio in base al quale le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall'AGCM e non in modo "atomistico".

Ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di specifica rilevanza "anticoncorrenziale", qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, come nel caso di specie, devono essere considerati quali "tasselli di un mosaico", i cui elementi non sono significativi "in sé", ma come parte di un disegno unitario, esso qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza.

In tale ipotesi, è sufficiente che l'Autorità tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione "anticoncorrenziale" (Cons. Stato, Sez. VI, 2.7.18, n. 4010, 30.6.16, n. 2947 e 11.7.16, n.3047).

Proprio tutto ciò è avvenuto nel caso di specie, ove le spiegazioni alternative delle Parti sul contenuto dei contatti intercorsi, tra cui quelle della ricorrente, non appaiono convincenti, per quanto dedotto dall'AGCM e condiviso dal Collegio con le precisazioni di cui sopra.

Valga sottolineare che sono stati considerati appunto i "contatti" tra le Parti che hanno preceduto la data del 10.12.2014 e che vedevano coinvolta anche la ricorrente, esplicitamente richiamata tra quelle coinvolte per organizzare un incontro.

Altro elemento "esogeno" da cui l'Autorità ha tratto le sue conclusioni è quello legato alla simulazione trovata presso EY precedentemente alla presentazione delle offerte, strutturata su due colonne, denominate "interesse" e "competenza".

Fermo restando il più volte evidenziato valore non assoluto di ogni elemento ma di "tassello" di mosaico da collocare all'interno della ricostruzione generale fondata su tutti gli elementi "endogeni" ed "esogeni", il Collegio osserva che l'AGCM ha ampiamente illustrato le ragioni per le quali ha ritenuto la sua rilevanza (§ 283 e ss.), evidenziando che, se pure la colonna "competenza" poteva in astratto essere compilata individuando in autonomia i vincitori delle gare pubbliche degli anni precedenti, non certo lo stesso poteva dirsi per la colonna "interesse", che poteva essere redatta solo conoscendo le intenzioni dei futuri concorrenti.

Dirimente, poi, per il Collegio, è la circostanza per la quale in tale simulazione erano presenti diversi calcoli su quote di mercato e compensazioni, non giustificabili nell'ottica di una mera simulazione "interna", come sostenuto dalle parti, tra cui la ricorrente.

L'AGCM aveva anche evidenziato che i risultati della colonna "interesse" combaciavano per sei lotti su nove con quelli effettivi e che, allegate a tale documento, si trovavano, inoltre, alcune simulazioni di offerta, relative al lotto 7, in cui si ipotizzavano le offerte di EY, **KPMG** e PWC, nonché di un ipotetico concorrente denominato "alfa" e ciò combaciava con il fatto che proprio per il "lotto 7" non risultavano offerte di D&T.

Non a caso – osserva anche il Collegio – "e-mail" di sorpresa successive all'esito della gara sono state riscontrate a carico di EY e EYFBA, quale ulteriore elemento indiziario sull'esistenza di un programma predisposto e condiviso, poi non attuatosi completamente ma non per questo non rilevante in ambito "antitrust".

A ciò si aggiunga che l'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale effettuato dall'Autorità risulta connotato da una certa discrezionalità tecnica, e pertanto esso risulta assoggettato al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, comportando comunque la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato ed estendendosi anche ai profili tecnici. Solo quando questi profili tecnici coinvolgano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (vedi definizione di "mercato rilevante"), il sindacato giudiziale è limitato - oltre che ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato - alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo invece il giudice sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello – altrettanto opinabile - dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini (Cass., SS. UU., n. 1013/14 cit.).

A conclusione diversa alle precedenti, invece, deve pervenirsi nell'esame del quarto motivo di ricorso, orientato a contestare la qualificazione dell'intesa e la relativa sanzione come individuata nei confronti della ricorrente.

Il Collegio, comunque, rileva l'infondatezza di quanto lamentato nella prima censura del motivo, incentrata sulla considerazione per la quale l'Autorità, nell'irrogare la sanzione, aveva errato sul valore delle vendite preso in considerazione, perché aveva valutato non soltanto il lotto 7, effettivamente aggiudicato a EY all'esito della gara, ma anche i lotti ulteriori, benché non aggiudicati, discostandosi così dal tenore letterale dell'art. 18 delle Linee Guida applicate.

In più, la ricorrente osservava che, in via del tutto subordinata, doveva convenirsi sulla doverosa suddivisione dell'importo posto a base d'asta dei lotti 3 e 6 per il numero delle Parti.

Ebbene, per quanto riguarda il primo profilo, il Collegio rileva che il punto 18 di tali Linee Guida - comunque non impugnate nella presente sede - prevede testualmente che: *"In generale, anche nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti. Resta fermo che laddove il mercato rilevante risulti più ampio della/e gara/e considerata/e, l'Autorità potrà prendere in considerazione il valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato dall'infrazione (comprensivo dunque di tutte le vendite realizzate dall'impresa nel mercato rilevante e non solo di quelle oggetto della gara d'appalto interessata) nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, se del caso modulato in funzione della sua durata ai sensi dei paragrafi precedenti."*

Sulla base di tale dato testuale, il Collegio ritiene che correttamente l'AGCM abbia considerato tutti i lotti e non solo quello aggiudicato a EY, dato che la strategia partecipativa delle parti non poteva che essere stata pianificata sulla base degli importi messi a gara, gli unici disponibili al momento della realizzazione dell'intesa.

In sostanza, la funzione “dissuasiva” della sanzione “antitrust” – in disparte quanto sarà in prosieguo specificato – non può che essere riferita ad impedire “a priori” una concertazione in funzione anticoncorrenziale e per fare ciò non può che prendere a riferimento valori esistenti al momento della condotta legata alla specifica fattispecie e agli elementi allora in possesso delle imprese, quali appunto l’importo base dell’appalto a proposito del quale si è svolta la “concertazione” e non la successiva effettiva misura di realizzazione del ricavato “in concreto”, dato che – come illustrato in precedenza – se il pregiudizio per il rapporto di libera concorrenza è punibile in sé, a prescindere dagli effetti anticompetitivi “in concreto” fatti registrare sul mercato, ne consegue che anche il fatturato di riferimento non può che essere scisso da quanto “in concreto” realizzato (TAR Lazio, Sez. I, 14.10.16, n. 10309).

Non aderente, poi, al dettato del punto 18 cit. è la pretesa della ricorrente di suddivisione dell’importo posto a base d’asta dei lotti 3 e 6 per il numero delle Parti, dato che tale tipo di operazione sconterebbe nuovamente la contrarietà all’impostazione di ordine generale ora richiamata.

A diversa conclusione deve invece pervenirsi per la seconda parte del quarto motivo di ricorso, sulla riscontrata gravità e segretezza dell’intesa e sulla correlata quantificazione della sanzione “come maggiorata”.

Nel provvedimento impugnato l’AGCM afferma che le Parti, in base alle risultanze istruttorie, avevano dato luogo a un’intesa “...evidentemente segreta, di tipo orizzontale...mirante a condizionare la dinamica della riferita gara”.

L’intesa era qualificata come “segreta” attraverso le modalità con le quali era stata attuata, con coinvolgimento unicamente delle parti interessate, attraverso l’organizzazione di incontri “non pubblici” cui partecipavano solo loro, e perché non erano stati reperiti verbali ufficiali degli incontri contestati, del cui argomento non vi era riscontro neanche nelle “e-mail” prese in considerazione.

Il descritto comportamento – precisava l’AGCM - era da considerarsi tra le violazioni più gravi della normativa “antitrust” ed era destinato ad alterare il normale gioco della concorrenza per tutta la durata dell’affidamento, così da rientrare nella qualificazione di infrazione “molto grave” ai sensi dell’art. 101 TFUE.

Ebbene, in merito, anche in relazione alle censure proposte dalla ricorrente, valga osservare quanto segue.

Come noto, l’art. 15, comma 1, l. n. 287/90 prevede che, nei casi di infrazioni “gravi”, tenuto conto della gravità stessa e della durata dell’infrazione, l’Autorità dispone (anche) l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio.

Il richiamo alla “gravità” della condotta è poi contenuto anche 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, l. cit., approvate con delibera AGCM 22.10.2014 n. 25152 e applicabili alla fattispecie.

In esse, nel punto 1 è ribadito quanto previsto dall’art. 15 l. cit. unitamente al richiamo all’art. 31 della medesima legge, che, a sua volta, stabilisce come, per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle norme in materia di concorrenza, si osservino, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689, ove, in particolare, l’articolo 11 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”.

Il punto 2 delle Linee Guida aggiunge che il livello della sanzione irrogata non deve eccedere quanto necessario per indurre le imprese a conformarsi alle norme “antitrust”.

A ciò si aggiunga il richiamo di cui al punto 3, lett. a) e b), ove si fa riferimento all’effetto dissuasivo “generale” ed all’effetto dissuasivo “specifico”.

Il punto 4, poi, indica che le Linee Guida hanno lo scopo di orientare ad individuare la metodologia seguita per la quantificazione, “...funzionale a consentire alle parti di essere messe a conoscenza delle motivazioni e dell’iter logico che hanno indotto l’Autorità a irrogare una determinata sanzione pecuniaria, facilitando al contempo un pieno sindacato giurisdizionale sull’operato dell’Istituzione”.

Il punto 5 anticipa – rispetto a quanto più diffusamente trattato nel successivo punto 12 – che “L’Autorità intende esercitare il proprio potere sanzionatorio con particolare rigore là dove ritenuto appropriato e, in particolare, nei casi di intese segrete volte alla fissazione dei prezzi e/o alla ripartizione dei mercati e/o alla limitazione della produzione o comunque di fattispecie che arrecano un serio pregiudizio al funzionamento del mercato a danno dei consumatori”.

Il punto 7 indica come ottenere l’importo base della sanzione (sul valore delle vendite).

I punti 11 e 12 prevedono, rispettivamente, che:

“11. La percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l’infrazione si riferisce sarà determinata in funzione del grado di gravità della violazione. Tale percentuale non sarà superiore al 30% del valore delle vendite.

12. Nel valutare la gravità della violazione, l’Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell’infrazione. L’Autorità ritiene che le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscano le più gravi restrizioni della concorrenza. Al riguardo, l’eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa. Per questo tipo di infrazioni, la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%”.

Il successivo punto 14 aggiunge che “Ulteriori criteri di qualificazione della gravità, di cui l’Autorità terrà conto ai fini della scelta della percentuale da applicare al valore delle vendite, sono: i) le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali, ad esempio, il livello di concentrazione, l’esistenza di barriere all’entrata); ii) la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all’innovazione; iii) l’attuazione o meno della pratica illecita; iv) 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”.

Il punto 17 prevede, poi, che “Al fine di conferire al potere sanzionatorio dell’Autorità il necessario carattere di effettiva deterrenza con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza, indipendentemente dalla loro durata e dalla loro effettiva attuazione, l’Autorità potrà considerare opportuno l’inserimento nell’importo di base di un ammontare supplementare compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione.”

Ciò sta a significare in sintesi, ad avviso del Collegio, quanto segue:

a) la percentuale di maggiorazione sul valore delle vendite da considerare è legata alla gravità dell’infrazione, partendo dallo 0,n% fino al massimo del 30% (punto 11), a meno che l’infrazione sia definibile come intesa orizzontale “segreta” “di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione”, qualificabili come “le più gravi restrizioni della concorrenza”, con conseguente percentuale minima del 15% (punto 12);

b) le intese orizzontali di ripartizione dei mercati si collocano quindi tra le più gravi (“molto gravi”) restrizioni della concorrenza;

c) pur in presenza della “gravità” in questione, per applicare sull’importo base della sanzione la maggiorazione percentuale di cui ai punti 11 e 12 delle Linee Guida (al minimo del - ovvero oltre al - 15%), la violazione dell’art. 101 TFUE deve essere accompagnata da ulteriori elementi, tra cui quello della “segretezza”, discrezionalmente verificabili dall’AGCM ma, proprio per questo, da esternare in congrua motivazione specifica;

d) tale “gravità” può consentire all’AGCM di applicare anche un ammontare supplementare (“entry fee” di cui al punto 17), dal 15% al 25 % del valore delle vendite, a prescindere dalla durata e dall’effettiva attuazione, ma ciò pur sempre con adeguato corredo motivazionale.

Ebbene, nel caso di specie, il Collegio rileva che, a fronte dell’ampia illustrazione precedente sulle caratteristiche dell’intesa, nel provvedimento impugnato la motivazione sulla “gravità” e “segretezza” della stessa e sull’applicazione delle suddette maggiorazioni è molto scarna.

Pur richiamando la premessa per cui “...Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità di un’infrazione si deve tenere conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa...”, l’Autorità, applicando la maggiorazione percentuale massima di cui al punto 11, ha fondato la sua determinazione finale pressoché unicamente sulla rilevata “segretezza” dell’intesa, dato che non vengono richiamati ulteriori elementi riconducibili al punto 14 sopra riportato se non quelli legati a effetti pienamente realizzati, invece non configurabili come sarà precisato in prosieguo.

In argomento, il Collegio non può che richiamare quanto recentemente illustrato in fattispecie simile, relativa a “gara Consip” (TAR Lazio, Sez. I, n. 10309/16 cit., confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 28.2.17, n. 927), ove è stato evidenziato che, in generale, essendo noti tanto il divieto di partecipare a pratiche anticoncorrenziali quanto le sanzioni relative, “di norma” le attività derivanti da tali pratiche si svolgono in modo non dichiarato, le riunioni sono “riservate” e la documentazione ad esse inerente è ridotta al minimo (v. Corte Giustizia UE, 7.1.14, in C-204/00).

Valga osservare, infatti, che se è comunemente ammessa l’estrema difficoltà - per non dire l’impossibilità - di trovare la c.d. “smoking gun”, secondo quanto riportato in precedenza e a cui si rimanda, tanto da consentire all’Autorità di avvalersi di elementi indiziari, sia pure gravi, precisi e concordanti, mediante una valutazione di “insieme” di elementi “endogeni” ed “esogeni” fondata anche su percorsi deduttivi (non scalfiti da “controdeduzioni” delle parti sanzionate), per giungere a ritenere conclusa una pratica concordata, ne consegue però che, ai fini della quantificazione della sanzione, tale impostazione non può valere, avendo l’AGCM l’onere di richiamare in concreto tutti gli aspetti che l’hanno indotta alla specifica quantificazione della sanzione, pur nell’ambito della sua discrezionalità, come riconosciuto dallo stesso punto 4 dalle Linee Guida.

I punti 11-12, infatti, non possono che essere letti (e applicati) in relazione alle altre disposizioni, anche di ordine generale, che li precedono.

Ne consegue che la “gravità” non è insita nella violazione in sé dell’art. 101 TFUE – per rimanere al caso di specie – e per l’applicazione della suddetta maggiorazione deve esserci un “quid” di ulteriore e specifico, rispetto allo stesso realizzarsi dell’infrazione.

Ebbene, nel caso di specie, come detto, l’AGCM ha affermato di aver qualificato l’intesa come “segreta” per le modalità con le quali era stata attuata, con coinvolgimento unicamente delle Parti, attraverso l’organizzazione di incontri “non pubblici”, cui partecipavano solo loro, e perché non erano stati reperiti

verbali ufficiali degli incontri contestati, del cui argomento non vi era neanche riscontro nelle “e-mail” prese in considerazione.

In merito, il Collegio non può ritenere condivisibile tale conclusione, dato che soprattutto le attività relative a una “pratica concordata” si svolgono “naturaliter” in modo non dichiarato, con contatti e riunioni tra le sole parti interessate, con oggetto non esplicito in tal senso e documentazione relativa ridotta al minimo, per cui non può certo invocarsi la presenza di “verbali” ufficiali, come preteso dall’AGCM.

Ciò non vuol dire, però, che sia automaticamente integrato il requisito (ulteriore ai fini sanzionatori) della “segretezza”, perché, altrimenti, ogni pratica concordata, in quanto tale, data la estrema rarità della prova piena (la ricordata “smoking gun”), quali testo dell’intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti, sarebbe da definirsi “segreta”, ma ciò entrerebbe in conflitto logico con l’impostazione delle su ricordate Linee Guida, che hanno individuato la “segretezza” quale elemento ulteriore dell’intesa (“eventuale segretezza della pratica illecita” recita il punto 12) al fine di applicare una maggiorazione percentuale sul valore (base) delle vendite.

Ne consegue che il Collegio ritiene che la “segretezza”, di cui ai punti 11 e 12 delle Linee Guida, possa rilevarsi solo allorché si riscontrino – e se ne dia atto con congrua motivazione e allegazione di un certo numero di chiari elementi indiziari – ulteriori circostanze idonee a far ritenere la precisa e determinata volontà delle parti di occultare ogni contatto avvenuto per dare luogo all’intesa sanzionata, desumibile da artifici particolari e indirizzati esclusivamente a tale scopo (TAR Lazio, Sez. I, n. 10309/16 cit.).

Ciò non è accaduto nel caso di specie, ove l’AGCM non ha dimostrato, ad esempio, la sussistenza di incontri “clandestini” o di riunioni orientate allo scopo in sedi non consone tra le Parti o il rinvenimento di “cifrari” o appunti “a mano” occultati, ovvero l’utilizzo di “schermi” professionali e quant’altro, a dimostrare un effettivo intento di “segretezza” ma ha rinvenuto e prodotto solo una copiosa documentazione avente ad oggetto contatti tra le parti, fondati essenzialmente sullo scambio di “e-mail” che, per esperienza ormai notoria e diffusa, soprattutto tra gli operatori professionali del settore, sono strumenti virtualmente “tracciabili” e difficilmente occultabili, tanto che la stessa Autorità, in sede ispettiva, non ha avuto particolari difficoltà a reperire (TAR Lazio, Sez. I, n. 10309/16 cit.).

Gli incontri stessi presi in considerazione quali elementi “esogeni” o risultano avvenuti in sede Assirevi o risultano convocati con riferimento esplicito alla “gara Consip”.

Sotto tale profilo, quindi, può escludersi che nel caso di specie ricorra il requisito della “segretezza”.

Deve aggiungersi, poi, che in sede di quantificazione della sanzione l’AGCM non ha tenuto nel dovuto conto gli “effetti” della condotta, pure invece richiamati nel punto 14, iv), delle Linee Guida.

Si rammenta in argomento 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, conseguendo la suddetta qualificazione al riscontro dell’oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria ha infatti - ormai pacificamente - affermato la possibilità di pratiche concordate “per oggetto”, sanzionabili pur in mancanza di effetti concreti, 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 (v. Corte Giust. CE, 8.7.99, C-49/92; Trib. I grado CE, 8.7.04, T-50/00).

Tuttavia, la giurisprudenza nazionale ha riconosciuto che, in applicazione delle suddette Linee Guida, l’analisi degli effetti prodotti sul mercato ben può incidere sulla valutazione di gravità della intesa illecita e,

di conseguenza, sulla quantificazione della relativa sanzione pecuniaria (Cons. Stato, Sez. VI, 12.10.17, n. 4733 ma già in precedenza, anteriormente alle Linee Guida del 2014, v. 3.4.09, n. 2092).

Nel caso in esame, mentre è certamente emersa l'esistenza di un'intesa "per oggetto" potenzialmente anticoncorrenziale, l'analisi degli effetti concreti è rimasta priva di adeguati approfondimenti.

Basti evidenziare che comunque solo cinque dei nove lotti risultano aggiudicati alle "big four", a testimonianza di un disegno spartitorio solo in parte portato a conclusione e ciò indipendentemente dall'affermazione dell'AGCM in ordine alla piena realizzazione dell'intesa, accertata in base alla considerazione per cui un diverso scenario, pienamente competitivo, avrebbe apportato un risparmio di spesa per Consip accompagnato da un aumento della qualità del servizio offerto, conclusione contestata dalla ricorrente e comunque sfornita di un'approfondita analisi economica di dettaglio che sarebbe stata necessaria.

Per quanto riguarda l'ulteriore maggiorazione per "entry fee", si rileva che il punto 17 delle Linee Guida prevede come, indipendentemente da durata ed effettiva attuazione, l'Autorità possa considerare opportuno l'inserimento nell'importo di base di un ammontare supplementare compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione e che, nel caso di specie, l'AGCM ha ritenuto di applicare la percentuale massima del 25 %.

La motivazione è fondata solo su un richiamo alla deterrenza effettiva della sanzione da irrogare ma, per il Collegio, deve leggersi, in quanto successiva, anche in correlazione a quanto prima indicato, sia pure per applicare l'altra maggiorazione del 30%, secondo cui l'infrazione ha coinvolto le maggiori imprese attive sul mercato, anche a livello internazionale nel settore di riferimento, a cui è attribuibile almeno il 70% del valore dei servizi di assistenza alle "AdA".

Ebbene, se è non contestabile che le imprese sanzionate erano rilevanti esponenti di settore e che l'infrazione rilevata è tra le più gravi in materia "antitrust", non può farsi a meno di notare che essa sia stata limitata a una sola gara Consip (e per la sola assistenza "AdA") e abbia avuto un effetto spartitorio solo parzialmente realizzato, con conseguenze sul mercato non particolarmente estese.

A ciò si aggiunga che non risultano richiami a recidive per giustificare un "entry fee" alla massima percentuale.

In merito, quindi, si rimanda a quanto in prosieguo stabilito sulla (ri)quantificazione della sanzione.

A conclusione di non condivisione deve infine pervenirsi per quanto riguarda la doglianza di EY relativa all'applicazione dell'attenuante per l'adozione di un programma di "compliance antitrust" limitata alla percentuale del 5% e non altra maggiore, auspicata in quella massima del 15%.

Il Collegio osserva che giova rammentare, in proposito, che, ai sensi del punto 23 delle richiamate Linee Guida, la mera esistenza di un programma di "compliance" non può essere considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma, secondo valutazione ampiamente discrezionale dell'AGCM (TAR Lazio, Sez. I, 30.7.18, n. 8541; 24.4.18, n. 4475; 28.7.17, n. 9048 e 6.9.16, n. 9553).

Lo stesso punto 23 richiama la necessità di dimostrare in concreto l'esistenza di un pieno coinvolgimento del "management", l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di "training" adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e "auditing", tutte circostanze – queste – valutabili discrezionalmente dall'AGCM, secondo l'impostazione del punto 23 cit.

Nel caso di specie, l'applicazione della percentuale del 5% appare non illogica e proporzionata alla tipologia di illecito di "big ridding" e al valore dissuasivo della sanzione in concreto irrogabile.

Né possono avere alcun valore vincolante o influente precedenti applicazioni in percentuale maggiore (generalmente del 10% afferma la ricorrente), dato che non risulta dimostrata l'assoluta assimilabilità delle fattispecie prese a riferimento.

Riassumendo quanto da ultimo esposto, quindi, il Collegio - ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c) del c.p.a., che, come detto, riconosce in materia al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito - accoglie in parte il quarto motivo di ricorso nei sensi suindicati e, per l'effetto, dispone che la misura della sanzione pecuniaria comminata alla ricorrente deve essere ricalcolata dall'Autorità.

Tale ricalcolo dovrà considerare che l'infrazione è definibile "grave", quale operazione di "big ridding", nella misura in cui era tesa alla ripartizione del mercato di riferimento (gara Consip "AdA"), ma non "segreta", per cui, in applicazione del punto 11 - ma non anche 12 - delle Linee Guida di riferimento, può sì aggiungersi una percentuale sul "valore base" ma nella misura che il Collegio ritiene congruo fissare al 10%.

La consistenza soggettiva delle imprese sanzionate e la loro posizione di "leadership" nel settore, unita al valore economico della gara in esame comunque non indifferente, comporta che l'AGCM possa applicare a scopo deterrente effettivo anche la c.d. "entry fee" di cui al punto 17 delle citate Linee Guida, ma, per le stesse ragioni sopra evidenziate, nella percentuale minima del 15%.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso può trovare solo parziale accoglimento e le spese di lite possono per tale ragione compensarsi integralmente, attesa anche la peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, per quanto di interesse della ricorrente e nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nella parte in cui quantifica la sanzione in capo alla ricorrente, disponendo che l'Autorità intimata provveda a rideterminarla nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO