

Sanzioni punitive nell'illecito *antitrust* e *standard probatorio*

Il principio della presunzione d'innocenza, sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive.

*La presunzione di innocenza risulta, del resto, anche dall'articolo 6, paragrafo 2, della CEDU che, come noto, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione. La natura "penale" in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità *antitrust* è indubbia, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fatto che l'accertamento di *antitrust infringement* determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale.*

In coerenza con l'anzidetto quadro 'costituzionale' (del Trattato e della CEDU), l'art. 2 del Regolamento n. 1 del 2003 precisa che, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione all'art. 101 del TFUE, l'onere della prova dell'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Spetta dunque all'Autorità fornire la prova delle infrazioni che essa constata e produrre gli elementi idonei a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi che integrano l'infrazione, ivi compresa la sua durata.

La presunzione comporta che qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione.

Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza del 30.03.2023, n. 3312

...omissis....

1.- Con Provv. n. 26316 del 21 dicembre 2016, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: "Autorità"), a definizione del procedimento I7...ssigenoterapia) e ventiloterapia (...), ha deliberato:

a) di rigettare l'istanza istruttoria V....

b) che le società avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle strategie in occasione di quattro gare bandite tra il 2012 e il 2014 da o per conto diper la fornitura del servizio dia favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale;

c) che le società avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da A.M. per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino a luglio 2014, quando sono state presentate offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata;

d) che le società L..... avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente in una strategia di coordinamento tesa a mantenere artificialmente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD in Campania, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da S. nel 2014;

e) che le società..... si astenessero in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui ai punti b), c) e d);

f) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto b), venissero applicate le sanzioni amministrative di € 1.410.887 a carico di L., € 1.485.144 a carico di

g) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto c), venissero applicate alle società le sanzioni amministrative pecuniarie di € 5.909.212 a carico di L., € 1.669.996 a carico di M.C., € 8.192.963 a carico di S., € 7.248.524 a carico di V. ed € 8.624.172 a carico di V.;

h) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto d), venissero applicate le sanzioni amministrative pecuniarie di € 849.232 a carico di L., € 700.629 a carico di E., € 1.252.869 a carico di M., € 512.870 a carico di M.S., € 269.171 a carico di O.L., € 700.108 a carico di O., € 75.000 a carico di T., € 927.906 a carico di V. e € 1.252.869 a carico di V.N..

1.1.- Per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio, l'Autorità ha accertato che le società..... avevano coordinato le proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino al luglio 2014, quando sono state presentate le offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata.

In particolare, i comportamenti in contestazione sarebbero stati posti in essere sia nella prima fase di indizione della gara, al fine di dissuadere l'Amministrazione dal ricorrere a tale strumento per l'assegnazione del servizio, sia nelle more del procedimento di espletamento della gara sia, successivamente, nel corso della procedura negoziata, avviata a seguito dell'esito deserto della gara.

Secondo quanto contestato dall'Autorità, sarebbero state poste in essere azioni coordinate da parte delle imprese operanti nel territorio marchigiano che, in alcuni casi, avrebbero coinvolto, chiedendone l'intermediazione, anche l'associazione di categoria (sottogruppo A. all'interno di F.) prestatasi a rappresentare le istanze degli operatori.

Sebbene, rispetto alla procedura ristretta per l'affidamento del servizio avviata già nel 2010, le Parti insieme ad altre società - segnatamente,ormato da G.T. - si fossero qualificate entro i termini indicati nel bando (28 febbraio 2011), nonché i contenuti del bando di gara e del relativo capitolato fossero stati ampiamente condivisi con gli operatori del settore (i quali avevano manifestato formalmente il loro interesse a partecipare alla procedura durante il dialogo tecnico intercorso con l'Amministrazione per la definizione del capitolato tecnico), le stesse imprese, al termine di scadenza per la presentazione fissato dall'Amministrazione, non avevano presentato alcuna offerta.

Solo successivamente, a seguito dell'avvio di una procedura negoziata, che aveva la medesima lex specialis nonché la medesima base d'asta della procedura andata deserta, e che aveva trovato un primo concreto interesse in un operatore non presente sul territorio, le Parti - hanno richiesto di essere invitate alla procedura, in alcuni casi presentando ricorso per poter partecipare alla stessa.

In sede di offerta le Parti hanno presentato ribassi molto significativi rispetto alla base d'asta - con punte del 60% e sconti medi del 42% -, consentendo l'aggiudicazione del servizio e l'ottenimento di risparmi molto significativi per l'Amministrazione.

Pertanto, secondo l'impianto accusatorio, le Parti avrebbero concertato tra loro una strategia volta a indurre l'Amministrazione a rivedere le condizioni dell'appalto e la relativa base d'asta, mandando deserta la procedura indetta nel 2010. Successivamente, a fronte del rischio di aggiudicazione del servizio provocato dalla procedura negoziata - rispetto alla quale non vi era contezza dei soggetti invitati e dell'offerta che avrebbero presentato - le Parti si sarebbero viste costrette a partecipare alla gara e ad effettuare significativi ribassi sulla base d'asta, secondo le normali dinamiche competitive.

2.- La), agendo in giudizio dinnanzi al T.a.r. Lazio, Roma, ha impugnato il Prov. n. 2 del 6316 cit., nella parte in cui:

- ha ascritto a proprio carico la responsabilità ex art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) di una concertazione delle proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da A..... per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino a luglio 2014, quando sono state presentate offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata;

- ha ingiunto nei propri confronti di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

- ha irrogato nei propri confronti la relativa sanzione amministrativa pecuniaria.

3.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, con sentenza n. 4473 del 2018, ha accolto il ricorso, rilevando che:

- il provvedimento sanzionatorio risultava basato su un'istruttoria incompleta, le cui carenze si riflettevano sull'intero impianto motivazionale dell'atto, il quale risultava in più passaggi, e complessivamente nel suo insieme, assertivo e non aderente ai principi normativi e giurisprudenziali in materia;

- l'accordo quadro non poteva integrare un modello di gara anticompetitivo, pure configurando una procedura espressamente disciplinata dal codice degli appalti, non recante esclusioni in materia di forniture sanitarie;

- l'illegittima perorazione della maggiore rispondenza della gara rispetto all'accordo quadro era stata affermata nel provvedimento in mero recepimento della prospettazione dell'amministrazione segnalante e in assenza di autonome analisi economiche sul punto;

- la tipologia dell'accordo quadro risultava, peraltro, scelta da numerose A.I. (tra cui la....., con bandi nei quali si evidenziava come esso consentisse sia una maggiore adeguatezza dei prodotti alle esigenze dei pazienti sia, più in generale, una minore litigiosità tra le parti, che si traduceva anche in un risparmio di spesa e di tempo per le amministrazioni;

- l'attività, anche congiunta, di più operatori di settore, volta a perorare presso l'amministrazione la maggiore adeguatezza di un modulo procedimentale, non poteva avere un rilievo automaticamente anticompetitivo, come risultava pure affermato dalla stazione appaltante laddove aveva dichiarato che tale attività di persuasione integrava una "legittima strategia commerciale" ove non si esprimesse in una "posizione invasiva e intempestiva" rappresentata, a suo giudizio, dall'improvvisa e immotivata decisione di non partecipare alle gare, circostanza, quest'ultima, tuttavia, non adeguatamente provata nel provvedimento in esame;

- risultavano dunque assenti profili anticompetitivi nell'attività posta in essere dalle società, né risultava provata la strumentalità della medesima alla dilatazione dei tempi procedimentali;

- la maggior parte delle prove documentali citate nel provvedimento atteneva solo a tale specifico profilo e non ai pure contestati effetti di pretesa estensione dei tempi di gara al fine di godere dei benefici economici della proroga delle precedenti forniture;

- doveva essere condivisa la contestazione di genericità della vicenda, riportata dall'Autorità, secondo cui un'impresa avrebbe ricevuto pressioni per non partecipare alla gara, non comprendendosi in modo chiaro a chi fosse

riconducibile la condotta descritta;

- quanto alla mail del 4 novembre 2013 - nella quale..... e V. la bozza del "verbale" predisposto in merito all'incontro tenutosi in pari data presso la Regione Marche e nel quale era stata rappresentata l'indisponibilità delle società ivi presenti a prorogare le condizioni di fornitura del servizio a quel momento vigenti nelle more della nuova procedura - emergeva inequivocabilmente dalla mera lettura dei paragrafi 157 e 158 del provvedimento che si trattava di un "verbale", che dava conto di quanto già rappresentato dalle medesime società in una sede istituzionale, così che lo stesso non poteva costituire prova della previa concertazione del contegno da tenere nella detta sede;*
- quanto all'appetibilità della gara, risulta fondata la doglianza secondo cui l'Autorità non ha verificato l'affermazione di A. di aver previsto nel bando prezzi a base d'asta calcolati sulla base di quelli vigenti, benché, in corso di procedimento, una società considerata estranea all'intesa ne avesse segnalato la significativa flessione rispetto ai prezzi praticati negli anni;*
- quanto alla affermata previa condivisione del capitolato, risultava documentata la circostanza che l'interlocuzione infraprocedimentale aveva avuto tempi contingentati per ciascuna impresa e che la sua funzione meramente consultiva era tale da non garantire affatto la presunta approvazione delle singole clausole da parte delle società consultate;*
- quanto alla contestazione giudiziaria del bando, chiaramente riconducibile a una scelta unilaterale della società ... risultava meritevole di adesione la prospettazione secondo cui la presentazione del ricorso era stata troppo frettolosamente definita come strumentale e inidonea ad integrare una spiegazione alternativa della sua mancata partecipazione alla gara, tanto più alla luce del fatto che nel corso del processo vi erano state pronunce cautelari favorevoli alla parte ricorrente e che i lotti a cui ... aveva partecipato nella seconda gara erano diversi da quelli contestati nella prima;*
- non risultano vagliati gli importi dei danni arrecati all'amministrazione;*
- il provvedimento sanzionatorio si basava, in ultima analisi, sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, peraltro neppure esclusivo, atteso che nella prima gara le imprese qualificate erano 9 e nessuna di queste (neppure le 4 diverse da quelle sanzionate) aveva presentato offerta;*
- la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non poteva, dunque, essere l'unica plausibile, non essendo l'Autorità riuscita a ricostruire l'intera fattispecie nel senso della necessaria congruenza narrativa, né essendo stata in grado di superare le spiegazioni alternative al riguardo avanzate dalle imprese originarie ricorrenti (prima fra tutte la legittima perorazione dell'adozione di un diverso modulo procedimentale), tali da prospettare un'analisi economica tesa alla conclusione che la riscontrata condotta di gara fosse riconducibile a scelte indipendenti ed autonome delle imprese operanti nel settore di riferimento.*

4.- L'Autorità soccombente in primo grado ha appellato la sentenza pronunciata dal giudice di prime cure, deducendone l'erroneità con plurimi motivi di impugnazione.

5.- La Sezione con la sentenza impugnata per revocazione ha accolto l'appello e, per l'effetto, in riforma della pronuncia del Tar, ha rigettato il ricorso di primo grado.

6.- La società..... ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, sul piano rescissorio, ha domandato, la reiezione dell'appello proposto dall'Autorità.

6.1.- In particolare, la sentenza di appello è stata impugnata per revocazione in quanto ritenuta inficiata da plurimi errori di fatto ex art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. e art. 106 c.p.a. Difatti, secondo la prospettazione attorea:

- il giudice di appello avrebbe assunto a base della propria decisione l'esistenza di una piena condivisione da parte dei fornitori (e quindi anche di V.) del contenuto del capitolato tecnico, sicché sarebbe stata inspiegabile - vista tale condivisione - la scelta di non presentare offerte, se non sulla base dell'intervenuta intesa antitrust maturata anche grazie ad alcuni scambi informativi; invero, nessuna lunga fase prodromica vi era stata e l'A. aveva soltanto nel 2012 convocato i due tavoli tecnici, rispettivamente in luglio e settembre, la cui breve durata era proprio uno dei punti su cui si era appuntata la difesa di V. anche rinviando agli atti del procedimento A. e alla memoria procedimentale; per l'effetto, il giudice a quo sarebbe incorso in errore nel ritenere che V. non avesse sollevato obiezioni al riguardo;

- parimenti, sarebbe frutto di un errore di fatto affermare che fosse mancato, da parte di V. un comportamento "autonomo" rispetto agli altri operatori concorrenti, tenuto conto che V. non soltanto avrebbe sollevato immediate e reiterate obiezioni nelle brevi convocazioni del tavolo tecnico, ma avrebbe anche preso la decisione di scrivere alla stazione appaltante per formulare le sue obiezioni;

- sarebbe erroneo anche ritenere che nella specie si discorresse di una "concertazione dei comportamenti di prezzo", quando non sarebbe stata mai contestata alcuna pratica concordata o intesa riferita ai prezzi;

- il giudice a quo avrebbe pure errato nel ritenere "inattendibile" la spiegazione alternativa fornita da V. sulla base della sola lettera del 2 aprile 2014, quando, invece, sarebbero stati presenti agli atti del processo altri documenti, non apprezzati nella sentenza di appello, a sostegno delle obiezioni mosse da V. contro la gara a procedura ristretta e a giustificazione della successiva partecipazione alla procedura negoziata;

- il giudice a quo avrebbe pure errato nel ritenere che la decisione di non partecipare alla procedura ristretta, assunta da parte del singolo fornitore, avrebbe comportato un "rischio importante" di restare fuori dal mercato e

quindi sarebbe stata spiegabile solo con l'esistenza di un previo cartello circa la scelta di non partecipare;

- difatti, sarebbe frutto di errore di fatto la ravvisata non sostituibilità del servizio sulla base della circostanza per cui le imprese solitamente erogano questi servizi mediante una gara; la sentenza avrebbe percepito che l'accordo quadro in contestazione era l'accordo quadro con affidamento in esclusiva totale o in esclusiva per lotti e quindi con un solo operatore economico, mentre nella specie si trattava (e sempre si è trattato) di accordo quadro multifornitore (art. 59, commi 5 e seguenti);

- il giudice a quo avrebbe errato nell'assumere che le apparecchiature di V. fossero "a basso valore tecnologico" e "in regime di rebranding", tenuto conto che V. aveva un'esclusiva con R., così come confermato dalla stessa R., in ciò distinguendosi dagli altri produttori citati in sentenza, con conseguente emersione dell'infungibilità del servizio, alla stregua di quanto pure risultante da due pareri in atti, nella parte non percepita nella sentenza;

- il giudice a quo avrebbe errato nel ritenere "un'evenienza del tutto speciale", inidonea ad incidere sulla sovrapponibilità di offerta tra i diversi fornitori del servizio, l'affidamento di forniture negoziate con operatori non aggiudicatari delle gare, avendo la Sezione argomentato sull'erroneo presupposto per cui si sarebbe trattato di affidamenti in continuità di soli vecchi pazienti, e quindi, in ultima analisi, di circostanza non così rilevante come assunto da V., quando, invece, la documentazione in atti avrebbe dimostrato che nella Regione Marche, la ricorrente, pur non essendosi aggiudicataria di alcun lotto di una procedura di gara conclusasi nel 2015, a due anni dall'aggiudicazione, continuava a fornire i propri servizi a 250 soggetti residenti nella medesima Regione Marche, corrispondenti al 73% di tutti i pazienti indicati nei cinque lotti del capitolato di gara dell'A.M. quali necessitanti prestazioni VTD c.d. "ad alta intensità"; peraltro, gli affidamenti negoziati non riguardavano solo precedenti pazienti in continuità, essendovi rilevanti affidamenti afferenti a numerosi nuovi pazienti;

- il giudice a quo avrebbe pure rilevato che tutti i fornitori avrebbero scelto di partecipare, e con significativi ribassi, alla successiva procedura negoziata indetta da A.M., alle medesime condizioni economiche e tecniche fissate nella precedente procedura ristretta andata deserta; V. avrebbe pure proposto ricorso contro l'iniziale mancato invito per poi parteciparvi previa accettazione incondizionata del capitolato immutato;

- tuttavia, sarebbe il frutto di un errore di fatto l'affermazione contenuta nel paragrafo 2.2. della sentenza impugnata per cui V. avrebbe proposto ricorso contro il mancato invito alla procedura negoziata, così come sarebbe frutto di errore di fatto l'affermazione per cui V. vi avrebbe poi partecipato previa accettazione incondizionata del capitolato;

- V. non avrebbe infatti proposto alcun ricorso contro il mancato invito e V. non avrebbe accettato incondizionatamente il precedente capitolato, ma, viceversa, anche nelle lettere del 7.3.2014 e del 25.3.2014 avrebbe manifestato un interesse alla partecipazione condizionato alla separazione dei prezzi quanto

meno attraverso una modifica delle condizioni di fatturazione;

- costituirebbe un errore di fatto l'affermazione contenuta nella sentenza per la quale l'istruttoria di A. sarebbe stata completa, essendo stata del tutto ignorata e non essendo stata quindi oggetto di alcuna valutazione l'istanza formulata da V. nel procedimento, volta ad ottenere, subito dopo la presentazione della CRI degli Uffici, l'integrazione dell'attività istruttoria; la mancata percezione dell'esistenza di questa istanza procedimentale e la sua mancata valutazione avrebbe impedito al giudice di poter valutare l'esistenza di un fatto rilevante per fondare autonomamente il vizio di difetto di istruttoria.

7.1.- Questa Sezione, con sentenza non definitiva n. 1263 del 22 febbraio 2022, ha accolto la revocazione, quanto alla fase rescindente, in relazione all'assorbente censura riferita agli errori fattuali alla base del giudizio di sostituibilità o meno del servizio reso.

Al riguardo, è stato osservato che la sentenza di appello, nel definire la controversia di appello, ha rilevato quanto segue: "dopo avere indicato le ragioni militanti a sostegno della tesi della fungibilità del servizio - supra richiamate - ha escluso che tale conclusione potesse essere contraddetta dalla circostanza per cui le stazioni appaltanti, talvolta, ricorrono a forniture negoziale, in quanto si tratterebbe di un fenomeno limitato ai casi in cui, in ragione della peculiare situazione del singolo paziente, si escluda l'opportunità di sostituire il servizio in essere, emergendo, dunque, un'evenienza del tutto speciale, tale da non escludere la generale sovrapponibilità di offerta tra i diversi fornitori.

Tale circostanza non sarebbe contraddetta dai documenti depositati dalla società: i pareri ivi contenuti insisterebbero su circostanze non messe in discussione dall'Autorità, quali il fatto che la prescrizione del ventilatore che ciascun paziente dovrà usare deve essere fatta da un medico e il fatto che la sostituzione del macchinario usato da un paziente deve essere fatta alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico; con la conseguenza che tali documenti confermerebbero la difficile sostituibilità per il paziente che già utilizza il ventilatore, ciò giustificando il ricorso all'affidamento diretto.

14. Tali rilievi fattuali, come correttamente dedotto dal ricorrente, sono smentiti dal contenuto letterale della documentazione in atti.

In particolare, i pareri depositati dalla società in atti non attestavano soltanto l'infungibilità tecnica dei dispositivi forniti da V. per i pazienti già in cura con i relativi ventilatori, ma rilevavano anche una infungibilità tecnica idonea a condizionare le scelte terapeutiche da assumere in relazione a nuovi pazienti, che ancora non utilizzavano alcun ventilatore; circostanza espressamente riportata nei documenti, erroneamente ritenuta inesistente in sentenza.

Difatti, nei documenti 30 e 31 prodotti in primo grado dalla parte ricorrente, è riportato che:

- "non solo le caratteristiche tecniche dei diversi modelli di apparecchiature

utilizzate domiciliarmente per le terapie respiratorie che richiedono la ventilazione meccanica siano diverse (tabella comparativa di E.I., tabelle guida di IVUN), ma che da questa differenziazione conseguono diverse specificità di impiego terapeutico, sia verificate tramite test di laboratorio (report ANTADIR) che desunte dalle testimonianze dei pazienti diretti utilizzatori (guida IVUN). Le diverse performances, derivanti dalle caratteristiche tecniche e soluzioni implementate, si riflettono in importanti valutazioni di appropriatezza di ciascun modello di ventilatore per le specifiche patologie. L'abbinamento patologia-ventilatore, su cui come sottolineato dalle linee guida riportate deve essere lo specialista clinico ad esprimersi, è insito nelle caratteristiche tecniche dei diversi modelli ... La distribuzione in Italia delle apparecchiature R. avviene mediante un'esclusiva accordata a V. e non viene attuata alcuna attività di re-branding" (doc. 30, pag. 20);

- "Nell'epoca della medicina basata sull'evidenza (cioè sulle prescrizioni mediche "ponderate" secondo le più recenti evidenze scientifiche) e della medicina personalizzata, non è ammissibile che la scelta di un ventilatore o la sua sostituzione non debbano passare attraverso una valutazione medico-specialistica e ciò, peraltro, sull'errato presupposto dell'equivalenza degli apparecchi di ventiloterapia presenti sul mercato..." (doc. 31, pag. 9).

Non è, dunque, corretto ritenere che i pareri prodotti dalle parti si limitassero a sostenere che la prescrizione del ventilatore che ciascun paziente avrebbe dovuto usare deve essere fatta da un medico o che la sostituzione del macchinario usato da un paziente avrebbe dovuto essere fatta alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico, con conseguente emersione di una difficile sostituibilità per il paziente che già utilizza il ventilatore, ciò giustificando il ricorso all'affidamento diretto.

I documenti de quibus, invece, da un lato, predicavano una tendenziale infungibilità tecnica anche in sede di prima prescrizione, sul presupposto di peculiarità riferibili ai singoli dispositivi, suscettibili di essere apprezzati ai fini della scelta del ventilatore da utilizzare, per la prima volta, per il trattamento della specifica patologia sofferta dal paziente; dall'altro, evidenziavano come, in relazione ai dispositivi di V., non potesse riconoscersi una disponibilità presso plurimi operatori, trattandosi di prodotti forniti alla ricorrente in esclusiva da R.M. per il mercato italiano.

Il che influisce pure sulle ulteriori statuizioni recate nella sentenza odiernamente impugnata, riferite alla considerazione svolta dalle parti in ordine alla fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di rebranding, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva, confermata dalle imprese; quando, invece, la parte ricorrente aveva prodotto documentazione - non correttamente percepita nel suo contenuto letterale - attestante il fatto contrario, dato dalla presenza di esclusive in proprio favore.

Per l'effetto, si è in presenza di due divergenti rappresentazioni, quella emergente dalla sentenza e quella risultante dagli atti e dai documenti processuali, pure richiamati dal giudice a quo, suscettibile in influire sulla stessa lettura e percezione degli atti acquisiti al processo quanto al loro

significato letterale; il che è idoneo a giustificare la revocazione della sentenza gravata (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, 1144).

In definitiva, si potrebbe discorrere della forza probatoria dei documenti prodotti dalla ricorrente - il che attiene alla valutazione dei mezzi di prova, sottratta al rimedio revocatorio -, ma non potrebbe sostenersi che tali documenti attestavano soltanto la necessità di una prescrizione medica del ventilatore o la necessità di valutare la sostituzione del macchinario usato da un paziente alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico, trattandosi di documenti che, nel loro significato letterale (non correttamente percepito in sentenza), affermavano la tendenziale insostituibilità tecnica anche per le nuove prescrizioni in relazione a pazienti previamente non trattati con ventilatore (per i quali non si discorre di sostituzione del dispositivo) e di forniture in esclusiva possedute dalla ricorrente per il mercato italiano".

Per poi proseguire nel senso che "(i)l giudice a quo, se avesse correttamente percepito il contenuto letterale delle perizie in atti, avrebbe dovuto dare atto dell'esistenza di documenti deponenti:

-per la tendenziale infungibilità tecnica dei dispositivi di V. anche per i pazienti non previamente sottoposti a ventilazione meccanica;

- nonché per l'esistenza di un'esclusiva per il mercato italiano concessa da R.M. all'odierna ricorrente.

Per l'effetto, la Sezione non avrebbe potuto escludere l'infungibilità del servizio ritenendo acquisita agli atti del giudizio documentazione asseritamente attestante (o comunque idonea a non contraddire) l'esistenza di un fenomeno limitato ai pazienti già in cura con un dato ventilatore.

Tale errore percettivo ha influenzato il giudizio espresso con la sentenza revocanda in ordine alla sostituibilità del servizio sulla cui base pure la Sezione ha definito la controversia, facendosi questione di circostanza rilevante per valutare, tra l'altro, la perdurante possibilità per l'impresa, in virtù dell'infungibilità dei prodotti forniti e delle esclusive vantate, di operare nel mercato anche in caso di mancata partecipazione alle procedure di gara de quibus (e, dunque, della loro aggiudicazione in favore di terzi soggetti); il che negherebbe quel "rischio importante" di restare completamente fuori dal mercato discendente dalla decisione di non partecipare alla procedura ristretta, valorizzato nella sentenza revocanda (4.1) per evidenziare, alla stregua di quanto rilevato dall'Autorità (con valutazione condivisa dal giudice di appello), come la scelta di non partecipare fosse spiegabile solo sulla base di un'intesa illecita inter partes raggiunta.

Né potrebbe escludersi la decisività dell'errore, evidenziando che il giudice a quo aveva comunque addotto a fondamento della valutazione di sostituibilità del servizio ulteriori circostanze correttamente percepite nella loro esistenza oggettiva: in materia di accertamento antitrust, occorre infatti svolgere (come, del resto, riconosciuto anche nella stessa sentenza revocanda) un'analisi complessa ed articolata, tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti

nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri, ragion per cui anche l'errore percettivo sull'esistenza di uno degli elementi di prova complessivamente valorizzati, in ragione della loro stretta interdipendenza, è idoneo ad influire sul giudizio finale espresso in ordine all'infrazione in concreto contestata.

L'errore di fatto, fondatamente censurato dalla ricorrente, ha dunque privato la sentenza revocanda della sua base logico-giuridica, pure incentrata sulla ravvisata sostituibilità del servizio, investendo un elemento del giudizio che risultava rilevante per valutare le spiegazioni alternative alla concertazione contestata dal provvedimento e che, dunque, doveva ritenersi decisivo per pervenire all'accoglimento dell'appello dell'Autorità".

7.2.- Al fine di definire la controversia nella fase rescissoria, la sentenza non definitiva n. 1269 del 22 febbraio 2022, ha nel contempo disposto un approfondimento istruttorio, ordinando all'Autorità di provvedere all'integrazione della documentazione acquisita in primo grado, producendo i documenti (ove acquisiti in sede procedimentale) attestanti:

- le modalità di svolgimento, all'esito della qualificazione delle imprese, del dialogo tecnico tra l'Amministrazione e le imprese sottoposte al procedimento antitrust, richiamato, tra l'altro, ai paragrafi 133, 135, 147, 443, 445 del provvedimento impugnato in primo grado e incentrato, secondo l'impianto accusatorio, su una condivisione tra le parti dei documenti di gara (cfr. paragrafi 446-448.);

- le eventuali riunioni istituzionali tenutesi tra gli operatori economici e la Regione Marche, cui pure sembrano riferirsi le mail circolate tra le parti private di cui ai paragrafi 138 e ss., 157 del provvedimento impugnato in primo grado.

Secondo la sentenza, trattasi di documentazione che potrebbe rilevare ai fini del decidere, concorrendo a delineare il contesto giuridico nell'ambito del quale hanno operato le imprese sanzionate e potendo offrire elementi di valutazione in ordine alle ragioni sottese alla decisione di ciascuna delle imprese pre-qualificate di presentare l'offerta nell'ambito della gara in corso di svolgimento.

7.3.- Nelle more dell'udienza pubblica, l'Autorità ha eseguito l'ordine istruttorio nei seguenti termini.

Con riferimento ai tavoli tecnici o incontri intercorsi tra le imprese e la stazione appaltante tenutisi nel corso del 2012 che hanno preceduto l'invito alla procedura ristretta del 2013 (para. 135 e 445 del Provvedimento), l'Autorità non ha versato agli atti alcun documento, limitandosi a rilevare che tra i documenti confluiti nel fascicolo istruttorio non vi sono i verbali dei citati tavoli tecnici.

Con riferimento invece alla documentazione relativa agli incontri istituzionali con AIFA e Regione Marche, l'Autorità ha depositato tre documenti, già acquisiti nel fascicolo istruttorio, e in particolare: (i) il verbale di un tavolo tecnico tenutosi tra AIFA e l'associazione di categoria F. (A.) nel 2012; (ii) il

verbale della riunione un gruppo di lavoro costituito dalle imprese del settore per chiarire i punti da discutere nel successivo tavolo tecnico con AIFA; e (iii) il verbale dell'incontro della delegazione A. con A.M. e con l'Assessore per la Tutela della Salute della regione Marche del 4 novembre 2013.

8.- In vista del giudizio rescissorio, la V. e l'Autorità hanno depositato ulteriori memorie.

9.- All'esito dell'udienza del 1 dicembre 2022 e dell'ulteriore camera di consiglio del 12 gennaio 2023, la causa è stata decisa nei termini di seguito esposti.

Motivi della decisione

1.- L'accoglimento della domanda rescindente, con conseguente annullamento della sentenza revocanda, impone il passaggio alla fase rescissoria, al fine di svolgere un nuovo giudizio (in grado di appello) sul merito della controversia, emendato dall'errore di fatto rilevato dalla Sezione con la sentenza non definitiva.

Come noto, infatti, nel giudizio di merito successivo alla fase rescindente le parti vengono a trovarsi nelle stesse condizioni in cui erano prima della sentenza revocata, ovvero l'Autorità nella veste di parte appellante e V. in quella di parte appellata, già vincitrice nel giudizio di primo grado all'esito del quale il Tar aveva annullato il provvedimento adottato nei suoi confronti.

Si deve quindi tornare ad esaminare l'appello dell'Autorità, articolato su sei motivi di censura della sentenza di primo grado, sulla base di un ragionamento ad ampio spettro in massima parte unitario, ovvero non riferito specificamente alla singola posizione di V..

2.- Su queste premesse, ai fini del decidere, va riesaminata l'imputazione mossa dall'Autorità a carico di V. (e altri), alla luce degli elementi di fatto e diritto descritti nel provvedimento impugnato.

Secondo l'Autorità, le Parti avrebbero posto in essere condotte collusive che si sono tradotte in tre distinte e autonome intese che interessano il settore della fornitura di servizi di ventiloterapia domiciliare (VTD) e ossigenoterapia domiciliare (OTD) in provincia di Milano e nelle regioni Marche e Campania. Segnatamente tali intese sarebbero relative:

(i) alle quattro gare indette da (o per conto di) A.S. per la fornitura del servizio di ventiloterapia domiciliare ai pazienti del territorio di competenza di tale Amministrazione e alle attività ad esse connesse;

(ii) alla gara indetta da A.M. e alle ulteriori attività delle Parti nell'ambito della fornitura dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per i pazienti residenti nelle Marche;

(iii) alla gara indetta da S. per la fornitura del servizio di ossigenoterapia domiciliare in Campania nonché all'attività di coordinamento delle Parti nel

periodo che ha preceduto la gara, a partire da dicembre 2012.

Le tre intese - pure autonomamente sanzionate - si inserirebbero in un contesto generale unitario, in quanto:

- sarebbero tutte caratterizzate dal medesimo intento, condiviso tra le Parti, di mantenere artificiosamente alto il prezzo della fornitura dei servizi di ossigenoterapia o ventiloterapia domiciliare nonché di cristallizzare il mercato, garantendo un equilibrio nelle rispettive quote di mercato ed evitando l'ingresso di nuovi operatori;

- le Parti avrebbero esercitato una insistente pressione nei confronti delle Amministrazioni, volta a indurre queste ultime a scegliere come forma di approvvigionamento l'accreditamento in luogo della procedura di gara ad unico aggiudicatario, basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa;

- il favor delle Parti per l'accreditamento sarebbe imputabile alla volontà di evitare il confronto competitivo diretto tra le stesse e lo svolgimento di concorrenza sul prezzo, prediligendo un sistema in cui tutti gli operatori possono offrire il servizio e non sono scelti sulla base del prezzo, né della qualità della fornitura, stante la standardizzazione di quest'ultima i cui parametri sarebbero imposti nei bandi di gara, ma sulla base di criteri diversi come, ad esempio, la presenza storica sul territorio; l'accreditamento comporterebbe poi un vantaggio per le imprese anche in termini di corrispettivo percepito dall'amministrazione per la fornitura del servizio, poiché il prezzo concordato con l'accreditamento, di norma, è più alto rispetto al prezzo che potrebbe essere garantito alle amministrazioni se le imprese concorressero in gara, con evidente danno per le amministrazioni stesse, e, più in generale, per il sistema sanitario nazionale.

Tale 'contesto unitario' appena descritto non ha indotto l'Autorità a contestare una "infrazione unica e continuata", bensì a sanzionare l'illiceità di tre distinte e autonome intese.

Il presente giudizio riguarda esclusivamente la gara indetta da A.M. per i servizi di ventiloterapia e ossigenoterapia domiciliare.

2.1.- Secondo l'Autorità, l'istruttoria svolta darebbe conto di un'ampia attività di concertazione tra le Parti, segnatamente le società L., M.C., S., V. e V., finalizzata ad ostacolare l'esito della gara bandita già nel 2010 da A.M. per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare a favore delle utenze regionali.

Di seguito, i fatti posti dall'Autorità a fondamento della sanzione:

- con determina del 23 dicembre 2009, A.M. costituiva un Comitato Tecnico per predisporre i documenti per l'affidamento del servizio di fornitura di ventiloterapia ed ossigenoterapia domiciliare sull'intero territorio regionale;

- con successiva determina del 22 ottobre 2010, A.M. procedeva all'indizione

della gara (procedura ristretta) per la fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso le farmacie convenzionate ed attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia per pazienti in cura domiciliare;

- la durata dell'appalto era stabilita in 48 mesi (con opzione di proroga di 12 mesi nelle more della gara successiva), con una suddivisione in 5 lotti, che coprivano l'intero territorio regionale (con riferimento al solo servizio di OTD, la procedura prevedeva che esso fosse svolto attraverso il canale farmaceutico, comportante l'obbligo del paziente di recarsi in farmacia con la prescrizione medica al fine di attivare l'erogazione della fornitura e fatturazione alla farmacia di quanto dovuto all'H.) nel rispetto dell'Accordo stipulato tra la Regione Marche e Federfarma in data 9 febbraio 2010;

- l'importo annuo presunto dell'appalto, verificata la coerenza e compatibilità economico-finanziaria con la spesa sostenuta per gli anni 2009 e 2010, era stimato in circa 9,3 milioni di euro, al netto di IVA, stabilendo basi d'asta comprese tra un minimo di 1,2 ed un massimo di 2,6 milioni di euro circa, per i singoli 5 lotti in gara;

- l'aggiudicazione, per singolo lotto, avrebbe seguito il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, per come era stata disegnata la gara, anche una sola offerta avrebbe potuto portare all'aggiudicazione del servizio;

- nei termini indicati nel bando (28 febbraio 2011), 9 imprese manifestavano interesse alla procedura, vale a dire S., S., M., V., L., M.C., V., G.T. (G.P.) e il RTI formato da G.T. di F. e D. (G.P.);

- in ragione della complessità e delicatezza dell'appalto, la medesima determina rinviava l'adozione dei documenti di gara definitivi ad un momento successivo, ad esito di dialogo tecnico, procedimentalizzato all'interno del Comitato tecnico, al fine di acquisire in modo comparativo, "nel pieno rispetto dei principi di trasparenza tecnica e par condicio, elementi tecnici utili al perfezionamento del capitolato speciale" (il dialogo si era sviluppato in una prima fase, durata fino al mese di giugno 2012, nella quale vi era stato un confronto tra il Comitato tecnico e l'Amministrazione e in una seconda fase, nei mesi di luglio e settembre 2012, nel corso della quale il Comitato tecnico aveva incontrato le imprese qualificatesi);

- al fine di garantire continuità alla prestazione del servizio, in quanto relativo a forniture essenziali per i pazienti, a giugno 2011, A.M. prorogava fino al 31 dicembre 2013 i contratti in essere per la fornitura dei servizi di OTD e VDT con le società L., V. in A. con G.T.F., V. e S. in ATI con L.;

- a seguito del dialogo tecnico svolto, con determina del 16 gennaio 2013, A.M. deliberava l'invito alla procedura ristretta - utilizzando i documenti definitivi di gara redatti tenendo conto delle osservazioni delle imprese del settore - delle 9 società che si erano qualificate;

- rispetto alla determina del 2010, risultava modificato al rialzo l'importo complessivo presunto annuo dell'appalto, quantificato in circa 10,8 milioni di

euro al netto di IVA: la base d'asta dei 5 lotti in gara risultava conseguentemente aumentata, variando da un minimo di 1,45 a un massimo di 2,9 milioni di euro;

- al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, non era pervenuta alcuna offerta nonostante l'interessamento manifestato fino a pochissimi giorni prima;

- prima della scadenza del termine per presentare le offerte, originariamente fissato al 4 marzo 2013, poi successivamente rinviato all'8 marzo 2013 e ancora al 17 giugno 2013, risultano missive (raccolte dall'Autorità in sede istruttoria) dalle quali emergerebbe il tentativo delle Parti di indurre l'Amministrazione a modificare il disegno di gara e ad adottare la formula dell'aggiudicazione a più fornitori, attraverso un Accordo Quadro, in luogo dell'aggiudicazione ad un unico fornitore, secondo il criterio del prezzo più basso, e segnatamente:

i) l'email del 4 febbraio 2013 da V. a M.C., V., S. e L. in merito alla necessità di decidere una posizione congiunta da assumere nella riunione del 7 febbraio 2013 per convincere A.M. che "è maggiormente conveniente attivare un accordo quadro piuttosto che un'aggiudicazione ad unico fornitore per lotto che permette una maggiore competizione qualitativa"; al fine di convincere l'Amministrazione e nel tentativo palese di confondere i piani di discussione, il documento così prosegue: "se siete d'accordo, potremmo impostare il ragionamento su due livelli: a) primo livello solo OTD con prezzo a confezione + importo euro/die per servizio standard ...; b) secondo livello più stringente per la VTD dove, in questo caso possiamo aggiungere anche il follow up infermieristico definendo importi fissi per tipologia di devices ... Forse sulla ventilazione potremmo spingerci un po' di più sui livelli assistenziali ma non vorrei (soprattutto giovedì) forzare troppo la mano. Ci possiamo tenere anche come carta sul primo livello anche l'opzione del concentratore come valutazione del provider in caso di scarsa mobilità";

ii) sempre nella stessa ottica di evitare il ricorso a procedure competitive, sarebbe da leggere la lettera del 7 marzo 2013 di A. ad A.M. e alla Regione Marche nella quale si contesta la gara, in quanto per l'ossigenoterapia fissa il prezzo a forfait; inoltre, è proposto un modello alternativo alla gara, ravvisato nella fattispecie dell'Accordo Quadro, che avrebbe il vantaggio di garantire le esigenze di spending review e la qualità del servizio offerto ma anche di attrarre investimenti sul territorio e garantire la tutela dei posti di lavoro, standard omogenei delle prestazioni erogate, nonché la velocità di esecuzione dell'affidamento del servizio, evitandosi i ricorsi che connotano le gare;

iii) i contenuti di tale lettera sono stati condivisi dalle principali imprese di settore operanti nelle Marche - V., V., M.C. e, per conoscenza, S., L. e M., attraverso l'inoltro di una catena di mail (tra il 3 e il 5 marzo 2013) che raccoglie l'adesione delle stesse su tali contenuti;

iv) una email di poco successiva del 16 aprile 2013, inviata da V. a S., L., M. (P.) e M.C. in cui si legge: "buongiorno, allungandosi i tempi dalla nostra 1

comunicazione alla regione Marche senza aver ricevuto un riscontro, è urgente sollecitare un incontro!"; tale richiesta segue una email del 12 aprile 2013 sempre da V. ai medesimi soggetti dal cui testo emerge la preoccupazione delle società: "mi sono permesso di predisporre una bozza di lettera di richiesta di incontro alla regione Marche per dar seguito alla comunicazione che abbiamo inviato il 7/3 ed alla quale l'Associazione non ha ricevuto alcun riscontro. Considerati i tempi, i temi che abbiamo segnalato, un ricorso pendente e l'importanza strategica per il settore dei contenuti da discutere, credo sia necessario essere proattivi";

- nell'ottica di procrastinare lo svolgimento della gara, andrebbe letto anche il ricorso al T.a.r. Marche avverso gli atti di gara, presentato da L., in data 25 febbraio 2013, con cui la Società lamentava vizi nella procedura e sostiene che i prezzi posti a base d'asta fossero troppo bassi, anche considerato che gli stessi erano determinati a forfait (in ragione della proposizione del ricorso, il termine per la presentazione delle offerte ha subito uno slittamento al 17 giugno 2013);

- in particolare, L. aveva impugnato dinanzi al T.a.r. gli atti della procedura ristretta per i seguenti motivi: (i) l'assenza nella lex specialis dell'indicazione del fabbisogno presuntivo di ossigeno liquido impediva la formulazione dell'offerta economica; (ii) l'art. 18 del capitolato chiedeva di fare un'offerta per la manutenzione dei dispositivi di proprietà della stazione appaltante (lotto 5.1), senza indicare chi fossero i fornitori di tali dispositivi e il loro numero, e ciò impediva di identificare il fornitore dei dispositivi cui potersi rivolgere per avere un preventivo o concludere un contratto di manutenzione (l'aggiudicataria non può effettuare interventi manutentivi su dispositivi di altra impresa) e, quindi, di stimare i costi della prestazione; (iii) i prezzi a base d'asta dei sub-lotti 3.1. e 3.2 erano inferiori ai costi;

- secondo l'Autorità, dalla documentazione resa disponibile da A.M. risulterebbe invece che i prezzi posti a base d'asta erano stati calcolati sulla base dei prezzi vigenti e in particolare, sulla base dei prezzi più bassi a quell'epoca praticati;

- alla scadenza del termine non perveniva alcuna offerta da parte dei 9 soggetti invitati a partecipare alla procedura di gara;

- secondo quanto dichiarato da A.M., "per le vie brevi, una società omissis riferiva di non aver formulato alcuna offerta perché di fatto impedita dagli operatori concorrenti nella gara che, in quanto anche produttori di ossigeno e fornitori della società stessa, avrebbero minacciato la sospensione della fornitura di ossigeno necessaria alla propria attività";

- A.M. prendeva formalmente atto dell'esito deserto della gara con determina del 18 ottobre 2013 e, contestualmente, deliberava di porre in essere una procedura negoziata per la fornitura del servizio di OTD e VTD in ambito regionale, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera a) del Codice degli Appalti, precisando che non sarebbero state "modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto";

- la decisione di A.M. di attivare una procedura negoziata seguiva a intervenuti contatti con le società C. e S., (che, peraltro, come dichiarato dall'Amministrazione, si sono svolti in segreto al di fuori degli uffici, al fine di evitare ingerenze e ostacoli) le quali si erano dimostrate potenzialmente interessate ad ampliare il proprio ambito di operatività nella fornitura del servizio di OTD e VTD nella Regione Marche, ed erano soggetti "non aderenti ad A. e apparentemente indipendenti dai comportamenti degli altri operatori del settore";

- la posizione degli operatori in questa fase della procedura risulterebbe particolarmente chiara da una email del 4 novembre 2013 con la quale V. trasmette a S., M. e V. la bozza di verbale predisposta in merito all'incontro tenutosi in pari data con la Regione Marche; in tale documento sarebbe evidenziato il disappunto degli operatori nei confronti dell'intenzione dell'ente di procedere all'aggiudicazione dei servizi attraverso procedure competitive, nonostante l'esito deserto della precedente gara, e l'indisponibilità degli stessi a prorogare le attuali condizioni di fornitura del servizio nelle more della nuova procedura (si legge: "Nonostante la manifesta nostra disponibilità a trovare soluzioni alternative condivise, il Dr. A.M. ha manifestato la propria intenzione, a seguito del mancato interesse delle aziende alla partecipazione della gara in oggetto esperita in data 17 giugno 2013, a procedere ad una Procedura Negoziata riservandosi di invitare, come previsto dal procedimento di gara, le aziende che ritiene più opportuno al fine di aggiudicare la gara stessa entro la fine del corrente anno. La delegazione ha evidenziato che tale contesto è ovviamente visto dall'Associazione poco costruttivo in quanto, pur manifestando che l'impianto di gara presenta una serie di vizi legati prevalentemente alla mancata adesione alle disposizioni indicate da AIFA in tema di acquisto di farmaci, l'A. non intende prendere atto delle osservazioni addotte e pertanto ritiene di procedere senza alcuna modifica dell'impianto di gara stesso. All'Associazione viene nuovamente richiesta la disponibilità di una proroga per tutto il 2014 alle condizioni economiche previste nel capitolato di gara del 17/06/2013; ovviamente la richiesta viene declinata dalla delegazione in quanto il contesto è di specifica competenza delle singole aziende che fra l'altro in tal senso si sono negativamente espresse qualora non vengano modificate le modalità di acquisto del farmaco in conformità alle disposizioni AIFA. ... La delegazione di A.A. si è resa inoltre disponibile a dimostrare che l'imputazione corretta e separata del costo del farmaco da quello del servizio (...) permetterebbe da un lato di bloccare un 'esperimento' di Procedura Negoziata che, a tutela sia degli assistiti che dell'A. stessa, potrebbe risultare alquanto rischiosa, dall'altro favorire maggiori economie di scala");

- in risposta all'invito dell'Amministrazione, in data 4 dicembre 2013, C., in A. con S. e alcune cooperative sociali, presentava richiesta di partecipazione alla nuova procedura, accettando incondizionatamente il capitolato della gara andata deserta;

- L., venuta a conoscenza dell'apertura della procedura negoziata alla quale non era stata invitata, impugnava gli atti con ricorso al T.a.r. in data 2 aprile 2014, inviando contestualmente a A. richiesta di invito e manifestazione di

interesse alla procedura;

- con nota in data 7 maggio 2014, A. invitava alla procedura negoziata L., che nel frattempo aveva accettato incondizionatamente gli atti di gara e pertanto aveva depositato dichiarazione di sopravvenuto difetto di interesse alla trattazione del ricorso;

- a fronte di tale iniziativa, in data 21 febbraio 2014, anche S. manifestava il proprio interesse a partecipare alla nuova gara, sottoscrivendo l'accettazione incondizionata del capitolato relativo alla precedente gara, per il quale non aveva presentato offerta;

- successivamente, anche V., V., L. e M.C., rispettivamente in data 17 marzo, 18 aprile, 6 maggio e 27 maggio 2014, manifestavano interesse a partecipare alla nuova gara, talune di esse (ma non V.) anche attivando ricorso contro il mancato invito a tale procedura;

- tutte le suddette società venivano quindi invitate a partecipare, previa accettazione incondizionata del capitolato relativo alla precedente gara, per il quale non avevano presentato offerta;

- nel termine stabilito per la presentazione delle offerte (in data 18 luglio 2014), pervenivano quindi all'Amministrazione 6 offerte, di cui una da C., nuovo operatore nel mercato marchigiano, e 5 da parte dei precedenti affidatari del servizio; M., invece, non chiedeva di essere invitata alla procedura negoziata e, dunque, non presentava offerta;

- con riguardo all'offerta presentata da C., sulla cui ammissione erano pervenuti rilievi da parte di 4 operatori già nella prima seduta, in sede di valutazione tecnica, la Commissione rilevava che la stessa risultava fortemente carente negli elementi essenziali al punto da determinarne l'esclusione;

- in ragione dell'essenzialità del servizio, con determina del 23 dicembre 2014, venivano ulteriormente rinnovati i contratti in essere, con uno sconto non inferiore al 10%;

- con determina del 22 ottobre 2015, A.M. aggiudicava la gara alle società L. (lotti 1 e 5), S. (lotto 2) e V. (lotti 3 e 4);

- V., precedente aggiudicatario del lotto 2, partecipava alla procedura negoziata in ATi con Gas Tecnici L., avendo offerto uno sconto pari al 24%, rivelatosi insufficiente sicché il lotto 2 veniva aggiudicato a S.;

- le offerte risultate migliori evidenziavano ribassi molto significativi sulla base d'asta, nonostante essa fosse la medesima (come medesimo era il capitolato) della precedente gara andata deserta, e malgrado rispetto ad essa gli operatori e, in particolare, L. (nell'ambito del ricorso al TAR Marche) avessero lamentato l'inadeguato livello di remunerazione del servizio; la società V., presentando offerta con ribassi d'asta in misura più contenuta, a fronte di ribassi tra circa il 25% e il 50% degli altri operatori, non si era aggiudicata alcun lotto;

- l'Amministrazione ha stimato che l'aggiudicazione immediata della gara avrebbe comportato un risparmio in valore assoluto pari a circa 6,5 milioni di euro annui (per oltre 30 milioni di euro nel quinquennio di affidamento), con una riduzione di oltre il 40% (41,71%) sui prezzi precedentemente applicati.

2.2.- Sulla base dei dati istruttori sopra riassunti, l'Autorità ha rassegnato le seguenti conclusioni.

L'intesa illecita (che, in alcuni casi, avrebbero coinvolto, chiedendone l'intermediazione, anche l'associazione di categoria, sottogruppo A. all'interno di F.) sarebbe stata posta in essere: - sia nella prima fase di indizione della gara, al fine di dissuadere l'Amministrazione dal ricorrere a tale strumento per l'assegnazione del servizio; - sia nelle more del procedimento di espletamento della gara sia; - sia successivamente nel corso della procedura negoziata, avviata a seguito dell'esito deserto della gara.

Le società avrebbero di fatto ostacolato, per un importante lasso temporale dal febbraio 2013 (prime mail volte a dissuadere l'Amministrazione dal ricorso allo strumento di gara) fino al luglio 2014, (scadenza per la presentazione delle offerte nell'ambito della procedura negoziata), l'effettivo confronto competitivo tra le stesse nell'aggiudicazione dei servizi di VTD e OTD nel territorio marchigiano (gli esiti della procedura negoziata, nel luglio 2014, si sono realizzati a maggio 2016, con la sottoscrizione dei contratti a seguito dell'aggiudicazione di gara).

I comportamenti censurati sarebbero imputabili alle società L., M.C., S., V. e V. le quali avrebbero concordato le proprie strategie commerciali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica (procedura ristretta e successiva procedura negoziata) indette da A.M. per l'affidamento dei servizi di VTD e OTD nel territorio della Regione Marche.

Al contrario, le evidenze documentali agli atti non consentirebbero di imputare l'infrazione contestata a M., in quanto quest'ultima: non era presente sul territorio marchigiano, non avendo qui alcuno stabilimento e non svolgendo alcuna attività di fornitura per le A. interessate; diversamente dalle altre Parti, non aveva beneficiato di alcuna proroga del contratto in essere, né aveva avuto alcun incentivo a condividere con esse il rischio, legato alla gara, di perdita della propria operatività sul territorio; non ha chiesto di essere ammessa alla fase della procedura negoziale e non ha presentato offerta al termine di quest'ultima.

2.3. Nell'insieme, la tesi di fondo dell'Autorità, articolata anche nei motivi di appello, è che le risultanze probatorie dimostrerebbero come il comportamento anomalo delle imprese sanzionate non possa avere una spiegazione logica alternativa, al di fuori del loro parallelismo di condotte, siccome frutto di illecita concertazione ai danni della stazione appaltante. In questa prospettiva il Giudice di primo grado - che ha annullato il provvedimento nei confronti di tutte le imprese sanzionate per la vicenda marchigiana - avrebbe fatto erroneo governo del materiale probatorio raccolto nel corso dell'istruttoria

procedimentale.

3.- A questa tesi, e ai motivi di appello nei quali si articola, V. ha contrapposto, anche in sede di revocazione, quanto segue.

3.1. Il fatto che V. non aveva affatto condiviso nel dialogo tecnico il contenuto del capitolato tecnico, sollevando anzi pronte e precise obiezioni, e che aveva assunto un comportamento autonomo e per un problema serio e "proprio", scrivendo alla Stazione appaltante già nel 2012 per comunicare le sue perplessità; tutto questo, in tesi, produrrebbe due inevitabili conseguenze, che erano state ben percepite dal TAR.

La prima conseguenza è che il provvedimento di A., lì dove ha mancato di prendere in

considerazione tali circostanze, avrebbe commesso il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, nonché difetto di motivazione, nonché illogicità e irragionevolezza intrinseca e quindi la sentenza del TAR andrebbe confermata, per questa parte, col rigetto dell'appello di A. e salva l'eventuale ripresa del procedimento da parte della stessa Autorità.

La seconda conseguenza è che il provvedimento di A. avrebbe mancato di esaminare una serie di fatti che costituiscono una valida e razionale spiegazione alternativa della condotta tenuta da V., sin da quando ha deciso di non partecipare alla prima gara per procedura ristretta. Per cui, stando alla giurisprudenza consolidata in materia di pratica concordata (la quale libera l'operatore economico con la sola prova di una spiegazione alternativa razionale del suo comportamento, non essendo invece preteso che dimostri che la propria spiegazione alternativa sia l'unica possibile), si dovrebbe confermare la sentenza di primo grado anche per tale profilo.

3.2. La difesa di V. sottolinea in particolare che: (i) aveva chiesto l'applicazione della formula dell'accordo quadro multifornitore perfettamente compatibile con l'infungibilità del proprio servizio; (ii) i propri apparecchi non sono di basso valore tecnologico né mai in regime di rebranding e quindi sono infungibili; (iii) aveva ricevuto relevantissimi affidamenti diretti pur dopo essere risultata non vincitrice di alcun lotto nella procedura negoziata.

Anche in questo caso, la mancata considerazione di tali circostanze dimostrerebbe il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, nonché difetto di motivazione, nonché illogicità e irragionevolezza intrinseca.

3.3. Ancora la difesa di V. - al fine di offrire una giustificazione alternativa dei propri comportamenti, alternativa alla illecita concertazione con le altre imprese - evidenzia che la sua assistita avrebbe intrattenuto una corposa e lunghissima corrispondenza e chiesto in essa almeno un segnale concreto, dall'Amministrazione, che le consentisse di poter contare sulla prospettiva della separazione del prezzo del farmaco da quello del servizio accessorio, al fine di non dover subire il pay back per l'intero e che questo segnale sarebbe infine giunto per iscritto. Un altro elemento che confermerebbe la sua posizione

autonoma e differenziata nella vicenda.

4.- Se queste sono le contrapposte tesi delle due parti, reputa il Collegio che, in ragione della estrema complessità della materia controversa sia necessaria una previa digressione sulla 'fattispecie' normativa delle intese vietate e, soprattutto, sullo standard probatorio che deve essere osservato nello scrutinio delle sanzioni amministrative 'punitive' (riprendendo le conclusioni recentemente formulate dalla Sezione, con la sentenza n. 3570 del 2022¹).

4.1.- A sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.

Secondo la consolidata giurisprudenza europea, "accordi" e "pratiche concordate" sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano, e possono coesistere anche nell'ambito di una stessa intesa (Corte di Giustizia UE, 5 dicembre 2013, C-449/11P).

Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo (Corte di Giustizia UE, 15 luglio 1970, C-41/69, punto 112), la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essersi spinta fino alla stipulazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza (Corte di Giustizia UE, sentenza 26 gennaio 2017, C 609/13 P, punto 70).

Il testo normativo europeo - così come il corrispondente testo nazionale, di cui all'art. 2 della L. n. 287 del 1990, con espressioni linguistiche sovrapponibili - contempla alcune fattispecie tipiche aventi tuttavia valenza non tassativa. Viene esemplificato che sono vietati gli accordi e le pratiche consistenti nel: "a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

¹ *Il principio della presunzione d'innocenza, sancito dall'art. 48, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive. La natura «penale» in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust è indubbia, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fatto che l'accertamento di antitrust infringement determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale.*

L'individuazione delle condotte illecite 'atipiche' deve partire dalla concezione sottesa alle norme del TFUE in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire nel mercato interno, cosicché devono ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti di qualsiasi genere che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente, attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano quale scopo o effetto una restrizione della concorrenza (cfr. ancora la sentenza 26 gennaio 2017, C 609/13 P, punto 72).

4.2.- La definizione normativa distingue tra intese restrittive per "oggetto" - ovvero quello che, tenuto conto del tenore delle disposizioni collusive, degli obiettivi perseguiti, del contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono, hanno 'contenuto' anticoncorrenziale - e intese restrittive per "effetto", la cui dannosità può essere apprezzata soltanto sul terreno delle ripercussioni negative registratesi sulla struttura del mercato.

Tale distinzione - che rileva già sul piano degli elementi costitutivi dell'illecito - comporta un regime probatorio diverso.

Per le pratiche qualificate come restrizioni per "oggetto", non occorre dimostrarne gli effetti sulla concorrenza al fine di qualificarle come "restrizione della concorrenza", ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in quanto - secondo la valutazione prognostica del legislatore - siffatti comportamenti sono di per sé dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, in quanto determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori (Corte di Giustizia UE, sentenze 19 marzo 2015, C 286/13 P, punto 115; 26 novembre 2015, C 345/14, punto 20, e del 23 gennaio 2018, C 179/16, punti 78 e 79).

Per contro, qualora non sia dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo o di una pratica concordata, occorre esaminare i suoi effetti al fine di fornire elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile (Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 novembre 2015, C 345/14, punto 17).

4.3.- Veniamo ora allo standard probatorio.

Secondo la costante giurisprudenza europea, il principio della presunzione d'innocenza, sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive (Corte di Giustizia UE, 10 novembre 2017, T-180/15).

La presunzione di innocenza risulta, del resto, anche dall'articolo 6, paragrafo 2, della CEDU che, come noto, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione. La natura "penale" in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust è indubbia, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fatto che l'accertamento di antitrust infringement

determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale (sulla natura sostanzialmente penale delle responsabilità per violazioni delle norme sulla concorrenza, Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, caso M.-D. s.r.l. c. Italia; in generale sulla nozione di pena in senso convenzionale: Corte EDU, E. e altri contro P.B., caso n. 5100/71, G.S. e altri contro Italia, Casi 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10).

In coerenza con l'anzidetto quadro 'costituzionale' (del Trattato e della CEDU), l'art. 2 del Regolamento n. 1 del 2003 precisa che, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione all'art. 101 del TFUE, l'onere della prova dell'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Spetta dunque all'Autorità fornire la prova delle infrazioni che essa constata e produrre gli elementi idonei a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi che integrano l'infrazione (Corte di Giustizia 8 luglio 1999, causa C 49/92 P, punto 86), ivi compresa la sua durata (Tribunale 29 novembre 2005, causa T 62/02, punto 36).

La presunzione comporta che "qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione" (Corte di Giustizia, sentenza 22 novembre 2012, C-89/11 P, punto 72).

4.4.- Il principio della presunzione di innocenza non osta tuttavia all'applicazione di presunzioni relative, le quali consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha avuto più volte modo di osservare che "di norma le attività derivanti da tali pratiche e accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo. Anche se la Commissione scoprisse documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, come i resoconti di una riunione, questi sarebbero di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostituire taluni dettagli per via di deduzioni. Nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale dev'essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza" (cfr. sentenze 1 luglio 2010, in C-407/08, punto 49; sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, punti 55-57).

Il ricorso alle presunzioni si coniuga con l'esigenza di garantire l'effetto utile del diritto europeo della concorrenza, dato che, senza di esse, la prova dell'infrazione potrebbe risultare estremamente difficile o praticamente impossibile.

Per gli stessi motivi, la prova delle intese restrittive della concorrenza può essere sostenuta da un compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un

complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa (anche il processo penale consente il ricorso alla prova indiziaria ed ai principi fondati sull'esperienza).

4.5.- La nozione di pratica concordata per "oggetto" esige il soddisfacimento di tre condizioni: in primo luogo, una concertazione tra le imprese interessate; in secondo luogo, un comportamento sul mercato da parte di tali imprese che dia seguito a tale concertazione; in terzo luogo, un nesso causale tra concertazione e comportamento sul mercato, senza che tuttavia tale comportamento debba ripercuotersi in quanto tale in una concreta restrizione della concorrenza.

Alla luce di quanto sopra esposto:

i) quando l'Autorità ha fornito la prova dell'esistenza di un accordo avente carattere manifestamente anticoncorrenziale, spetta alle imprese che vi hanno partecipato fornire la prova di essersene dissociate, prova che deve dimostrare una volontà inequivocabile, e portata a conoscenza delle altre imprese partecipanti, di sottrarsi a tale accordo (Tribunale 27 settembre 2006, causa T 168/01, punto 86; Corte di Giustizia UE, 6 gennaio 2004, cause riunite C 2/01 P e C 3/01 P, punto 63);

ii) qualora invece l'Autorità fornisca soltanto la dimostrazione di un comportamento economico 'anomalo' (quali l'uniformità ed il parallelismo dei comportamenti), è consentito presumere l'esistenza di una concertazione, ponendo a carico delle imprese l'onere di fornire una spiegazione alternativa e plausibile della condotta contestata.

4.6.- Tra le semplificazioni probatorie, va richiamata, per le sue implicazioni nel presente giudizio, la nozione d'"infrazione unica e continuata", pure elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea.

Una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato, anche quando uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione di detta disposizione. Qualora le diverse azioni facciano parte di un "piano d'insieme", a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, la Commissione può imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all'infrazione considerata nel suo insieme (v. la sentenza della Corte di Giustizia UE 24 giugno 2015, C 293/13 P e C 294/13 P, punto 156).

La dottrina dell'"infrazione unica e continuata" intende ridurre l'onere che l'Autorità di enforcement, nell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE, dovrebbe altrimenti affrontare per stabilire il fatto della collusione, quando un cartello è durato per un lungo periodo, durante il quale la natura della collusione può essere variata tra diverse parti o in momenti diversi.

In particolare, una volta dimostrata l'esistenza di un piano di insieme e di un comune obiettivo anticoncorrenziale, l'Autorità non è tenuta a dimostrare l'illiceità di ogni singola condotta. Sotto altro profilo, un'impresa che abbia partecipato a una tale infrazione unica e complessa può essere ritenuta responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell'ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa (sentenza della Corte di Giustizia UE 6 dicembre 2012, C 441/11 P, punto 42).

4.7.- Va ora rimarcato che - rispettato lo standard probatorio minimo sopra descritto - il grado di 'intensità' della prova richiesto nei procedimenti nazionali è invece rimesso ai giudici nazionali (il quinto considerando del regolamento n. 1 del 2003 prevede espressamente che esso "non incide né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario").

Il predetto assunto - coerente con l'architettura normativa che ha disegnato, per le regole in materia di concorrenza, un sistema di tutela 'decentrato', dipendente dalla collaborazione delle autorità e dei giudici nazionali - deve ovviamente rispettare il limite per cui i principi nazionali in materia di grado di intensità della prova non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione delle disposizioni in materia di concorrenza previste dal Trattato.

Il corredo probatorio posto a base del provvedimento oggetto della presente controversia rende opportuna una breve ricognizione della struttura del ragionamento indiziario (a partire dalla migliore elaborazione scientifica e giurisprudenza penale: cfr., ex plurimis, Sezioni Unite, n. 42979 del 2014, n. 33748 del 2005; n. 6682 del 1992).

L'indizio - ovvero il fatto noto da cui si parte per argomentare l'esistenza di un altro fatto ignoto - fornisce, a differenza della prova diretta, solo una probabilità della sussistenza del fatto da provare. Il livello di conoscenza scaturente dalla sola valutazione del fatto noto indiziante è variabile, potendo risultare, a seconda dei casi, assai cospicuo ovvero trascurabile.

La valutazione della prova indiziaria va scomposta in due stadi.

Il primo è diretto ad apprezzare la valenza qualitativa del singolo indizio, ovvero la forza di necessità logica con la quale esso è in grado di dimostrare il fatto rilevante, al fine di eliminare gli elementi che appaiono semplici illazioni o supposizioni arbitrarie, stante l'estrema varietà e molteplicità degli accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza, così come vanno espunte le presunzioni di secondo grado (non è consentito trarre da una presunzione una ulteriore presunzione).

Il secondo è costituito dall'esame globale degli indizi così raccolti, al fine di

accertare se gli stessi, una volta integrati gli uni con gli altri, siano in grado di dissolvere la loro intrinseca ambiguità. In questa fase, vanno utilizzati i canoni (codificati all'art. 2729 del c.c.) della gravità (la capacità dimostrativa e di resistenza agli argomenti contrapposti), precisione (l'univocità che rende assai inverosimili le interpretazioni alternativi) e concordanza (la coerenza narrativa, dovuta alla circostanza che gli elementi raccolti non si pongono in contraddizione tra loro).

All'esito della predetta attività conoscitiva, l'ipotesi accusatoria, attentamente verificata nel contraddittorio delle parti, può ritenersi avere attinto la 'certezza processuale' soltanto quando essa risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto una eventualità remota.

4.8.- Da ultimo, in punto di intensità del sindacato giurisdizionale, va ricordato che, anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990).

5.- In applicazione delle coordinate sistematiche appena tracciate sullo standard probatorio nei giudizi antitrust, vanno scrutinati i motivi di appello a suo tempo proposti dall'Autorità.

L'Autorità contesta alle imprese coinvolte, tra cui V., una intesa unica, realizzata attraverso fasi cronologiche successive, ciascuna caratterizzata da comportamenti espressivi del medesimo intento illecito. Anche le modalità di determinazione della sanzione confermano che l'Autorità non ha ritenuto accertata una pluralità di illeciti (i quali avrebbero semmai dato luogo ad un concorso materiale o formale).

Senonché, tale scissione in fasi della complessiva vicenda fattuale (operata dall'Autorità senza per la verità alcun inquadramento giuridico), per le sue rilevanti implicazioni ai fini dell'apprezzamento della durata e gravità dell'illecito (e quindi ai fini della quantificazione della sanzione), richiede una attenta delibazione.

L'intesa antitrust appartiene senza dubbio al novero degli illeciti

'plurisussistenti', in quanto realizzabile - eventualmente - con una pluralità di atti materiali. La commissione di una pluralità di atti materiali assume un significato giuridico unitario, meritando una considerazione unitaria già sotto il profilo dell'azione, quando gli atti plurimi siano contestuali nello spazio e nel tempo ed abbiano fine unico.

L'apprezzamento dei predetti caratteri - contesto spazio temporale e della finalità dell'azione - deve essere effettuato attraverso un raffronto rigoroso e costante della fattispecie astratta descritta dalla norma. In particolare, occorre verificare: i) quando si sia effettivamente realizzata l'offesa tipizzata e sia stato leso l'interesse protetto dalla norma; ii) se ognuno degli autonomi frammenti individuati nel provvedimento sanzionatorio integri, in tutte le sue componenti (soggettiva ed oggettiva) la fattispecie prevista dal legislatore.

6.- Su queste basi, ritiene il Collegio che l'Autorità, pur non avendo fornito la prova 'diretta' di una intesa restrittiva della concorrenza, abbia comunque - in generale - raccolto indizi gravi, precisi e concordanti di un coordinamento illecito nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di VTD e OTD indette da A.M..

6.1.- La mancata partecipazione alla procedura 'ristretta' di tutte le Società che si erano pre-qualificate (tra cui V.) - seguita poi dalla partecipazione delle stesse Società alla successiva procedura 'negoziata', indetta pressoché alle medesime condizioni tecniche ed economiche della gara andata prima deserta, e soltanto dopo che un concorrente estraneo al sodalizio aveva espresso interesse ad aggiudicarsi il servizio (ossia l'RTI formata da C., S. e alcune cooperative) - consente senza dubbio di presumere l'esistenza di una intesa illecita volta ad attuare un boicottaggio della gara bandita da A.M..

Deve presumersi che la finalità perseguita fosse quella di continuare a fornire il servizio sulla base delle proroghe dei contratti previgenti, con il risultato quanto meno di posticipare il confronto competitivo.

Non appare plausibile che l'esito della gara andata deserta sia stata il frutto - 'naturale' e casuale - di scelte imprenditoriali autonome e indipendenti.

Il rischio per le imprese già presenti sul mercato, quali V., era elevatissimo: se uno soltanto dei soggetti invitati avesse presentato un'offerta, gli altri operatori avrebbero perso la fornitura quinquennale dei servizi di VTD e OTD su tutto il territorio regionale.

Tale comportamento 'collettivo' di non partecipare alla gara - apparentemente irrazionale - può giustificarsi soltanto ipotizzando che le imprese fossero consapevoli che il predetto rischio era stato in realtà azzerato dalla concertazione illecita.

Va rimarcato che le imprese sanzionate, complessivamente considerate, rappresentano nel mercato rilevante interessato dalla concertazione, la quasi totalità degli operatori ivi attivi, con una quota di mercato aggregata superiore al 80%.

Secondo le regole di comune esperienza, è estremamente difficile che un simile risultato possa realizzarsi senza un previo coordinamento tra gli operatori professionali interessati.

Un importante riscontro logico è dato dalla circostanza che tutte le società, nella successiva procedura negoziata (dove si era concretizzato il rischio di perdita della gara), hanno effettuato significativi ribassi sulla medesima base d'asta del primo bando (con punte fino al 60% e sconti medi del 42%). Ciò dimostra che l'asserito contrasto delle previsioni di gara con la normativa farmaceutica applicabile (a seguito della qualificazione dell'ossigeno come farmaco, commercializzabile solo in presenza di AIC) non poteva costituire un ostacolo reale alla partecipazione alla gara e alla presentazione di offerte competitive (peraltro, la scelta dell'Amministrazione di stabilire un prezzo a forfait, comprensivo del prezzo del farmaco e del servizio di assistenza domiciliare, era in linea con le indicazioni dell'ANAC: cfr. deliberazione n. 121 del 18 aprile 2007, il cui contenuto è stato ribadito nei pareri ANAC n. 8 del 12 gennaio 2011 e parere n. 120 del 22 giugno 2011, le quali sono successive alla classificazione dell'ossigeno come farmaco). Tali considerazioni inducono a dequotare il rilievo secondo cui l'inclusione, solo alla fine del 2012, dell'ossigeno terapeutico tra i farmaci soggetti al meccanismo del payback sarebbe all'origine della mancata partecipazione degli operatori sanzionati alla gara ristretta indetta nel 2013, pur dopo la di loro precedente manifestazione di interesse. Del resto va pure rilevato che il meccanismo del payback era presente anche nella gara negoziata, e V. non ha spiegato cosa sia successo, tra la gara ristretta e quella negoziata, che l'abbia indotta a partecipare alla gara negoziata nonostante il meccanismo del payback. Pertanto quant'ultimo non appare, secondo la comune esperienza, aver svolto un ruolo determinante nella decisione di V. di non partecipare alla gara ristretta.

6.2.- Il 'peso' fortemente indiziario dello sviluppo anomalo delle condotte di gara (il fatto cioè che, a fronte dell'interesse manifestato dalle imprese nei termini indicati dal bando per la partecipazione alla procedura ristretta, nessuna di esse aveva presentato offerta) è corroborato da altri elementi che - per quanto dotati, in una prospettiva atomistica, di una valenza dimostrativa intrinsecamente minore, perché meno univoci - danno conto di un 'contesto comunicativo' tra le parti dell'intesa, in grado di facilitare la concertazione.

In tal senso, rivelatrice di contatti qualificati appare la email del 4 novembre 2013 con la quale V. trasmette a S., M. e V. la bozza di verbale che ha predisposto in merito all'incontro tenutosi in pari data con la Regione Marche. In tale documento è evidenziato chiaramente il disappunto degli operatori nei confronti dell'intenzione dell'ente di procedere all'aggiudicazione dei servizi attraverso procedure competitive, nonostante l'esito deserto della precedente gara, e l'indisponibilità degli stessi a prorogare le attuali condizioni di fornitura del servizio nelle more della nuova procedura

È invece inutilizzabile, essendo rimasta anonima la fonte di prova (come si desume dal principio generale di cui all'art. 240 c.p.p., relativamente al trattamento processuale dei documenti contenenti dichiarazioni anonime),

quanto asseritamente riferito da un operatore estraneo alla concertazione in ordine al fatto di "non aver formulato alcuna offerta perché di fatto impedita dagli operatori concorrenti nella gara" (paragrafi 143 e 451 del provvedimento). Così come è inutilizzabile anche l'ulteriore episodio, riferito da A., secondo cui "nella giornata di scadenza del termine di presentazione delle offerte un rappresentante di una delle Parti avrebbe sostato dinanzi all'ufficio protocollo per l'intera mattinata, quasi a monitorare - attraverso una condotta tipica di monitoraggio della tenuta dei cartelli - che effettivamente il soggetto minacciato non si recasse poi a presentare un'offerta".

6.3.- Gli elementi raccolti, globalmente e unitariamente considerati - in ragione della loro consistenza dimostrativa e convergenza argomentativa - sono dotati di una inferenza probatoria tale da obbligare le imprese a fornire una spiegazione o una giustificazione, in mancanza della quale è razionale ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto.

Le spiegazioni alternative offerte da V. sono del tutto insufficienti a ribaltare la presunzione.

La presunta inadeguatezza delle condizioni tecniche di gara, tecniche ed economiche (non remuneratività della base d'asta) che avrebbe causato l'esito deserto della gara, è contraddetta dalla successiva fase della procedura negoziale, nel corso della quale (come si è visto) tutte le società coinvolte hanno accettato il bando di gara e il capitolato che contenevano la medesima base d'asta, presentando tutte significativi ribassi.

Gli altri argomenti svolti dalla Società appaiono irrilevanti (la questione se i contenuti del bando di gara e del relativo capitolato fossero stati o meno ampiamente condivisi con gli operatori del settore; il fatto che Siare e C., che avevano deciso di accettare gli atti di gara già contestati dalle imprese sanzionate e, quindi, di partecipare alla procedura negoziata, siano state escluse da A.) o non provati (tant'è che la stessa V. parla di "tendenziale" infungibilità) e comunque non decisivi ai fini della dimostrazione di una dimostrazione alternativa (la presunta infungibilità delle prestazioni di ventiloterapia può infatti avere un qualche peso per i pazienti già trattati ma non certo per quelli che devono iniziare un nuovo percorso terapeutico).

6.4.- Le ragioni addotte dall'Autorità a spiegazione della mancata incriminazione di altre imprese (G.T., S., M. e l'RTI formato da G.T.) che pure avevano tenuto il medesimo comportamento delle Parti (consistente nell'aver inizialmente manifestato interesse alla procedura, salvo poi non partecipare alla procedura ristretta), appaiono ragionevoli. In particolare:

i) la società S., oltre a non essere risultata coinvolta negli scambi email, non aveva partecipato alla successiva procedura 'negoziata'; è stato inoltre accertato che tale società disponeva unicamente di un deposito ad Ascoli Piceno e che avrebbe avuto difficoltà a servire il territorio marchigiano in occasione di una gara;

ii) M. "non era presente nel territorio marchigiano e non svolgendo alcuna

attività di fornitura per le A. interessate" e non aveva chiesto di essere ammessa alla fase della procedura 'negoziata' (analoga valutazione è stata effettuata per D. e G.T. che, verosimilmente in ragione della loro acquisizione da parte di M. nel corso della procedura, parimenti non partecipavano alla procedura negoziata).

Contrariamente a quanto ritenuto da L., la decisione dell'Autorità si fonda dunque sulla esistenza di spiegazioni alternative alla concertazione.

6.5.- In definitiva, la concertazione tra le Parti finalizzata al boicottaggio della procedura ristretta configura un'intesa per oggetto, in violazione dell'art. 101 TFUE, in quanto finalizzata al coordinamento sulle modalità di partecipazione alle gare. Il mercato rilevante, per quanto si tratti di profilo non contestato, è stato correttamente individuato nelle procedure di affidamento dei servizi di VTD e OTD indette da A.M., il cui ambito esecutivo coincide con il territorio di competenza di tale Amministrazione.

7.- Rispetto agli altri due segmenti contestati dall'Autorità, a parere del Collegio, fa difetto, sia l'unicità del 'contesto funzionale', sia l'insieme dei presupposti minimi integranti la fattispecie normativa.

7.1.- La condotta, anche associativa, volta a perorare nelle competenti sedi istituzionali, l'indizione di una gara secondo il modello dell'accordo quadro non ha, né un oggetto di per sé anticoncorrenziale (trattandosi di un modulo di asta pubblica previsto dal codice dei contratti pubblici, senza alcuna alterazione artificiosa di prezzi o volumi) né un effetto anticoncorrenziale (come dimostrato dal fatto che poi l'Amministrazione ha continuato a coltivare la gara a fornitore unico).

I contatti diretti tra i concorrenti valorizzati dall'Autorità non supportano in parte qua l'ipotesi accusatoria. La e-mail inviata il 4 febbraio 2013 - inviata a M., V., S. e L. dal Dott. P., quale coordinatore del gruppo C.S. di A., in merito alla necessità di decidere una posizione congiunta da assumere nella riunione del 7 febbraio 2013 per convincere A.M. che "è maggiormente conveniente attivare un accordo quadro piuttosto che un'aggiudicazione ad unico fornitore per lotto che permette una maggiore competizione qualitativa ..." - non appare significativa.

La missiva contiene infatti considerazioni sul modello di gara ottimale per la fornitura dei servizi di OTD e VTD, rese nel contesto dell'attività di A. in tavoli istituzionali e non segreti (A., come dedotto da L., aveva ricevuto copia della presentazione considerata addirittura prima delle imprese destinatarie dell'e-mail).

7.2.- Secondo l'Autorità, le imprese sanzionate (infastidite per la decisione di A. di indicare una procedura negoziata dopo il fallimento della prima tornata di gara) avrebbero strumentalmente negato la propria indisponibilità a prorogare, nelle more della nuova procedura, le condizioni di fornitura del servizio.

Senonché, i pretesi contatti tra le imprese sanzionate, volti ad ostacolare la

procedura negoziata (terza fase) tramite la dichiarata indisponibilità a concedere la proroga delle forniture uscenti, sono privi di riscontri (al Collegio, peraltro, non risulta che la proroga delle forniture uscenti sia stata negata dalle Parti).

A questo riguardo viene in rilievo solo una email del 4 novembre 2013 - inviata sempre dal Dott. P. nella qualità di coordinatore del gruppo C.S. di A. - con cui veniva trasmesso a S., M. e V. la bozza di verbale predisposto in merito all'incontro tenutosi in pari data con la Regione Marche.

Senonché, nel predetto verbale si legge che "all'Associazione viene nuovamente richiesta la disponibilità di una proroga per tutto il 2014 alle condizioni economiche previste nel capitolato di gara del 17/6/2013; ovviamente la richiesta viene declinata dalla delegazione in quanto il contesto è di specifica competenza delle aziende". Dunque, non vi è alcuna presa di posizione di volere rifiutare la proroga del servizio, ma un semplice rinvio alle determinazioni delle singole imprese.

7.3.- La proposta delimitazione dell'illecito non determina una incongruenza narrativa. I profili di discrasia nel quadro indiziario rilevati dal Collegio non sono tali da travolgere la tenuta dell'impianto accusatorio nella sua parte più rilevante e significativa, ovvero il boicottaggio della procedura ristretta.

8.- In data 21 settembre 2018, V. ha depositato memoria ex art. 101, comma 2, del c.p.a. con riguardo al motivo di ricorso proposto in primo grado, avente a oggetto la quantificazione della sanzione, su cui la sentenza di primo grado non si era pronunciata in quanto assorbito.

Sul punto, V. insiste nel chiedere l'annullamento, o la modifica, del provvedimento rilevandone l'illegittimità in quanto:

a) non sarebbe corretta la valutazione operata dall'Autorità contenuta nel Provvedimento secondo cui il comportamento anticoncorrenziale accertato costituisce un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE. Valutazione questa fondata sul fatto che si sarebbe di fronte ad "un'intesa orizzontale e segreta, tra i principali operatori attivi nel mercato della fornitura dei servizi di VTD, mirante a condizionare la dinamica delle riferite gare in modo da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione di tali commesse" (409). L'intesa, infatti, da un lato, non potrebbe essere ritenuta segreta. Dall'altro, atteso che i contatti tra le Parti sono stati richiesti dalla Stazione appaltante in sede di dialogo tecnico preordinato alla stesura della lex specialis della terza gara, nel corso del quale ha convocato collettivamente le imprese al fine di raccogliere, altrettanto collettivamente, le osservazioni rispetto alla documentazione di gara, non potrebbe che concludersi nel senso che i comportamenti contestati non sarebbero stati adottati dalle Parti di propria iniziativa, ma su richiesta della Stazione appaltante;

b) il Provvedimento sarebbe sproporzionato nel comminare la sanzione, perché identifica il valore delle vendite che dovrebbe essere preso in considerazione per ciascuna impresa con "l'importo complessivo oggetto di aggiudicazione

nell'ambito della quarta gara (7.425.720 euro), che corrisponde alla base d'asta - non essendo stato offerto alcun ribasso - moltiplicato per la durata dell'affidamento" (418). A tale importo base è stata poi applicata una percentuale che riflettesse la gravità dell'infrazione, individuata nel 20% per tutte le parti. Si è trattato, come si evince dal Provvedimento, secondo A. di un lieve aumento della soglia minima vincolata, in quanto il punto 12 delle Linee Guida, in caso di "intesa volta a condizionare le dinamiche di gare ad evidenza pubblica (...) prevede un range del 15-30%" (420).

Tutto ciò ha portato all'irrogazione di una sanzione pecuniaria nei confronti di V. pari a euro 1.485.144. Questa determinazione sarebbe illegittima a causa dell'applicazione 'retroattiva' delle Linee Guida e per avere erroneamente identificato il valore delle vendite da utilizzare per la quantificazione dell'ammontare base della sanzione;

c) la quantificazione della sanzione operata da A. sarebbe illegittima nella parte in cui non ha riconosciuto a V. la circostanza attenuante legata all'avvenuta adozione di un programma di compliance antitrust;

d) le linee guida violerebbero gli artt. 15 della L. n. 287 del 1990 e 11 della L. n. 689 del 1981. Le norme in questione attribuirebbero all'Autorità un potere-dovere di compiere una valutazione discrezionale complessa, al fine di quantificare, secondo le circostanze del caso concreto, la sanzione da irrogare ad un'impresa che abbia commesso una violazione della normativa antitrust. Nel caso di specie, la previsione e la pedissequa applicazione di una soglia minima del 20% (troppo elevata e rigida) per la quantificazione dell'importo base avrebbe determinato una sostanziale eliminazione o quantomeno una radicale limitazione della valutazione discrezionale imposta dalla legge (fonte primaria) circa la graduazione della sanzione e una conseguente disapplicazione dei parametri legislativi di quantificazione indicati dalle citate disposizioni della L. n. 287 del 1990 e della L. n. 689 del 1981. Infatti, a V. sarebbe stata applicata una sanzione che si avvicina al massimo edittale (8,1%) in modo pressoché automatico.

8.1.- Occorre preliminarmente ricostruire il quadro normativo di riferimento.

L'art. 15, primo comma, della L. n. 287 del 1990 prevede che l'Autorità: "nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione". Il secondo comma dello stesso articolo aggiunge che: "in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività

d'impresa fino a trenta giorni".

L'art. 31 della L. n. 287 del 1990 precisa poi che: "Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della L. 24 novembre 1981, n. 689". L'articolo 11 della L. 24 novembre 1981, n. 689, detta i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie nei seguenti termini: "Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

Secondo una prassi più volte avallata dal Consiglio di Stato (ex plurimis: Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397), l'Autorità tiene conto, quale canone orientativo per il dosaggio oggettivo e trasparente delle sanzioni in ambito nazionale, degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (in Gazzetta ufficiale C 210 dell'1 settembre 2006).

Posto che l'ammontare di un'ammenda deve essere sufficientemente elevato sia per sanzionare le imprese in causa che per dissuadere altre imprese dall'assumere comportamenti che violano le regole di concorrenza, i suddetti orientamenti prevedono quanto segue:

- occorre calcolare un importo di base per aver semplicemente commesso l'infrazione, calcolato come percentuale del valore delle vendite cui si riferisce l'infrazione, moltiplicato per il numero di anni dell'infrazione;*
- la percentuale del valore delle vendite è determinata in funzione della gravità dell'infrazione e può raggiungere il 30%;*
- a questo calcolo iniziale va applicato un ulteriore importo (tutti i casi di cartello e, a discrezione, con riguardo agli altri tipi di infrazione) compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite annuali, a prescindere dalla durata dell'infrazione, precipuamente al fine di dissuadere ulteriormente le imprese dall'intraprendere pratiche illegali;*
- l'importo di base, calcolato secondo il metodo sopra descritto, può quindi essere adeguato verso il basso, se ci sono circostanze attenuanti, o verso l'alto, in caso di circostanze aggravanti;*
- le imprese che commettono nuovamente violazioni simili vanno sanzionate più severamente (le imprese recidive potrebbero ora subire un aumento del 100 % della loro ammenda per ogni infrazione successiva);*
- l'ammenda massima per ogni impresa non deve superare il 10% del suo fatturato totale realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente (limite*

previsto dal regolamento CE n. 1 del 2003).

8.2.- Nel caso in esame, l'Autorità ha proceduto alla seguente quantificazione.

Poiché i comportamenti contestati integrano una collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, per il calcolo dell'importo di base dell'ammenda l'Autorità ha assunto come dato di partenza il "valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito", come indicato al punto 18 delle Linee Guida predisposte dall'Autorità con Delib. 22 ottobre 2014, n. 25152 (secondo cui: "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").

Nel caso di specie, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde, per ciascuna impresa, trattandosi di gara con esito deserto, "agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione", vale a dire l'importo complessivo del valore posto a base d'asta per l'aggiudicazione dell'appalto, pari a 10.780.215 euro, da moltiplicare per la durata quadriennale dell'affidamento (per un importo pari a € 43.120.860).

Tale importo iniziale è stato moltiplicato per la percentuale che riflette la gravità dell'infrazione. In ragione della gravità dell'infrazione e delle modalità di partecipazione delle Parti alla stessa, l'Autorità ha ritenuto congruo individuare la percentuale sulla base della quale calcolare l'ammontare della sanzione nel 20%.

Trattandosi di intesa posta in essere nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, è stato ritenuto non necessario "introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione" (ancora richiamando il paragrafo 18 delle Linee Guida).

L'importo base per tutte le Parti è stato così determinato in € 8.624.172.

Alcune società avevano dedotto di aver posto in essere programmi di compliance (declinati in una serie di seminari cui ha partecipato la dirigenza delle società e il personale che opera nelle aree sensibili sotto il profilo antitrust) già in periodi antecedenti all'avvio del presente procedimento. L'Autorità ha, tuttavia, ritenuto che solo le iniziative assunte dalle società L., S. e V. fossero in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee Guida. È stata quindi riconosciuta alle società L., S. e V. una circostanza attenuante nella misura del 5%.

Talune imprese Parti avevano richiesto una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante, ai sensi del punto 23 delle linee guida, per "aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita". Tali istanze non sono state ritenute meritevoli di accoglimento in quanto tutte le Parti, secondo

l'Autorità, sono risultate parimenti coinvolte sia nella ripartizione del mercato e della clientela, sia nel coordinamento sui prezzi e, inoltre, tutte hanno dato concreta attuazione alle condotte concorrenziali accertate. Nessuna delle Parti, aggiunge l'Autorità, ha collaborato nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge.

In applicazione della soglia legale massima, pari al 10% del fatturato totale delle Parti relativo all'anno 2015 (articolo 15, comma 1, della L. n. 287 del 1990), per L. (il cui fatturato totale era 106.641.587) la sanzione è stata ricondotta al limite edittale di € 8.624.172.

9.- Su queste basi, vanno scrutinate le doglianze attinenti alla quantificazione della sanzione.

9.1.- La seconda censura - incentrata sull'erronea determinazione del valore delle vendite - è infondata.

Il Collegio ritiene che l'Autorità si è attenuta a quanto previsto dall'art. 18 delle Linee Guida.

La sanzione, in quanto volta ad impedire a priori una concertazione in funzione anticoncorrenziale, deve riferirsi al momento della condotta legata alla specifica fattispecie e agli elementi allora in possesso delle imprese, ivi compreso l'importo base della gara oggetto dell'accordo anticompetitivo.

Risulta invece in contrasto con gli orientamenti della giurisprudenza il prospettato utilizzo del fatturato effettivamente realizzato dall'impresa per la vendita di tali servizi: invero, il riferimento all'importo oggetto di aggiudicazione mira ad assumere quale base iniziale ai fini del calcolo dell'ammenda inflitta ad un'impresa un importo che rifletta anche l'importanza economica dell'infrazione, con la conseguenza che "l'obiettivo perseguito da tale disposizione risulterebbe tuttavia pregiudicato se tale nozione dovesse essere intesa nel senso che ricomprenda unicamente il fatturato realizzato con le sole vendite per le quali risulti accertata la loro effettiva connessione con l'intesa stessa" (cfr. Corte di Giustizia UE, Terza Sezione, sentenza 11 luglio 2013, Team Relocations NV e a./ Commissione, in C 444/11 P; Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032). Del pari, non può convenirsi con quanto affermato da V. in relazione alla presunta illegittima applicazione retroattiva delle Linee Guida. Sul punto deve osservarsi che il potere sanzionatorio dell'Autorità trova fondamento nell'art. 15 della L. n. 287 del 1990, il quale le assegna allo scopo un ampio potere discrezionale limitato solo dalla indicazione del massimo edittale, fissato nel 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Con le Linee Guida l'Autorità si è vincolata, per trasparenza nei confronti della utenza, ad osservare determinati criteri nella determinazione della sanzione, fermo restando il massimo edittale fissato dal legislatore, quindi non ha introdotto nuove sanzioni né una nuova disciplina procedurale, con norme delle quali si possa predicare la necessaria non retroattività.

9.2.- La terza censura - con cui si contesta che l'Autorità non ha riconosciuto a ...la circostanza attenuante legata all'avvenuta adozione di un programma di

compliance antitrust - è parimenti infondata.

La giurisprudenza ha già avuto modo di precisare che "la mera esistenza di un programma di compliance non sarà 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 (attraverso, ad esempio, 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)" (Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2017, n. 5998 e n. 5997).

In ogni caso, nel caso di specie, non pare censurabile la valutazione dell'Autorità, secondo cui la circostanza per cui, V. ha trasmesso documentazione relativa a programmi di compliance posti in essere già dal 2004 ma che non sono stati implementati dopo l'avvio dell'istruttoria e in ogni caso, nonostante l'adozione di una compliance antitrust, le parti abbiano posto in essere una condotta in violazione del diritto antitrust, dimostra di fatto l'inefficacia del programma adottato.

Peraltro, secondo la consolidata giurisprudenza della Sezione, "la mancata concessione della circostanza attenuante della collaborazione, si giustifica in quanto il riconoscimento della stessa (che pure rientra nell'ambito di valutazioni ampiamente discrezionali dell'Autorità) presuppone un contributo particolarmente qualificato, nel senso di essere idoneo ad agevolare concretamente l'accertamento e la repressione della condotta illecita. Non è integrata, invece, dalla collaborazione informativa e documentale dovuta per legge" (Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2838; sez. VI, n. 2328 del 2016)" (cfr. ex multis Consiglio di Stato, 10 luglio 2018, n. 4211, 1759).

Nel procedimento per cui è causa, nessuna delle parti - con l'eccezione - ha efficacemente collaborato con l'Autorità nel corso del procedimento.

9.4. La quarta censura con cui si sostiene l'illegittimità delle linee guida merita di essere respinta. Le linee guida adottate con Delibera A. 22 ottobre 2014, n.25152 non divergono in alcun modo dalla cornice normativa rappresentata dagli artt. 15 della L. n. 287 del 1990 e 11 della L. n. 689 del 1981, che attribuiscono all'autorità il potere/dovere di operare una valutazione discrezionale nella commisurazione della sanzione. Al riguardo, è evidente che le dette linee guida rappresentano un autovincolo che la stessa Autorità ha inteso darsi, al fine di rendere manifesti i principi che l'Autorità applicherà per la quantificazione delle sanzioni nei casi di infrazioni gravi. Innanzitutto sono le stese linee guida a ribadire che i criteri di determinazione della sanzione non possono in alcun modo portare al superamento del tetto del dieci per cento del fatturato previsto dalla normativa di rango primario. Nell'elencare i detti principi l'Autorità chiarisce come il potere sanzionatorio debba perseguire due distinte finalità: a) quella di deterrenza generale; b) quella di deterrenza specifica. Nel fare ciò in modo non irragionevole individua l'importo di base della sanzione attraverso la moltiplicazione di una percentuale del valore delle vendite (non superiore al 30%), determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione. Gli ulteriori criteri tendono a valorizzare circostanze quali la

segretezza dell'intesa, la durata dell'infrazione, l'eventuale presenza di circostanze aggravanti e attenuanti. In questo modo l'Autorità esemplifica un ventaglio di criteri di commisurazione che non sminuisce in alcun modo la discrezionalità attribuita dal legislatore. Sicché non si registra alcun automatismo sanzionatorio come invocato da V., che lamenta l'applicazione di una sanzione che non è, ma sarebbe potuta essere, pari al 10%, mentre si colloca ben al di sotto di essa. In definitiva la doglianza non solo non convince sul piano giuridico, ma resta anche in fatto del tutto indimostrata.

9.5.- La censura relativa alla valutazione di gravità dell'infrazione va, invece, nei termini di seguito illustrati accolta, solo quanto alla concreta determinazione della sanzione, essendo corretta la qualificazione come "grave" dell'infrazione accertata.

Va premesso che non è in discussione il fatto che l'alterazione del funzionamento di una gara pubblica rientri tra le più gravi restrizioni della concorrenza già per il suo "oggetto", senza bisogno che ne sia provato l'effetto. In questo senso non convincono le affermazioni di secondo cui l'intesa non era segreta, dovendosi avere riguardo al fatto che ciò le parti non hanno palesato, e che è stato ritenuto dimostrato per via indiziaria, è l'accordo relativo al "boicottaggio" della prima gara: la circostanza che si siano verificati scambi di informazione in occasione degli incontri istituzionali non è idonea a far venir meno la segretezza della intesa, e tampoco lo scambio di mail, che comunque non era "di dominio pubblico" e, in ogni caso, non palesava l'intenzione di boicottare la gara ristretta. Né è convincente l'affermazione secondo cui il complessivo coinvolgimento delle imprese del settore le avrebbe indotte a violare il diritto Antitrust.

Ma tale assunto - che il Collegio non può che condividere - attiene al perfezionamento della fattispecie, come si è già esposto in precedenza.

Con riguardo invece alla dosimetria della 'pena', la Sezione ha più volte rimarcato come debbano prendersi in considerazione le concrete ripercussioni che l'intesa accertata abbia arrecato alla struttura del mercato. In questa fase, attinente al quantum, l'Autorità non deve tralasciare gli elementi che, nel singolo caso, possano connotare l'illecito in termini di maggiore o minore disvalore (la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata data attuazione o meno alle stesse).

Nel caso in esame, con riguardo a ... l'Autorità non ha comprovato il danno economico derivante dal procrastinamento dell'aggiudicazione e conseguente proroga dei contratti in corso. ...in particolare, come emerso in sede rescindente, praticava nei contratti poi prorogati prezzi più bassi di quelli posti a base di gara.

La revisione del coefficiente di gravità dell'illecito si impone anche alla luce della perimetrazione più restrittiva delle condotte illecite (come operata dal Collegio ai punti 7 e seguenti della motivazione).

9.5.- Nell'esercizio della giurisdizione con cognizione estesa al merito, in base a quanto dispone l'art. 134, comma 1, lettera c) del c.p.c., il giudice amministrativo ha il potere di modificare, in base a una propria valutazione, la misura delle sanzioni pecuniarie con essi comminate, in riforma parziale della sentenza impugnata e in parziale accoglimento del ricorso di primo grado. L'esercizio del sindacato giurisdizionale di merito si risolve nell'adozione di una sentenza ad efficacia costitutiva, a completamento della fattispecie sostanziale,

con riferimento al quantum della sanzione quale rideterminata in sede giudiziale (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 289).

Ritiene il Collegio di applicare alla base di calcolo sopra indicata (l'importo complessivo del valore posto a base d'asta per l'aggiudicazione dell'appalto, pari a 10.780.215 euro, da moltiplicare per la durata quadriennale dell'affidamento, per un importo pari a € 43.120.860), la più mite percentuale del 10%, sicché la sanzione da applicare è pari a € 4.312.086,00.

10.- In definitiva, in sede rescissoria, l'appello dell'Autorità deve essere in parte accolto, come anche, sebbene in parte più limitata, devono accogliersi nei sensi sopra indicati i motivi riproposti ex art. 101, co. 2, c.p.a. da V., e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, il ricorso deve essere accolto solo limitatamente alla quantificazione della sanzione, che viene rideterminata nella misura indicata nel punto precedente. Ognio altro motivo riproposto deve intendersi respinto sulla scorta di quanto ampiamente motivato nei paragrafi precedenti.

10.1.- L'accoglimento soltanto parziale dell'impugnazione giustifica la compensazione per un terzo delle spese del doppio grado di giudizio (e dell'ulteriore giudizio di revocazione), ponendo la restante parte in capo alla società

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), richiamata la sentenza non definitiva n. 1269 del 2020 con cui è stata revocata l'originaria sentenza di appello, definitivamente pronunciando in sede rescissoria:

- accoglie l'appello nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto, accolti in limitata parte i motivi riproposti dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., in riforma della sentenza gravata, accoglie solo parzialmente il ricorso di primo grado e quantifica in € 4.312.086,00 la sanzione complessiva a carico di

- compensa per un terzo le spese del doppio grado di giudizio e pone la restante parte in capo a, che si liquidano in euro 12.000, oltre accessori di legge;

- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 1 dicembre 2022, 12 gennaio 2023 e 22 marzo 2023, con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere