

Pubblicato il 30/09/2022

N. 08400/2022REG.PROV.COLL.

N. 09947/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9947 del 2021, proposto da Sicuritalia S.p.A. e Lomafin Sicuritalia Group Holding S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Angelo Clarizia e Paolo Ziotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato e Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Axitea S.p.A. e Trenord S.r.l., non costituite in giudizio;
CDS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Bruna Lazzerini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vittorio Domenichelli in Padova, Galleria G. Berchet 8;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 08825/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della CDS S.r.l., dell' Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati Paolo Clarizia, in sostituzione dell'avv. Angelo Clarizia, e Vittorio Domenichelli, nonché l'avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con provvedimento n. 27993, adottato il 12.11.2019 a conclusione del procedimento istruttorio I/821, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato alle società appellanti, in solido tra loro, la sanzione definitiva di €. 8.328.592,00.

2. L'indicato provvedimento sanzionatorio è stato adottato all'esito di un procedimento istruttorio avviato il 21 febbraio 2018, che ha condotto l'AGCM ad accertare l'esistenza, tra le maggiori imprese attive nel settore dei servizi di vigilanza, di una intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101TFUE, finalizzata ad eliminare il reciproco confronto concorrenziale.

3. L'intesa, in particolare, avrebbe avuto ad oggetto il coordinamento nella partecipazione a una serie di gare bandite da enti pubblici tra il 2013 e il 2017, e tale coordinamento sarebbe avvenuto utilizzando in modo anticoncorrenziale gli strumenti del Raggruppamento Temporaneo di Imprese e del subappalto: secondo la ricostruzione dell'Autorità, dunque, le parti talvolta partecipavano insieme in gara, talora a mezzo di "ATI finte", che celavano la spartizione geografica dei lotti, altre volte stipulando prima della gara degli accordi di non partecipazione, che prevedevano in cambio l'attribuzione di quote di subappalto. Tali condotte sarebbero state accompagnate da un sistema di "compensazioni", assicurate da accordi bilaterali, finalizzate a riequilibrare i rispettivi rapporti di "dare-avere".

4. Dal punto di vista soggettivo il procedimento è stato avviato nei confronti delle società Coopservice soc. coop. p.A.; Allsystem S.p.A.; Istituti di Vigilanza Riuniti S.p.A., e le sue controllanti Skibs S.r.l., Biks Group S.p.A.; Italpol Vigilanza S.r.l. coop e la sua controllante MC Holding S.r.l.; Sicuritalia S.p.A. e la sua controllante Lomafin SGH S.p.A..

5. Dal punto di vista oggettivo il procedimento è stato esteso, con delibera dell'AGCM del 29 maggio 2018, all'offerta di servizi a soggetti pubblici e privati nonché agli accordi aventi ad oggetto affidamenti reciproci di servizi tra le Parti.

6. Al termine dell'istruttoria l'AGCM ha ritenuto comprovata una intesa orizzontale, restrittiva per oggetto e segreta, unica e continuata, che avrebbe operato nell'ambito di una serie di gare indette da enti pubblici per l'acquisizione di servizi di vigilanza armata e, in alcuni casi, anche servizi "fiduciari", tra i quali il servizio di portierato. Precisamente avrebbe operato: in due gare indette dalla Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. (in prosieguo "ARCA"), centrale unica di committenza della Regione Lombardia, nel 2016 e nel 2017; in due gare indette da Trenord S.p.A. nel giugno 2014 e aprile 2016; nella gara indetta nel 2013 da EXPO 2015 S.p.A., c.d. gara "EXPO evento"; in due gare indette da Intercent-ER, centrale unica di committenza

della Regione Emilia Romagna, nel 2013 e 2015; in una gara indetta da ATAC nel febbraio 2015.

7. Più in dettaglio l'AGCM ha rilevato delle anomalie nel fatto che nelle gare indicate le Parti avrebbero quasi sempre concorso insieme costituendo raggruppamenti "sovrabbondanti", rispetto ai requisiti di partecipazione richiesti di volta in volta dalle stazioni appaltanti; ciò nonostante, in alcune gare in cui era richiesta una determinata qualificazione SOA (OS30), le parti si sono avvalse di imprese che possedevano la qualificazione richiesta non coinvolgendole nel raggruppamento, bensì affidando loro dei subappalti. Partecipando alle gare, inoltre, le Parti dichiaravano alle stazioni appaltanti le rispettive percentuali di partecipazione al raggruppamento, sempre uguali in varie gare, percentuali che, però, non corrispondevano alla quota di esecuzione del servizio appaltato: in relazione a tale circostanza l'AGCM ha dunque ipotizzato l'esistenza di una "ATI finta", facendo riferimento al raggruppamento nella configurazione che presentava la domanda di partecipazione alle gare, che appunto non rispecchiava la realtà dei rapporti. L'AGCM ha inoltre rilevato che in alcuni casi una parte non partecipava alla gara, ma otteneva poi un subappalto dal raggruppamento. L'insieme di tali circostanze, di per sé anomale, sarebbe significativo, secondo la AGCM, di una intesa in base alla quale le Parti, che costituiscono le imprese principali del settore, avrebbero deciso di non mettersi in reciproca concorrenza in relazione alle gare indicate, con la finalità di spartirsi, sulla base di aree geografiche, il mercato delle gare pubbliche della Lombardia, Emilia Romagna e Lazio.

8. A sostegno di tale ipotesi l'AGCM indica una serie di elementi di natura "esogena", costituiti da documenti reperiti nel corso della attività ispettiva: si tratta di varie *mails* interne; di una scrittura privata risalente al 25 luglio 2014, nella quale le parti avrebbero definito la suddivisione dei servizi da svolgere in caso di aggiudicazione; di una scrittura privata che documenterebbe un accordo prodromico

alla gara “Trenord 2”, intercorso tra Sicuritalia e Itapol, secondo cui quest’ultima non avrebbe partecipato alla gara in cambio di un subappalto pari alla quota del 20% dei servizi; di un documento informatico denominato “*proiezione gara Expo 2014*”, reperito presso Itapol, nel quale questa immaginava quale sarebbe stato l’esito della gara, dimostrando di essere a conoscenza dell’offerta delle imprese concorrenti; di un ulteriore accordo del 26 gennaio 2016 intercorso tra Itapol, Sicuritalia e Italservizi, avente ad oggetto la gara ATAC 2015; di ulteriori documenti che comproverebbero l’esistenza di accordi trasversali per regolare le c.d. “compensazioni”.

9. L’indicato provvedimento è stato ritualmente impugnato avanti al TAR per il Lazio, con ricorso che è stato respinto con la sentenza di cui in epigrafe.

10. Sicuritalia S.p.A. e Lomafin Sicuritalia Group Holding S.p.A (in prosieguo solo “Sicuritalia”) hanno proposto rituale appello, fondato sui seguenti motivi:

I) Insussistenza dell’asserita intesa unica, complessa e continuata; violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990 per carenza della motivazione; eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e ingiustizia manifesta.

La sentenza di primo di grado sarebbe assolutamente generica e immotivata nella parte in cui ha respinto il primo motivo di ricorso originario, a mezzo del quale si deduceva che l’AGCM non avrebbe provato l’esistenza di un piano generale comune a tutte le parti.

Secondo l’appellante, infatti, l’AGCM non avrebbe dimostrato che le condotte tenute dalle singole imprese erano attuative di un disegno collusivo unico finalizzato alla eliminazione della concorrenza, che il contributo di ogni impresa era intenzionale e diretto alla realizzazione dell’obiettivo unico perseguito da tutte le parti, e che ogni impresa era al corrente del comportamento illecito delle altre imprese che, asseritamente, partecipavano alla impresa.

Non vi sarebbe agli atti del fascicolo istruttorio un solo documento in cui le modalità di partecipazione alle gare pubbliche negli ambiti territoriali oggetto della presunta intesa vengano considerate nel loro insieme.

Numerosi sarebbero, inoltre, gli elementi che rendono poco credibile l'esistenza di una intesa unica, spartitoria, che nel tempo sarebbe stata condivisa anche dalle imprese che non vi partecipavano attivamente in via continuativa: ad esempio la circostanza che alcune delle Parti hanno partecipato ad alcune gare in diretta concorrenza con il presunto cartello; o, al contrario, la circostanza che non abbiano partecipato a gare che avevano ad oggetto servizi da svolgere nelle aree di loro presunta "competenza territoriale"; in altri casi imprese estranee al presunto cartello si sono unite al raggruppamento, e non per questo l'AGCM le ha ritenute parte del sodalizio. Su tali circostanze l'appellata sentenza avrebbe sorvolato, appiattendosi sulla versione dell'AGCM.

Quest'ultima, d'altro canto, non avrebbe dimostrato l'intrinseca anomalia delle condotte contestate, che non sarebbero spiegabili solo ipotizzando una intesa anticoncorrenziale.

II) violazione e falsa applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE, insussistenza e comunque mancata dimostrazione di un'asserita restrizione della concorrenza per oggetto.

La censura in esame contesta l'appellata sentenza anche nella parte in cui ha condiviso l'assunto dell'AGCM secondo cui l'intesa in contestazione dovrebbe qualificarsi per oggetto.

Il TAR ha, a tal fine, rammentato che le intese spartitorie devono considerarsi gravi per definizione, indipendentemente dalle quote di mercato detenute, dal che consegue la legittima qualificazione di esse come intese per oggetto.

L'appellante, tuttavia, richiama l'insegnamento di questo Consiglio secondo cui, anche di fronte a una intesa teoricamente qualificabile come intesa restrittiva per

oggetto, l'AGCM è comunque tenuta a svolgere un controllo penetrante sugli effetti da essa prodotti, onde evitare che vengano sanzionati comportamenti non virtuosi ma pur sempre innocui.

Nel caso di specie l'AGCM non avrebbe effettuato tale verifica, malgrado abbia prospettato che l'intesa anticoncorrenziale abbia agito attraverso l'utilizzo di strumenti leciti, cioè il raggruppamento di imprese e il subappalto.

III) *Error in iudicando*: violazione dell'art. 101 del TFUE, per errore nei presupposti di fatto e di diritto, travisamento delle dinamiche competitive e di funzionamento del settore dei servizi di vigilanza.

Con il terzo motivo si contesta l'affermazione del TAR secondo cui la riforma della normativa riguardante le licenze prefettizie per i servizi di vigilanza, attuata con D.P.R. n. 153 dell'8 aprile 2008, avrebbe reso più semplice alle imprese del settore il conseguimento della licenza di pubblica sicurezza necessario ad operare, ragione per cui non si giustificerebbe più la necessità, per le imprese, di riunirsi in raggruppamento, al fine di poter svolgere servizi in zone nelle quali la rispettiva licenza non esplica efficacia.

L'appellante ha argomentato come anche nel nuovo sistema, che in sostanza consente di ottenere l'estensione di una licenza già ottenuta trascorsi 90 giorni dalla richiesta, rimanga concreto il rischio di esclusione dalla gara per la impresa che intenda partecipare singolarmente ad una gara che abbia ad oggetto servizi da svolgersi fuori dalla zona di operatività della rispettiva licenza.

IV) *Error in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE e dell'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003 per mancato assolvimento dell'onere di provare la sussistenza di un'infrazione dell'art. 101 (1) TFUE, e omessa pronuncia.

La censura ha ad oggetto il capo della sentenza impugnata che ha ritenuto corretta l'affermazione dell'AGCM secondo cui le parti avrebbero dovuto dimostrare, non

soltanto l'impossibilità di competere singolarmente, ma anche l'impossibilità di competere in formazione più ristretta.

Secondo parte appellante il TAR, sul punto, si sarebbe espresso limitandosi a richiamare in modo generico i principi in materia di onere della prova, segnatamente nelle ipotesi di pratica concordata, ancorché nel caso specifico non venga in considerazione una pratica concordata.

Parte appellante ha invece argomentato come le gare, che secondo l'AGCM sarebbero state oggetto di intesa anticoncorrenziale, per la loro struttura non le consentivano di competere singolarmente e per tale ragione, anche seguendo le Linee direttrici della Commissione europea sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale (GUUE 2011/C 11/01), i raggruppamenti in cui si sono riunite le Parti del procedimento non avrebbero potuto essere considerati indicativi di una intesa anticoncorrenziale.

Sicuritalia deduce, inoltre, di aver dimostrato l'indicata impossibilità di partecipare alle gare singolarmente, producendo a tal fine una perizia tecnica nel corso del procedimento istruttorio; tuttavia, capovolgendo l'onere probatorio, l'AGCM ha ritenuto che tale perizia fosse insufficiente e che sulle parti incombesse anche l'onere di dimostrare l'impossibilità di partecipare in raggruppamento con un più limitato numero di imprese.

In via subordinata parte appellante ha chiesto di rimettere alla Corte di Giustizia il quesito se *“L'articolo 101(1) del TFUE e l'art. 2 del Regolamento (CE) 1/2003 possono essere interpretati nel senso che l'applicazione dei principi in materia di onere della prova dell'illecito antitrust, nell'ipotesi in cui venga addebitata a talune imprese il coordinamento delle rispettive condotte volto a limitare il confronto concorrenziale nella partecipazione a gare pubbliche attraverso la costituzione di RTI impone alle imprese, per escludere l'applicabilità dell'art. 101 (1) TFUE di dimostrare non solo l'impossibilità di partecipare individualmente alle gare in questione ma,*

altresì che neppure avrebbero potuto partecipare in una formazione più ristretta di quella effettivamente adottata?

V) *Error in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE; motivazione erronea e carente, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà e illogicità manifesta, violazione dei principi in materia di onere della prova.

Il quinto motivo d'appello è dedicato a contestare l'appellata sentenza anche nella parte in cui ha respinto la doglianza con cui Sicuritalia deduceva che, analizzando le singole gare, non si potrebbero ravvisare elementi di coordinamento dell'azione delle varie Parti, indicativi di una intesa anticoncorrenziale.

La censura è quindi dedicata ad analizzare e spiegare il comportamento di Sicuritalia e delle altre imprese Parti nell'ambito delle otto gare sulle quali avrebbe agito la presunta intesa, al fine di dimostrare l'esistenza di una spiegazione alternativa all'intesa anticoncorrenziale.

VI) *Error in iudicando*: in subordine, sulla sanzione, violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 31 della L. 287/1990 e degli artt. 3 e 11 l. 689/1981, violazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere per difetto di motivazione, falsità dei presupposti, travisamento dei fatti. In via subordinata, domanda di riduzione della sanzione.

Con l'ultimo motivo d'appello è impugnato il capo della sentenza che ha confermato la sanzione, sul presupposto che l'intesa fosse segreta e la condotta grave.

Sottolinea l'appellante che, anche a voler attribuire ai documenti reperiti nel corso dell'attività ispettiva dell'AGCM il significato che quest'ultima vi ha ravvisato, non si tratterebbe di accordi segreti; inoltre l'AGCM non ha effettuato alcuna indagine per stabilire l'entità dell'impatto economico provocato dalla intesa, dal quale non si potrebbe prescindere al fine di stabilire la gravità della condotta. L'assunto del TAR,

secondo cui la qualificazione della intesa per oggetto esonererebbe l'AGCM dalla necessità di ulteriori indagini sulle effettive conseguenze, sarebbe pertanto erroneo. L'appellante censura anche la statuizione del TAR che ha ritenuto immune da vizi il provvedimento impugnato nella parte in cui ha stabilito che il valore delle vendite, al fine di determinare l'importo base della sanzione, corrisponde agli importi oggetto di aggiudicazione o quelli posti a base d'asta: tale affermazione non tiene conto del fatto che alcune delle gare oggetto di indagine avevano ad oggetto la stipula di accordi quadro, il cui valore, indicato a base di gara, era puramente teorico, tanto che poi, in sede di esecuzione, i servizi affidati hanno avuto un importo ampiamente inferiore.

11. Si sono costituiti in giudizio, per resistere all'impugnazione, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, l'ANAC e CDS s.r.l.

12. La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 26 maggio 2022, in occasione della quale è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

13. Prima di passare alla disamina dei motivi d'appello, il Collegio ritiene utile richiamare alcuni principi generali consolidatisi in giurisprudenza in ordine alla natura e tipologia degli elementi probatori che giustificano l'affermazione della sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza, nonché in ordine alla parte sulla quale grava il relativo onere probatorio.

13.1. L'esistenza di una pratica concordata, considerata la (estremamente) difficile acquisibilità della prova di essa tra i concorrenti (c.d. "*smoking gun*"), viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indici probatori, dai quali è possibile 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.

13.2. 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. 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.

13.3. 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.

13.4. 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).

13.5. 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.

13.6. 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).

13.7. In ordine alla prova della sussistenza dell’elemento soggettivo, che caratterizza le intese restrittive della concorrenza, la giurisprudenza comunitaria ha evidenziato, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, che la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la considerevole conseguenza - rilevante in tema di partecipazioni assuntivamente “minori” o “marginali” alla concertazione anticompetitiva - che un partecipante deve essere ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima. Ne discende che, anche alle imprese che sostanzialmente negano il proprio coinvolgimento nella concertazione collusiva accertata dall’Autorità, risulta applicabile il principio secondo il quale la continuità dell’infrazione “*non può essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico – nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale – isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati e/o circoscritti periodi*” (Tar Lazio, Sez. I, 29 marzo 2012, n. 3029, confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4506). Ciò, in quanto, il cartello è una collusione (“conspiracy”) dei suoi membri e, dunque,

anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a tutti gli aspetti dell'accordo anticompetitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva. E, pertanto, anche un partecipante in possesso di una quota minore nel mercato di riferimento può contribuire alla collusione. Il solo modo di evitare la responsabilità è quello di presentare una domanda di clemenza confessando la presenza di un accordo o di dissociarsi pubblicamente da quanto è stato concordato.

13.8. Si deve ancora rammentare che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario, e tra tali ipotesi vanno incluse, secondo la medesima giurisprudenza, le forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto"- come la fissazione di prezzi o il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. "*bid rigging*"), o a procedure consimili — che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990).

13.8.1. In particolare, la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6030) ha chiarito che vanno distinte le "*intese per oggetto*" dalle "*intese per effetto*". Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato. Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato. Ne

deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo.

13.8.2. La stessa giurisprudenza, ha, però, precisato che anche l'accertamento della sussistenza di una intesa *“per oggetto”* non può prescindere dal tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, dagli obiettivi che si intendono raggiungere, dal contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa di colloca. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314). Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza comunitaria. Da ultimo, infatti, Corte Giust., 26 settembre 2018, C-99/17, ha chiarito che: *“Il criterio giuridico fondamentale per determinare se un accordo o una pratica concordata comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto", ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, risiede nel rilievo che un siffatto accordo o una siffatta pratica concordata presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuarne gli effetti. Per valutare se un tipo di coordinamento tra imprese presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come restrizione della concorrenza «per oggetto», occorre riferirsi segnatamente alla sua portata, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nell'ambito della valutazione di detto contesto, occorre altresì considerare la natura dei beni o dei servizi interessati nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione”*.

13.8.3. Come chiarito dalla Sezione nella sentenza n. 490 del 21 gennaio 2020, *“In definitiva, la non necessità di valutare gli effetti dell'intesa non può tradursi nell'assoluta indifferenza che l'intesa in questione sia idonea ad alterare in maniera consistente l'equilibrio concorrenziale. Non è necessario, quindi, provare che lo scambio di informazioni rilevanti abbia prodotto in concreto effetti restrittivi della concorrenza, ma è sufficiente e necessario dimostrare che*

abbia l'attitudine a produrne. In questa prospettiva non può che essere condivisa la valutazione operata dal primo giudice che ha evidenziato la macroscopica inidoneità di un cartello formato da imprese che complessivamente rappresentano solo il 25/30% del mercato a produrre un apprezzabile effetto anticoncorrenziale, alla luce del fatto che i consumatori avrebbero comunque avuto a disposizione numerose e valide alternative (il rimanente 70/75% del mercato) tali da rendere inutile qualsiasi ipotetica collusione.”.

13.9. Per quanto riguarda i raggruppamenti c.d. sovrabbondanti, cioè i raggruppamenti composti da soggetti che avrebbero singolarmente i requisiti di partecipazione necessari, questo Consiglio di Stato ha in passato più volte avuto modo di osservare che la tipicità della fattispecie negoziale partecipativa (ATI costituita o costituenda) non può di per sé escludere la natura abusiva dell'associazione, per ragioni esterne al meccanismo di gara e per violazione delle regole estranee alla corretta dinamica concorrenziale del singolo confronto competitivo. E' stato dunque osservato che: (i) non si può escludere che l'associazione temporanea di imprese da strumento pro-concorrenziale possa talora essere utilizzato, e trasformarsi, in uno strumento anticoncorrenziale, *“ove si dovesse consentire alle imprese prequalificatisi singolarmente ad una procedura ristretta di associarsi successivamente, nella fase della formazione dell'offerta di gara”* (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1267/2006); (ii) *“La circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto antitrust, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative”* (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2208 dell'8 aprile 2009); (iii) peraltro *“Non è dunque il sovradimensionamento dell'a.t.i. in sé ad essere illecito, ma l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito.”* (Cons. Stato, VI, n. 5067 del 24 settembre 2012).

13.9.1. Questo orientamento ha originato, anche su sollecitazione dell'AGCM, la prassi delle stazioni appaltante di limitare le forme aggregative dei partecipanti, precludendo la partecipazione in raggruppamento di imprese che singolarmente possiedono i requisiti di partecipazione. Tuttavia tale prassi è stata oggetto di vaglio critico, in particolare a seguito della pronuncia di questo Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3402 dell'11 giugno 2012, la quale ha osservato che *“a tutto concedere, la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere queste ultime alle gare, non essendo basata su norme imperative (arg. ex CGA, 4 luglio 2011 n. 474) e non potendo esser statuita in via pretoria (cfr. Cons. St., VI, 20 febbraio 2008 n. 588), resta allora soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia in sé, sia con riguardo ed all'oggetto dell'appalto ed alla predetta utilità sperata. Sicché, assodato che la tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica va governata all'interno della gara e per il conseguimento del risultato economico che il soggetto aggiudicatore si prefigge, non si può ritenere collusiva un'ATI "sovraabbondante" per il sol fatto che si presenti ad una gara pubblica. L'accordo associativo per tali ATI, come ogni rapporto tra privati, in realtà è neutro e, come tale, soggiace alle ordinarie regole sulla liceità e la meritevolezza della causa e non può dirsi di per sé contrario al confronto concorrenziale proprio dell'evidenza pubblica. Insomma, elidere senz'altro la possibilità di ATI "sovraabbondante", in assenza di motivate ragioni direttamente incidenti sulle esigenze concorrenziali della gara, soprattutto in gare, come quella per cui è causa, complesse ed articolate, potrebbe anche comprimere in modo eccessivo facoltà dell'imprenditore per ragioni non basate sull'art. 41 Cost. ed anche non consentire quelle virtuose aggregazioni commisurate a tali esigenze reali.”*

13.9.2. L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, ora A.N.AC., con Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, si è allineata a tale orientamento, affermando che sarebbe *“non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti “sovraabbondanti”, dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale, nella medesima ottica che connota l'art. 38, comma 1, m- quater”*; tale orientamento è stato ribadito con il successivo Comunicato del 12

maggio 2014, con il quale il Presidente dell’Autorità medesima ha chiarito che “*le indicazioni contenute nella determinazione n. 4/2012 devono essere intese nel senso che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche sovrabbondanti, e che l’eventuale esclusione può avvenire solo in alcuni casi particolari, cioè qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento. In ogni caso, si rammenta che l’esclusione non potrà mai essere automatica e che la stazione appaltante, qualora ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, ha l’onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l’opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto. Nell’ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo dovrà essere disposta l’esclusione dalla gara”*”.

13.9.3. L’orientamento da ultimo citato è stato ulteriormente confermato nelle successive pronunce di questo Consiglio n. 842 del 12 febbraio 2013 e n. 560 dell’8 febbraio 2017, che hanno affermato che il raggruppamento “sovrabbondante” non è vietato in via generale dall’ordinamento, anche in considerazione del *favor* del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione.

14. In applicazione dei su richiamati principi il Collegio ritiene di dover accogliere l’appello in ragione della fondatezza dei primi quattro motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente.

15. Sotto un primo profilo si deve rilevare che gli elementi “endogeni”, su cui fa leva il provvedimento impugnato per sostenere l’esistenza della intesa anticoncorrenziale, trovano una spiegazione alternativa plausibile.

15.1. Il primo di tali elementi, costituito dall'anomalo ricorso all'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, oggettivamente può spiegarsi con la particolare struttura ed oggetto delle gare analizzate dall'AGCM nel provvedimento impugnato, tale da rendere oggettivamente difficoltosa, agli operatori economici, la partecipazione in forma singola.

15.2. Principiando dalle gare bandite da Trenord, la prima di esse era strutturata a lotto unico ed aveva ad oggetto il "Servizio di vigilanza armata, fornitura kit rendiresto e raccolta incassi da impianti, biglietterie e da self service", da svolgere tramite "Guardie Particolari Giurate", in Lombardia, Veneto e Emilia Romagna, per un importo complessivo a base d'asta di 9.968.270 di euro. Con riferimento alla capacità tecnica, era richiesto: a) il possesso di certificazione di conformità del proprio sistema qualità alle norme UNI EN ISO 9007:2000, rilasciata da organismi accreditati in conformità alle norme EN 45012, e relativa ad attività coerenti con quelle oggetto di gara; b) il possesso della licenza rilasciata dalla Prefettura secondo il Regolamento di Esecuzione del TULPS (D.P.R. 4/08/2008 NR. 153 e Decreto ministeriale di attuazione n. 269 del 1° dicembre 2010 avente validità interprovinciale per le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna) e un organico medio annuo nell'ultimo triennio 2011-2012- 2013 non inferiore a 100.

15.2.1. Caratteristiche simili si ritrovano nel bando della gara "Trenord 2", bandita nel 2016 ed avente ad oggetto la stipula di un accordo quadro per servizio di vigilanza dinamica a bordo dei treni ed in ambiti di stazione, nelle stesse provincie della gara "Trenord 1", per un valore di 9.802.400 euro; in questa seconda gara, però, si richiedeva inoltre che l'operatore aggiudicatario mettesse a disposizione, entro 20 giorni dalla semplice richiesta della stazione appaltante, fino a 80 guardie particolari giurate, ovviamente dotate della apposita licenza di P.S., e fino a 150 con preavviso di tre mesi.

15.2.2. Si trattava, dunque, di gare che richiedevano la titolarità di una autorizzazione di pubblica sicurezza di tipo interprovinciale, la disponibilità di un numero di dipendenti fisso ragguardevole ed inoltre la possibilità di reperire, in un ristretto lasso di tempo, personale aggiuntivo.

15.3. Il provvedimento impugnato ha analizzato anche due gare indette dalla Azienda Regionale Centrale Acquisti - ARCA S.p.A., che è la centrale di committenza della Regione Lombardia.

15.3.1. La gara ARCA 1 aveva ad oggetto la fornitura del servizio di vigilanza per la maggior parte degli immobili della Regione Lombardia, servizio che prima di allora era sempre stato affidato tramite gare aventi ad oggetto singoli edifici. La gara analizzata dalla AGCM, invece, aveva ad oggetto la stipula di una Convenzione ai sensi dell'art. 1, comma 4, della L.R. n. 33/2007, per la fornitura del servizio di Vigilanza Armata e telesorveglianza, nonché la prestazione di servizi connessi descritti negli atti di gara, a favore delle Amministrazioni ed Enti di cui al comma 4 dell'art. 1 della L.R. n. 33/2007; essa era strutturata in 12 lotti, ciascuno coincidente con il territorio di una provincia lombarda; il lotto 1, avente ad oggetto il servizio da svolgere nella città metropolitana di Milano, aveva un valore a base d'asta di circa 47 milioni di euro, gli altri lotti circa 9 milioni di euro ciascuno. Il bando richiedeva, quali requisiti di capacità tecnica, il possesso dell'esercizio all'attività professionale, in particolare la licenza prefettizia ex art. 134 TULPS valida per ogni provincia; requisiti di fatturato; il possesso della certificazione SOA OS30, classifica 1. Il bando, inoltre, vietava il ricorso all'avvalimento ed ammetteva il subappalto solo nei limiti di cui all'art. 12, comma 2, lettera b), della Legge n. 80 del 2014.

15.3.2. La gara ARCA 2 aveva ad oggetto la fornitura del servizio di Vigilanza Armata in Favore della Giunta Regionale di Regione Lombardia e degli Enti del Sistema Regionale di cui alla legge n. 33/2007, nonché in favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di cui all'art. 1 della L.R. n. 30 del 27/12/2006; le regole

di gara erano identiche a quelle della gara ARCA 1, con importi a base d'asta leggermente inferiori.

15.3.3. Anche le gare ARCA si caratterizzavano per l'eterogeneità dei servizi; se è vero che, in questo caso, la licenza richiesta per partecipare ad un unico lotto poteva avere validità anche solo nell'ambito di una sola Provincia, va rilevato che in questo caso l'affidamento avrebbe avuto ad oggetto l'affidamento di un contratto quadro, che non consentiva, se non in via approssimativa, di quantificare le spese e i guadagni che sarebbero conseguiti.

15.4. Il provvedimento impugnato si sofferma, poi, su quattro gare indette da EXPO S.p.A.: la gara "EXPO Cantiere", che ha avuto ad oggetto il servizio di vigilanza sui cantieri di Expo 2015; la gara "EXPO Evento", che ha avuto ad oggetto i servizi di vigilanza e supporto alla gestione dell'evento nelle aree del Sito Espositivo Expo Milano 2015 ed era articolata in tre lotti, corrispondenti ad altrettanti frazioni fisiche del sito espositivo per totali 23 milioni di euro a base d'asta; la gara "EXPO ex Lotto 3" del 2015; la gara "EXPO Post Evento" del 2016.

15.5. Vengono poi in considerazione due gare indette da Intercent-ER, cioè la centrale d'acquisti della Regione Emilia Romagna.

15.5.1. La prima di esse ha avuto ad oggetto l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, portierato, manutenzione impianti antincendio e di sicurezza e controllo accessi per immobili a prevalente uso sanitario e uso ufficio, per un valore a base d'asta di 30 milioni di euro: tale gara richiedeva, quale requisito di capacità specifico, l'aver realizzato, nell'ultimo triennio, un fatturato per servizi di vigilanza pari, almeno, a 15 milioni di euro, dei quali almeno il 60% intestato alla mandataria.

15.5.2. La seconda gara ha avuto ad oggetto l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza armata, portierato e altri servizi per tutte le Amministrazioni della Regione Emilia-Romagna e trasporto valori e contazione denaro per le Aziende Sanitarie della Regione Emilia-Romagna, per un importo complessivo a base d'asta di 35

milioni di euro; anche in questo caso era richiesto un fatturato specifico, nell'ultimo triennio, uguale o superiore a 15 milioni di euro, il 60% dei quali intestato alla mandataria.

15.6. Infine l'AGCM ha ritenuto essere stata condizionata dalla intesa la gara bandita dall'ATAC, cioè dall'azienda per la mobilità di Roma, bandita nel febbraio 2015 per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e portierato nelle sedi ATAC. Essa era divisa in due lotti: il lotto 1 relativo al servizio da svolgersi sulle linee della metropolitana e delle Ferrovie Regionali, del valore a base d'asta di quasi 50 milioni di euro; e il lotto 2, relativo al servizio da svolgersi nell'ambito dei depositi della metropolitana e delle Ferrovie Regionali, del valore a base d'asta di circa 15 milioni di euro. Quali requisiti specifici era richiesto il possesso di un fatturato per servizi analoghi, relativo all'ultimo triennio, non inferiore a 70 milioni di euro per il lotto 1, e non inferiore a 8/13 milioni di euro per il lotto 2, a seconda della tipologia del servizio.

16. Leggendo il provvedimento impugnato ci si avvede che gli elementi "endogeni" ricorrenti, ravvisati dall'AGCM nelle indicate gare, cioè gli elementi di anomalia evincibili dal mero esame degli atti di gara, sono essenzialmente riconducibili al fatto che gli operatori economici sanzionati con il provvedimento impugnato hanno partecipato alle varie gare in RTI, "sovrabbondanti" rispetto ai requisiti richiesti dalla legge di gara; a tale circostanza si sarebbe affiancata la ricorrenza delle stesse quote di partecipazione.

16.1. La significatività dei suddetti elementi, tuttavia, è sminuita da plurimi rilievi, che forniscono una spiegazione alternativa e plausibile al fatto che le parti, della presunta intesa anticoncorrenziale, hanno concorso in RTI alle gare sopra ricordate.

16.2. E' stato messo in luce dalle parti, e si evince anche da quanto sopra riferito circa le caratteristiche essenziali delle gare indagate dall'AGCM, che queste ultime erano tutte caratterizzate dal fatto di impegnare un ingente numero di guardie

giurate, da dislocare su un vasto territorio; in alcuni casi l'esecuzione dell'appalto richiedeva all'aggiudicatario di reclutare, all'occorrenza, anche un cospicuo numero di agenti per periodi di tempo limitati o con un preavviso breve; oltre a ciò in alcuni casi era necessario il possesso di una determinata qualificazione SOA, o di un fatturato per servizi analoghi di elevato importo; infine in alcune situazioni era necessaria autorizzazione ex art. 134 TULPS che non consentiva alle parti l'esecuzione dell'appalto in tutti i territori nei quali si richiedeva di espletare il servizio.

16.2.1. Sotto tale profilo anche il provvedimento impugnato rammenta che l'attività di vigilanza privata svolta per conto terzi richiede il preventivo rilascio di una autorizzazione di pubblica sicurezza, disciplinata dagli artt. 134 e segg. del TULPS; il rilascio di tale autorizzazione presuppone la presentazione di una istanza, deve indicare il soggetto che la richiede, la composizione organizzativa e l'assetto proprietario di quest'ultimo, l'indicazione dell'ambito territoriale, anche in province o regioni diverse, in cui l'istituto intende svolgere la propria attività, l'indicazione dei servizi per i quali si chiede l'autorizzazione, dei mezzi e delle tecnologie che si intendono impiegare; la domanda è corredata da un progetto organizzativo e tecnico-operativo dell'istituto, nonché dalla documentazione comprovante il possesso delle capacità tecniche occorrenti, proprie e delle persone preposte alle unità operative dell'istituto e la disponibilità dei mezzi finanziari, logistici e tecnici occorrenti per l'attività da svolgere e le relative caratteristiche, conformi alle disposizioni in vigore.

16.2.2. Secondo l'AGCM il settore sarebbe stato "liberalizzato" con il D.L. 59 dell'8 aprile 2008 (convertito, con modificazioni, dalla L. 6 giugno 2008, n. 101), il quale, intervenendo sulle citate norme, avrebbe rimosso il regime limitativo all'accesso basato i) su un sistema di licenze prefettizie di ambito provinciale (con l'obbligo di detenere determinate infrastrutture locali) e ii) su vincoli quantitativi sia in termini

di operatori autorizzati ad operare nel contesto locale, sia in termini di consistenza dell'organico disponibile; tale riforma del settore avrebbe attenuato le barriere all'ingresso incrementando la contendibilità del mercato. In particolare la liberalizzazione del settore conseguirebbe alla previsione dell'art. 257 ter del D.P.R. n. 153/2008, che avrebbe introdotto un regime di silenzio-assenso per il rilascio delle licenze, valevole anche per il rilascio di autorizzazioni finalizzate ad estendere l'ambito territoriale dell'autorizzazione precedentemente rilasciata all'operatore economico.

16.2.3. Tale rilievo, tuttavia, non considera che, comunque, l'estensione dell'efficacia territoriale di una licenza per l'esercizio di attività di vigilanza armata richiede all'operatore economico di dimostrare, e quindi di possedere, determinati requisiti di organizzazione, segnatamente la disponibilità, nel territorio per il quale è richiesta l'estensione della licenza, di sedi operative, di mezzi, tecnologie e personale; la descrizione di tale organizzazione deve constare, infatti, da un progetto tecnico-organizzativo che deve essere allegato alla richiesta di estensione della licenza (come, del resto, anche alla richiesta di primo rilascio della licenza).

16.2.4. Segue da quanto sopra che l'estensione territoriale della licenza necessaria per l'esercizio dell'attività di vigilanza armata presuppone un effettivo adeguamento della struttura aziendale, il quale adeguamento richiede valutazioni complesse e investimenti e, perciò, difficilmente può essere deciso e implementato dall'operatore economico solo a seguito della pubblicazione di un bando di gara e per poter partecipare alla stessa.

16.3. Valga considerare, sul punto, che anche nelle segnalazioni che le Associazioni ANIVP e ASSIV hanno inoltrato alla AGCM il 2 febbraio 2018, si lamentava, non già l'esistenza di una possibile intesa anticoncorrenziale, quanto piuttosto il fatto che la stazione appaltante ARCA, indicando la gara ARCA 1, avesse articolato i lotti ed

i requisiti di partecipazione in maniera tale da escludere dalla partecipazione alla gara le piccole e medie imprese.

16.4. Considerato, pertanto, il dispiegamento di mezzi e di investimenti che richiedeva la partecipazione alle gare oggetto di indagine, nonché la necessità – in alcuni casi – di possedere requisiti di partecipazione specifici o particolarmente onerosi, il Collegio ritiene che la partecipazione a tali gare in raggruppamento “sovrabbondante” costituisca una evenienza quasi “fisiologica”, se non necessaria, sia perché in tal modo gli operatori economici partecipanti avevano la sicurezza di poter contare sulla organizzazione già collaudata delle compartecipi, sia perché così si realizzava anche una ripartizione del rischio di inadempimento/tardivo inadempimento/insolvenza dell’ente aggiudicatore, rischio che si è anche effettivamente concretizzato con la ammissione al concordato preventivo di ATAC.

16.5. Conclusivamente, la partecipazione in RTI “sovrabbondanti” non può ritenersi, ex se, indicativa, di fenomeni patologici, segnatamente dell’intendimento, degli operatori partecipanti all’RTI, di non volersi fare concorrenza reciproca, potendo essa giustificarsi con le caratteristiche peculiari delle gare oggetto di indagine.

16.6. Quanto al fatto che in vari casi le parti avrebbero partecipato alle gare in raggruppamento con le medesime quote di partecipazione, stabilite a priori e a prescindere dalla quota di effettiva esecuzione, si deve richiamare il consolidato principio secondo cui per l'appalto di servizi non vige, ex lege, il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12/02/2020, n. 1101, che ha rilevato che l’opposto principio, della necessaria coincidenza tra quote di partecipazione, è stato enunciato dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria n.

6/2019 solo con riferimento agli appalti per lavori, ai quali soltanto si applica la previsione di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. m. 207/2010).

17. Nella motivazione del provvedimento impugnato la rilevanza probatoria degli elementi endogeni dianzi esaminati prende corpo solo alla luce di alcuni documenti, reperiti dall'AGCM nel corso dell'attività ispettiva e che costituirebbero elementi probatori "esogeni". Tali documenti dimostrerebbero, da una parte, le "vere" quote di ripartizione degli appalti, le quali corrisponderebbero, sempre, all'intendimento di mantenere a ciascuno degli operatori economici il dominio in un certo ambito territoriale; d'altra parte l'esistenza di "accordi bilaterali", aventi lo scopo di procedere ad un sistematico e reciproco affidamento di commesse, al fine di riequilibrare i rispettivi rapporti di dare-avere.

17.1. Di rilievo sarebbe, in questo senso, la scrittura privata del 25 luglio 2014 (prodotta come allegato 27 del fascicolo della AGCM), a mezzo della quale le Parti avrebbero – secondo l'AGCM - determinato ex ante le quote di partecipazione alla gara Trenord 1, senza che emergessero ragioni di efficienza e razionalità dell'impegno in ATI, prevedendo una suddivisione negli ambiti di Lombardia, Piemonte, Veneto ed Emilia Romagna.

17.1.1. Il Collegio rileva che il documento di che trattasi riproduce un accordo stipulato tra Sicuritalia, IVRI, Allsystem, Itapol, Coopservice, CIVIS, Istituto di vigilanza di Sondrio, Vedetta 2 Mondialpol, Rangers e BTV; tale accordo, sul presupposto della già manifestata volontà di partecipare in raggruppamento alla gara Trenord 1, e nell'intento di "definire sin da subito la suddivisione dei servizi che ciascuna di essa dovrà svolgere in caso di aggiudicazione della gara", obbliga le parti, reciprocamente, ad eseguire i servizi in conformità alla tabella ivi riprodotta.

17.1.2. Nella indicata tabella l'esecuzione dell'appalto è ripartita sia in base alla natura del servizio (vigilanza armata, vigilanza a bordo treno, trasporto valori), sia su base percentuale e su base territoriale, nelle tre Regioni. Il corrispettivo dell'appalto è

suddiviso tra i partecipanti secondo le rispettive attività, ferma restando la responsabilità solidale nei confronti della Stazione Appaltante; nella medesima proporzione è previsto il concorso delle parti alle spese di costituzione dell'ATI, e a ogni altra spesa.

17.1.3. Il Collegio ritiene che alla luce del contenuto concreto della scrittura del 25 luglio 2014 non si possa inferire, con certezza, che la suddivisione dell'appalto rispecchi la volontà delle parti di mantenere il dominio sulla porzione del territorio in cui era già tradizionalmente presente, in una logica anticoncorrenziale; è verosimile, invece, che la suddivisione anche su base territoriale sia stata determinata, semplicemente, dalla operatività concreta delle varie parti nelle tre Regioni nelle quali il servizio doveva essere espletato; così, ad esempio, non è determinante – ai fini dell'interpretazione dell'accordo in esame in chiave anticoncorrenziale – il fatto che il territorio della provincia di Mantova sia stato riservato a Coopservice, dal momento che essa era autorizzata ad operare solo in Emilia Romagna e, in Lombardia, solo nella provincia di Mantova.

17.2. Nel provvedimento impugnato si richiama un precedente accordo intercorso tra Sicuritalia e Coopservice nel 2012, relativo ad una gara bandita da Trenord nel 2012, poi annullata; tuttavia anche tale accordo, nel quale si preannunciava che in caso di aggiudicazione Coopservice avrebbe svolto il servizio nella Provincia di Mantova, null'altro evidenzia se non l'intendimento di tali società di voler concorrere insieme a tale gara, per una comprensibile finalità organizzativa, essendo evidente che la preparazione di gare impegnative non può che essere preceduta da una attività organizzativa, che non può necessariamente essere interpretata in chiave anticoncorrenziale.

17.3. Di tanto tenuto conto anche la mail 3 marzo 2016, interna al gruppo IVRI, cui allude il provvedimento impugnato al par. 80 («siamo riusciti a recuperare, come ci dicevamo poco fa, anche gli accordi decisi e sottoscritti tra i membri dell'ATI

(25/7/2014) in termini di percentuali di servizi da svolgere anche se a quell'epoca non c'era indicazione precisa dei servizi da svolgere, delle località e delle modalità di erogazione»), non è di sicura interpretazione e significato; come pure privo di un sicuro significato anticoncorrenziale è il fatto che le percentuali stabilite nell'accordo del 25 luglio 2014, che evidentemente rispecchiavano il valore del servizio svolto su base territoriale, non siano state comunicate immediatamente a Trenord, in occasione della partecipazione del RTI alla gara Trenord 2, successiva all'accordo.

17.4. Tra gli elementi esogeni il provvedimento impugnato menziona un accordo pre-gara tra Sicuritalia e Itapol del maggio 2016 in cui quest'ultima si impegna a non partecipare alla gara Trenord 2 e Sicuritalia, in caso di aggiudicazione, si impegna ad affidare in subappalto a Itapol una quota pari al 20% dei servizi. A tale accordo farebbe riscontro la mail interna del 23 maggio 2016 reperita presso Itapol («per tua informazione, questa gara non la facciamo. Entreremo in subappalto»). Ai parr. 88 e 89 il provvedimento impugnato menziona ulteriori mails interne intercorse tra Sicuritalia e Itapol in cui si prospetta l'ipotesi di non attivare il subappalto di “Trenord 2” se Itapol non acconsente a subappaltare una quota di un appalto SEA ad essa aggiudicato, in via esclusiva, nel 2015.

17.4.1. Anche in questo caso si tratta di corrispondenza che non pare di sicuro significato ai fini di dimostrare l'esistenza della intesa unica e continuata divisata nel provvedimento impugnato: semmai tale corrispondenza attesta l'esistenza di accordi tra queste due imprese; è poi opinabile che simili accordi debbano necessariamente essere letti in chiave anticoncorrenziale, non essendo affatto evidente l'effetto anticoncorrenziale che essi avrebbero prodotto.

17.5. A conclusioni simili deve giungersi anche con riguardo ai documenti citati dall'AGCM ai parr. 98 e segg. del provvedimento impugnato. La “proiezione gara Expo” del 7 ottobre 2014, reperita presso Itapol, ipotizzava la partecipazione del RTI Itapol a tutti e tre i lotti e Itapol sembrava consapevole che il RTI Allsystem

avrebbe potuto presentare un'offerta aggressiva in grado di vincere la gara. Itapol ha poi effettivamente partecipato da sola alla gara EXPO Evento, e solo per il lotto 3, presentando una offerta così irregolare da essere esclusa. Il RTI costituito da Allsystem, IVRI e Sicuritalia ha invece partecipato e si è aggiudicato i lotti 1 e 2. La gara per il lotto 3 è stata ripetuta, per mancanza di offerenti, ma Itapol non vi ha più partecipato, ed alla fine anche il lotto 3 è stato aggiudicato al RTI Allsystem.

17.5.1. L'AGCM ha visto, nella situazione sopra descritta, una intesa sostanzialmente spartitoria, con Itapol che avrebbe, dopo l'esclusione, abbandonato le aspirazioni a vedersi aggiudicare il lotto 3 in cambio di qualche "compensazione". Tuttavia Itapol ha dato una giustificazione plausibile alla mancata partecipazione alla riedizione della gara per il lotto 3 (cioè: la minor convenienza dell'appalto, alla luce del fatto che una parte dei servizi era stata scorporata e non più inclusa tra quelli da affidare in quel lotto), mentre non è chiaro - perché il provvedimento non lo spiega - in che misura Itapol fosse a conoscenza delle caratteristiche della possibile offerta del RTI Allsystem. Va peraltro rilevato che ogni operatore economico conosce le caratteristiche fondamentali dell'organizzazione dei propri concorrenti, specie nei settori in cui incide in misura fondamentale la manodopera più che la tecnologia; pertanto non appare irragionevole che Itapol abbia potuto preparare la "proiezione gara Expo", del 7 ottobre 2014, sulla base delle informazioni note relative ai propri concorrenti, conseguendo da ciò che anche i documenti citati nei parr. 98 e segg. appaiono poco significativi al fine di dimostrare l'esistenza della intesa unica e continuata, descritta nel provvedimento impugnato.

17.6. Il provvedimento impugnato dà, ancora, evidenza (ai parr. 114 e segg.) del ritrovamento di documenti attestanti, in tesi, la preesistenza di accordi finalizzati a mantenere determinati "equilibri", a prescindere dalle reali capacità di offrire il servizio, basate su logiche tipicamente spartitorie; tali accordi preesistevano, e avrebbero influenzato, le gare Intercert-ER 1 e 2 nonché la gara ATAC.

17.6.1. Gli stralci dei documenti riportati nel provvedimento impugnato documentano, effettivamente, una trattativa intercorsa tra le parti del RTI Coopservice, Sicuritalia, CISIV, IVRI, Axitea e la Patria, finalizzata a stabilire delle quote, riferite, apparentemente, al fatturato scaturente dall'esecuzione delle gare, e quindi alle quote di esecuzione; tuttavia non è possibile affermare che tale determinazione delle quote di esecuzione fosse totalmente disancorata dalla capacità di fornire il servizio. L'AGCM, del resto, nel provvedimento afferma che le valutazioni all'interno del RTI "prescindono dalle reali capacità di offrire il servizio delle imprese, essendo invece basate su considerazioni commerciali tipiche di una logica spartitoria in cui le Parti provano ad ottenere il massimo risultato" (par. 118) e che hanno "ad oggetto il mantenimento inalterato degli "equilibri" consolidati tra le parti", ma non dimostra che tali "equilibri" non sono quelli determinati dalla organizzazione dei vari operatori economici, prime fra tutte le relative licenze.

17.6.2. Le gare Intercert-ER, infatti, avevano ad oggetto l'intero territorio regionale, ma all'epoca dei fatti nessuna delle parti del procedimento possedeva una licenza che le consentisse di operare nell'intero territorio regionale. Si trattava, inoltre, di gare a lotto unico. Tali circostanze giustificavano pienamente il ricorso al RTI.

17.6.3. La "trattativa sulle quote di esecuzione" documentata dalle varie mail citate ai parr. 114 e segg. del provvedimento impugnato, in definitiva, poteva essere una trattativa avente ad oggetto il modo di valorizzare, in percentuale, l'apporto effettivo che avrebbe potuto dare ciascuno degli operatori che partecipavano al raggruppamento. Tale "valorizzazione" comprendeva anche la possibilità di affidare dei subappalti, in "compensazione" di minori quote o di fatturato non raggiunto. Su tali forme di "compensazione" si tornerà in prosieguo; per il momento basti considerare che così intesa una simile trattativa non poteva ritenersi, ex se, illecita, non essendo accompagnata dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali.

17.7. Considerazioni simili valgono anche con riferimento a quanto si legge nel provvedimento impugnato a proposito di un accordo del 26 gennaio 2016, reperito presso Italpol e riguardante la gara ATAC del 2015.

17.7.1. A tenore di tale accordo Sicuritalia rinunciava a partecipare alla gara per il solo lotto 1, ottenendo in cambio l'impegno, di Italpol, all'affidamento di parti di tale lotto, in misura diversa a seconda che si fosse aggiudicata, o meno, il lotto 2. Secondo l'AGCM "La logica ripartitoria emerge, quindi, chiaramente laddove si osservi l'assoluta "stranezza" della pattuizione, che prevede che Italpol affidi in subappalto a Sicuritalia (in un'evidente logica di compensazione) più ore nel caso di vincita di un solo lotto". Tale affermazione non è, però, condivisibile, perché non tiene conto del fatto che tra i lotti 1 e 2 della gara ATAC vi era grande differenza di valore e di impegno, e l'accordo in sostanza prevedeva che Sicuritalia divenisse affidataria, in subappalto, del 100% del lotto 2, oltre a 20.000 ore del lotto 1, oppure di 75.000 ore del lotto 1, e non è affatto detto che tra le due opzioni vi fosse, in termini di ore, una differenza sostanziale.

17.7.2. Né si possono trascurare le considerazioni svolte da Italpol circa la mancanza di solidità finanziaria di ATAC, poi effettivamente ammessa a concordato preventivo, che indubbiamente potrebbero aver scoraggiato alcuni operatori economici dall'intento di partecipare alla gara, sia pure in RTI. Quindi non si può escludere che quanto espresso nell'accordo in esame non fosse effettivamente espressione dell'intento delle parti di ripartirsi il rischio d'impresa, collegato alla importanza della gara ed anche ai problemi finanziari della stazione appaltante.

18. Il provvedimento impugnato indica ulteriori documenti che, a dire dell'AGCM, testimonierebbero della esistenza di "rapporti che individuano nella collaborazione un modo efficiente e proficuo per evitare il confronto competitivo": si tratterebbe di distinti accordi "di compensazione", ovvero di accordi che contemplano affidamenti reciproci fondati sul c.d. sistema del network, ovvero il sistema che

consente a un istituto di vigilanza non presente in una certa zona di rivolgersi ad un altro lì presente al fine di offrire il servizio ad un suo cliente nell'area non coperta direttamente. L'utilizzo di tale procedura prevede di passare attraverso una Agenzia istituita ai sensi dell'art. 115 del TULPS: si tratta di agenzie di intermediazione che assumono dalla committenza dei mandati senza rappresentanza, per stipulare, con istituti di vigilanza muniti della necessaria licenza, contratti di appalto aventi ad oggetto la prestazione di servizi di vigilanza in favore del committente/mandante; trattandosi di mandati senza rappresentanza, le network rimangono direttamente responsabili, nei confronti degli istituti di vigilanza, del pagamento dei relativi compensi, anche se poi per questi ultimi debbono essere rimborsati dal committente/mandante.

18.1. Ora, si verifica che alcuni istituti di vigilanza sono autorizzati sia ai sensi dell'art. 134 TULPS, sia ai sensi dell'art. 115 TULPS, e il fenomeno degli "affidamenti reciproci" vede protagonisti proprio questi soggetti: costoro, in qualità di network, hanno interesse, al fine di estinguere le obbligazioni contratte nei confronti degli istituti di vigilanza, a divenire, a propria volta, fornitori del servizio di vigilanza nei confronti degli istituti di vigilanza "creditori".

18.2. Il fenomeno degli "affidamenti reciproci", su cui si sofferma il provvedimento impugnato ai parr. 138 e segg., non può quindi leggersi solo in chiave anticompetitiva, anche perché non consta l'esistenza di norme che vietino, o limitino, tali "affidamenti reciproci". La finalità illecita di tali affidamenti, pertanto, avrebbe dovuto essere oggetto di specifica prova da parte dell'AGCM, che invece li ha ritenuti ex se indicativi di rapporti di "non belligeranza" e, come tali, sintomatici dell'intento di annullare la concorrenza.

19. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio reputa che l'AGCM non abbia, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, raccolto elementi probatori, endogeni ed esogeni, complessivamente sufficienti a dimostrare l'esistenza di un

accordo anticoncorrenziale tra le imprese destinatarie del provvedimento sanzionatorio.

20. A dequotare ulteriormente il significato degli esaminati elementi endogeni ed esogeni si aggiunge la considerazione che il provvedimento impugnato non dimostra quali sarebbero gli effetti anticoncorrenziali che sarebbero stati determinati dalla presunta intesa, effetti che non possono ritenersi “in re ipsa”: ciò, a maggior ragione, per il fatto che nel caso di specie l’intesa non ha avuto ad oggetto né la spartizione, tra le parti, dei lotti delle varie gare indagate, né la determinazione di prezzi; dunque non è possibile dare per scontato che l’assenza del confronto competitivo si sia risolta in un pregiudizio economico sicuro per le stazioni appaltanti.

20.1. L’intesa, nel caso di specie, si sarebbe risolta – in tesi - nell’accordo delle parti di non farsi concorrenza reciproca, partecipando insieme in raggruppamento alle gare analizzate nel provvedimento impugnato, oppure mediante astensione, di taluna delle parti, dalla partecipazione per ottenere in cambio affidamenti parziali in subappalto. Non è affatto chiaro, tuttavia, quale effetto dannoso, per il mercato, sarebbe stato conseguito attraverso il suddetto patto di non concorrenza: il provvedimento, infatti, non si sofferma ad analizzare, e quindi non dimostra, quali sarebbero stati gli effetti della mancata partecipazione del sodalizio illecito alle varie gare.

20.1.1. A tale proposito va rilevato che – come si legge al par. 33 del provvedimento impugnato - le parti del procedimento rientravano, all’epoca dei fatti, tra le prime otto società del settore, fatturando quasi un terzo dell’intero valore del fatturato prodotto dal settore. Ciò significa che alla presunta intesa anticoncorrenziale non hanno partecipato le molte altre imprese che rappresentavano oltre due terzi del fatturato totale, le quali erano in condizione di partecipare alle gare oggetto di indagine, assicurando un confronto competitivo.

20.1.2. Quanto sopra evidenzia che gli effetti dannosi della presunta intesa anticoncorrenziale avrebbero dovuto essere attentamente studiati e spiegati nel provvedimento impugnato, non potendo tali effetti essere dati per scontati o essere presunti. In particolare, laddove si è avuta la partecipazione del solo raggruppamento formato dalle imprese partecipanti alla presunta intesa, gli effetti dannosi non avrebbero potuto essere presunti, dovendosi considerare la mancata partecipazione di altri operatori quale conseguenza della struttura della gara; con riferimento ai casi in cui il medesimo raggruppamento si è aggiudicato i lotti in virtù dell'elevato punteggio tecnico, l'indagine sugli effetti avrebbe dovuto estendersi a valutare il rapporto prezzo/qualità di tale progetto tecnico e di quello degli altri operatori economici, partecipanti ma non vincitori. Più in generale si deve rammentare che “..solo se gli accordi, le decisioni o le pratiche possono pregiudicare gli scambi tra Stati membri, l'alterazione della concorrenza è vietata dalle norme comunitarie. Perché questa condizione sia soddisfatta, l'accordo, la decisione o la pratica deve, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, rivelarsi atta ad influire direttamente o indirettamente sulle correnti degli scambi tra Stati membri, a contribuire all'isolamento del mercato e ad ostacolare la compenetrazione economica voluta dal Trattato.” (Corte di Giustizia, causa C-23/67, Brasserie de Haecht /Commissione), e che, in applicazione di tale principio, l'AGCM avrebbe dovuto analizzare e spiegare quali effetti anticoncorrenziali avrebbe avuto la presunta intesa sul mercato di riferimento e come quest'ultimo si sarebbe evoluto in mancanza della predetta intesa.

20.1.3. In ogni caso, va evidenziato che in un settore di attività in cui la partecipazione in raggruppamento rappresenta una necessità, è fisiologico che alcuni operatori economici stringano legami preferenziali, basati sulla organizzazione delle rispettive aziende e su rapporti “collaudati”, organizzando tali rapporti con anticipo, in vista della partecipazione a future gare. Ciò non implica, necessariamente, l'illiceità

di tali accordi, anche sub specie di pratiche concordate, nella misura in cui il sodalizio risponda ad esigenze organizzative, e non già ad evitare una sana competizione. Il fatto che si richieda, al fine di sanzionare le intese anticoncorrenziali e le pratiche concordate, la dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali vale, appunto, a distinguere i sodalizi leciti da quelli illeciti, e proprio per tale ragione non si può prescindere dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali per sanzionare una intesa, e ancor prima al fine di dimostrarne l'esistenza.

21. Quanto argomentato nei paragrafi che precedono dimostra, inoltre, che l'intesa divisata nel provvedimento impugnato non poteva essere qualificata come "intesa per oggetto".

21.1. Osta a tale qualificazione anche la constatazione che il fatturato prodotto dalle gare indagate è assolutamente irrisorio in rapporto al fatturato complessivo del settore prodotto dalle imprese italiane, fatturato che al par. 31 del provvedimento impugnato viene indicato in 2,2 miliardi di euro: è evidente che, anche se riferito ad un triennio di attività ed anche se comprensivo del fatturato prodotto dal settore privato, tale importo è talmente elevato, rispetto alla sommatoria degli importi a base d'asta delle gare oggetto di indagine, da escludere l'operatività di qualsiasi presunzione relativamente alla idoneità lesiva dell'intesa.

21.2. Deve ritenersi, allora, non casuale il fatto che il mercato rilevante sia stato individuato, nel provvedimento impugnato, in coincidenza con il mercato dei servizi affidati con le gare analizzate nel provvedimento impugnato: tale operazione logica mette, in sostanza, a confronto diretto due fatturati del medesimo valore (pari, cioè, a quello prodotto dalle gare che sarebbero state influenzate dalla presunta intesa), consentendo all'AGCM di qualificare l'intesa "per oggetto", esonerandola dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali.

21.3. Tale operazione logica, tuttavia, è erronea. Se è vero che il mercato rilevante va individuato solo dopo aver stabilito l'esistenza della intesa anticoncorrenziale, ciò

non significa affatto che esso vada anche “ritagliato su misura” della stessa. Vero è, piuttosto, che la preliminare individuazione della intesa serve a stabilire la tipologia delle operazioni sulle quali l’intesa può aver riverberato i propri effetti, mentre il mercato rilevante va identificato in un momento successivo affinché possa includere tutte le operazioni della medesima tipologia.

21.3.1. Poiché la presunta intesa anticoncorrenziale avrebbe avuto ad oggetto solo gare indette da stazioni appaltanti pubbliche, aventi ad oggetto l’espletamento di servizi di vigilanza in Lombardia, Emilia Romagna e Lazio, il mercato rilevante avrebbe dovuto essere perimetrato con riferimento a tutte le gare indette da stazioni appaltanti pubbliche, nel triennio di riferimento e nelle tre Regioni indicate. A tutto voler concedere avrebbero potuto essere individuati tre mercati rilevanti distinti, per ciascuno dei tre territori regionali. In ogni caso il mercato rilevante avrebbe dovuto includere tutte le gare pubbliche aventi ad oggetto servizi simili, o identici.

21.4. Il provvedimento impugnato è, dunque, illegittimo anche per aver erroneamente qualificato la presunta intesa come “intesa per oggetto”, sulla base di una artificiosa individuazione del mercato rilevante.

22. Le considerazioni che precedono danno ragione della fondatezza delle varie censure articolate dalle società appellanti ai primi quattro dei motivi di ricorso e determinano la necessità di disporre l’annullamento del provvedimento impugnato in primo grado, con assorbimento degli ulteriori motivi d’appello.

23. L’impugnata sentenza deve, quindi essere riformata, non potendosi condividere la valutazione di legittimità del provvedimento impugnato, cui è pervenuta tale decisione.

24. L’appello va, conclusivamente accolto e, per l’effetto, in riforma della impugnata sentenza, va disposto l’annullamento del provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 12 novembre 2019 n. 27993, notificato il 16 dicembre 2019, nei limiti dell’interesse.

25. La peculiarità della vicenda e la complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 08825/2021, annulla, nei limiti dell'interesse, il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 12 novembre 2019 n. 27993.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO