



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXIX - n. 6

**Publicato sul sito www.agcm.it
11 febbraio 2019**

Nuova versione del 18 febbraio 2019

SOMMARIO (*)

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO	
<i>Provvedimento n. 27508</i>	5
I816 - GARA SO.RE.SA. RIFIUTI SANITARI REGIONE CAMPANIA	
<i>Provvedimento n. 27546</i>	7
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	63
C12214 - DEA CAPITAL ALTERNATIVE FUNDS SGR-CALFIN/CALVI HOLDING	
<i>Provvedimento n. 27511</i>	63
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	69
AS1560 - COMUNE DI FERMO (FM) - AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO	
INTEGRATO DI IGIENE URBANA NELL'ATO4-FERMO	69
AS1561 – DELIBERA AGCOM 452/18/CONS - DEFINIZIONE DEL TEST DI REPLICABILITÀ DELLE	
OFFERTE DI SERVIZI DI RECAPITO DI INVII MULTIPLI DI POSTE ITALIANE E DEI CRITERI PER	
LA SUA CONDUZIONE	73

(*) La precedente versione della segnalazione AS1560 conteneva un errore materiale ed è stata sostituita in data 18 febbraio 2019.

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO

Provvedimento n. 27508

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 23 gennaio 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTI gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi articoli 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO il proprio provvedimento n. 26940 del 17 gennaio 2018, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, e contestualmente anche un procedimento cautelare ai sensi dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'articolo 102 TFUE e/o dell'articolo 3 della legge n. 287/90, nei confronti di SAD – Trasporto Locale S.p.A., con riferimento a comportamenti da questa posti in essere nel mercato dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano e consistenti nell'aver ritardato e/o omesso l'invio alla Provincia Autonoma di Bolzano di informazioni indispensabili a completare gli elaborati di gara per l'affidamento di tali servizi;

VISTO il proprio provvedimento n. 27037 del 14 febbraio 2018, con il quale è stato prorogato, su richiesta della parte, dal 14 febbraio al 26 febbraio 2018 il termine per la presentazione delle memorie difensive di Parte nell'ambito del sub-procedimento cautelare avviato ai sensi dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/90;

VISTO il proprio provvedimento n. 27094 del 21 marzo 2018, con il quale l'Autorità ha deciso di non adottare le misure cautelari nei confronti di SAD – Trasporto Locale S.p.A. e di chiudere il procedimento sub-cautelare di cui all'art. 14-*bis* della legge n. 287/90;

VISTO il proprio provvedimento n. 27203 del 16 giugno 2018, con il quale è stata disposta la pubblicazione, in data 18 giugno 2018, degli impegni proposti da SAD – Trasporto Locale S.p.A. sul sito dell'Autorità;

VISTO il proprio provvedimento n. 27314 del 13 settembre 2018, con la quale sono stati rigettati gli impegni definitivi proposti da SAD – Trasporto Locale S.p.A.;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti il 28 gennaio 2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATA la complessità fattuale della fattispecie oggetto del procedimento;

CONSIDERATA la necessità di garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

RITENUTO pertanto, che, al fine di garantire il pieno esercizio dei diritti di difesa alle Parti, sia necessario disporre il differimento del termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 31 gennaio 2019;

DELIBERA

di prorogare al 10 aprile 2019 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

I816 - GARA SO.RE.SA. RIFIUTI SANITARI REGIONE CAMPANIA*Provvedimento n. 27546*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 30 gennaio 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera adottata in data 27 settembre 2017, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Langella Mario S.r.l., Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Bifolco & Co. S.r.l. ed Eco Transfer S.r.l., volta ad accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 101 del TFUE, in occasione della partecipazione alla gara bandita da So.re.sa S.p.A. per l'acquisizione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi e non pericolosi della Regione Campania;

VISTA la delibera del 16 novembre 2017, con cui l'istruttoria è stata estesa soggettivamente alla società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l.;

VISTA la delibera del 17 ottobre 2018, con la quale è stato prorogato il termine di chiusura del procedimento alla data del 31 gennaio 2019;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 25 ottobre 2018, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le memorie finali delle società Bifolco & Co S.r.l., Eco Transfer S.r.l., Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l. e Langella Mario S.r.l., pervenute in data 7 e 10 dicembre 2018;

SENTITI in audizione finale i rappresentanti delle società Eco Transfer S.r.l., Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l. e Langella Mario S.r.l., in data 12 dicembre 2018;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Con denuncia pervenuta in data 17 luglio 2017, successivamente più volte integrata in data 4 agosto 2017, 11 settembre 2017 e 13 settembre 2017, So.re.sa. S.p.A. (nel seguito anche So.re.sa.), centrale di acquisto regionale in materia sanitaria della Regione Campania, ha segnalato una possibile concertazione tra le società Langella Mario S.r.l., Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Bifolco & Co. S.r.l. ed Eco Transfer S.r.l. (nel seguito, rispettivamente, Langella Mario, Ecologica Sud, Ecosumma, Bifolco ed Eco Transfer o anche, le Parti o le imprese) nell'ambito di una

procedura di gara indetta nell'autunno del 2016¹, articolata in sei lotti, per la selezione centralizzata del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianto di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, derivanti dalle attività di 17 aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania.

2. A seguito di detta segnalazione l'Autorità, in data 27 settembre 2017, ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, della legge n. 287/90, finalizzata ad accertare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 del Trattato su Funzionamento dell'Unione Europea (nel seguito TFUE), posta in essere dalle citate imprese. L'istruttoria è stata successivamente estesa, in data 15 novembre 2016, nei confronti della società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l. (nel seguito anche solo "Green Light").

II. LE PARTI

II.1. Le società segnalate

3. Langella Mario è una società con sede a Cercola (NA), attiva nella raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, pericolosi e non, tra cui i rifiuti ospedalieri. Nel 2017, Langella Mario ha realizzato un fatturato totale di 5.358.281 euro, di cui circa 2,4 milioni di euro nelle attività attinenti i rifiuti presso strutture sanitarie pubbliche della Regione Campania.

4. Ecologica Sud è una società con sede a Marano di Napoli (NA), attiva nella raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, pericolosi e non, tra cui quelli ospedalieri. Nel 2017, Ecologica Sud ha realizzato un fatturato totale di 3.554.423 euro, di cui circa 1,7 milioni di euro nelle attività attinenti i rifiuti presso strutture sanitarie pubbliche della Regione Campania.

5. Ecosumma è una società con sede a Somma Vesuviana (NA), attiva nella raccolta, trasporto e stoccaggio di rifiuti speciali, pericolosi e non, tra cui quelli ospedalieri. Nel 2017, Ecosumma ha realizzato un fatturato totale di 1.972.317 euro, di cui circa 480.000 euro nelle attività attinenti i rifiuti presso strutture sanitarie pubbliche della Regione Campania.

6. Bifolco è una società con sede a Pagani (SA), attiva nella raccolta e trasporto e smaltimento di rifiuti urbani e speciali, pericolosi e non, tra cui quelli ospedalieri. Nel 2017, Bifolco ha realizzato un fatturato di 2.585.825 euro, di cui circa 1,2 milioni di euro nelle attività attinenti i rifiuti presso strutture sanitarie pubbliche della Regione Campania.

7. Eco Transfer è una società con sede a Roma, attiva nella raccolta, trasporto e avvio a recupero di tutti i rifiuti, tra cui anche quelli ospedalieri, ad eccezione di quelli a rischio radioattivo ed esplosivo.

Nell'esercizio 2017, Eco Transfer ha realizzato un fatturato totale in Italia pari a 5.189.869 euro.

¹ L'espletamento della gara è stato disposto con determina a contrarre del Direttore Generale di So.re.sa, n. 147 del 14 ottobre 2016. Il bando di gara è stato trasmesso alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in pari data, nonché pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, per estratto su due quotidiani a diffusione nazionale e due quotidiani a diffusione regionale, ai sensi dell'art. 216, comma 11, del D. Lgs. n. 50/2016, sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso Anac e sul sito internet <http://www.soresa.it>.

8. Green Light è una società, con sede a Grosseto, attiva nei servizi di consulenza, assistenza e coordinamento a favore di aziende che svolgono attività di raccolta e smaltimento rifiuti.

Nell'esercizio 2017, Green Light ha realizzato un fatturato totale in Italia pari a 80.517 euro.

II.2. La segnalante

9. So.Re.Sa.- Società Regionale per la Sanità è, ai sensi dell'articolo 6, comma 15 della Legge regionale Campania n. 16 del 7 agosto 2014, la centrale di committenza regionale, di cui al Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 ed è il soggetto aggregatore che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati alle ASL e AO della Regione Campania.

III. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

III.1. La denuncia

10. In dettaglio, So.re.sa., dopo aver rappresentato che la procedura ad evidenza pubblica indetta costituiva la prima gara centralizzata posta in essere per conto di tutte le AA.SS. della Regione Campania (la GARA d'ora in avanti) ha prospettato all'Autorità che, delle sei offerte ricevute dalle Parti, una per ogni lotto, in molti punti era riscontrabile una "*piena sovrapposibilità ed identità di contenuti delle offerte tecniche di alcuni concorrenti che, singolarmente o in raggruppamento temporaneo di imprese, hanno partecipato alla gara de qua in lotti diversi*", non potendo quindi escludersi che le offerte fossero state redatte in modo coordinato.

Inoltre, secondo la denunciante, le citate imprese - che avevano poi ottenuto il miglior punteggio tecnico in tutti e sei i lotti messi a gara - avevano presentato offerte, senza sovrapporsi tra di loro, nei soli lotti nei quali l'impresa, o le imprese offerenti, rappresentavano i fornitori uscenti del servizio messo a gara.

11. La centrale di committenza corredeva la segnalazione con la documentazione di gara analizzata e il dettaglio delle similitudini riscontrate tra le offerte tecniche delle imprese denunciate².

III.2. L'attività istruttoria

12. Sulla base della segnalazione ricevuta l'Autorità, nella sua adunanza del 27 settembre 2017, ha avviato un procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Langella Mario, Ecologica Sud, Ecosumma, Bifolco ed Eco Transfer, al fine di verificare se le similitudini riscontrate nelle offerte tecniche delle parti, unitamente alla scelta, da parte di queste ultime, di presentare una sola offerta per lotto, senza sovrapporsi con le altre società, potessero derivare dall'esistenza di un'intesa lesiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del TFUE³.

13. Nel corso del procedimento si sono svolti accertamenti ispettivi in data 3 ottobre 2017, tanto presso le sedi delle società Parti del procedimento, quanto presso altre società che avevano partecipato alla gara ovvero società che, pur risultando gestori uscenti di alcune aziende sanitarie campane con riferimento all'offerta di servizi oggetto della procedura di gara, non avevano tuttavia

² Cfr., docc. 2, 3 e 81, sui quali si veda *infra*.

³ Cfr., provvedimento AGCM n. 26768 del 27 settembre 2017.

partecipato a quest'ultima o non si erano aggiudicate alcun lotto (Delta Chimica). In particolare gli accertamenti ispettivi hanno riguardato le seguenti società: Langella Mario (*rectius* la società Energie Ecologiche S.r.l.⁴); Ecologica Sud, Ecosumma, Bifolco, Eco Transfer, Delta Chimica S.r.l. e Aldo Mastellone & Co. S.r.l.⁵.

In pari data sono stati altresì effettuati accertamenti ispettivi presso la sede della centrale di committenza, So.re.sa..

14. Poiché dalla documentazione acquisita in ispezione era emerso che le Parti si erano avvalse di un medesimo consulente ai fini della predisposizione della documentazione di gara, individuato nella società Green Light (nel seguito anche Green Light o la società di consulenza), al fine di verificare un eventuale ruolo della stessa nell'ipotizzato coordinamento anticoncorrenziale prospettato nel provvedimento di avvio, in data 15 novembre 2017, l'Autorità ha esteso il procedimento istruttorio anche alla citata società di consulenza⁶. In pari data, il Collegio ha deliberato lo svolgimento di ulteriori accertamenti ispettivi presso la sede di Green Light, che si sono poi svolti in data 21 novembre 2017.

15. Tra la metà del mese di novembre 2017 e la fine del mese di luglio 2018 hanno effettuato accesso agli atti della procedura istruttorio unicamente le società Langella Mario, Ecologica Sud ed Ecosumma; le medesime società, unitamente alla società Green Light, hanno anche esercitato il diritto di essere sentite in audizione, ai sensi della Legge 287/90 e del D.P.R. n. 217/98.

Più in dettaglio, le società Langella Mario, Ecologica Sud ed Ecosumma sono state sentite in audizione, per il tramite dei soli consulenti legali, una prima volta, in data 4 maggio 2018⁷ e una seconda volta con i rappresentanti legali delle stesse, in data 22 maggio 2018⁸.

La società di consulenza è stata invece sentita in audizione in data 26 marzo 2018⁹.

16. Pur avendo inizialmente rinunciato le società Bifolco ed Eco Transfer alla facoltà prevista *ex lege* di essere sentite in audizione, tali società sono comunque state audite, *ex art.* 14 della legge n. 287/90, rispettivamente in data 29 maggio 2018 e 28 maggio 2018¹⁰.

⁴ Nel corso dell'accertamento ispettivo condotto presso la sede di Langella Mario S.r.l., l'Amministratore unico della società, Mario Langella, ha rappresentato di aver sottoscritto un contratto di servizio con la società Energie Ecologiche S.r.l. (nel seguito anche EE), i cui soci risultano essere le figlie del signor Langella; in virtù di tale contratto, presso i locali di EE sono svolti i servizi di elaborazione dati a favore di Langella Mario S.r.l. EE, che opera in locali di proprietà della società Langella S.r.l., in virtù di un regolare contratto di affitto, consente all'Amministratore Unico della società, Mario Langella di accedere continuativamente a tali locali ove è dunque depositata la documentazione amministrativa di Langella Mario S.r.l. (Cfr., docc. 31 e 68).

⁵ Più in dettaglio, Aldo Mastellone & Co S.r.l. aveva inizialmente ricevuto da una società, denominata Dasty Ecological Services S.r.l., una proposta di partecipazione in ATI alla gara So.re.sa.; accogliendo l'invito di quest'ultima, Mastellone aveva quindi deciso di partecipare alla citata gara come sub-appaltatrice di Dasty, che è stata successivamente esclusa per questioni legate alla legittimità della documentazione presentata in sede di gara (Cfr., doc. 34bis). Delta Chimica S.r.l., invece, ha partecipato in ATI con un'altra società, la Maio.com S.r.l., rispettivamente per il lotti 2, 3 e 5, non risultando aggiudicataria di nessuno di questi. Ciò in quanto l'offerta tecnica presentata non ha raggiunto il punteggio minimo richiesto (pari a 26 punti) e dunque il raggruppamento temporaneo è stato escluso prima dell'apertura delle offerte economiche dei partecipanti (Cfr., doc. 38).

⁶ Cfr., provvedimento AGCM n. 26854 del 15 novembre 2017.

⁷ Cfr., doc. 100, 101 e 102.

⁸ Cfr., doc. 119, 120 e 121.

⁹ Cfr., doc. 89.

¹⁰ Cfr., doc. 115 e 122.

17. In data 21 maggio 2018, al fine di acquisire informazioni utili alla comprensione delle dinamiche della GARA, si è svolta un'audizione con la centrale di committenza¹¹.

Inoltre, in data 14 giugno 2018, al fine di acquisire informazioni utili alla ricostruzione del contesto nel quale erano state poste in essere le condotte oggetto di istruttoria e alla percezione dell'intera vicenda da parte di un operatore concorrente, si è svolta un'audizione con la società [omissis]^{*} che aveva partecipato alla gara So.re.sa, [omissis]¹².

18. Al fine di ottenere un panorama completo di tutte le offerte economiche effettuate nell'ambito della GARA, in data 29 marzo 2018 e 5 aprile 2018¹³, sono state inoltrate richieste di informazioni a So.re.sa..

Inoltre, per acquisire una dettagliata ricostruzione degli incontri intercorsi tra le Parti, anche alla presenza della società di consulenza, sono state formulate specifiche istanze alle società oggetto della procedura istruttoria¹⁴. Infine, per completare il *set* informativo a disposizione, alle imprese Parti sono state formulate anche richieste relativamente: alla tipologia di impianti di sterilizzazione di cui le medesime dispongono; alla differenza tra le prestazioni svolte per le AASS della Regione Campania prima e dopo la GARA; nonché alla genesi ed alle modalità di fatturazione adottate nei confronti della società di consulenza¹⁵.

19. In data 19 giugno 2018 è stata effettuata una richiesta di informazioni alla società MIDA Tecnologie Ambientali S.r.l., in quanto titolare di un impianto di termovalorizzazione rifiuti, cui le parti si erano rivolte per ottenere la disponibilità allo smaltimento rifiuti derivanti dalla gara indetta da So.re.sa, al fine di ottenere delucidazioni in merito alle modalità di richiesta delle parti di disponibilità dei servizi di quest'ultima¹⁶. A tale richiesta la società ha risposto da ultimo in data 5 luglio 2018¹⁷.

20. In data 31 luglio 2018, è stata inoltrata una richiesta di informazioni alla stazione appaltante finalizzata a comprendere se, ad esito della gara, le singole aziende sanitarie locali abbiano aderito alle convenzioni stipulate tra So.re.sa. ed i vincitori della gara oggetto della procedura istruttoria¹⁸, cui la centrale di committenza ha dato riscontro in data 7 agosto 2018¹⁹.

21. Infine, in data 6 settembre 2018, è stata inoltrata una richiesta di informazioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione (nel seguito anche ANAC) volta ad acquisire informazioni in merito al novero degli operatori economici che avevano versato i contributi richiesti *ex lege* ai fini della

¹¹ Cfr., doc. 113.

^{*} Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹² [Omissis].

¹³ Cfr., docc. 90 e 92.

¹⁴ Cfr., docc. 100, 101 e 102.

¹⁵ Cfr., docc. 119, 120, 121, 115 e 122.

¹⁶ Cfr., doc. 132.

¹⁷ Cfr., doc. 141.

¹⁸ Cfr., doc. 143.

¹⁹ Cfr., doc. 144.

partecipazione alla gara So.re.sa. per ciascuno dei sei lotti nei quali la medesima era articolata²⁰. ANAC ha fornito una risposta alla predetta richiesta in data 19 settembre 2018²¹.

22. In data 17 ottobre 2018, è stato, da un lato, prorogato il termine di chiusura del procedimento - originariamente fissato al 31 ottobre 2018 - alla data del 31 gennaio 2019 e, dall'altro, è stata deliberata la Comunicazione delle Risultanze istruttorie, successivamente inviata alla Parti in data 25 ottobre 2018.

23. Tutte le Parti dell'istruttoria, ad eccezione della società Green Light, hanno presentato memorie e scritti difensivi in vista dell'audizione finale innanzi al Collegio tenutasi in data 5 dicembre 2018, nel corso della quale sono stati sentiti i rappresentanti delle sole società Eco Transfer, Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario²².

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1. Il settore e il servizio interessato

24. Le vicende oggetto del procedimento concernono comportamenti d'impresa posti in essere in occasione dello svolgimento della GARA, in quanto prima procedura competitiva centralizzata, indetta nella Regione Campania da So.re.sa., avente ad oggetto l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi (derivanti da attività sanitarie) per le Aziende Sanitarie presenti in tale Regione.

25. Come è noto, secondo il dettato normativo vigente, i rifiuti sanitari, ai sensi del D.P.R. n. 254/2003²³, sono i rifiuti prodotti da strutture pubbliche e private che svolgono attività medica e veterinaria di prevenzione, di diagnosi, di cura, di riabilitazione e di ricerca. I produttori di tali rifiuti sono quindi le strutture facenti capo alle Aziende sanitarie locali, le cliniche private, le altre strutture che erogano prestazioni sanitarie (poliambulatori, studi medici e dentistici, ecc.) e, limitatamente alla gestione dei rifiuti che presentano un rischio infettivo, anche laboratori di analisi microbiologiche di alimenti, di acque, o di cosmetici, industrie di emoderivati, istituti estetici, ecc..

I rifiuti sanitari possono essere distinti in tre categorie: *(i)* rifiuti sanitari speciali pericolosi, comprendenti i rifiuti a rischio infettivo e quelli che presentano altri rischi (es. tossici, nocivi, corrosivi, irritanti); *(ii)* i rifiuti sanitari speciali non pericolosi, comprendenti tutti gli altri rifiuti prodotti dalla struttura sanitaria, ad esclusione degli "assimilati agli urbani"; *(iii)* i rifiuti sanitari

²⁰ Cfr., in proposito, delibera ANAC n. 163 del 22 dicembre 2015, così come modificata, da ultimo, dalla delibera ANAC n. 1377 del 21 dicembre 2016, recante "Attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l'anno 2017" (legge finanziaria 2006), articolo 1, a norma del quale "Sono obbligati alla contribuzione a favore dell'Autorità, nell'entità e con le modalità previste dal presente provvedimento, i seguenti soggetti pubblici e privati: a) le stazioni appaltanti di cui all'art. 3, comma 1, lettera o), del decreto legislativo n. 50/2016, anche nel caso in cui la procedura di affidamento sia espletata all'estero; b) gli operatori economici, di cui all'art. 3, comma 1, lettera p), del decreto legislativo n. 50/2016 che intendono partecipare a procedure di scelta del contraente attivate dai soggetti di cui alla lettera a); c) le società organismo di attestazione di cui all'art. 84 del decreto legislativo n. 50/2016".

²¹ Cfr., doc. 146.

²² Le società Bifolco, Green Light e So.re.sa. non si sono invece avvalse dell'istituto di cui all'art. 14, comma 5, del DPR n. 217/98.

²³ Regolamento recante disciplina della gestione dei rifiuti sanitari a norma dell'art. 24 della legge n. 31 luglio 2002, n. 179.

assimilati agli urbani, ossia quei rifiuti non pericolosi che il regolamento comunale prevede che siano conferiti al servizio pubblico di raccolta (p.es., rifiuti delle mense).

La gara indetta da So.re.sa., oggetto della presente procedura istruttoria, riguarda solo l'erogazione del servizio relativo alle prime due categorie di rifiuti.

IV.2. Caratteristiche del servizio e modalità offerta

26. Il servizio richiesto dalla stazione appaltante, secondo il disciplinare di gara e le informazioni in atti, consta di una serie di prestazioni, come di seguito riassunte²⁴:

- a) trasporto e conferimento dei rifiuti dai depositi temporanei e/o isole ecologiche presso l'impianto di smaltimento;
- b) fornitura di contenitori ed etichette;
- c) pesatura del rifiuto;
- d) fornitura di formulari, registri e di eventuale altra documentazione ove richiesta e supporto alla compilazione del modello unico di dichiarazione ambientale.

Tra tali prestazioni non figurano le attività a monte di movimentazione interna (in genere dai piani dei reparti ospedalieri) dei rifiuti e di conferimento degli stessi ai depositi temporanei delle strutture sanitarie, nonché le attività a valle di trattamento, smaltimento o recupero dei rifiuti²⁵. Tuttavia, al fine di garantire la corretta destinazione del trasporto ed evitare interruzioni nelle attività di smaltimento rifiuti speciali pericolosi a rischio infettivo, nel disciplinare di gara era previsto che ciascun concorrente dovesse presentare un'apposita dichiarazione in sede di gara, a pena di esclusione dalla stessa, nella quale indicare di avere la proprietà o la disponibilità di almeno due impianti di destinazione finale (ovvero di smaltimento o recupero) dei rifiuti²⁶.

27. Quanto ai servizi indicati *sub a*) si osserva in termini generali che i rifiuti sanitari a rischio infettivo devono essere raccolti entro cinque giorni dal momento della produzione. La raccolta e il trasporto dei rifiuti sanitari a rischio infettivo deve avvenire in doppi imballaggi a perdere, al fine di impedire contaminazioni accidentali: uno interno, flessibile (sacchetto in polietilene) oppure rigido (per i rifiuti taglienti o pungenti) e uno, esterno, di tipo rigido.

Il trasporto di tutti i rifiuti sanitari pericolosi deve avvenire nel rispetto dell'Accordo Europeo Relativo al Trasporto Internazionale delle Merci Pericolose su Strada (c.d. normativa ADR), che prevede anche specifiche norme per l'omologazione degli automezzi destinati al trasporto di merci pericolose. I rifiuti sanitari a rischio infettivo devono essere termo-distrutti in impianti aventi caratteristiche specifiche: impianti specializzati nella distruzione di rifiuti sanitari, impianti dedicati all'incenerimento di rifiuti speciali dotati delle necessarie autorizzazioni, inceneritori di rifiuti urbani dotati di una linea di caricamento separata dedicata ai rifiuti sanitari e delle necessarie autorizzazioni.

Alcuni rifiuti sanitari a rischio infettivo possono essere sottoposti a sterilizzazione; il rifiuto sterilizzato può essere smaltito come equiparato ai rifiuti solidi urbani.

²⁴ Cfr., disciplinare di gara Soresa disponibile sul sito www.soresa.it, doc. 1.1 e docc. 128, 129 e 130.

²⁵ Secondo le informazioni in atti, le attività a monte di movimentazione dei rifiuti dai reparti alle isole ecologiche o ai depositi temporanei erano escluse dal servizio anche negli appalti assegnati dalle singole aziende sanitarie locali campane prima della gara centralizzata indetta da Soresa (Cfr., doc. 131, nonché docc. 115, 120, 121 e 122). Parzialmente differente sul punto la posizione assunta da Ecologica Sud, la quale ha affermato che dette attività costituivano parte delle prestazioni richieste ai gestori selezionati direttamente dalle aziende sanitarie (Cfr., docc. 119 e 128).

²⁶ Cfr., art. 15 del disciplinare di gara.

I rifiuti sanitari pericolosi non a rischio infettivo vanno smaltiti in impianti dedicati di termodistruzione di rifiuti speciali. I rifiuti speciali non pericolosi possono essere recuperati - ove possibile - oppure inceneriti o avviati a discarica.

28. Con riferimento al punto indicato *sub b*), si osserva che tradizionalmente i contenitori esterni possono essere monouso (la tipologia tradizionale più diffusa in Italia), oppure riutilizzabili. Questi ultimi sono riutilizzabili, previa sterilizzazione, un numero limitato di volte²⁷. I contenitori sono tradizionalmente acquistati sul mercato, anche se vi sono imprese del settore integrate nella produzione di contenitori riutilizzabili.

29. Secondo le informazioni acquisite in istruttoria, ed in particolare dalle dichiarazioni rese dal consulente Green Light, i principali elementi competitivi delle offerte, nell'ambito delle pluralità di prestazioni richieste da So.re.sa., erano: la natura dei contenitori, le modalità di svolgimento delle attività di raccolta e le modalità di svolgimento dei servizi di smaltimento²⁸.

IV.3. La domanda e l'offerta del servizio

30. Una parte significativa della domanda del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di destinazione finale dei rifiuti sanitari, stimabile in almeno la metà della domanda complessiva, proviene da soggetti pubblici (Aziende Sanitarie Locali, Aziende Ospedaliere, Istituti Zooprofilattici Sperimentali ecc.) che scelgono il proprio fornitore mediante formale procedura ad evidenza pubblica²⁹.

Tali gare richiedono generalmente che i partecipanti abbiano la disponibilità di almeno due impianti di termodistruzione dei rifiuti sanitari, al fine di garantire la termodistruzione anche in caso di fermo di uno dei due impianti.

31. L'offerta di tale servizio è costituita sia da imprese integrate nelle differenti fasi - raccolta, trasporto, incenerimento - sia da imprese specializzate nella raccolta e nel trasporto o nell'incenerimento, che si avvalgono poi di altre società per fornire i rimanenti servizi richiesti dal bando (c.d. avvalimento). Ogni impresa dispone solitamente comunque di uno o più depositi nei quali i rifiuti raccolti vengono stoccati temporaneamente, in attesa di essere avviati allo smaltimento, ovvero risultano titolari anche di impianti di smaltimento. Non è infrequente, poi, la presenza sul mercato di taluni operatori che siano titolari di soli impianti di sterilizzazione dei rifiuti, ove i medesimi vengono sanificati e poi portati in impianti di termodistruzione come rifiuti speciali.

32. Dal documento "Strategia di gara" predisposto da So.re.sa. ai fini della procedura di cui trattasi - anche analizzando altre procedure di gara indette da altre Regioni - si evince che la struttura dell'offerta per i servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti sanitari si caratterizza per la presenza di imprese di grandi dimensioni, operative su tutto il territorio nazionale, quali Eco Eridania S.p.A., Sameco S.r.l. e Mengozzi S.p.A.; di imprese di medie dimensioni quali Delta Petroli S.p.A., Maio Guglielmo S.r.l. e Saste S.r.l. e, infine, di imprese di dimensioni più contenute quali Ecosistemi S.p.A. Salvaguardia Ambientale S.p.A. e Recurfit S.r.l.³⁰. A tali imprese si

²⁷ La gara Soresa contemplava la fornitura di entrambe le tipologie di contenitori, cfr., doc. 1.1.

²⁸ Cfr., doc. 89.

²⁹ Cfr., *ex multis*, provvedimento AGCM n. 24191, in caso C11853 *HFX/Ecoeridania* del 31 gennaio 2013.

³⁰ Cfr., doc. 1.1.

affiancano operatori di dimensioni più contenute, attivi prevalentemente a livello locale, come le Parti del presente procedimento.

33. La necessità di far fronte alle fermate dell'impianto di incenerimento più vicino e la limitata disponibilità di capacità di incenerimento di rifiuti sanitari infettivi a livello locale fa sì che le aziende affidatarie del servizio si avvalgano, per quote non trascurabili dei rifiuti da termodistruggere, di impianti di incenerimento anche molto lontani dalle zone di produzione del rifiuto, previa la loro sterilizzazione in appositi impianti. Non è raro, infatti, che rifiuti sanitari prodotti nell'Italia Settentrionale siano inceneriti in impianti situati in Calabria, tra cui rileva, per il caso di specie, l'impianto della società MIDA Tecnologie Ambientali S.r.l.³¹. Tali impianti di incenerimento possono essere di proprietà di terzi specializzati in tale fase o di imprese concorrenti³².

IV.4. Il servizio in Campania e la posizione delle parti

34. Precedentemente agli affidamenti conseguenti all'aggiudicazione della procedura centralizzata bandita da So.re.sa, in Campania il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti sanitari era svolto prevalentemente mediante contratti stipulati dalle imprese direttamente con le singole aziende sanitarie. In particolare, le Parti della presente procedura istruttoria costituivano i principali operatori del mercato ed erano al contempo i gestori uscenti del servizio, servendo le diverse aziende sanitarie talvolta singolarmente, talvolta in ATI fra loro come risulta dalla tabella seguente. Essa indica in dettaglio, per ciascuna azienda servita, i gestori uscenti del servizio e le forme di collaborazione tra le Parti e raggruppa le aziende sanitarie, per facilità di comprensione, secondo quelli che sono i lotti della gara So.re.sa..

³¹ Cfr., doc. 141.

³² In corso di audizione il rappresentante di Green Light ha dichiarato che il rifiuto ospedaliero sterilizzato si trova in concorrenza, per l'accesso ai termovalorizzatori, col rifiuto urbano. Benché il rifiuto ospedaliero abbia un prezzo di conferimento più elevato (in media 220 euro a tonnellata, rispetto ai circa 160 euro a tonnellata del rifiuto urbano), quest'ultimo gode di un potere calorifico molto inferiore (circa la metà rispetto a quello del rifiuto ospedaliero). Poiché le emissioni del termovalorizzatore dipendono dal potere calorifico del combustibile, il rifiuto col potere calorifico più elevato satura più in fretta i tetti di emissione imposti al termovalorizzatore e dunque risulta nel complesso meno conveniente per l'impianto rispetto al rifiuto urbano. Questa circostanza, unita alla diffidenza di molti impianti – specie di possibili utilizzazioni alternative come i cementifici – nei confronti dei rifiuti ospedalieri spiega perché il loro smaltimento stia diventando problematico e costoso, dovendosi così spesso accettare che l'incenerimento avvenga anche attraverso termovalorizzatori situati in aree geografiche distanti dal luogo di raccolta (Cfr., doc. 89).

Tab. 1. Gestori uscenti del servizio di trasporto e smaltimento dei rifiuti ospedalieri in Campania

STRUTTURA	FORNITORE USCENTE	Aggregazione in Lotti secondo la procedura Soresa
Asl Napoli 1	<i>Langella Mario srl</i>	Oggi LOTTO 1
Asl Napoli 3	<i>ATI -Ecosumma-Langella (rifiuti solidi) Mastellone (rifiuti liquidi)</i>	
AO A. Cardarelli	<i>Ecologica Sud srl</i>	Oggi LOTTO 2
AO Santobono-Pausilipon	<i>Delta Chimica srl</i>	
Ircs Pascale	<i>Langella Mario srl</i>	
AO San Giovanni di Dio Ruggi	<i>Langella Mario srl</i>	Oggi LOTTO 3
Asl Salerno	<i>Langella Mario srl/Ecologica Sud/Bifolco</i>	
Asl Avellino	<i>DES srl</i>	Oggi LOTTO 4
Asl Benevento	<i>DES srl</i>	
AO S.G. Moscati	<i>ATI- Ecosumma srl + Langella Mario srl</i>	
AO Rummo	<i>Laveco srl</i>	
Asl Caserta	<i>DES srl</i>	Oggi LOTTO 5
Asl Napoli 2	<i>ATI Ecologica sud - Langella Mario - Mastellone (terra ferma) Mastellone (isole)</i>	
AO S. Anna e S. Sebastiano	<i>DES srl</i>	
AO dei Colli	<i>ATI- Ecologica sud srl Bifolco & Co srl Nuova super iride srl (oggi Eco Transfer) Barchetti Mario & C. sas Aldo Mastellone & C. srl (cotugno-CTO) SIRAM (Monaldi)</i>	Oggi LOTTO 6
AO Federico II	<i>Bifolco & Co srl</i>	
AO SUN	<i>Nuova Super iride srl (oggi Ecotransfer)</i>	

Fonte: Dati elaborati sulla base della segnalazione di Soresa e delle informazioni fornite dalle Parti (Cfr., docc. 1.2, 115, 102, 125)

35. Dalla tabella che precede e dalle informazioni in atti, emerge quindi che, prima della GARA, Ecosumma risultava operativo, mediante un'ATI con Langella, in quello che è poi diventato il lotto 1³³ della gara oggetto di istruttoria, in cui il principale operatore risultava Langella; quest'ultimo serviva quasi tutte le aziende ospedaliere oggi riunite nel Lotto 3, e operava anche in alcuni presidi sanitari oggi riuniti nel Lotto 4 e nel Lotto 5, rispettivamente mediante ATI con la suddetta Ecosumma e con la società Ecologica Sud³⁴; Ecologica a sua volta risultava operativa anche presso aziende sanitarie oggi rientranti nel lotto 6, in ATI con Bifolco, il quale serviva individualmente un altro presidio sanitario rientrante in detto lotto.³⁵ Parimenti, anche se non censita nella tabella che precede, Eco Transfer ha dichiarato di aver maturato pregresse esperienze lavorative con la ex ASL Napoli 2 Nord (oggi parte del lotto 5) e presso alcuni presidi dell'attuale lotto 4³⁶.

36. Le forme di collaborazione tra le Parti indicate in tabella 1 trovano conferma dall'esame della documentazione ispettiva. Così, ad esempio, presso la sede della società Bifolco è stato acquisito il contratto stipulato nel 2012, avente a oggetto le attività di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti ospedalieri per la ASL Salerno (oggi parte del lotto 3), tra tale amministrazione e l'ATI costituita da Langella/Ecologica Sud e Bifolco³⁷. Ancora, presso la sede di Ecosumma è stato acquisito un documento, datato 26 novembre 2016, inviato alla società Langella, relativo al programma di raccolta presso la ASL Napoli 3 Sud (ove Ecosumma era in ATI con Langella prima della gara So.re.sa.), che consiste in un piano di raccolta rifiuti presso tale azienda sanitaria con indicazione della sede della raccolta; dei nominativi del responsabile della raccolta e dell'autista dell'automezzo deputato alla raccolta; dell'ora della raccolta; della tipologia del rifiuto e della frequenza dei giorni di prelievo³⁸.

37. La documentazione ispettiva, inoltre, dà conto di ulteriori sinergie tra le Parti della procedura istruttoria.

Ad esempio, presso la sede della società Ecosumma è stata acquisita l'offerta economica - datata 29 luglio 2016 - dell'ATI costituita tra tale società, e altre due società Parti della procedura istruttoria in corso, Langella ed Ecologica Sud, relativamente all'affidamento del "*servizio di raccolta, ritiro e smaltimento rifiuti speciali Lotto 1 AORN Caserta*"³⁹ (oggi parte del lotto 5).

Similmente, presso la sede di Eco Transfer, sono state reperite delle "schede contabili fornitori" utilizzate per le registrazioni delle fatture emesse dalle società Ecologica, Langella e Laveco, cui Eco Transfer si era rivolta per lo smaltimento dei rifiuti di derivazione sanitaria derivanti dai contratti di fornitura di cui la società era titolare in Campania, prima dell'aggiudicazione della gara indetta da So.re.sa.⁴⁰

³³ Cfr., doc. 102.

³⁴ Cfr., docc. 1.2 e 31, allegato 6.

³⁵ Cfr., doc. 100.

³⁶ Cfr., doc. 125.

³⁷ Cfr., docc. 14.3 e doc. 127.

³⁸ Cfr., doc. 10.18.

³⁹ Si tratta delle aziende ospedaliere S. Anna e San Sebastiano (Cfr., doc. 10.21).

⁴⁰ Cfr., docc. 18.3, 18.8 e 18.9, nonché doc. 125.

38. Quanto alle strutture necessarie per lo svolgimento del servizio, come anticipato, i rifiuti sanitari devono essere raccolti presso le strutture ospedaliere e poi trasportati verso lo smaltimento ultimo che avviene per termodistruzione. In Campania, con la sola eccezione di un impianto di termodistruzione di proprietà dell'impresa Tortora Vittorio s.r.l., non sono presenti impianti di questo tipo⁴¹. Per questo motivo il modo di operare delle imprese locali, ivi incluse le Parti, è quello di provvedere localmente solo alla sterilizzazione dei rifiuti sanitari, attività a seguito della quale questi diventano rifiuti speciali e possono dunque essere trasportati a destinazioni anche lontane per la termodistruzione.

39. Solo due delle Parti sono direttamente titolari di impianti di sterilizzazione: Langella ed Ecologica Sud possiedono infatti ciascuna un impianto in provincia di Napoli. Secondo le informazioni fornite, entrambi gli impianti hanno una capacità massima di trattamento di 10 tonnellate al giorno⁴² e risultano quindi non particolarmente capienti, anche se paragonabili ad impianti di sterilizzazione di altri concorrenti presenti nello stesso contesto geografico⁴³.

40. Anche alla luce della dimensione degli impianti di sterilizzazione, ma più in generale per garantire la logistica dei rifiuti e la gestione di eventuali fermate degli impianti a valle, le parti dispongono di alcuni impianti di stoccaggio nei quali i rifiuti sanitari possono transitare per alcuni giorni prima di essere sterilizzati. In particolare, possiedono impianti di stoccaggio sia le due imprese che detengono quelli di sterilizzazione (Langella ed Ecologica Sud) sia una terza impresa parte, Ecosumma, il cui deposito si trova in provincia di Caserta. Tutti i depositi delle Parti hanno una capacità massima di 50 tonnellate.

41. Secondo quanto riportato nel corso dell'istruttoria, gli impianti delle Parti sopra descritti in parte provvedono al trattamento di rifiuti direttamente riconducibili alle attività svolte dai titolari degli stessi, e in parte sono messi a disposizione di soggetti terzi⁴⁴. Ciò trova del resto conferma nelle dichiarazioni a verbale rese da Langella, secondo la quale: *“una fonte di ricavi ulteriore per le imprese consiste nella messa a disposizione del proprio impianto ad imprese terze. E' evidente che vi sia dunque un interesse per le imprese titolari di impianti di sanificazione, di metterli a disposizione a favore di soggetti terzi, con preferenza per quei soggetti che hanno più chance di aggiudicarsi le commesse”*⁴⁵.

Del pari è evidente che, proprio in quanto fonte di guadagno per le imprese titolari, queste ultime hanno interesse a saturare la capacità dei propri impianti.

42. In particolare, sia gli impianti di stoccaggio e sterilizzazione di Langella Mario e di Ecologica che quello di stoccaggio di Ecosumma vengono utilizzati per il trattamento di rifiuti derivanti tanto da commesse pubbliche che da conferimenti di clienti privati. Tanto premesso, da informazioni specificamente richieste e fornite dalle Parti risulta che i predetti impianti, pur utilizzati dalle Parti per gli affidamenti in corso con le diverse aziende sanitarie campane, nel periodo antecedente la formulazione delle offerte per la GARA detenevano capacità inutilizzata ai

⁴¹ Cfr., doc. 98.

⁴² Cfr. docc. 100, 101, 102, 116, 117, 118.

⁴³ Come ad esempio l'impianto della società Ecosistem s.r.l. sito a Nusco, in provincia di Avellino, che possiede una capacità autorizzata di 12 tonn/die. Cfr. www.ecosistem.it.

⁴⁴ Cfr., docc. 100, 101 e 102.

⁴⁵ Cfr., doc. 101.

fini del trattamento dei rifiuti sanitari⁴⁶. Infatti tanto Langella quanto Ecologica Sud hanno dichiarato l'esistenza di una capacità inutilizzata rispettivamente pari al [omissis] e al [omissis]. Il primo l'ha qualificata [omissis]. Il secondo l'ha qualificata [omissis]. [omissis]⁴⁷.

43. Infine, anche con riferimento all'impianto di solo stoccaggio di Ecosumma, dalle evidenze acquisite risulta una capacità inutilizzata. A questo riguardo, infatti, dalla documentazione in atti risulta che, al netto della capacità preventivata da impiegarsi per gli affidamenti di So.re.sa., e relativa al lotto in cui effettivamente tale operatore ha presentato offerta, prima della gara oggetto della procedura istruttoria residuava una capacità pari ad almeno il [omissis]⁴⁸.

IV.5. La gara

44. La GARA bandita da So.re.sa. con determinazione del Direttore Generale del 14 ottobre 2016 e oggetto del presente caso è la prima nella quale il servizio di raccolta, trasporto e conferimento a impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari è stato acquisito in via centralizzata per tutte le aziende sanitarie campane⁴⁹.

45. La GARA era articolata in sei lotti distinti, ognuno ottenuto raggruppando la fornitura di un numero variabile da due a quattro aziende sanitarie, ciascuna delle quali, come già illustrato, aveva in precedenza un proprio fornitore.

Nelle intenzioni dell'amministrazione appaltante, la ripartizione dei lotti messi a gara mirava a garantire la partecipazione di una vasta platea di operatori, anche di medie e piccole dimensioni. Inoltre, nella divisione dei lotti, So.re.sa. ha tentato di bilanciare tale esigenza con quella di soddisfare i bisogni delle aziende sanitarie conseguendo al contempo risparmi di spesa⁵⁰.

46. L'importo complessivo totale (quadriennale) a base d'asta della gara ammontava a oltre 38 milioni di euro (38.028.000,00 euro)⁵¹.

L'articolazione delle aziende sanitarie nei vari lotti e il valore quadriennale a base d'asta di ciascuno di questi sono riportati nella seguente tabella:

⁴⁶ Diversamente da quanto eccepito dalle stesse Parti nella memoria finale preparata in vista dell'audizione davanti al Collegio e nel corso di quest'ultima (per tali eccezioni si veda *infra* la sezione relativa alle argomentazioni delle Parti).

⁴⁷ Cfr., docc. 117 e 118. [Omissis].

⁴⁸ [Omissis]. (Cfr. doc. n. 116).

⁴⁹ Tanto la predisposizione delle gare, quanto gli esiti a valle delle procedure sono vincolanti. A questo proposito, in particolare, in corso di audizione, So.re.sa. ha richiamato un DPCM del 25 dicembre 2015 che, da un lato, impone ai soggetti aggregatori di effettuare le procedure di gara per le aziende sanitarie della Regione per le categorie merceologiche in esso individuate e, dall'altro, impone alle aziende sanitarie di tener conto degli esiti della gara centralizzata. Le aziende sanitarie avrebbero teoricamente la possibilità di scegliere con chi contrattualizzare i servizi messi a gara ove questi ultimi venissero banditi anche da Consip. Tale, tuttavia, non è la situazione che si registra nel caso oggetto di istruttoria, in cui vi è stata una sola gara indetta da So.re.sa. (Cfr., doc. 113). Prima della gara indetta da So.re.sa., si rammenta che il servizio era richiesto direttamente dalle aziende sanitarie campane che selezionavano gli operatori mediante procedure ad evidenza pubblica (Cfr., *supra* nota 24).

⁵⁰ In questo senso, ad esempio, sono stati effettuati accorpamenti in lotti di strutture sanitarie dislocate in aree territoriali omogenee (Cfr., doc. 113).

⁵¹ Cfr., disciplinare di gara Soresa e doc. 1.1.

Tab. 2. Articolazione dei lotti per la gara

LOTTO	STRUTTURA	MASSIMALE QUADRIENNALE (IVA ESCLUSA)
LOTTO 1	Asl Napoli 1	5.000.000
	Asl Napoli 3	
LOTTO 2	AO A. Cardarelli	6.560.000
	AO Santobono-Pausilipon	
	Irccs Pascale	
LOTTO 3	AO San Giovanni di Dio Ruggi	8.976.000
	Asl Salerno	
LOTTO 4	Asl Avellino	4.780.000
	Asl Benevento	
	AO S.G. Moscati	
	AO Rummo	
LOTTO 5	Asl Caserta	5.864.000
	Asl Napoli 2	
	AO S.Anna e S.Sebastiano	
LOTTO 6	AO dei Colli	6.848.000
	AO Federico II	
	AO SUN	

Fonte: So.re.sa. S.p.a.

47. Nel disciplinare era previsto che la Convenzione, che sarebbe stata stipulata a seguito dell'aggiudicazione della procedura, avrebbe avuto una durata di dodici mesi, decorrenti dalla data della stipula della stessa, suscettibile di proroga semestrale. Ogni azienda sanitaria aveva un termine massimo di un anno per aderire alla Convenzione-quadro; la durata dei contratti attuativi di fornitura stipulati dalle singole amministrazioni era fissata in quattro anni.

48. Il criterio di aggiudicazione adottato era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016. In particolare, era previsto che le offerte si articolassero in un'offerta tecnica e un'offerta economica; il punteggio massimo associato a ciascuna di esse era pari a 50 punti. Più in dettaglio, il punteggio dell'offerta tecnica era dato dalla somma di singoli punteggi ottenuti in relazione ad una pluralità di voci componenti la relazione tecnica che doveva essere presentata dai partecipanti alla gara e che, ai sensi del disciplinare, non poteva superare le 40 cartelle⁵². Per tutte le voci dell'offerta tecnica, il punteggio veniva assegnato non in base a una valutazione assoluta bensì in termini comparativi rispetto all'offerta migliore. Il

⁵² I punteggi tecnici proposti erano classificabili secondo le seguenti voci: struttura organizzativa dedicata alla gestione del servizio; qualità dei contenitori rigidi per i rifiuti speciali pericolosi a rischi infettivo; qualità dei contenitori rigidi diversi da quelli speciali pericolosi a rischio infettivo; tracciabilità dei rifiuti; procedure di gestione di eventuali situazioni di emergenza e situazioni impreviste; riduzione dell'impatto ambientale; tipologia di mezzi utilizzati per l'esecuzione del servizio al fine di ridurre l'impatto ambientale; sistema di pesatura; soluzioni tecniche finalizzate al contenimento della produzione e separazione dei rifiuti speciali pericolosi infettivi; allestimento delle aree di deposito temporaneo; migliorie del servizio; certificazioni (Cfr., doc. 1.1). A ciascuna di queste voci era assegnato un punteggio variabile da 6 a 2.

punteggio dell'offerta economica di ciascuna parte dipendeva invece dall'entità dei ribassi da questa offerto sull'importo a base d'asta, in base ad una specifica formula matematica⁵³. Inoltre, in presenza di almeno tre offerte in ciascun lotto, la formula prevedeva altresì che il punteggio fosse funzione anche della media di tutte le offerte ricevute per il lotto, secondo un meccanismo per cui al ridursi del ribasso medio diventa via via meno determinante per l'aggiudicazione del lotto formulare un ribasso più aggressivo del proprio concorrente⁵⁴.

49. La base d'asta era comunque capiente, considerati i prezzi di fornitura dei servizi dei singoli contratti all'epoca in essere presso le diverse strutture sanitarie. Infatti, secondo quanto affermato da So.re.sa. in sede di audizione *“l'importo a base d'asta era leggermente superiore ai prezzi correnti di mercato, al fine di evitare che la gara andasse deserta”*⁵⁵. Ed in effetti, come emerge da una slide denominata *“Determinazione del valore dei lotti”*, contenuta in un documento agli atti della procedura istruttoria denominato *“Strategia di gara”* e predisposto dalla stazione appaltante, *“il valore della gara con le basi d'asta proposte è superiore al valore totale di bilancio [valore di previsione 2016 in base alle voci di bilancio delle aziende sanitarie nel 2015] di circa il 9%”*⁵⁶.

50. Il disciplinare di gara consentiva a ciascuna impresa di partecipare ai diversi lotti sia con offerta singola sia in RTI, che non dovevano necessariamente avere la medesima conformazione in tutti i lotti.

Agli operatori economici concorrenti era vietato partecipare allo stesso lotto di gara in più di un raggruppamento temporaneo di imprese, ovvero partecipare alla gara in forma individuale qualora gli stessi avessero partecipato alla stessa in RTI (art. 3, lettera c)).

Ai sensi dell'art. 9 del disciplinare di gara, l'aggiudicazione sarebbe avvenuta anche in presenza di una sola offerta valida.

Inoltre il disciplinare prevedeva (articolo 9) che ogni soggetto economico, singolo o raggruppato che avesse presentato offerta e fosse risultato primo in graduatoria per più lotti, potesse aggiudicarsi al massimo due lotti. Tuttavia, il limite di due lotti trovava applicazione solo nel caso in cui l'operatore economico avesse presentato offerta con la medesima forma giuridica per più lotti⁵⁷.

⁵³ Ai fini della predisposizione e della formulazione dell'offerta economica, le tipologie di rifiuti erano state aggregate in gruppi omogenei (rifiuti che devono essere raccolti adoperando precauzioni particolari; sostanze chimiche pericolose; medicinali citotossici; etc.. Per ciascuno di tali gruppi (in tutto 9) erano stati poi formulati 9 prezzi, che poi, ai fini della determinazione del punteggio, risultano aggregati in un unico prezzo complessivo, da confrontarsi con la base d'asta (Cfr., doc. 1.1).

⁵⁴ Secondo la formula, infatti, al ridursi del livello del ribasso medio calcolato per il totale dei concorrenti, si riduce il vantaggio ottenibile sugli altri partecipanti (in termini di punteggio per la graduatoria) tramite uno sconto particolarmente accentuato.

⁵⁵ Cfr., doc. 113.

⁵⁶ Cfr., doc. 1.1.

⁵⁷ Pertanto, un'impresa che avesse partecipato a tutti i lotti con modalità diverse (ad esempio costituendo più ATI con diversi partner) poteva in astratto aggiudicarsi anche tutti e sei i lotti della gara. Ciò del resto trova conferma nelle dichiarazioni a verbale rese da Langella Mario in sede di ispezione; in quell'occasione, infatti, la società, che era in ATI sui lotti 2 e 3 con Ecologica e Bifolco, dopo aver sostenuto di avere una pregressa esperienza anche nel lotto 5 (dove poi si è presentata individualmente la sola Ecologica Sud), ha dichiarato che non ha partecipato anche al lotto 5 non perché fosse formalmente impossibile l'aggiudicazione di un ulteriore lotto, bensì perché *“per come era conformata la gara, per poter partecipare avrebbe dovuto necessariamente trovare un altro partner per partecipare in ATI”* (Cfr., doc. 31, allegato 6).

51. Ai sensi dell'art. 4 del disciplinare di gara, era previsto che le parti effettuassero sopralluoghi obbligatori, a pena di esclusione, presso le sedi di alcune delle aziende sanitarie ubicate nei singoli lotti messi a gara⁵⁸.

52. Ai sensi dell'art. 12 del citato Disciplinare, infine, i concorrenti dovevano dimostrare di possedere una serie di requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria, di capacità tecnico-professionale, nonché di disporre di particolari certificazioni di qualità.

Nel caso in cui il concorrente non fosse stato in grado, per giustificati motivi, di dimostrare il possesso dei requisiti di fatturato richiesti, poteva comunque provare la propria capacità economico finanziaria mediante idonee dichiarazioni bancarie rilasciate da istituti bancari o intermediari autorizzati, attestanti la correttezza e la puntualità degli impegni assunti con l'istituto di credito e la disponibilità di mezzi finanziari congrui per l'esecuzione dell'appalto⁵⁹.

IV.6. Lo svolgimento della gara e le aggiudicazioni

53. Dalle informazioni in atti risulta che alla GARA hanno complessivamente partecipato tredici imprese (singolarmente o in RTI), per un totale di tredici offerte, nel seguito elencate: Di Nizio Eugenio S.r.l., RTI Coop Service S.c p.A.-Ecosistem S.r.l.; Ecosistem S.r.l.; RTI Maio.com-Delta Chimica S.r.l.; Ecologica Sud S.r.l.; ATI Ecologica Sud S.r.l.-Langella Mario S.r.l., Saste Servizi Ecologici S.r.l.; Laveco S.r.l., Dasty Ecological Service S.r.l.; RTI Bifolco & Co. S.r.l.-Eco Transfer S.r.l.; ATI Langella Mario S.r.l.-Bifolco & Co. S.r.l.; Langella Mario S.r.l.; Ecosumma S.r.l.⁶⁰. Tra le tredici imprese partecipanti, alcune avevano una dimensione nazionale (i.e. CoopService)⁶¹, altre un marcato radicamento territoriale (i.e. le parti della presente procedura istruttoria ad eccezione della società Eco Transfer); inoltre, del totale dei partecipanti, otto risultavano essere precedenti fornitori del servizio in alcune delle aziende sanitarie campane (vedi *supra*)⁶².

54. I termini per la presentazione delle offerte, inizialmente fissati al 5 dicembre 2016, sono slittati due volte: una prima volta, su richiesta dei fornitori, per poter effettuare sopralluoghi nelle zone ove era previsto lo svolgimento dei servizi messi a gara e, una seconda volta, a seguito di specifici quesiti interpretativi posti sempre dai fornitori a So.re.sa.⁶³. In data 30 dicembre 2016 sono infine state depositate presso la stazione appaltante le offerte dei 13 operatori interessati⁶⁴.

55. Le operazioni di gara si sono protratte dall'11 gennaio 2017, data nella quale sono stati aperti i plichi pervenuti ed è stata controllata la regolarità tecnica delle offerte pervenute, sino alla

⁵⁸ I sopralluoghi non riguardavano tutti i presidi sanitari insistenti nel singolo lotto. Così, ad esempio, con riferimento alla struttura ASL Napoli 1, insistente nel lotto 1, era obbligatorio il sopralluogo solo in 4 dei 9 presidi sanitari ivi presenti (cfr., disciplinare di gara e informazioni desunte dal sito internet: www.aslnapoli1centro.it). In corso di procedura istruttoria, le Parti hanno dichiarato di aver effettuato sopralluoghi anche in presidi sanitari presenti nei lotti in cui non hanno presentato la propria candidatura (Cfr., docc. 119, 120, 121, 125, 115,14, 193 e 196, allegato 2).

⁵⁹ Cfr., sia il disciplinare di gara che le dichiarazioni a verbale rilasciate da So.re.sa..

⁶⁰ Cfr., doc. 1.4.

⁶¹ La società risulta presente in diverse aree dell'Italia tra cui: Emilia Romagna; Liguria, Trentino, Sardegna, Toscana e Lazio (Cfr., sito web: <https://www.coopservice.it/storia>).

⁶² Ad eccezione delle parti della presente procedura istruttoria, gli altri gestori uscenti non si sono aggiudicati alcuna commessa, perlopiù in quanto esclusi per mancato raggiungimento del punteggio tecnico (i.e. la società Delta Chimica).

⁶³ Cfr., docc. 42, doc. 32.26 e 32.60.

⁶⁴ Cfr., doc. 42.

prima settimana del mese di ottobre 2017. In particolare, con determina So.re.sa. n. 196 del 3 ottobre 2017 sono stati aggiudicati i lotti 2, 3, 4, 5 e 6, rispettivamente all'ATI Ecologica Sud/Langella; all'ATI Langella Mario/Bifolco; alla società Ecosumma; alla società Ecologica Sud e all'ATI Bifolco/Eco Transfer.

Con successiva determina n. 201 del 5 ottobre 2017, infine, si è provveduto ad aggiudicare il lotto 1 alla società Langella Mario⁶⁵.

Lo schema delle aggiudicazioni e gli importi ai quali le Parti si sono aggiudicate i lotti messi a gara sono indicati nella tabella 3 che segue:

Tab. 3. Aggiudicazione dei lotti

LOTTO	AGGIUDICATARIO	PREZZO OFFERTO	BASE D'ASTA
LOTTO 1	Langella Mario	2.811.456,04	5.000.000,00
LOTTO 2	ATI Ecologica/Langella	3.131.401,00	6.560.000,00
LOTTO 3	ATI Bifolco/Langella	5.938.965,90	8.796.000,00
LOTTO 4	Ecosumma	3.416.392,76	4.780.000,00
LOTTO 5	Ecologica Sud	3.727.997,68	5.864.000,00
LOTTO 6	ATI Bifolco/Eco Transfer	4.646.050,18	6.848.000,00

Fonte: So.re.sa. S.p.a.

56. Benché, come emerge dalla tabella che precede, nel complesso le Parti si siano aggiudicate i relativi lotti con ribassi non irrilevanti rispetto alla base d'asta⁶⁶, si deve in primo luogo sottolineare che un importante risparmio di spesa per le aziende sanitarie era comunque atteso per l'emergere di economie di scala derivanti dall'innovativo disegno di GARA, che per la prima volta si riferiva a lotti che aggregavano aziende sanitarie in passato servite individualmente⁶⁷. Sotto altro profilo, si deve ricordare che la quasi totalità delle società, in sede di audizione, ha dichiarato

⁶⁵ Cfr., docc. 42 e 80.

⁶⁶ Si osserva sul punto, tuttavia, che le offerte delle parti non sono comunque state sempre le migliori sotto il profilo dell'offerta economica; da alcuni documenti agli atti della procedura istruttoria, che riportano gli esiti delle offerte (tecniche ed economiche) presentate in GARA sia dalle società Parti che da altri partecipanti, in relazione a tutti i lotti, si evince che altre società avevano presentato offerte migliori di quelle delle imprese oggetto di istruttoria. In particolare, con riferimento al lotto 3, il ribasso offerto dalla società Ecosistem, pari al 37,53%, era maggiore di quasi quattro punti percentuali rispetto a quello dell'ATI Langella/Bifolco, aggiudicataria della GARA e pari al 33,84%; parimenti, con riferimento al lotto 4, l'offerta dell'ATI Coopservice/Ecosistem prevedeva un ribasso del 41,08%, significativamente più elevato di quello offerto da Ecosumma e pari al 28,53% (Cfr. docc. 10.6 e 25.13). In entrambi i casi tuttavia il maggior punteggio ottenuto dalle Parti coinvolte per l'offerta tecnica è stato sufficiente a compensare l'offerta economica meno vantaggiosa per l'amministrazione.

⁶⁷ Secondo le dichiarazioni della stessa So.re.sa, in effetti, lo svolgimento della GARA ha permesso alla centrale di committenza di realizzare un risparmio di spesa rispetto alle precedenti forniture complessivamente pari a circa il 20-30% (Cfr. doc. 113).

che le offerte presentate sono state comunque per loro remunerative⁶⁸; si deve altresì anche ritenere che, in ragione della natura integrata di alcune delle Parti, detentrici nelle aree interessate di impianti di stoccaggio e sterilizzazione dei rifiuti, da un lato la prosecuzione di operatività in dette aree, in virtù della possibilità di utilizzare pienamente i propri impianti, assumeva un valore economico maggiore rispetto a quello di soggetti terzi, che avrebbero potuto stoccare e trattare i rifiuti altrove; dall'altro, ciascuna impresa, pur avendo gareggiato per il servizio solo in un lotto, aveva la possibilità - poi concretamente verificatasi - di integrare i relativi ricavi per il servizio con i proventi derivanti dalle attività di stoccaggio e sterilizzazione dei rifiuti riconducibili ai lotti nei quali non aveva presentato la propria offerta, e nei quali avevano vinto le altre Parti del procedimento⁶⁹.

Ulteriori fonti di ricavo, peraltro, potrebbero derivare dall'affidamento - direttamente a cura delle strutture ospedaliere - alle imprese aggiudicatrici della GARA, del servizio, non ricompreso nel perimetro della gara, consistente nelle attività di raccolta dei rifiuti ai piani degli ospedali e nella successiva consegna ai punti di raccolta⁷⁰.

57. Le Convenzioni con la centrale di committenza sono state siglate in data 2 gennaio 2018 per tutti i lotti messi a gara, ad eccezione del lotto 6, la cui convenzione è stata siglata in data 12 gennaio 2018⁷¹.

Dalle informazioni in atti trasmesse da So.re.sa. in data 7 agosto 2018, emerge che alle Convenzioni hanno aderito tutti i presidi sanitari indicati nei lotti 1, 2, 3 e 5, aggiudicati rispettivamente alle seguenti società - RTI: Langella Mario; ATI Ecologica Sud/Langella; ATI Langella Mario/Bifulco; Ecologica Sud. Per il lotto 4, aggiudicato ad Ecosumma, non ha ancora aderito l'ospedale Moscati; per il lotto 6 non hanno ancora aderito la Federico II e l'A.O.Sun⁷².

IV.7. Le condotte delle parti

IV.7.1. La concertazione in ordine alla partecipazione alla GARA

58. Prima di analizzare gli elementi documentali in atti, dai quali emerge la sussistenza di un coordinamento tra le Parti in merito alla partecipazione ai diversi lotti in cui si articolava la GARA So.re.sa., vale rappresentare l'esistenza di un contesto di mercato caratterizzato da ripetute e frequenti occasioni di contatto tra le Parti, quale quello diffusamente descritto in precedenza

⁶⁸ Si vedano sul punto le dichiarazioni delle società Ecologica Sud, Ecosumma e Langella (cfr., docc. 119, 120 e 121).

⁶⁹ [Omissis]. [Omissis].

⁷⁰ Cfr., docc. 119 e 115. Rilevano in questo senso le affermazioni rese in audizione dalla società Ecologica Sud, secondo la quale, le attività di raccolta ai piani delle strutture ospedaliere e la loro consegna ai punti di raccolta, sebbene non ricomprese nel perimetro del servizio messo a gara da So.re.sa., devono comunque essere espletate. Per il loro svolgimento non è escluso che siano incaricati i nuovi gestori - e dunque la stessa Ecologica per le strutture dei lotti che si è aggiudicata - circostanza questa che consentirebbe alla società di ottenere ulteriori guadagni, che andrebbero ad aggiungersi ai prezzi ai quali la società si è aggiudicata la gara. Pertanto, tali servizi aggiuntivi possono costituire una fonte di guadagno ulteriore per la società e potrebbero contribuire a rendere (ancor più) remunerativa la commessa che la società si è aggiudicata ad esito della gara So.re.sa. (Cfr., doc. 119).

⁷¹ Cfr., doc. 80.

⁷² Cfr., doc. 144. Dalle informazioni in atti risulta altresì che tutti i ricorsi amministrativi che sono stati intentati avverso il bando di gara e le modalità di gestione della stessa da parte di So.re.sa., si sono chiusi a favore della centrale di committenza. Residua un solo appello, al Consiglio di Stato, proposto dalla società Dasty che aveva contestato la sua esclusione dalla procedura di gara. Il TAR, invece, in prima istanza, aveva confermato la correttezza dell'operato di So.re.sa. (Cfr., doc. 113).

delineando le modalità di offerta del servizio vigente precedentemente alla celebrazione della GARA, che vedeva le Parti del procedimento quali principali fornitori uscenti delle singole aziende sanitarie, singolarmente o in ATI fra di loro (vedi *supra*)⁷³.

59. Tanto premesso, a fronte della nuova GARA e dell'accorpamento in lotti delle precedenti singole forniture, si osserva che le Parti hanno ripetutamente sostenuto di aver selezionato autonomamente i lotti sui quali presentare la loro offerta individualmente o in ATI. In particolare, le società Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario hanno sostenuto di aver scelto sin da subito - all'indomani dell'uscita del bando di gara, avvenuta in data 14 ottobre 2016 - il lotto o i lotti sui quali presentare offerta, in ragione dei presidi sanitari ivi insistenti nei quali esse erano storicamente presenti (e non altri); esse avrebbero quindi, a ridosso della pubblicazione del bando di gara, deciso anche le forme di collaborazione con le quali hanno poi partecipato alla gara (e cioè la composizione delle imprese all'interno delle ATI); infine, individuati preventivamente ed autonomamente i lotti sui quali candidarsi, avrebbero contattato Green Light per avvalersi della sua consulenza⁷⁴.

60. Tuttavia, anticipando quanto sarà più diffusamente illustrato nel seguito, le evidenze documentali in atti testimoniano che - diversamente da quanto affermato dalle Parti a valle dell'avvio del procedimento istruttorio - il processo decisionale che ha portato alla formulazione delle offerte nei diversi lotti non è stato autonomo come dichiarato, ma al contrario si è fondato su una conoscenza reciproca delle strategie di partecipazione, ottenuta anche e soprattutto grazie alla scelta di avvalersi di un medesimo consulente per la formulazione delle offerte tecniche, nella piena e reciproca consapevolezza che quest'ultimo non avrebbe assistito operatori in concorrenza sul medesimo lotto. Ed infatti, la società Green Light, selezionata da tutte le Parti della procedura istruttoria ai fini della partecipazione alla GARA, ha manifestato a tutte le società che non avrebbe assistito più operatori in concorrenza sullo stesso lotto, assumendo così un ruolo significativo nel descritto processo decisionale che si configura come concertativo ai fini di ripartizione del mercato.

61. A testimonianza dell'assenza di autonomia del processo decisionale delle Parti, vale richiamare un documento agli atti del fascicolo istruttorio, reperito presso la sede della società Langella Mario. Si tratta di una e-mail, datata 21 ottobre 2016 - quindi in un periodo immediatamente successivo alla pubblicazione del bando e precedente la formulazione delle offerte - inviata dal legale rappresentante della società Green Light, [omissis], a un dipendente della società Ecologica Sud, [omissis], nella quale il primo gira al secondo la bozza di un possibile contratto di consulenza tra Green Light ed Ecologica Sud, relativo all'assistenza tecnica in occasione della gara So.re.sa., da inoltrare - per la sottoscrizione - all'Amministratore Delegato della citata società, [omissis]⁷⁵. Detta bozza di contratto avrebbe dovuto essere sottoscritta qualche

⁷³ Ciò è stato peraltro riconosciuto dalle società Ecologica, Ecosumma e Langella Mario che, in sede di audizione finale innanzi al Collegio hanno affermato che: *"il mercato in cui si innestano le condotte è...caratterizzato dalla presenza di piccole imprese che nel corso degli anni hanno dovuto sviluppare un'intensa collaborazione connessa (i) alla costituzione di ATI e (ii) alla concessione reciproca della disponibilità degli impianti quando ciò risultava necessario a far fronte ed esigenze di smaltimento che le imprese non erano in grado di soddisfare singolarmente"* (Cfr., doc. 196, allegato 2).

⁷⁴ Cfr., docc. 100, 101, 102, 116, 117, 118, 191, 192 e 193.

⁷⁵ Nella ricostruzione offerta dalle Parti e suffragata dalla società di consulenza, Ecologica Sud aveva contattato sin da subito Green Light con l'obiettivo di sondare la sua disponibilità ad essere assistita su tutti i lotti messi a gara, il 15 ottobre 2016, all'indomani della pubblicazione del bando di gara (Cfr., docc. 100, 101, 102, 119, 120, 121 e 89).

giorno dopo a Napoli, probabilmente il 26 ottobre 2016: ed infatti, nel corpo della mail si legge: *“Caro Amico mio...in allegato ti invio la bozza di contratto inerente la gara della Campania da girare a [omissis]. Dovresti confermarli anche che il sottoscritto arriva mercoledì all’aeroporto di Napoli alle 10.55 e riparte alle 19.10”*⁷⁶.

62. Dall’analisi complessiva del documento e dalle dichiarazioni a verbale delle Parti, emergono le seguenti evidenze.

In primo luogo, la bozza di contratto di consulenza ivi allegata conteneva un generico riferimento, nelle premesse, a tutti e sei i lotti nei quali si articolava la gara indetta da Soresa e non una specifica indicazione dei lotti (2 e 5), che la società Ecologica ha sostenuto di aver selezionato autonomamente subito dopo la pubblicazione del bando di gara. Del resto, sia la citata società che Green Light hanno affermato che Ecologica Sud aveva originariamente manifestato al consulente selezionato un interesse a voler fruire dei servizi di Green Light per ciascuno dei sei lotti in cui si articolava la gara oggetto della procedura istruttoria. Ed infatti, Ecologica Sud ha affermato che *“resasi conto della complessità del capitolato...Ecologica Sud ha incontrato Green Light chiedendo la sua generale disponibilità nella redazione dell’offerta tecnica su tutti i lotti messi a gara e analizzando i termini di un possibile testo contrattuale”*⁷⁷; la seconda ha dichiarato che *“in un primo momento Ecologica Sud intendeva partecipare a tutti i lotti messi a gara e la Green Light era disposta ad assisterla per tutti i lotti”*⁷⁸.

63. In secondo luogo, la medesima bozza di contratto risulta essere stata inoltrata, unitamente al contenuto della mail, lo stesso giorno e cioè il 21 ottobre 2016, da Ecologica ai rappresentanti delle società Langella, Bifolco ed Ecosumma. Sebbene l’invio a Langella potrebbe giustificarsi alla luce del fatto che Ecologica e Langella - sempre secondo le informazioni rese dalle Parti - avevano deciso di partecipare in ATI sul lotto 2, diversamente la contestuale trasmissione anche a Bifolco ed Ecosumma risulta irragionevole e del tutto ingiustificata - al di fuori di una precisa volontà di condivisione delle rispettive determinazioni per il tramite della scelta di un unico consulente, che avrebbe potuto operare per ciascuna di esse solo in caso di non sovrapposibilità delle offerte su un medesimo lotto - considerando la circostanza secondo la quale, dalle evidenze in atti, e dalla ricostruzione fornita dalle Parti, non erano previste forme di collaborazione fra tali società ed Ecologica Sud. Ed infatti, Bifolco ed Ecosumma hanno invece poi gareggiato su lotti differenti rispetto a quelli della stessa Ecologica Sud⁷⁹.

64. Quindi, solo a seguito della condivisione di tale bozza di contratto tra Ecologica Sud, Langella Mario, Ecosumma e Bifolco, tutte le Parti hanno poi formalizzato singoli ed individuali contratti di consulenza con Green Light raggiungendo con quest’ultima accordi di massima in

⁷⁶ Cfr., doc. 32.20. L’incontro si è poi effettivamente svolto (Cfr., docc. 98 e 118).

⁷⁷ La società Ecologica ha dichiarato in proposito che, benché inizialmente aveva immaginato di poter partecipare a tutti i lotti messi a gara, ha poi autonomamente deciso di ripiegare sui soli lotti 2 e 5, in ragione delle sue ridotte dimensioni e dello specifico know-how maturato nei presidi sanitari insistenti nei citati lotti (Cfr., doc. 100).

⁷⁸ Cfr., docc. 89 e 98.

⁷⁹ Cfr., doc. 100 e 118. In merito alle motivazioni insite nella previa condivisione tra le società Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario e Bifolco, della bozza di contratto tra Green Light ed Ecologica Sud, le Parti hanno dichiarato che esso era stato loro inoltrato dopo che esse avevano autonomamente selezionato i lotti messi a gara e al solo fine di verificare i limiti dell’assistenza di Green Light ed il tenore della clausola di riservatezza ivi contenuto (Cfr., docc. 116, 117, 118, 193 e 196, allegato 2).

merito alla scelta dei lotti nei quali ciascuna società si è poi effettivamente candidata, tra il 27 ed il 29 ottobre 2016.

Pertanto, da un lato, la dichiarata iniziale intenzione di Ecologica di gareggiare su tutti i lotti è venuta successivamente meno e, dall'altro, tutte le società hanno alla fine selezionato lotti sui quali candidarsi senza essere in concorrenza con gli altri operatori che si erano rivolti a Green Light.

In proposito, rilevano le affermazioni rese in audizione dal rappresentante della società di consulenza il quale, ha dichiarato che:

- solo dopo che era circolata la bozza di contratto tra Green Light ed Ecologica Sud, un rappresentante di detta società aveva telefonicamente manifestato di voler presentare offerta unicamente in due dei sei lotti messi a gara⁸⁰; e che,

- solo a seguito della rinuncia di Ecologica Sud agli altri lotti, aveva avuto contatti con le altre società Parti dell'istruttoria che gli avevano comunicato di volersi candidare sui lotti ai quali Ecologica non era più interessata. Ed infatti, il rappresentante di Green Light ha affermato: *“una volta liberatasi la sua disponibilità per i quattro lotti ai quali non era più interessata Ecologica Sud”* era stato poi *“contattato “a ruota” dalle altre società”* alle quali avrebbe ribadito - come inizialmente rappresentato a ciascuna di loro - *“di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro”*⁸¹.

65. A conferma di tale ricostruzione degli eventi, dalle evidenze in atti emerge che ciascuna società ha poi firmato contratti di consulenza solo su lotti sui quali non era in concorrenza con gli altri operatori che avevano deciso di avvalersi delle prestazioni di Green Light.

Ed infatti, la bozza di contratto poi effettivamente concordata con Ecologica (il contratto non risulta mai stato sottoscritto secondo la parte essendo stati ritenuti sufficienti i rapporti di vecchia data tra il rappresentante di tale società e Green Light), reca la data del 27 ottobre 2016⁸² e la prima fattura, emessa da Green Light reca *“anticipo per servizi di consulenza come da contratto sottoscritto in data 27.10.2016”*⁸³. La bozza di contratto è relativa ai soli lotti 2 e 5, rispetto all'originaria e dichiarata intenzione di Ecologica Sud di voler eventualmente candidarsi in tutti i lotti messi a gara⁸⁴.

66. Parimenti, il contratto di Ecosomma (mai sottoscritto secondo la parte) risulta essere stato inviato da Green Light al rappresentante della società in data 28 ottobre 2016, con una breve email di accompagnamento nella quale si legge: *“le inoltro il contratto inerente gli accordi verbali. Le*

⁸⁰ In sede di audizione, infatti, Green light ha dichiarato che *“in un primo momento Ecologica Sud intendeva partecipare a tutti i lotti messi a gara e la Green Light era disposta ad assisterla per tutti i lotti; solo successivamente, un paio di giorni dopo che era circolata la bozza di contratto tra Green Light ed Ecologica Sud, un rappresentante di tale ultima società ha telefonicamente rappresentato di voler presentare offerta solo su due lotti”* (Cfr., doc. 89).

⁸¹ Cfr., doc. 89.

⁸² Cfr., doc. 118, allegato 4.

⁸³ Cfr., doc. 118, allegato 5.

⁸⁴ In caso di partecipazione in ATI, è emerso che il contratto è stato siglato solo con la società capogruppo. Pertanto, per il lotto 2 (ATI Ecologica Sud/Langella Mario), il contratto è quello con Ecologica; per il lotto 3 (ATI Langella Mario/Bifolco), il rapporto è con Langella; per il lotto 6 (ATI Bifolco/Ecotransfer), infine, il contratto è con Bifolco. In sede di audizione Green Light ha affermato che *“con riferimento alla società Ecotransfer...nonostante fosse pervenuta una richiesta di stipulare due contratti per l'ATI tra Bifolco (mandataria) e la medesima Ecotransfer, ripartendo i corrispettivi, Green Light si è rifiutata di fare un'eccezione alla regola e ha mantenuto il rapporto con la sola Bifolco, pur accettando di discutere anche con i rappresentanti di Ecotransfer (in particolare [omissis] alcuni passaggi della relazione tecnica oggetto dell'incarico”* (Cfr., doc. 89).

farò avere a breve la lista dei chiarimenti che a mio parere è opportuno inviare all'Ente"⁸⁵. Il contratto allegato menziona il solo lotto 4. Anche se esso non risulta essere stato formalmente sottoscritto, la mail di accompagnamento dà conto di accordi verbali tra la società di consulenza ed Ecosumma e la prima fattura attestante il pagamento corrisposto a Green Light recita: "*anticipo per servizi di consulenza come da contratto sottoscritto in data 27.10.2016*"⁸⁶.

67. Ancora, il contratto sottoscritto con Langella risulta essere stato inviato siglato da Green Light al rappresentante di tale società in data 29 ottobre 2017, con una mail di accompagnamento e la relativa fattura⁸⁷. Anche in questo caso il contratto reca la data del 27 ottobre 2016 e a tale data fa riferimento anche la fattura emessa dalla società di consulenza a Langella⁸⁸. Il contratto con Langella si riferisce ai soli lotti 1 e 3.

68. Infine, sebbene il contratto con Bifolco sia stato sottoscritto probabilmente in data 8 dicembre 2016⁸⁹, in ogni caso le parti avevano comunque raggiunto un'intesa di massima ben prima, verosimilmente tra il 27 e il 29 ottobre 2016. Depone in questo senso la data apposta in calce al contratto disponibile in atti e copia del bonifico attestante il pagamento dell'acconto effettuato da Bifolco per "*compenso su consulenza gara So.re.sa.*", in data 29 ottobre 2016⁹⁰. Il contratto con Bifolco si riferisce al solo lotto 6.

69. Sotto il profilo contenutistico, i contratti disciplinano il perimetro della consulenza della società Green Light, consistente in: assistenza alle predisposizione della documentazione amministrativa di gara; assistenza alla predisposizione del *business plan* della commessa necessario al fine di produrre gli elementi costitutivi dell'offerta; predisposizione della relazione di gara.

Non rientrava nella consulenza di Green Light l'aiuto alla predisposizione dell'offerta economica⁹¹.

Sotto il profilo economico, il contratto prevedeva due *tranche* di pagamento: uno, all'atto della sottoscrizione dell'accordo; l'altra, alla data della presentazione della relazione tecnica. Il medesimo, inoltre, prevedeva una *success fee* di importo variabile in caso di aggiudicazione di ciascun lotto oggetto dell'accordo⁹².

⁸⁵ Cfr., docc. 10.17 e 69.

⁸⁶ Cfr., doc. 116.

⁸⁷ Cfr., docc. 68 e 61.

⁸⁸ Cfr., doc. 117.

⁸⁹ Cfr., doc. 115.

⁹⁰ Cfr., doc. 14.4.

⁹¹ In corso di audizione la società di consulenza ha confermato questa ricostruzione (Cfr., doc. 89). Del resto, le evidenze in atti testimoniano che elaborazioni economiche sono state effettuate da Green Light solo quando era ormai intervenuta l'aggiudicazione provvisoria (Cfr., doc. 63.9).

⁹² Cfr., doc. 118. La previsione di un "premio" economico di natura fissa al consulente spiega l'interesse di quest'ultimo a conoscere gli esiti della gara e dunque giustifica il contenuto di un documento, reperito presso la sede di Ecologica Sud, datato 12 settembre 2016, nel quale il rappresentante di tale società invia alla società di consulenza i punteggi provvisori, in formato excel, riportati dalle società che avevano presentato offerta nei sei lotti della gara indetta da So.re.sa., avvalendosi della consulenza di Green Light (Cfr., doc. 25.13).

I contratti, infine, includevano una clausola di riservatezza che vietava al consulente di condividere con terzi le relazioni tecniche realizzate per le parti⁹³.

70. Quando dunque le Parti hanno stipulato singoli contratti di consulenza con Green Light (derivanti tuttavia da una previa condivisione della bozza di contratto tra le stesse) sapevano - alla luce della circostanza che la società di consulenza non avrebbe assistito più parti per la presentazione di offerte in uno stesso lotto - che non avrebbero gareggiato su medesimi lotti in concorrenza tra loro. Tale reciproca consapevolezza, peraltro, si è rafforzata - come sarà più diffusamente illustrato nel seguito - in occasione dei contatti, successivamente intervenuti tra le stesse società Parti, aventi ad oggetto le dichiarazioni di disponibilità reciproche all'utilizzo dei propri impianti di sterilizzazione/stoccaggio, in ipotesi di aggiudicazione della gara So.re.sa.⁹⁴.

71. Pertanto, alla scadenza del termine previsto per il deposito delle offerte, in data 30 dicembre 2016, ciascuna impresa ha presentato la propria offerta, individuale o in ATI, solo nei lotti in cui beneficiava della consulenza di Green Light e senza sovrapporsi con le altre parti della procedura istruttoria⁹⁵, confermando altresì ciascun operatore la propria presenza nei presidi sanitari di cui costituiva il principale gestore uscente (Cfr. Tab. 1).

Il panorama delle offerte delle Parti è riassunto nella tabella che segue.

⁹³ Secondo le parti, la bozza di contratto inviata da Ecologica il 21 ottobre 2016 serviva proprio a verificare il puntuale contenuto di questa clausola di riservatezza (Cfr., doc. 196, allegato 2).

⁹⁴ Cfr. *infra*.

⁹⁵ Sul punto, deve peraltro osservarsi che tecnicamente ciascuna delle parti avrebbe avuto la possibilità di presentarsi su tutti i lotti con particolare riguardo alla capacità di smaltimento da garantirsi alla stazione appaltante. Ed infatti, dalle evidenze documentali in atti risulta che tanto Ecologica Sud quanto tutte le altre parti della procedura istruttoria avessero chiesto e ottenuto, entro il mese di novembre 2016, almeno dalla società MIDA, proprietaria di un impianto di termovalorizzazione in Calabria, la disponibilità di capacità per quantitativi di rifiuti sanitari relativi a tutti e 6 i lotti della GARA (cfr. docc. 24, 141, 193 e 196, allegato 2). In ogni caso, come precisato dalla stessa Ecologica Sud, richieste di capacità di questo tipo non costituiscono impegni contrattuali per le parti, ma garantiscono l'effettiva disponibilità degli impianti solo in caso di vincita della commessa (cfr. doc. 119). Ancora, a conferma di una ripartizione dei lotti fra le parti prima della presentazione delle offerte milita anche la circostanza che tutte le Parti hanno successivamente, nel mese di dicembre, corrisposto il contributo ANAC unicamente per i lotti in cui hanno presentato la propria offerta, con la sola eccezione della società Ecosomma, che risulta aver versato il contributo ANAC richiesto dal disciplinare di gara anche per il lotto 1 (Cfr., doc. 10.10 e 10.11). In sede di difesa, Ecosomma, dopo aver ribadito di aver sin da subito deciso di partecipare al solo lotto 4, ha dichiarato di aver deciso di pagare il contributo anche per il lotto 1, poiché "*preso improvvisamente dal panico, aveva inizialmente deciso di non precludersi la possibilità di partecipare anche a tale lotto*" (Cfr. doc. 120).

Tab. 4. Panorama delle offerte ai vari lotti della gara

OFFERENTI	Lotto 1	Lotto 2	Lotto 3	Lotto 4	Lotto 5	Lotto 6
<u>Parti:</u>						
Langella	X					
ATI Ecologica Sud-Langella		X				
ATI Langella-Bifolco			X			
Ecosumma				X		
Ecologica Sud					X	
ATI Bifolco-Eco Transfer						X

Fonte: So.re.sa. S.p.a.

72. In aggiunta agli elementi documentali descritti in merito ad una preventiva spartizione dei lotti messi a GARA, intervenuta tra tutte le Parti della procedura istruttoria, esistono ulteriori elementi in atti da cui emerge un preventivo coordinamento in relazione alle modalità di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica indetta da So.re.sa..

Il primo di tali documenti consiste in appunti manoscritti reperiti presso la sede della società Bifolco, custoditi nella cartellina nella quale è stato rinvenuto il contratto stipulato tra la citata società e Green Light. Tali appunti, sebbene privi di data, riportano il *pattern* di offerte effettivamente presentate dalle aziende nella GARA. Infatti, in essi si legge: “Bifolco = lotto 6 lotto 3 Langella = lotto 1 lotto 3 Bruno (Cesaro AD di Ecologica Sud) = lotto 2 lotto 5”. Ancora, nella pagina successiva si legge: “Lotto 1 Lang. 2 Bruno (Ecologica) 3 Bif/Lang. 4 Oropallo (AD di Ecosumma), 5 Cesaro 6 Bifolco”⁹⁶.

73. Un secondo documento agli atti del fascicolo istruttorio, reperito presso la sede della società Ecologica Sud, datato 17 dicembre 2016, consiste in una email, inviata da un rappresentante di tale società a Green Light, cui risultano allegati una serie di *file* contenenti alcune simulazioni di offerta economica relativamente ai lotti 2 e 5 della gara indetta da So.re.sa., riguardanti non solo Ecologica Sud ma anche altre imprese – segnatamente Delta Chimica, Ecosistem e Di Nizio (che risultano poi aver presentato offerta in tali lotti)⁹⁷. Accanto a tali imprese, menzionate

⁹⁶ Cfr., doc. 14.4. In merito al contenuto degli stessi, Bifolco - dopo aver affermato che pur essendo contenuti insieme al contratto in un'unica cartellina reperita e fotocopiata in sede di ispezione essi erano comunque separati e slegati dal contratto - ha dichiarato complessivamente di non ricordarne il contenuto a distanza di due anni da quando essi sarebbero stati presi. Ha tuttavia aggiunto, da un lato, che si sarebbe trattato di appunti presi a mano direttamente, che essi rispecchiavano le modalità di partecipazione alla gara di tutte le società che si erano avvalse della consulenza di Green Light anche se la società ha affermato di ricordare essere stati scritti dopo l'apertura delle prime buste in sede di gara presso So.re.sa., verosimilmente l'11 gennaio 2017, ovvero nel successivo mese di settembre 2017 a valle dell'aggiudicazione provvisoria. (Cfr., doc. 115). Tali difese sono state successivamente ribadite dalla società nella memoria finale prodotta in vista dell'audizione innanzi al Collegio cui la medesima non ha partecipato (Cfr., doc. 191).

⁹⁷ Cfr., doc. 25.12.

espressamente, risultano altri due ipotetici partecipanti, denominati rispettivamente “F” e “prezzo basso”⁹⁸.

74. Ecologica sul punto ha rappresentato che il documento troverebbe origine in un incontro con Green Light, nel corso del quale il titolare di Ecologica Sud aveva chiesto e ottenuto dalla società di consulenza Green Light un file excel, con alcune formule che avrebbero potuto essere elaborate per simulare i possibili risultati della gara So.re.sa.; detto file sarebbe poi stato implementato dalla stessa Ecologica simulando possibili offerte di operatori storicamente presenti nei presidi sanitari insistenti in tali lotti. In secondo luogo, il file era stato predisposto sulla falsariga di altre gare indette da altre Regioni tra cui, in particolare la gara della Liguria, come testimonierebbero alcune colonne ivi presenti, che menzionano Ventimiglia, Sanremo, Imperia, Genova e così via. In ogni caso, Ecologica ha sottolineato che nel citato documento non erano menzionate solo le imprese Delta, Ecosistem e Di Nizio, ma anche altri due ipotetici partecipanti, “F” e “prezzo basso” per un totale di 6 possibili concorrenti⁹⁹.

75. Anche a voler accogliere la ricostruzione fornita da Ecologica, che il documento consistesse in elaborazioni di confronto delle possibili offerte economiche dei concorrenti in gara, vale tuttavia osservare che tali elaborazioni non prendono in considerazione, relativamente a tali lotti, gli altri operatori che hanno fruito dei servizi di consulenza della società Green Light in occasione della GARA, dando quindi prova del fatto che questi non venivano comunque ritenuti possibili concorrenti effettivi, in piena coerenza con un quadro di previa concertazione in ordine alla partecipazione di ciascuna impresa ai diversi lotti.

IV.7.2. I contatti tra le parti in corso di procedura di gara

76. Le evidenze in atti testimoniano che la spartizione tra le Parti dei lotti nei quali si articolava la GARA ha consentito a queste ultime di condividere, prima del deposito delle offerte in data 30 dicembre 2016, i medesimi *input* produttivi, nella consapevolezza reciproca che esse non sarebbero mai state concorrenti effettive sui lotti selezionati e quindi che l'utilizzo di detti *input* non avrebbe configurato una variabile competitiva in gara. Nel medesimo periodo, si ha altresì contezza di ulteriori contatti e interazioni tra Parti della procedura istruttoria.

77. Quanto alla condivisione tra le Parti di servizi di smaltimento rifiuti presso i medesimi impianti, si richiama il contenuto di una email, datata 3 novembre 2016, reperita presso la sede di Ecosumma, indirizzata al titolare di una società proprietaria di un impianto di smaltimento rifiuti attivo in Campania – Tortora Vittorio S.r.l.. Nel corpo della email, avente ad oggetto “*conferma appuntamento per lunedì 07.11.2016*” si fa riferimento ad un incontro, organizzato da Ecosumma, presso la sede della società Tortora, il giorno 7 novembre 2016, alla presenza del richiedente e di altre due società concorrenti, Langella Mario ed Ecologica Sud¹⁰⁰.

78. A seguito di tale appuntamento congiunto, le evidenze acquisite constano di un documento, reperito presso la sede della società Ecosumma e datato 14 novembre 2016, consistente in una e-

⁹⁸ Gli importi economici ivi indicati sono diversi rispetto a quelli poi presentati dalle società ivi indicate.

⁹⁹ Cfr., docc. 119 e 128. Tali difese sono state ribadite dalla società nella memoria finale prodotta in vista dell'audizione innanzi al Collegio, cui la società ha partecipato in data 12 dicembre 2018 (Cfr., doc. 193).

¹⁰⁰ Cfr., docc. 100, 101 e 102. In corso di audizione Ecologica Sud ha dichiarato di non aver più partecipato a tale incontro e, dall'altro, le parti hanno ribadito che l'obiettivo perseguito è stato quello di voler mettere a “fattor comune” eventuali contatti con titolari di impianti di smaltimento al fine di negoziare condizioni più vantaggiose.

mail inviata da un dipendente di Ecologica Sud ad un dipendente della società Ecosumma. In tale e-mail la prima società condivide con la seconda la strategia seguita per il lotto 2, per il quale risulta poi aver presentato offerta la sola società Ecologica Sud¹⁰¹.

Il corpo della mail recita: “*Alla c.a. [AD di Ecosumma]*”. Gli allegati consistono in una richiesta, formulata da Ecologica alla società Tortora di accettazione dei rifiuti derivanti dal lotto 2 della gara So.re.sa.¹⁰².

79. Quanto alla condivisione di un medesimo fornitore di contenitori, vi è una email in atti, reperita presso la sede di Langella, datata 24 novembre 2016, dalla quale si evince che la società aveva organizzato un incontro presso la sua sede legale, alla presenza degli altri operatori concorrenti - segnatamente Ecologica Sud, Bifolco e Ecosumma - per discutere congiuntamente della possibile fornitura di contenitori in plastica da parte dell'impresa produttrice ISI Plast S.p.A.¹⁰³.

In particolare, in tale email, inviata dal rappresentante di ISI Plast alla società Langella il primo scriveva al secondo: “*come da intese avete ricevuto la documentazione a chiusura della vs richiesta. Ad oggi non ho ricevuto nessuna risposta in merito all'incontro alla presenza del sig. Langella con le altre tre aziende: Ecolsud – Bifolco – Ecosumma. Attendo vs. conferma se sarà possibile giovedì o venerdì della pross. settimana*”¹⁰⁴.

Dalle dichiarazioni in atti delle parti risulta che tale incontro si sia poi svolto in data 1° dicembre 2016¹⁰⁵.

80. Ulteriori elementi a suffragio di una chiara politica di concertazione tra le Parti in ordine alla partecipazione alla GARA consistono nelle reciproche lettere di accettazione dei rifiuti per la sterilizzazione delle società in ipotesi di vittoria sui lotti ai quali ciascuna di loro si sarebbe presentata, emesse prima del deposito della documentazione di gara¹⁰⁶.

Così, ad esempio, in data 13 dicembre 2016, Ecologica Sud si impegna, rispettivamente nei confronti di Bifolco e di Ecosumma, ad accettare eventuali rifiuti relativi ai lotti 3 e 6 e al lotto 4¹⁰⁷.

¹⁰¹ Cfr., docc. 10.19 e 10.20, 119 e 121.

¹⁰² In merito alla condivisione tra le società Ecologica Sud e Ecosumma della richiesta di accettazione allo smaltimento rifiuti che la prima intendeva inoltrare alla società Tortora Vittorio, le parti hanno sottolineato che essa faceva seguito ad un incontro congiunto, anche con Langella Mario, presso la sede della società Tortora, finalizzato ad ottenere risparmi di spesa. Poiché all'incontro non aveva più partecipato Ecologica Sud, quest'ultima aveva inoltrato le proprie richieste ad Ecosumma affinché tale società intercedesse presso Tortora e le consentisse di spuntare condizioni economiche più convenienti (Cfr., docc. 119 e 120).

¹⁰³ La condivisione di detto fornitore ha poi portato le Parti ad indicare la medesima tipologia di contenitori nelle relazioni tecniche depositate in sede di gara (Cfr., allegati docc. 2).

¹⁰⁴ Cfr., doc. 32.64.

¹⁰⁵ Cfr., docc. 116, 117 e 118. Secondo la ricostruzione delle parti, lo stesso era finalizzato a ottenere condizioni economiche di maggior favore a fronte della fornitura di contenitori di rinomata qualità.

¹⁰⁶ Si ricorda che il disciplinare di gara prevedeva, a pena di esclusione, l'indicazione di accettazione allo smaltimento da parte di almeno due impianti di destinazione finale dei rifiuti. Nella ricostruzione fornita da Ecologica, Ecosumma e Langella Mario in sede di audizione finale, “*la reciproca concessione di impianti era necessaria atteso che tutte le Parti disponevano al massimo di un impianto, mentre il disciplinare di gara ne richiedeva due*” (Cfr., doc. 196, allegato 2). Viceversa, Bifolco ha eccepito l'irrelevanza di tale prova documentale avendo la società “*ricevuto la stessa accettazione da ben dieci aziende*” (Cfr., doc. 191).

¹⁰⁷ Cfr., docc. 9, allegato 2, 25.1, 25.2, 25.10 e 18.11.

Ancora, Ecologica, in data 2 dicembre 2016, si impegna nei confronti di Langella, a ricevere e sterilizzare eventuali rifiuti derivanti dai lotti 1, 2 e 3 e chiede, a sua volta, la disponibilità di Langella a ricevere e sterilizzare suoi eventuali tipologie di rifiuto¹⁰⁸.

Parimenti, in data 13 dicembre 2016, Langella si impegna nei confronti di Ecosumma, a ricevere e sterilizzare eventuali rifiuti relativi al lotto 4¹⁰⁹.

81. Un secondo nucleo di contatti consiste poi nella condivisione tra Bifolco e Langella Mario, a cavallo tra novembre e dicembre 2016, della relazione tecnica che il secondo stava predisponendo con l'ausilio di Green Light. In particolare, presso la sede di Bifolco, in sede di ispezione è stata reperita una bozza di relazione, non ancora depositata presso la sede di So.re.sa., relativa al lotto 1, sul quale avrebbe presentato offerta la sola società Langella Mario¹¹⁰.

IV.7.3. Il ruolo di Green Light nel coordinamento tra le Parti

82. Come già anticipato e come sarà più diffusamente illustrato nel seguito, Green Light ha assunto un ruolo cruciale nel coordinamento tra le parti in sede di GARA.

La stipula di autonomi contratti di consulenza tra la società Green Light e le altre società su lotti su cui ciascuna impresa non era in concorrenza con le altre consente di ritenere - alla luce dell'indisponibilità manifestata dal consulente ad assistere più soggetti in concorrenza sullo stesso lotto - che la società di consulenza fosse perfettamente edotta della ripartizione dei lotti messi a GARA tra le Parti.

Ciò trova del resto conferma nelle dichiarazioni rese in audizione dal rappresentante di Green Light secondo il quale: *“la sola condizione imposta da Green Light per accettare gli incarichi di consulenza era che ciascuna di queste società si presentasse nei singoli lotti messi a gara senza che ci fosse alcuna sovrapposizione tra concorrenti”*¹¹¹.

Parimenti, in sede di audizione, il rappresentante di Langella ha affermato: *“[Ecologica Sud], riferi che Green Light non avrebbe fornito consulenza ad imprese in concorrenza fra loro”* e che, una volta formalizzata l'attività di consulenza, Green Light suggerì di mettere a fattor comune le proprie conoscenze ed i propri asset¹¹².

Similmente, in sede di audizione Ecosumma ha dichiarato che *“Green Light non sarebbe stata disposta a prestare la propria attività di consulenza in conflitto di interessi, prestando consulenza a parti diverse sugli stessi lotti”*¹¹³.

83. Una volta accettati gli incarichi di consulenza e dopo aver stipulato contratti di consulenza individuali con ciascuna delle società Parti della procedura istruttoria per lotti distinti, le evidenze

¹⁰⁸ Cfr., 25.11.

¹⁰⁹ Cfr., docc. 9, allegato 2 e 32.21.

¹¹⁰ Cfr., docc. 14.9 e 14.10. Con riferimento a tale documento, Bifolco in sede di audizione e di memoria finale in vista dell'audizione davanti al Collegio, ha dichiarato che probabilmente tali documenti le erano stati inviati o da Green Light o da Langella direttamente. *“Ciò in quanto Bifolco aveva chiesto di avere una serie di dati relativi alla società Langella ed i loghi di tale società, al fine di completare la relazione relativa al lotto 3, in cui Bifolco è in ATI con Langella”* (Cfr., doc. 115 e 191). Tuttavia, successivamente, Bifolco ha parzialmente modificato la ricostruzione degli eventi affermando che i documenti le erano stati inviati *“dalla Langella direttamente”* (Cfr., doc. 123).

¹¹¹ Cfr., doc. 89.

¹¹² Cfr., doc. 121.

¹¹³ Cfr., doc. 120.

in atti danno altresì conto di un ruolo significativo di Green Light nella descritta concertazione tra le parti. Rilevano, in questo senso, due documenti agli atti del fascicolo istruttorio.

Il primo documento in atti, datato 10 dicembre 2016 e reperito presso la sede di Langella, consiste in una email inviata dal rappresentante di Green Light a Langella, Bifulco ed Ecologica, avente ad oggetto *“riepilogo situazione contenitori”*. In esso, il consulente invia in allegato alle parti un foglio excel con un elenco di contenitori ritenuti inadeguati a qualificare l’offerta tecnica e, quindi, da *“togliere”* in quanto *“non conformi”* per non rischiare di *“non vedere mai la fine”*¹¹⁴.

84. Il ruolo di primo piano di Green Light emerge altresì da un documento reperito presso la sede della società Langella ed inviato, in data 28 ottobre 2016, alle società Langella Mario, Ecologica e Bifulco dal rappresentante della società di consulenza¹¹⁵. In tale documento, avente ad oggetto *“lista della spesa lotto 1-2-3-5-6”*, Green Light sollecitava i destinatari della email ad inviare le risposte (alle sue richieste), *“la documentazione e quant’altro che andrò a chiedervi”* al fine di chiudere la parte tecnica ed amministrativa e concentrarsi sull’offerta economica. Seguiva quindi un elenco di richieste: il possesso della registrazione EMAS; il possesso dell’autorizzazione al trasporto per tutti i codici dei relativi lotti di partecipazione; presentazioni aziendali; per il solo lotto 2, la descrizione della ripartizione dei servizi per individuare il tipo di ATI e per suddividere i compiti all’interno della relazione; per ogni lotto, l’organico da impiegare per il servizio, i nominativi e i contatti dei consulenti ADR, elenco dei contenitori per ogni tipologia di rifiuto e altro. Il rappresentante di Green Light comunicava altresì che ad esito dei sopralluoghi, le parti avrebbero dovuto fornire indicazioni anche sui seguenti punti: *“1: allestimento dei depositi temporanei: dove e cosa si intende fare, tipologia delle forniture da proporre (s. box, bacini di contenimento ecc) dove è possibile mettiamo casse mobili che andranno a ridurre il numero delle frequenze e i rischi di contaminazione al personale addetto al ritiro 2. Migliorie proposte è molto importante verificare se in alcuni ospedali possiamo implementare tecnologie anche le più stupide ma che possano risolvere un problema, a titolo di esempio l’isola ecologica può essere munita di telecamere e il responsabile sanitario può collegarsi alla stessa via cellulare, ma ripeto spazio alla fantasia, così come per i contenitori vi ho accennato a quello per l’ebola....”*.

Il consulente concludeva la sua richiesta sottolineando che *“il materiale sopra elencato da parte delle ditte che compongono l’ATI è necessario per produrre un progetto che sia il più possibile aderente e corrispondente alla realtà e che possa essere valutato positivamente dall’ente appaltante... Inoltre è importante, per quanto possibile, che il materiale venga trasmesso in formato word per poter dedicare tutto il tempo alla “costruzione” di un progetto premiante, senza dover inutilmente perdere tempo in attività di ricopiatura”*.

Nel medesimo documento, il consulente informava le destinatarie della mail della necessità di evadere le richieste inoltrate in maniera esaustiva. Ed infatti nel corpo della mail si legge: *“in questa fase, forse la più delicata in quanto non soggetta a personalismi, è necessario chiudersi a riccio e fare in modo di inviare tutta la documentazione completa evitando quindi integrazioni o rimandi che potrebbero contribuire a rendere la stesura del progetto ancora più complicata”*¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr., 32.27.

¹¹⁵ Cfr., doc. 32.19.

¹¹⁶ In sede di audizione Langella ha chiarito che il termine usato nella mail relativo ai *“personalismi”* era indirizzata a lui che si dimostrava restio a condividere con i concorrenti informazioni sugli asset di cui disponeva. In ogni caso, Langella ha

Sul punto, vale anzitutto rammentare che le società destinatarie della mail non hanno mai partecipato tutte e tre insieme, ma solamente Langella con Bifolco (lotto 3) ed Ecologica Sud con Langella (lotto 2).

85. Dal tenore complessivo dei documenti citati - diversamente da quanto eccepito dalle Parti nel corso della procedura istruttoria¹¹⁷ - si desume, in primo luogo, che i destinatari delle email dovevano essere reciprocamente consapevoli della omogeneizzazione delle offerte tecniche che conseguiva dall'attività svolta dal consulente, la quale, del resto, ha condotto ad una sostanziale sovrapposibilità delle offerte tecniche con cui ciascuna azienda ha poi partecipato alla GARA in lotti distinti senza sovrapporsi alle altre Parti.

Ed infatti, dal raffronto tra gli elaborati tecnici presentati dalle Parti si confermano evidenti similitudini e spesso identità di contenuti degli stessi. Così, ad esempio, risulta un'evidente identità della sezione dedicata all'allestimento delle aree di deposito temporaneo e dei box previsti per il deposito temporaneo (c.d. isole ecologiche), tra la relazione tecnica presentata da Ecologica Sud per il lotto 5, la relazione tecnica dell'ATI Langella/Bifolco per il lotto 3 e quella presentata dalla sola Langella per il lotto 1; ancora, sia la relazione tecnica di Ecosomma per il lotto 4 che quella dell'ATI Langella/Bifolco per il lotto 3 propongono l' "angolo della mystery box", nella quale riporre oggetti particolari che il personale sanitario non sa come trattare¹¹⁸.

86. Inoltre, le evidenze illustrate testimoniano un ruolo pregnante di Green Light non solo ai fini della predisposizione delle offerte tecniche, ma di riconosciuto "coordinatore" delle Parti nell'attività di condivisione dei costi ai fini della presentazione delle offerte in gara, ruolo accettabile dalle stesse solo in una logica di previa spartizione dei lotti di GARA. E tale ruolo appare ancor più significativo nella misura in cui lo stesso è di fatto intervenuto su tutti quelli che, per ammissione dello stesso rappresentante di Green Light in corso di audizione, costituivano i principali elementi qualificanti dell'appalto¹¹⁹.

IV.7.4. La razionalità economica della scelta di presentare offerta solo su alcuni lotti

87. Le evidenze in atti, infine, danno conto della infondatezza della giustificazione addotta dalle imprese, secondo la quale la scelta di presentare offerta solo in alcuni lotti sarebbe stata dettata dalla loro ridotta struttura organizzativa¹²⁰.

88. In primo luogo, nel senso di assenza di vincoli di capacità, vale richiamare un documento istruttorio reperito presso la sede della società Eco Transfer¹²¹, dal quale traspare che le Parti, dopo la chiusura dei termini per la partecipazione alla gara So.re.sa., avevano deciso di partecipare

affermato che, sebbene la mail sia stata inviata anche ad altre imprese, avrebbe poi evaso individualmente la mail del consulente.

¹¹⁷ Cfr., doc. 191.

¹¹⁸ Cfr., allegati al doc. 2.

¹¹⁹ Cfr., *supra* nota 28 e doc. 89.

¹²⁰ Cfr., docc. 9, 14 e 31, nonché docc. 100, 101, 102, 115 e 123. Tali argomentazioni sono state riproposte dalle società Ecologica Sud, Ecosomma e Langella Mario nell'ambito della memoria depositata in vista dall'audizione finale innanzi al Collegio e nel corso di detta audizione finale (Cfr., doc. 193 e 196, allegato 2).

¹²¹ Cfr., doc. 18.2. Dalle informazioni disponibili, desunte sul sito internet della Regione, è emerso che la stessa è stata indetta, successivamente alla gara indetta da So.re.sa, con Determina del 22 dicembre 2016 ed era articolata in 9 lotti. L'appalto aveva una durata quadriennale. Il bando di gara è stato pubblicato sulla GUUE 2016/S 249-459871 del 24 dicembre 2016, nonché sulla GURI 5 serie speciale, n. 151 del 30 dicembre 2016 e prevedeva l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il termine per la presentazione delle offerte era il 24 febbraio 2017.

anche ad un'altra gara - indetta dalla Regione Lazio - avente ad oggetto la prestazione di servizi analoghi a quelli richiesti dalla gara oggetto della presente procedura istruttoria.

Tale documento consiste in una e-mail indirizzata da Eco Transfer a Bifolco, Ecologica, Langella ed Ecosumma, datata 13 gennaio 2017, nella quale un consulente della società, [omissis], invita i destinatari ad inoltrargli alcuni documenti utili in vista della gara indetta nella regione Lazio. Ed infatti, nel testo della mail si legge: *“Buongiorno a tutti, nell’ambito della funzione di coordinamento attribuitami, vi sarei grato se mi inviaste...”*. Segue elenco della documentazione richiesta. La mail si chiude con le seguenti affermazioni: *“Ciò al fine di cominciare ad approntare quanto dovuto. Il cartaceo della mail sarebbe opportuno che lo portaste con voi all’incontro sull’argomento che si conferma per lunedì mattina p.v. ore 10.00 Centro Direzionale Isola G scala C”* [corrispondente alla sede secondaria della società Eco Transfer a Napoli].

89. Dalle informazioni in atti emerge che tutte le Parti hanno poi partecipato alla gara, oggi in corso di aggiudicazione. Bifolco e Eco Transfer che erano in ATI (unitamente ad un'altra società) non si sono aggiudicate alcuna commessa, mentre le società Ecologica Sud, Langella Mario e Ecosumma si sono aggiudicate, in ATI, due dei nove lotti messi a gara¹²².

90. In secondo luogo, il fatto che ciascuna delle Parti fosse in condizione di formulare offerte anche per lotti ulteriori rispetto all'unico prescelto si evince dalla già richiamata circostanza per cui, nel mese di novembre 2016, tutte le Parti avevano chiesto ed ottenuto dalla società MIDA, sita in Calabria, la disponibilità al trattamento finale dei rifiuti derivanti da tutti i lotti nei quali si articolava la GARA¹²³, nonché l'ulteriore circostanza dell'avere, le stesse Parti, piena conoscenza delle caratteristiche delle aziende sanitarie ricomprese nei diversi lotti. Le stesse società avevano infatti richiesto e ottenuto di procedere a sopralluoghi anche nei presidi sanitari nei quali non hanno presentato offerta, facendo addirittura slittare, a tal fine, il termine per il deposito della documentazione di gara¹²⁴.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

91. Le Parti della procedura istruttoria hanno avuto modo di esporre le proprie posizioni sia nel corso delle audizioni che presentando memorie scritte, da ultimo anche in occasione dell'audizione finale innanzi al Collegio, svoltasi in data 12 dicembre 2018.

Nel seguito si darà conto delle difese delle imprese raggruppandole per tematiche.

V.I. L'assenza di un accordo illecito e la asserita natura pro-concorrenziale della bozza di contratto circolato tra le Parti

92. Tutte le Parti hanno affermato che le condotte assunte in occasione della gara indetta da So.re.sa. - in particolare la scelta di partecipare solo in alcuni lotti che sono risultati diversi per ciascuna di esse - non sono il frutto di un accordo illecito, ma hanno motivazioni del tutto

¹²² Cfr., docc. 115, 122, 100, 101 e 102.

¹²³ Cfr., nota 89.

¹²⁴ Sul punto, Ecologica Sud ha affermato di aver effettuato sopralluoghi anche nei presidi sanitari dei lotti dove poi non aveva presentato alcuna offerta al solo fine di *“bluffare con i concorrenti e di non rendere nota, sin da subito, la propria strategia”* (Cfr., doc. 100); viceversa, Bifolco ha affermato che la decisione di effettuare una pluralità di sopralluoghi era dettata dalla necessità *“di aver maggiore percezione delle strutture sanitarie esistenti nei diversi lotti e consentiva di conoscere elementi sulle modalità di organizzazione del servizio da parte di altre imprese”* (Cfr., doc. 115).

legittime. In particolare, Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario hanno dichiarato di *“aver scelto autonomamente i lotti su cui puntare, salvo poi collaborare con alcune imprese (che erano interessate a partecipare su altri lotti) per sfruttare economie di scala e di specializzazione e presentare così offerte più competitive da un punto di vista sia tecnico che economico”*¹²⁵.

93. Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario hanno contestato l'assenza di contatti qualificati tra le Parti a dimostrazione della sussistenza dell'intesa. In particolare, secondo tali società, la bozza di contratto tra Ecologica Sud e Green Light, datata 21 ottobre 2016, inviata dalla società di consulenza all'impresa e da questa veicolata alle altre società (ad eccezione di Eco Transfer) non costituisce un contatto qualificato, poiché detta bozza di contratto non contiene alcuna menzione di un'ipotetica spartizione dei lotti¹²⁶. Detto contratto anzi, a ben vedere, *“ha carattere pro-concorrenziale atteso che: lascia le parti libere di puntare su tutti i lotti che riterranno, purché autonomamente o con consulenti diversi rispetto a Green Light; contiene una rigorosa clausola di riservatezza volta ad evitare un indebito scambio di informazioni tramite il consulente tecnico”*¹²⁷.

Parimenti, la società Bifolco ha dichiarato che la bozza di contratto condivisa tra le Parti costituisce *“un contatto lecito e normale e la diversa lettura...come contatto qualificato non trova riscontro nella lettera e nella ratio di detto atto da cui non emerge alcun intento di falsare o contrastare la concorrenza”*¹²⁸.

94. Sotto un diverso profilo, infine, le società Ecologica Sud, Ecosumma e Langella hanno eccepito che l'assenza di qualsivoglia collusione tra le Parti troverebbe altresì riscontro nella mancanza di offerte di appoggio (con sconti contenuti) su lotti di interesse delle altre società che hanno fruito dei servizi del medesimo consulente. Così facendo, infatti *“le Parti avrebbero potuto neutralizzare eventuali offerte aggressive di altre imprese e aumentare considerevolmente le chance di successo della Parte che intendevano favorire”*¹²⁹.

V.2. La decisione di presentarsi solo su alcuni lotti

95. Le Parti hanno dichiarato di aver selezionato unicamente i lotti nei quali si sono poi presentati poiché risultavano ivi presenti i presidi sanitari nei quali tradizionalmente esse avevano prestato i propri servizi.

Così, ad esempio, Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario hanno affermato di aver scelto i lotti sui quali gareggiare sulla base dei seguenti elementi: la conoscenza delle strutture che permetteva un risparmio di costi e la conseguente formulazione di offerte più aggressive ma comunque remunerative; la vicinanza del lotto ai propri impianti, che permette di abbattere significativamente i costi di trasporto; i limiti di carattere tecnico, organizzativo ed economico delle società; l'accesa concorrenza in sede di gara. Sotto questo profilo, in particolare, le citate

¹²⁵ Cfr., docc. 100, 101, 102, 193 e 196, allegato 2.

¹²⁶ Le Parti rammentano in proposito che, per giurisprudenza costante: *“affinché i contatti tra le imprese possano assumere rilevanza sotto il profilo antitrust e possano, dunque, dirsi qualificati, è necessario che gli stessi riguardino incontri nei quali emerge chiaramente che le Parti intendessero concertare pratiche contrarie alla concorrenza”* (Cfr., Tar Lazio 3982/2016 – My Chef, così come richiamata in doc. 196, allegato 2). Né, secondo le citate Parti, vi sarebbero prove dirette di un ipotetico coordinamento tra le Parti in gara.

¹²⁷ Cfr., doc. 193 e 196, allegato 2.

¹²⁸ Cfr., doc. 191.

¹²⁹ Cfr., docc. 193 e 196, allegato 2.

società si aspettavano la partecipazione di una pluralità di imprese, in quanto i requisiti di gara la rendevano ampiamente accessibile¹³⁰.

Similmente, Bifolco ed Eco Transfer hanno eccepito di aver valutato da subito la sola partecipazione ai lotti 3 e 6 l'una (in ATI, rispettivamente, con la società Langella Mario e con la società Eco Transfer) e al solo lotto 6 l'altra, in quanto esse erano gestori uscenti in alcune delle strutture sanitarie dislocate in tali lotti¹³¹.

96. A motivazione della partecipazione solo ad alcuni lotti, tutte le Parti hanno richiamato la loro ridotta struttura dimensionale¹³². In quest'ottica, una partecipazione più ampia era inibita dalla struttura organizzativa di ciascuna di loro e dai vincoli di capacità cui erano soggetti gli impianti di sterilizzazione o stoccaggio, di cui, ad esempio, Ecologica Sud, Langella e Ecosumma erano titolari.

Sotto un diverso profilo, secondo la società di consulenza, qualora le parti si fossero presentate dove non erano gestori uscenti, avrebbero sicuramente praticato prezzi più alti¹³³.

97. Infine, alcune imprese hanno affermato che era il bando di gara a porre un vincolo alla partecipazione (e all'aggiudicazione) a più di due lotti, essendo ivi presenti alcune specifiche clausole in tal senso¹³⁴.

V.3. Il ricorso a Green Light, la condivisione di input produttivi e l'assenza di un'analisi degli effetti delle condotte osservate

98. Le Parti hanno addotto diverse motivazioni a sostegno del ricorso ad un medesimo consulente di GARA. Da un lato, hanno sostenuto che la decisione di rivolgersi a Green Light è stata dettata dalla riconosciuta fama a livello nazionale della stessa e dalla sussistenza di pregressi e consolidati rapporti con la società di consulenza; dall'altro, hanno richiamato le caratteristiche del bando di gara predisposto da So.re.sa., il quale si presentava particolarmente dettagliato sotto il profilo dei requisiti tecnici richiesti e dei conseguenti punteggi eventualmente raggiungibili per ciascun requisito (diversamente da quanto era invece accaduto nelle pregresse procedure ad evidenza pubblica indette dalle Aziende sanitarie della Campania). Pertanto, il ricorso a Green Light sarebbe stato dettato dalla necessità di disporre di un progetto che consentisse di spuntare il massimo del punteggio previsto dal bando, lasciando il disegno di gara poco spazio alla mera progettualità dell'impresa¹³⁵.

99. Di contrario avviso, sul punto, sia la stazione appaltante che, almeno in parte, Eco Transfer, società coinvolta nella presente procedura istruttoria. La prima, infatti, ha dichiarato che il servizio richiesto e le modalità di svolgimento dello stesso erano sostanzialmente simili rispetto a quello già erogato nelle strutture ospedaliere della Regione Campania. Ed infatti, in sede di audizione So.re.sa. ha affermato che *“la gara indetta dalla centrale di committenza non era particolarmente innovativa sotto il profilo dei requisiti e dei modelli organizzativi richiesti”* e che pertanto, *“tutte le*

¹³⁰ Cfr., docc. 100, 101,102, 193 e 196, allegato 2.

¹³¹ Cfr., docc. 115,122, 191 e 192.

¹³² Cfr., docc. 9, 14 e 31, nonché docc. 100, 101, 102, 115,23, 191, 192, 193, e 196, allegato 2.

¹³³ Cfr., doc. 89.

¹³⁴ Così si sono espresse Bifolco, nonché dichiarazioni a verbale di Ecologica, Ecosumma e Langella (docc. 115, 116,117 e 118).

¹³⁵ Cfr., docc. 115, 119, 120, 121, 128, 129,130, 193 e 196, allegato 2.

parti, in quanto gestori uscenti, disponevano del know-how necessario per redigere autonomamente le proprie offerte tecniche, senza aver bisogno di far ricorso necessariamente a consulenze di terzi, che avrebbe determinato un costo probabilmente non marginale per imprese di dimensioni medio piccole”¹³⁶.

Parzialmente differente la posizione sul punto della società Eco Transfer, la quale dopo aver ricordato che il ricorso a Green Light costituiva una scelta strategica in ragione del fatto che il capitolato predisposto da So.re.sa. era impegnativo, ha affermato di aver utilizzato i servizi della citata società di consulenza solo per comodità: Green Light era infatti stata proposta da Bifolco, con la quale Eco Transfer era in ATI nel lotto 6. Sempre secondo Eco Transfer, comunque, era possibile predisporre autonomamente la propria offerta tecnica¹³⁷.

100. Sotto un diverso profilo, le parti hanno dichiarato che la scelta di usufruire dei servizi della società di consulenza Green Light sarebbe intervenuta solo dopo aver autonomamente selezionato i lotti sui quali competere e aver sinergicamente individuato i rispettivi partner nei singoli lotti¹³⁸. Proprio al fine di suffragare le dichiarazioni rese, le tre società citate hanno altresì fornito una ricostruzione degli incontri avvenuti sia con la società di consulenza Green Light, sia con le altre società con le quali avevano deciso di presentarsi in ATI nell’ambito della gara indetta da So.re.sa., nel periodo successivo alla pubblicazione del bando di gara e fino al deposito della documentazione amministrativa in data 30 dicembre 2016, senza tuttavia suffragarla con alcun supporto documentale¹³⁹.

101. La condivisione di *input* produttivi, poi, nella ricostruzione di Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario sarebbe stata suggerita dalla società di consulenza che, dopo aver accettato gli incarichi di ciascuna di loro - “considerata l’accesa concorrenza in gara, al fine di poter sviluppare ciascuna la migliore offerta tecnica ed economica possibile” - , avrebbe suggerito alle imprese di “mettere a fattor comune”: (i) la disponibilità dei rispettivi impianti e (ii) i rapporti che ciascuna di tali società aveva con fornitori di materiali e impianti¹⁴⁰.

102. Sotto diverso profilo, le società Ecosumma, Ecologica Sud e Langella Mario hanno eccepito che la scelta del medesimo consulente, la condivisione di alcuni fornitori e la concessione reciproca di impianti non hanno illegittimamente aumentato la trasparenza sulle scelte di gara delle Parti. Ciò in quanto, agli atti del fascicolo istruttorio, non esisterebbero prove che le imprese abbiano in tal modo condiviso informazioni commerciali sensibili; peraltro, la reciproca concessione di impianti era necessaria atteso che le Parti disponevano al massimo di un impianto, mentre il disciplinare di gara ne richiedeva due¹⁴¹.

In ogni caso, ed infine, la condivisione di tali *input* non ha inciso sull’autonomia decisionale delle Parti, nella misura in cui: Ecosumma, pur avendo ottenuto la consulenza di Green Light per il lotto 4, ha poi successivamente ipotizzato di partecipare anche al lotto 1, pagando il relativo contributo all’ANAC; le Parti hanno svolto sopralluoghi anche in lotti diversi da quelli sui cui hanno puntato;

¹³⁶ Cfr., doc. 113.

¹³⁷ Cfr., doc. 122.

¹³⁸ Cfr., docc. 100, 101, 102, 115,122, 191, 193 e 196, allegato 2.

¹³⁹ Cfr., docc. 116, 117,118. e 196, allegato 2.

¹⁴⁰ Cfr., docc. 100, 101, 102, 116, 117,118, 193 e 196, allegato 2.

¹⁴¹ Cfr., doc. 196, allegato 2.

MIDA ha concesso la disponibilità dei propri impianti di destinazione finale a tutte le Parti e su tutti i lotti messi a gara¹⁴².

103. Infine, Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario hanno rimarcato gli effetti pro-competitivi della collaborazione instauratasi tra le Parti nei singoli lotti. In particolare, tali società hanno dichiarato che: *“la concessione reciproca di disponibilità degli impianti nell’ottica di migliorare l’offerta tecnica”, nonché “la messa a “fattor comune” dei contatti con fornitori di materiali e titolari di impianti al fine di negoziare condizioni più vantaggiose e ottenere materiali di maggior qualità a prezzi più bassi”* ha consentito loro di formulare offerte economiche particolarmente basse e l’offerta tecnica migliore possibile¹⁴³. Ne consegue che, la fattispecie ipotizzata nella CRI *“non riguarda un classico caso di big rigging, in cui lo scopo delle imprese è quello di aggiudicarsi la gara presentando offerte poco competitive, bensì un caso in cui le Parti hanno agito: senza sottrarsi al confronto competitivo, che è stato anzi particolarmente acceso; formulando la migliore offerta tecnica ed economica con un significativo beneficio per le aziende sanitarie ed i pazienti”*¹⁴⁴.

Pertanto, nella denegata ipotesi in cui la concertazione fosse ritenuta invece provata, sussisterebbero comunque i presupposti per concedere un’esonazione in deroga ai sensi dell’art. 101 (3) del TFUE. Sul punto, le tre società ricordano che la norma in questione si applica a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese, non distinguendo tra accordi che hanno per oggetto o per effetto *“di restringere la concorrenza”*¹⁴⁵.

104. Da ultimo, Ecologica Sud, Ecosumma e Langella eccepiscono l’assenza di approfondimenti sugli effetti delle condotte oggetto di istruttoria¹⁴⁶.

Sotto un diverso profilo, infine, Eco Transfer, ha eccepito che *“l’ipotesi di un’intesa lesiva della concorrenza è incompatibile con i significativi ribassi (in media il 38%) ai quali poi sono state aggiudicate le commesse ad esito della GARA indetta da So.re.sa.”*¹⁴⁷.

V.4. Le posizioni di Bifolco e di Eco Transfer

105. Le società Bifolco ed Eco Transfer hanno eccepito la loro estraneità al disegno collusivo oggetto di procedura istruttoria. In particolare, Bifolco ha dichiarato, da un lato, di ignorare che le offerte tecniche delle Parti fossero identiche nel format e, dall’altro, che - successivamente all’avvio dell’istruttoria - in data 31 gennaio 2018, ha inviato una lettera alla società Green Light, finalizzata a sospendere parte del pagamento dovuto alla società di consulenza in attesa di conoscere gli esiti dell’istruttoria avviata dall’Autorità¹⁴⁸.

¹⁴² Cfr., docc. 193 e 196, allegato 2.

¹⁴³ Cfr., docc. 100, 101, 102, 193 e 196, allegato 2. Le medesime considerazioni sono state effettuate da Bifolco nella memoria finale depositata in occasione dell’audizione innanzi al Collegio (Cfr., doc. 191).

¹⁴⁴ Cfr., docc. 193 e 196, allegato 2.

¹⁴⁵ Cfr. doc. 193 e 196, allegato 2.

¹⁴⁶ Cfr., doc. 193.

¹⁴⁷ Cfr., doc. 192.

¹⁴⁸ Cfr., doc. 191. A tal fine la società ha prodotto in atti la missiva inviata alla società di consulenza Green Light e la risposta fornita da quest’ultima il successivo 5 febbraio 2018.

106. La sola società Eco Transfer ha eccepito l'assenza, a suo carico, di evidenze esogene ed endogene che ne comprovino la partecipazione al descritto disegno collusivo¹⁴⁹. Inoltre, a conferma di quanto eccepito da Bifolco, Eco Transfer ha affermato di aver contestato e sospeso il pagamento della quota di spettanza della società delle spese relative alla consulenza offerta Green Light nell'ambito dell'ATI con Bifolco, dopo aver appreso che le relazioni tecniche per i lotti in gara e per tutte le altre parti erano simili e predisposte dal medesimo consulente¹⁵⁰.

107. Nelle denegata ipotesi in cui l'Autorità ritenesse opportuno irrogare una sanzione, Eco Transfer invoca, altresì nei suoi confronti, l'attenuante di cui al paragrafo 23 delle Linee Guida *antitrust*, avendo svolto al più un ruolo marginale nella partecipazione all'intesa¹⁵¹.

V.5. L'(eventuale) quantificazione della sanzione e la riduzione della stessa per incapacità contributiva di alcune delle Parti

108. Le società Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario contestano la gravità dell'intesa in quanto la stessa: non riveste il carattere di segretezza; non ha avuto effetti restrittivi della concorrenza; ha riguardato una sola procedura di gara. Ne consegue, da un lato, che la percentuale da applicare al valore delle vendite dovrebbe essere assai inferiore al 15% e, dall'altro, che non trova applicazione, nel caso di specie, la maggiorazione prevista dal paragrafo 17 delle Linee Guida¹⁵².

109. La sola società Ecologica Sud ha eccepito di non aver avuto alcun ruolo decisivo nella realizzazione dell'intesa. La mera condivisione con le società Ecosumma, Langella Mario e Bifolco, della bozza di contratto inviata da Green Light va anzi apprezzata positivamente nell'economia degli eventi. Ecologica, infatti, *“ha avuto un ruolo decisivo nel precisare, sia nei confronti di Green Light sia delle altre Parti, che la collaborazione non avrebbe dovuto comportare un impegno a non partecipare a determinati lotti o una condivisione della formulazione dell'offerta economica o tecnica, occupandosi peraltro di verificare che il contratto prevedesse chiaramente una clausola di riservatezza che fosse portata a conoscenza di tutte le Parti”*¹⁵³.

110. Sotto un diverso profilo, le società Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario hanno eccepito che, stante la loro natura di operatori di dimensioni contenute, in ipotesi di irrogazione della sanzione, esse sarebbero esposte al rischio di esclusione dalle gare pubbliche indette nei prossimi tre anni ed al possibile annullamento della Gara So.re.sa..

Inoltre, le stesse hanno altresì sostenuto che l'eventuale irrogazione della sanzione ne comporterebbe l'uscita dal mercato¹⁵⁴. A suffragio delle dichiarazioni rese, ciascuna delle tre società ha prodotto una specifica relazione.

In particolare, Ecologica Sud ha affermato che “[omissis]”¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Cfr., docc. 125 e 192.

¹⁵⁰ Cfr., docc. 192 e 196. A differenza di Bifolco, tuttavia, Eco Transfer non ha suffragato con prove documentali tale dichiarazione.

¹⁵¹ Cfr., doc. 192.

¹⁵² Cfr., doc. 193.

¹⁵³ Cfr., doc. 193.

¹⁵⁴ Cfr., doc. 193. A tale fine, le società hanno asserito che *“l'irrogazione della prospettata sanzione le esporrebbe ad un netto peggioramento della loro attuale situazione finanziaria e, in definitiva, ad elevatissimo rischio di fallimento”*.

Ancora Ecosumma ha dichiarato che “[omissis]”¹⁵⁶.

Infine Langella Mario ha eccepito che “[omissis]”¹⁵⁷.

111. In ragione delle peculiarità del caso di specie, le società Ecologica Sud, Ecosumma e Langella Mario chiedono che non sia irrogata alcuna sanzione, o che sia irrogata una sanzione di carattere simbolico¹⁵⁸.

VI. VALUTAZIONI

VI.1. La qualificazione della fattispecie e il mercato rilevante

112. Gli elementi documentali acquisiti e ampiamente descritti nella parte in fatto qualificano l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza consistente in un coordinamento delle strategie commerciali delle società Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Langella Mario S.r.l. e Bifolco & Co. S.r.l. - e non della società Eco Transfer S.r.l. per le ragioni che saranno più dettagliatamente illustrate nel seguito - , realizzata anche per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l. in occasione dell'indizione della prima procedura di gara centralizzata bandita da So.re.sa. S.p.A. relativamente alla fornitura del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti da attività sanitarie per le aziende Sanitarie presenti nella Regione Campania¹⁵⁹.

113. Tale coordinamento fra le predette società, finalizzato ad una ripartizione dei lotti messi a GARA, si è in particolare attuato anche grazie all'attività svolta dalla società di consulenza Green Light, la cui reale funzione in seno all'intesa emerge in primo luogo dalla condivisione fra le Parti di una bozza di contratto originariamente veicolata dalla società di consulenza ad una soltanto di esse e cioè a Ecologica Sud. L'acclarata reciproca consapevolezza delle Parti di utilizzare un medesimo consulente, che poteva fornire i propri servizi solo in ipotesi di assenza di più offerte in concorrenza sullo stesso lotto, ha permesso a Green Light di facilitare la realizzazione del disegno collusivo: la società, infatti, ha costituito il “collante” a garanzia reciproca delle Parti del rispetto della preventiva spartizione dei lotti. Inoltre, Green Light ha contribuito attivamente e con piena cognizione di causa a realizzare in concreto la concertazione tra le società Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Langella Mario S.r.l. e Bifolco & Co. S.r.l. coadiuvando i propri committenti nella realizzazione di “un progetto premiante”¹⁶⁰.

114. In seguito agli accertamenti eseguiti e tenuto conto delle memorie depositate e delle argomentazioni svolte in sede di audizione finale, la descritta concertazione non è tuttavia imputabile alla società Eco Transfer S.r.l. per le motivazioni di seguito esposte.

¹⁵⁵ Cfr., [omissis].

¹⁵⁶ Cfr., [omissis].

¹⁵⁷ Cfr., [omissis].

¹⁵⁸ Cfr., doc. 196 allegato 2.

¹⁵⁹ Vale rammentare che il coordinamento in sede di gara è stato considerato dalla recente giurisprudenza amministrativa “tra le fattispecie più gravi (*hardcore*) di intese antitrust” (Cfr., ex multis, TAR Lazio, sentenza n. 12931, del 16 novembre 2015, relativa al caso I795 – Fanghi Lombardia e Piemonte, confermata dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 3047 del 5 maggio 2016.

¹⁶⁰ Cfr. sezione IV.

Anzitutto, si osserva che tale società non figura in nessuno dei contatti intervenuti tra le società anche per il tramite di Green Light, né esistono evidenze documentali che comprovino la sua partecipazione ad incontri avvenuti tra le altre società Parti della procedura istruttoria.

Peraltro, con riferimento al lotto cui ha partecipato Eco Transfer in ATI, il contratto con la società di consulenza Green Light risulta essere stato sottoscritto dalla sola società Bifolco, mandataria capo-gruppo nell'ATI relativa al lotto 6 della GARA So.re.sa., motivo per cui, in mancanza di un quadro probatorio idoneo ad accertare la partecipazione di detta società alla concertazione, non è possibile imputare ad Eco Transfer il descritto disegno collusivo.

Viceversa - e diversamente da quanto eccepito da Bifolco - il descritto disegno collusivo è imputabile a tale società in quanto, le evidenze documentali in atti - esogene ed endogene - ampiamente descritte nelle sezioni che precedono, permettono di inferire la consapevole collaborazione di Bifolco alla realizzazione della concertazione avvenuta nell'ambito della GARA¹⁶¹.

115. Si rammenta che dal punto di vista della qualificazione della fattispecie, i criteri del coordinamento e della collaborazione fra imprese debbono essere intesi alla luce delle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo le quali ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intenda seguire sul mercato comune¹⁶².

116. Nel caso di specie risulta invece in maniera inequivocabile dalle evidenze raccolte che l'esplicarsi dell'autonomia che dovrebbe caratterizzare le attività delle imprese è stata compromessa e condizionata dal perseguimento di finalità collusive. Se tale esigenza di autonomia non esclude che gli operatori economici possano adattarsi intelligentemente al comportamento dei concorrenti sul mercato, non può invece consentirsi ogni presa di contatto, diretta o indiretta (che nel caso di specie si è realizzata anche grazie al contributo di Green Light), tra operatori, avente per oggetto o per effetto sia di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, sia di svelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere sul mercato¹⁶³.

117. Tanto premesso, alla luce dei principi espressi dalla citata giurisprudenza, i comportamenti assunti dalle Parti, analiticamente descritti nella parte in fatto, configurano un'intesa restrittiva della concorrenza, frutto di una consapevole collaborazione delle parti dell'istruttoria, volta ad eliminare i rischi connessi al dispiegarsi di corrette dinamiche competitive in occasione della

¹⁶¹ Più nello specifico, Bifolco ha condiviso con le altre Parti della procedura istruttoria la bozza di contratto inizialmente inoltrata da Green Light a Ecologica Sud e da quest'ultima veicolata anche alle altre società oggetto del procedimento istruttoria, bozza di contratto che ha poi portato alla stipula di autonomi contratti di consulenza con Green Light; la società ha condiviso con Langella, prima del deposito della documentazione di gara, la bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 sul quale avrebbe poi gareggiato la sola Langella; Bifolco ha partecipato all'incontro congiunto presso la sede di Langella, tenutosi in data 1 dicembre 2016 - unitamente a Langella, Ecologica Sud ed Ecosomma - con il fornitore di contenitori ISI Plast; la società era, infine, destinataria delle email inviate da Green Light alle altre società concorrenti in vista della partecipazione alla GARA e finalizzate alla realizzazione di un "progetto premiante" (Cfr., sezione IV).

¹⁶² Cfr., Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, Suiker Unie e 14 luglio 1981, causa 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank.

¹⁶³ Infatti, come ribadito da ultimo dalla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5328, del 31 dicembre 2018, relativa al caso I793- Aumento prezzi del cemento, "se tali contatti fossero ammessi, infatti, si sostituirebbe all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione ed il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese".

prima gara centralizzata volta all'acquisizione del citato servizio, indetta da So.re.sa. nella Regione Campania.

118. Quanto all'individuazione del mercato rilevante, si rammenta che, per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella valutazione di un'intesa, l'individuazione del mercato rilevante è tesa alla delimitazione dell'ambito nel quale la stessa può restringere o falsare le dinamiche concorrenziali. Ed infatti nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, la *“definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'illecito è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento tra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito anticoncorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito”*¹⁶⁴. Inoltre, i medesimi giudici hanno sottolineato come, in merito all'individuazione del mercato rilevante è consentito *“circoscrivere l'ambito merceologico e territoriale all'insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale”*¹⁶⁵.

Ne consegue, alla luce dei principi giurisprudenziali richiamati, che nel caso di specie, l'ambito economico interessato è rappresentato dalla procedura di affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti speciali pericolosi e non (derivanti da attività sanitarie) per le tutte le aziende sanitarie presenti in Campania, bandita dalla Centrale Regionale di Acquisti So.re.sa..

VI.2. Le modalità di realizzazione dell'intesa

119. Con specifico riferimento alle modalità di realizzazione dell'intesa oggetto della procedura istruttoria, si osserva che essa si è basata su un modello concertativo peculiare che ha visto coinvolte sia le società Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario e Bifulco & Co, che la società di consulenza Green Light. In particolare dalle evidenze acquisite è emerso che le imprese partecipanti alla procedura indetta da So.re.sa. hanno definito *ex ante* ed in maniera concordata la propria strategia di GARA, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti, agevolati in ciò dalla scelta condivisa di utilizzare un medesimo consulente per la predisposizione delle relazioni tecniche, che ha anche attivamente favorito la realizzazione del coordinamento, in ragione della consapevolezza comune che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti. In quest'ottica, pertanto, l'utilizzo di un medesimo consulente di gara è da considerarsi elemento costitutivo dell'intesa oggetto di istruttoria.

120. Quando infatti ciascuna delle società coinvolte, nella consapevolezza reciproca di detta circostanza, ha stipulato un autonomo contratto di consulenza con Green Light, ha potuto garantirsi uno strumento di controllo della decisione di spartizione dei lotti, considerato che il consulente comune non avrebbe potuto prestare assistenza ad una pluralità di attori in concorrenza sullo stesso lotto.

¹⁶⁴ Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sentenza n. 127, del 10 marzo 2006, relativa al caso A351 – Telecom Italia, nonché Consiglio di Stato, sentenza n. 3032, del 13 giugno 2014, relativa al caso I731 – Gare Campane.

¹⁶⁵ Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sentenza n. 3032, del 13 giugno 2014, in caso I731 – Gare Campane, Tar Lazio, sentenza n. 12931, del 16 novembre 2015, in caso I765 – Fanghi Lombardia e Piemonte, come confermato dal Consiglio di Stato, sentenza n. 3047, del 5 maggio 2016.

121. D'altro canto, le evidenze in atti testimoniano che la società di consulenza Green Light ha anche assunto un ruolo significativo e consapevole nella descritta concertazione, agevolando e suggellando la previa spartizione del mercato attuata dalle Parti. La stipula di contratti individuali di consulenza con tutte le imprese assistite per lotti distinti, nella condivisa consapevolezza che questo avrebbe implicato l'impossibilità per le imprese parti di gareggiare tra loro in concorrenza sullo stesso lotto, nonché la documentata attività di sollecitazione verso le Parti ad assumere comportamenti più collaborativi ai fini della partecipazione alla gara, stimolando ad esempio le stesse ad "evitare personalismi" onde poter agevolare la migliore stesura degli elaborati tecnici e ricevere i corrispettivi pattuiti nel contratto¹⁶⁶, comprovano la piena partecipazione anche della società Green Light al disegno collusivo. Ne consegue un ruolo essenziale di Green Light al perfezionamento di detto disegno, consentendo di definire lo scopo stesso dei servizi forniti dalla società di consulenza nella realizzazione, con piena cognizione di causa, dell'obiettivo anticoncorrenziale di cui trattasi, ovvero la ripartizione del mercato nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica indetta da So.re.sa.¹⁶⁷.

Depongono in questo senso le affermazioni rese in audizione dallo stesso consulente, richiamate nella parte in fatto, secondo le quali, prima di stipulare i contratti con le Parti, aveva nuovamente rappresentato a ciascuna di loro "*di poter accettare l'incarico di consulenza solo ove avessero deciso di presentare offerta nei lotti in cui non erano in concorrenza tra loro*"¹⁶⁸.

122. Una volta intervenuta la decisione in ordine alla ripartizione dei lotti nella presentazione delle offerte, poi, tra le imprese sono intercorsi numerosi contatti volti a condividere *input* produttivi, nella consapevolezza reciproca che esse non sarebbero state concorrenti effettivi sui lotti selezionati, nonché ulteriori contatti, anche per il tramite della società di consulenza, finalizzati a garantire gli esiti del citato coordinamento. Depongono in questo senso, sia la scelta di Ecosumma, Ecologica Sud e Langella Mario di utilizzare un medesimo impianto di smaltimento rifiuti sito in Campania, sia l'incontro svoltosi presso la sede della società Langella Mario, alla presenza degli altri operatori concorrenti Ecologica Sud, Bifolco e Ecosumma, finalizzato a discutere congiuntamente la possibile fornitura di contenitori in plastica da parte dell'impresa produttrice ISI Plast S.p.A.¹⁶⁹.

123. Il descritto modello concertativo, fondato su indizi gravi, precisi e concordanti, permette di inferire - alla luce della più recente giustizia amministrativa - la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte alla realizzazione di uno scopo comune di restrizione della concorrenza¹⁷⁰.

124. A supporto di tale ricostruzione vale osservare che le evidenze documentali in atti dimostrano inequivocabilmente che la scelta dei lotti sui quali competere - diversamente da quanto eccepito da alcune parti della procedura istruttoria - non ha costituito il frutto di un'autonoma

¹⁶⁶ Cfr., sezione IV.

¹⁶⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia UE del 22 ottobre 2015, in causa C-194/14P, AC-Treuhand AG/Commissione Europea, nonché sentenza del TPG del 10 novembre 2017, in causa T-180/15 ICAP plc/Commissione.

¹⁶⁸ Cfr., doc. 89, sezione IV.

¹⁶⁹ Cfr., sezione IV.7.2., docc. 10.19, 10.20 e 32.64.

¹⁷⁰ Cfr., Tar Lazio, sentenza n. 2670, del 26 febbraio 2016, in caso I759 – Forniture Trenitalia e Consiglio di Stato, sentenza n. 4506, del 3 giugno 2014, nel caso I722 – Logistica Internazionale.

scelta individuale delle società, ma l'esito di una definizione concertata tra le stesse, anche mediante l'utilizzo di un unico consulente, che ha facilitato la realizzazione del coordinamento.

Né può essere accolta la ricostruzione delle parti relativamente alle tappe salienti attraverso le quali esse avrebbero selezionato solo alcuni lotti e non altri, nella misura in cui essa non risulta suffragata da alcun elemento documentale agli atti.

125. Viceversa, a dimostrazione del fatto che le modalità di partecipare alla GARA sono derivate da una previa concertazione tra le Parti, rileva sottolineare come la documentazione istruttoria dia conto di un contatto qualificato tra le Parti, consistente in una bozza di contratto, inviata da Green Light a Ecologica Sud, in data 21 ottobre 2016, e da quest'ultima veicolata alle società Ecosumma, Bifolco e Langella oggetto della procedura istruttoria, nella consapevolezza reciproca della indisponibilità di Green Light ad assistere soggetti tra loro in concorrenza sul medesimo lotto¹⁷¹. La condivisione di tale bozza di contratto tra le citate società - bozza che individuava genericamente tutti i lotti nei quali si articolava la gara indetta da So.re.sa. e non le scelte individuali di partecipazione - si è poi tradotta nella successiva stipula di autonomi contratti di consulenza tra le Parti e la società Green Light, che indicavano i lotti in cui ciascuna società avrebbe partecipato alla GARA, senza dunque che, alla luce del suddetto vincolo imposto da Green Light, vi fosse alcuna sovrapposizione tra concorrenti.

126. Destituita di fondamento risulta l'eccezione di parte secondo la quale la circolazione di tale bozza di contratto non si configurerebbe come un contatto qualificato, in quanto privo del chiaro riferimento ad una previa spartizione dei lotti. Sul punto valga anzitutto ricordare il recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“perché il parallelismo dei comportamenti tra più imprese divenga una condotta abusiva, è necessario che esso sia concordato: dunque per irrogare una sanzione ci vuole una prova, diretta o indiretta, di una concertazione tra imprese, ossia di un flusso informativo tra le stesse, che precede e può persistere con il dato oggettivo del comportamento ed è funzionalmente adeguato a provocarlo”*¹⁷².

Alla luce della richiamata giurisprudenza, ed avendo a mente la concatenazione degli eventi come sopra ricostruita - condivisione tra le Parti di una bozza di contratto, contenente un generico riferimento a tutti i lotti della GARA So.re.sa, seguita dalla stipula di autonomi contatti di consulenza, nel medesimo arco temporale e per lotti diversi, unitamente alla consapevolezza delle Parti, all'atto della stipula, che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza tra loro - si osserva quindi che la condivisione di una bozza di contratto contenente implicitamente un patto di non concorrenza è suscettibile di rappresentare in sé un elemento costitutivo di un'intesa; dovendosi quindi tale elemento a maggior ragione qualificarsi certamente come un contatto qualificato, ovvero come un elemento di prova esogeno, funzionalmente atto a dimostrare la sussistenza di un'intesa lesiva della concorrenza nel caso di specie¹⁷³.

127. Priva di pregio, inoltre, risulta l'eccezione delle parti che hanno rivendicato l'esistenza di una scelta individuale dei lotti cui partecipare, preliminare alla stipula dei contratti con il consulente. In primo luogo, infatti, la bozza di contratto oggetto di condivisione era stata redatta (a favore di Ecologica) con riferimento a tutti i lotti nei quali si articolava la GARA So.re.sa,

¹⁷¹ Cfr., sezione IV.7.1.

¹⁷² Cfr., TAR Lazio, nn. 3982 e 3983, del 1 aprile 2016, nel caso I-775 – Procedure di ristoro su rete autostradale ASPI.

¹⁷³ Cfr., *ex multis*, CdS n. 4010 del 21 marzo 2018, nel caso I771 – Servizi post Produzione di programmi televisivi RAI.

dimostrando dunque come la scelta di partecipazione, quantomeno da parte di Ecologica Sud, sia intervenuta in un momento successivo. Inoltre, e soprattutto, quand'anche al momento dell'invio del contratto da parte della società di consulenza, Ecologica Sud avesse già maturato l'idea di concentrarsi sui lotti 2 e 5, la condivisione di tale bozza con i concorrenti, contenente un vincolo implicito alla non sovrapposizione nei diversi lotti, equivale in tutto alla assicurazione del reciproco rispetto delle proprie scelte, che peraltro vengono anche necessariamente rivelate ai concorrenti dall'invio stesso (in quanto, come minimo, il consulente dovrà rifiutarsi di accettare incarichi per i lotti per i quali è già impegnato con Ecologica Sud). In questa prospettiva, appare utile richiamare anche la documentazione ispettiva illustrata in fatto (cfr. §.72) e relativa ad appunti manoscritti - senza data - reperiti presso Bifolco, in una cartellina contenente il contratto di consulenza con Green Light, che riportano il *pattern* di offerte effettivamente presentate dalle aziende nella GARA. La società Bifolco - pur premettendo di non ricordare esattamente - ha giustificato detti appunti (che rilevavano la propria conoscenza delle offerte delle Parti nei diversi lotti) sostenendo che essi sarebbero stati redatti nel gennaio ovvero nel settembre del 2017, in ogni caso successivamente all'apertura delle prime buste in sede di gara presso So.re.sa.. Sul punto, si deve osservare come detta affermazione appaia del tutto indimostrata, e in ogni caso non sembri molto plausibile, considerato che i predetti appunti erano custoditi insieme a documentazione relativa a un periodo di parecchi mesi precedente l'apertura delle buste presso So.re.sa..

128. A conferma poi del ruolo assunto da Green Light quale “garante” dell'accordo intervenuto tra le parti, valga richiamare un documento descritto nella parte in fatto, datato 28 ottobre 2016, inviato dal consulente comune alle società Langella Mario, Ecologica Sud e Bifolco¹⁷⁴, nel quale il primo sollecitava i destinatari della mail a cooperare e a produrre tutta la documentazione indispensabile alla realizzazione di un “progetto premiante”.

129. Ulteriore testimonianza dell'esistenza di un preciso intento spartitorio dei singoli lotti della GARA emerge con tutta evidenza dal documento, reperito presso la sede della società Ecologica, e datato 17 dicembre 2016, con il quale la società effettua alcune simulazioni di offerta relativamente ai lotti 2 e 5 della gara indetta da So.re.sa. Infatti, tale documento menziona esplicitamente solo alcune delle società che hanno poi presentato offerta in tali lotti. Al di là della suggestiva ricostruzione del documento fornita da Ecologica, rileva la circostanza che la società abbia scientemente effettuato simulazioni escludendo dal confronto proprio gli altri *competitor* che si erano avvalsi della consulenza di Green Light e che poi non hanno presentato offerta per tali lotti¹⁷⁵.

130. La preventiva spartizione dei lotti messi a gara ha condizionato significativamente i comportamenti delle Parti nella presentazione delle offerte. Prova ne sia che, pur avendo le stesse società rivendicato una presunta libertà di candidarsi su altri lotti individualmente o ricorrendo ai servizi di altra società di consulenza - adducendo in proposito addirittura la natura pro-concorrenziale del contratto di consulenza stipulato con Green Light - di fatto esse non hanno poi presentato altre offerte, eliminando in radice qualunque forma di confronto competitivo in sede di gara. A conferma di una consapevole ripartizione concertata dei lotti milita anche la circostanza per cui tutte le Parti del procedimento hanno poi versato il contributo ANAC richiesto dal

¹⁷⁴ Cfr. sezione IV.7.3.

¹⁷⁵ Cfr., sezione IV.7.1.

disciplinare di gara solo con riguardo agli specifici lotti su cui poi si sono effettivamente presentate avvalendosi del contributo di Green Light, con l'unica eccezione della società Ecosumma, che risulta aver effettuato il versamento anche per un ulteriore lotto, e che ha tuttavia giustificato la propria scelta come irrazionale e dettata dal "panico". In proposito vale rimarcare la contraddittorietà della tesi difensiva di Ecosumma che, da un lato, richiama il pagamento del contributo per un lotto diverso a dimostrazione dell'assenza di limitazioni contrattuali alla scelta di voler partecipare anche ad altri lotti e, dall'altra, ha continuato a motivare la scelta del solo lotto in cui ha gareggiato con la consulenza di Green Light con la sua ridotta struttura organizzativa.

In ogni caso, a dimostrazione dell'assenza di una reale intenzione delle Parti di presentare offerte anche su lotti diversi rispetto a quelli sui quali hanno fruito dei servizi di consulenza di Green Light, depone la circostanza che esse abbiano condiviso *input* produttivi nella chiara consapevolezza che non sarebbero state concorrenti effettive sui lotti oggetto di concertazione.

131. Né vale obiettare, come tentato da alcune delle Parti, la sussistenza di vincoli alla partecipazione alla gara insiti nel bando predisposto da So.re.sa.. Come infatti emerge nelle sezioni che precedono, il disciplinare di gara consentiva astrattamente la possibilità di presentare offerte anche su tutti i lotti con il solo limite derivante dalla necessità di non adottare la medesima forma giuridica. Prova ne sia che Langella Mario ha partecipato e si è aggiudicato in composizione variabile, tre dei sei lotti nei quali si articolava la gara (lotto 1 come impresa individuale e lotti 2 e 3 in ATI, rispettivamente, con le società Ecologica Sud e Bifolco). Ciò del resto, trova conferma nelle stesse dichiarazioni a verbale rese dal citato operatore, secondo il quale, per partecipare al lotto 5, "*avrebbe dovuto necessariamente trovare un altro partner per partecipare in ATP*", vale a dire avrebbe potuto farlo anche se con un'ATI di diversa composizione.

132. D'altra parte, non può essere neppure accolto l'argomento, sempre avanzato da alcune delle Parti, secondo il quale una testimonianza dell'assenza di un intento collusivo risiederebbe nel fatto che nel partecipare alla gara non è stato concordato un sistema di "offerte di appoggio" con sconti contenuti che, alla luce della conformazione della formula per la attribuzione del punteggio economico, avrebbe consentito secondo le Parti di "*neutralizzare eventuali offerte aggressive di altre imprese*" e così di massimizzare la possibilità di successo della concertazione a condizioni economiche più convenienti di quelle poi effettivamente spuntate. Al riguardo, infatti, non si può non rilevare innanzitutto come, in linea generale, il fatto che le Parti abbiano adottato in concreto un modello collusivo diverso da quello che in astratto *ex post* sostengono essere più conveniente non vale a escludere in sé l'esistenza dell'intesa. Inoltre, appare evidente che la eventuale presentazione di offerte di appoggio avrebbe potuto realizzarsi solo senza l'ausilio della società di consulenza Green Light, atteso il vincolo di non concorrenza imposto dalla stessa ed accettato dalle società¹⁷⁶.

133. In particolare, poi, sul tema del potenziale utilizzo di offerte di appoggio va rilevato che, come emerge dalle evidenze in atti, l'intento delle Parti nella partecipazione alla gara So.re.sa. è stato essenzialmente quello di preservare ciascuna la propria posizione di fornitore uscente nella maggior parte dei presidi in cui si articolava la GARA So.re.sa. (pur se raggruppati in maniera differente rispetto al passato); pertanto, nella valutazione delle parti, l'obiettivo primario da perseguire era quello del mantenimento della fornitura, e solo in subordine il livello di redditività

¹⁷⁶ Ciò benchè astrattamente possibile, nei fatti non si è realizzato.

delle commesse. Ciò posto, benché l'accordo spartitorio riposasse sul presupposto che i gestori uscenti fossero comunque i soggetti maggiormente accreditati per aggiudicarsi i vari lotti della gara, le Parti stesse non potevano tuttavia escludere la partecipazione alla gara di operatori terzi, potenzialmente competitivi sia sotto il profilo economico che sotto quello tecnico (cosa che nei fatti si è realizzata con la partecipazione alla GARA da parte dell'ATI Coop Service/Ecosistem). Pertanto, proprio in considerazione dell'incertezza in merito all'offerta di operatori terzi – anche in ragione della circostanza che si trattava della prima gara centralizzata indetta da So.re.sa. – non era evidente il vantaggio connesso a eventuali strategie di offerte di appoggio, il cui utilizzo, nelle condizioni descritte, non avrebbe potuto massimizzare le possibilità di aggiudicazione¹⁷⁷.

134. Parimenti destituite di fondamento appaiono le eccezioni di parte secondo le quali la geografia della gara sarebbe legata alla loro ridotta struttura dimensionale ed al conseguente interesse a prestare il servizio unicamente nelle aree (e quindi per quei soli lotti) nelle quali erano gestori uscenti, nonché alla loro ridotta capacità produttiva.

In merito si osserva che, pur riconoscendo l'oggettiva natura di operatori di piccole dimensioni che caratterizza le parti della presente procedura istruttoria, esistono tuttavia alcune evidenze documentali - descritte nella parte in fatto - che paiono contraddire le giustificazioni addotte dalle imprese ai comportamenti assunti.

Anzitutto, la ridotta capacità produttiva delle imprese è sconfessata dalla decisione assunta dalle Parti, dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte prevista nella gara indetta da So.re.sa., ma ben prima dell'aggiudicazione di tale gara, di partecipare alla successiva gara indetta dalla Regione Lazio¹⁷⁸.

Inoltre, dalle stesse evidenze documentali descritte nella parte in fatto - e diversamente da quanto eccepito dalle Parti - emerge una capacità inutilizzata degli impianti di sterilizzazione degli operatori Parti della concertazione, che ben avrebbe potuto essere utilizzata per predisporre offerte anche su altri lotti¹⁷⁹. Se la cessione di capacità è, infatti, nelle stesse dichiarazioni rese dalle Parti in audizione "*fonte di ricavi per le imprese*", appare evidente che la disponibilità di capacità inutilizzata - vieppiù in assenza di certezza in merito agli esiti di una procedura di gara in corso - comprova l'irrazionalità economica delle condotte assunte dalle società Parti della procedura istruttoria.

In ogni caso, e sotto un diverso profilo, anche a voler accogliere le tesi di Parte in ordine alle motivazioni individuali sottese alla scelta dei lotti sui quali ciascuna di esse si è candidata, comunque la strategia individuale di GARA non doveva costituire oggetto di condivisione tra operatori concorrenti.

135. In secondo luogo, valga richiamare la circostanza che alcune delle Parti avevano comunque maturato pregresse esperienze in altri presidi sanitari e dunque erano nella condizione di poter formulare offerte anche per lotti ulteriori e diversi rispetto a quelli prescelti, sia pure con la

¹⁷⁷ Sul punto, va osservato che la possibilità di fruire del "vantaggio" che le offerte di appoggio possono garantire in termini di minor penalizzazione di punteggio riservata all'impresa che non abbia fatto la migliore offerta economica riposa quantomeno sulla sicura consapevolezza di poter ottenere il miglior punteggio tecnico circostanza che tuttavia nel caso di specie non poteva essere considerata ricorrere, alla luce della notevole e più volte richiamata complessità che le Parti stesse attribuivano all'offerta tecnica (tanto da aver richiesto, per la redazione della stessa, il ricorso ad un consulente) nonché alla richiamata incertezza in merito all'offerta di operatori terzi

¹⁷⁸ Cfr., sezione IV.7.4.

¹⁷⁹ Cfr., sezione IV.4.

necessità di ricorrere ad ATI a composizione variabile, in ragione dei limiti derivanti dal bando. Si ricordi in proposito, ad esempio, che Langella - aggiudicatario dei lotti 1, 2 e 3 – serviva, prima della GARA So.re.sa., anche alcuni presidi sanitari oggi riuniti nel lotto 4 e nel lotto 5¹⁸⁰.

Se così non fosse, del resto, priva di senso sarebbe l'evidenza in atti per cui, nel mese di novembre 2016, tutte le Parti della procedura istruttoria avevano chiesto ed ottenuto la disponibilità della società MIDA, sita in Calabria, al trattamento di eventuali rifiuti derivanti da tutti i lotti messi a GARA¹⁸¹. Inoltre, esse avevano effettuato sopralluoghi in molti dei presidi sanitari presenti nei diversi lotti messi a gara, al fine di verificare le zone e le strutture ospedaliere presso le quali espletare i servizi richiesti dalla gara So.re.sa., tanto da far slittare il termine previsto per il deposito della documentazione di gara¹⁸².

136. Le modalità di realizzazione dell'intesa hanno visto inoltre frequenti e ripetuti contatti tra le parti proprio in relazione alla modalità di partecipazione alla GARA. A titolo di esempio, si ricordi la condivisione, prima del deposito della documentazione di GARA, tra due delle Parti – segnatamente Langella e Bifulco – di una bozza di relazione tecnica relativa al lotto 1 – contenente informazioni sulla struttura organizzativa della società Langella di evidente natura sensibile –, sul quale, si rammenta, ha poi presentato offerta la sola società Langella¹⁸³.

137. Più in generale, i contatti fra le parti erano finalizzati anche a condividere *input* produttivi, quali tipologie di contenitori e impianti di smaltimento, considerati peraltro elementi qualificanti dell'offerta, nelle dichiarazioni a verbale rese dal rappresentante di Green Light.

VI.3. La restrittività dell'intesa per oggetto

138. L'intesa posta in essere tra le società Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario, e Bifulco & Co, realizzata anche per il tramite e con il contributo attivo della società di consulenza Green Light ha avuto per oggetto un coordinamento nella decisione di partecipare alla gara indetta da So.re.sa.. Detto coordinamento, come ampiamente illustrato nelle sezioni che precedono si è tradotto in una evidente spartizione del mercato tra le società sopra indicate, nella misura in cui ciascuna di esse ha presentato offerte solo in alcuni lotti e senza sovrapporsi con gli altri partecipanti alla gara.

139. Una simile fattispecie di coordinamento, volta a compartimentare il mercato, costituisce, ai sensi della giurisprudenza comunitaria in materia come ripresa dal giudice nazionale, una violazione c.d. "per oggetto" della normativa antitrust¹⁸⁴. Ne consegue che non risulta necessario – diversamente da quanto eccepito dalle Parti in sede difensiva - procedere ad una verifica concreta dei suoi effetti sul mercato¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Cfr., sezione IV:4.

¹⁸¹ Cfr., sezione IV.7.1.

¹⁸² Cfr., sezione IV.7.4.

¹⁸³ Cfr., sezione IV.7.2.

¹⁸⁴ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, relativa al caso I722 – Logistica Internazionale.

¹⁸⁵ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza n. 3032, del 13 giugno 2014, relativa al caso I731 – Gare Campane, nonché Consiglio di Stato, sentenza n. 2837, relativa al caso I722 – Logistica internazionale. Si veda, da ultimo anche la recente sentenza del Consiglio di Stato, n. 5328, del 31 dicembre 2018, relativa al caso I/793 – Aumento del prezzo del cemento, secondo la quale: "le intese di tale tipo sono vietate di per sé, ovvero per il mero fatto di essere state poste in essere: non è necessario per incorrere nel divieto che dall'intesa vietata sia effettivamente derivato un effetto distorsivo" e ciò in quanto non è vero che "gli effetti economici dell'intesa sarebbero elemento costitutivo dell'illecito".

140. In questa direzione, il giudice amministrativo ha affermato che *“alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto” - come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare – così come nella fattispecie in esame – il coordinamento nella partecipazione alle gare d’appalto (c.d. “bid rigging”) – che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell’applicazione dell’articolo [101], paragrafo 1, [TFUE]”*¹⁸⁶.

Ciò in quanto, come recentemente affermato del giudice amministrativo, una violazione della concorrenza per oggetto integra una fattispecie “di pericolo”, nel senso *“che il “vulnus” al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato”*¹⁸⁷.

VII. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

141. Nell’avvio si è ipotizzata l’applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza (articolo 101 TFUE) sulla base del pregiudizio intracomunitario che la fattispecie poteva presentare tenuto conto della rilevanza comunitaria della procedura di gara oggetto di indagine.

142. Preliminarmente si rappresenta che, a fronte di una qualificazione della fattispecie in esame quale intesa restrittiva per oggetto non risulta necessario accertarne la consistenza, dal momento che a tale tipologia di intese non si applicano i criteri della Comunicazione della Commissione *“De minimis”*¹⁸⁸. In ogni caso, si evidenzia che l’intesa in esame è comunque idonea a falsare sensibilmente il gioco della concorrenza sul mercato rilevante dal momento che la concertazione posta in essere ha coinvolto i principali gestori uscenti attivi nell’erogazione del servizio di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi e non derivanti dalle attività di tutte le aziende sanitarie della Regione Campania, a favore delle quali era stata indetta la gara da So.re.sa..

143. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*¹⁸⁹ il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell’influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

¹⁸⁶ Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.

¹⁸⁷ Cfr., Tar Lazio, sentenze nn. 8534, 8535, 8536, 8537, 8538, 8539, 8540, 8541, 8542, 8543, 8544 e 8545, del 30 luglio 2018, caso I793 – Aumento dei prezzi del cemento.

¹⁸⁸ Cfr., Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) (Comunicazione *de minimis*), 2014/C 291/01.

¹⁸⁹ In GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004.

144. Le imprese partecipanti all'accordo erano gestori uscenti in molti dei presidi sanitari presenti nei lotti in cui si articolava la gara indetta da So.re.sa. circostanza che rende più probabile il verificarsi dell'effetto di cristallizzazione dei mercati, a danno del commercio intracomunitario.

145. Assumono importanza, ai fini della valutazione del pregiudizio al commercio intracomunitario, la rilevanza comunitaria della procedura di gara interessata, la partecipazione alla stessa di società di spessore nazionale e la circostanza che la gara è stata indetta per tutti i presidi sanitaria della Regione Campania.

146. Alla luce delle risultanze istruttorie e dell'idoneità dell'accordo a pregiudicare il commercio intracomunitario, si ritiene applicabile, nel caso di specie, l'articolo 101 del TFUE¹⁹⁰.

VIII. L'INAPPLICABILITA' DELL'ART.101 (3) DEL TFUE

147. Nel corso del procedimento è stata sollevata la tesi secondo cui le condotte assunte sono foriere di effetti benefici per il mercato ed in linea con i requisiti di cui all'art. 101.3 del TFUE (che troverebbe applicazione agli accordi tra imprese senza distinzione tra accordi restrittivi della concorrenza per oggetto o per effetto, secondo la Comunicazione della Commissione C101/08 del 27 aprile 2004)¹⁹¹. Ciò soprattutto in quanto le presunte sinergie tra le Parti si sarebbero tradotte in un significativo risparmio di spesa a favore della stazione appaltante e degli utenti.

148. Come noto, la previsione di cui all'articolo 101, comma 3 del TFUE stabilisce che ove si fosse in presenza di un'intesa restrittiva, essa potrebbe essere considerata lecita nell'ipotesi che si tratti di accordi che *i*) contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, *ii*) riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva e *iii*) non imponendo restrizioni alla concorrenza non indispensabili per la realizzazione dello scopo, *iv*) né eliminando completamente la concorrenza stessa.

Nel caso di specie si osserva che la fattispecie oggetto di istruttoria, in quanto consistente in una ripartizione del mercato, è una delle più gravi restrizioni della concorrenza e quindi, secondo la stessa Comunicazione della Commissione citata dalle Parti essa non può “*verosimilmente soddisfare le condizioni di cui all'art. 81.3 [oggi art. 101.3 del TFUE]. Tali restrizioni figurano nella lista nera dei regolamenti di esenzione per categoria o sono individuate come restrizioni fondamentali...In genere gli accordi di questa natura non soddisfano (almeno le prime due condizioni)*” di cui al citato articolo¹⁹².

149. Sotto un diverso profilo, si rileva che le Parti non hanno assolto all'onere probatorio sotteso alla concessione dell'autorizzazione in deroga prevista dall'art. 101.3 (TFUE). Né può ritenersi che detto onere sia soddisfatto dalla mera constatazione che le offerte presentate dalle società oggetto di istruttoria abbiano ottenuto sia un elevato punteggio tecnico che un elevato punteggio economico.

¹⁹⁰ Valga in ogni caso ricordare che, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 102, del 17 gennaio 2008 n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia* ha affermato che “*l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte*” (cfr. in senso analogo anche Tar Lazio, sentenza n. 2312, del 13 marzo 2008, relativa al caso *Pannelli truciolari*).

¹⁹¹ Cfr., *Comunicazione della Commissione C101/08 del 27 aprile 2004, recante “Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato”*.

¹⁹² Cfr. punti 46 e 79 della Comunicazione *cit.*

In particolare, con riguardo all'offerta tecnica, si rileva che il punteggio massimo attribuito alle offerte delle parti deriva, come emerge dalle evidenze descritte nella parte in fatto, dal meccanismo di valutazione previsto dal bando di gara che adotta un approccio relativo e non assoluto. Pertanto, l'elevato punteggio tecnico ottenuto dalle parti è indicativo della qualità della loro offerta rispetto a quella degli operatori estranei al cartello, ma non può in alcun modo escludersi che la qualità delle offerte tecniche presentate dalle imprese partecipanti al cartello sarebbe stata superiore nel caso in cui queste si fossero confrontate direttamente per l'aggiudicazione dei singoli lotti.

Parimenti, con riguardo agli sconti, asseritamente elevati, presentati dalla imprese, si ribadisce che è onere delle imprese provare che tali sconti sarebbero stati più contenuti in assenza del cartello a causa di minori efficienze a livello dei costi di produzione. Sul punto si osserva che non solo tale prova non è stata fornita, ma ancor meno è stato provato che la spartizione dei lotti in gara fosse indispensabile al fine di realizzare le ipotizzate efficienze.

150. In ogni caso, l'asserito livello elevato degli sconti, ha comunque condotto a prezzi di offerta remunerativi in base alle stesse dichiarazioni delle Parti. D'altra parte, vale anche considerare che la stessa base d'asta era stata definita dalla stazione appaltante maggiorando, di circa il 9%, il valore risultante dalla aggregazione dei valori di spesa delle singole aziende sanitarie ai prezzi dei contratti previgenti. Essa doveva considerarsi quindi già complessivamente capiente per le imprese, anche considerando che la stessa scelta di aggregazione delle precedenti forniture in lotti più ampi avrebbe dovuto garantire una riduzione dei costi del servizio.

151. Infine, quand'anche la condivisione di input produttivi abbia consentito alle Parti di spuntare condizioni economiche migliorative rispetto a quelle derivabili da contrattazioni individuali, e per questa via di proporre ribassi significativi rispetto alla base d'asta - nella misura del 20-30% a favore della stazione appaltante¹⁹³ - rileva osservare che l'esito della gara è stato significativamente pregiudicato dalla concertazione tra le parti e dall'eliminazione dell'incertezza necessaria per l'efficacia del confronto competitivo non potendosi dunque escludere, in assenza del descritto coordinamento, un risparmio di spesa ben più significativo¹⁹⁴.

Conclusioni

152. In definitiva, le considerazioni che precedono evidenziano modalità di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio in parola, da parte delle società Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario e Bifolco & Co., basate su una strategia coordinata che, con l'ausilio ed il contributo attivo di Green Light, era volta ad evitare un confronto competitivo in gara tra le parti del procedimento, e a massimizzare la probabilità per queste ultime di "conservare" la posizione di fornitore uscente delle aziende sanitarie precedentemente fornite, anche a valle del raggruppamento in lotti realizzato da So.Re.Sa., configurando quindi un'intesa restrittiva della

¹⁹³ In linea più generale, non appare possibile confrontare gli esiti della procedura indetta da So.re.sa. con gare pregresse condotte in Campania, trattandosi della prima GARA bandita dalla stazione appaltante in forma centralizzata per tutte le aziende sanitarie della Regione.

¹⁹⁴ In tal senso milita sia la circostanza che le offerte proposte dalle parti sono state in ogni caso dalle stesse imprese valutate come remunerative, nonché il fatto che alcune delle imprese partecipanti alla procedura abbia proposto offerte migliorative, dal punto di vista economico, di quelle delle parti, che sono poi prevalse in ragione del migliore punteggio tecnico.

concorrenza in violazione dell'art. 101 del TFUE¹⁹⁵. L'intesa rappresenta una restrizione per oggetto della normativa a tutela della concorrenza alla quale, per le ragioni suesposte, non può essere applicata la previsione di cui all'articolo 101, comma 3, del Trattato TFUE.

IX. GRAVITÀ E DURATA

153. Come noto, l'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, adottata ad esito del procedimento istruttorio.

154. Ai sensi della consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità dell'infrazione si deve tener conto di un gran numero di fattori, il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere.

155. In merito alla natura dell'intesa in esame, occorre considerare che i comportamenti contestati integrano un'intesa tra i principali gestori uscenti attivi nel mercato della fornitura del servizio di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento rifiuti speciali pericolosi e non di tutte le aziende sanitarie della Regione Campania, finalizzata a condizionare la dinamica della relativa GARA neutralizzando, in tal modo, il confronto competitivo per l'aggiudicazione della stessa. L'intesa, come sopra precisato, ha avuto attuazione e ciò ha comportato l'assenza di un effettivo confronto competitivo in occasione della presentazione di offerte in sede di gara, stante l'avvenuta concertazione tra le Parti per la spartizione dei lotti.

156. Come già chiarito, una simile fattispecie rientra, ai sensi della disciplina nazionale e comunitaria in materia antitrust, tra le violazioni più gravi del diritto della concorrenza (cosiddette *hardcore restrictions*), nonché *“tra le più dannose (e costose) per la collettività (enti appaltanti e consumatori/contribuenti), in quanto le norme di attuazione del trattato europeo e della Costituzione italiana [...] sanciscono la necessità di procedure di gara ad evidenza pubblica poiché le stesse rendono possibile un miglioramento in termini di prezzo, qualità e innovazione, ma ciò può avvenire solo mediante il meccanismo del confronto concorrenziale, che è a propria volta espressione di principi di libertà economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione”*¹⁹⁶.

157. Quanto al ruolo e alla rappresentatività delle imprese coinvolte, si osserva che la concertazione ha coinvolto i principali gestori uscenti nel mercato di riferimento nonché una società di consulenza attiva sul territorio nazionale.

¹⁹⁵ Infatti, secondo giurisprudenza consolidata, a fronte dell'obbligo per gli operatori di determinare in maniera autonoma ed indipendente la propria condotta imprenditoriale, spetta alle imprese accusate l'onere di *“fornire una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative d'impresa”* (Cfr., Consiglio di Stato, sentenza n. 4506, del 4 settembre 2014, relativa al caso I722 – Logistica internazionale).

¹⁹⁶ Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I/765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.

158. Quanto al contesto, si rammenta che la descritta intesa si inserisce in un contesto di mercato caratterizzato da frequenti e ripetute occasioni di incontro e di contatto tra le Parti che, prima della GARA indetta da So.re.sa. servivano, a geometria variabile, i numerosi presidi sanitari della Campania (divenuti parte dei lotti della GARA).

159. Quanto infine alla durata della descritta concertazione, l'inizio dell'intesa viene fatto coincidere per le società Ecologica Sud, Ecosumma, Langella Mario, Bifolco e Green Light con la data del 21 ottobre 2016 (data in cui si ha contezza del primo contatto tra le Parti e la citata società di consulenza, consistente nell'invio della bozza di contratto relativo a tutti i lotti della GARA So.re.sa. dalla società di consulenza Green Light ad Ecologica Sud e da questa veicolato anche alle altre imprese concorrenti Parti della procedura istruttoria)¹⁹⁷.

Il *dies ad quem* dell'intesa viene invece fatto coincidere con la data del 30 dicembre 2016, ovvero con il termine di presentazione delle offerte in sede di GARA¹⁹⁸.

IX.1. I Criteri per la quantificazione della sanzione

160. Al fine di quantificare la sanzione occorre tenere presente, oltre a quanto previsto dall'articolo 15, comma 1, sopra citato, anche il disposto dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle "*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*" (di seguito, "*Linee Guida*"), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

161. Con riguardo al calcolo della sanzione, seguendo i punti 7 e seguenti delle Linee Guida, si prende a riferimento, per tutte le Parti ad eccezione della società Green Light Servizi Ambientali della quale si dirà nel seguito - il valore delle vendite di beni o servizi interessate dall'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato rilevante nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione. Tuttavia, nel caso di specie, vertendosi in materia di collusione nell'ambito di una procedura di gara, rileva il disposto di cui al punto 18 delle Linee Guida, ai sensi del quale: "*in generale, anche nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione*".

162. Nel caso di specie, quindi, considerate le previsioni della *lex specialis* di gara, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde, per ciascuna impresa, all'importo al quale esse si sono aggiudicate i sei lotti messi a gara.

Per le imprese Langella Mario, Ecologica Sud e Bifolco che si sono aggiudicate tre dei lotti messi a gara (il 2, il 3 ed il 6) in ATI – rispettivamente Langella ed Ecologica, lotto 2; Langella e Bifolco, lotto 3; Bifolco ed Eco Transfer, lotto 6 – al fine di determinare il valore delle vendite rilevante per

¹⁹⁷ Cfr. doc. 32.20.

¹⁹⁸ Tuttavia, in ragione del criterio di calcolo usato ai fini della quantificazione della sanzione, che verrà illustrato nella relativa sezione, di tale durata non si terrà conto (vedi *infra* in testo).

ciascuna, si è ritenuto opportuno ripartire l'importo oggetto di aggiudicazione in proporzione alle effettive percentuali di espletamento del servizio in seno all'ATI.

Pertanto, relativamente al lotto 2 – il servizio è ripartito per l'87% in capo alla società Ecologica e per il restante 13% in capo alla società Langella Mario.

Relativamente al lotto 3, il servizio è ripartito per il 64% in capo alla società Langella Mario e per il restante 36% in capo alla società Bifolco.

Relativamente al lotto 6, il servizio è espletato per il 64% dalla società Bifolco.

163. Ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, al valore base come sopra determinato dovrà essere applicata una specifica percentuale individuata in funzione della gravità della violazione, per la quale si rinvia integralmente a quanto rappresentato ai paragrafi che precedono. Secondo le Linee Guida, in particolare, la proporzione considerata deve essere fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite (punto 11).

164. In relazione al caso di specie, trattandosi di intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato, la percentuale del valore delle vendite considerata ai fini del calcolo del calcolo dell'importo base è in genere non inferiore al 15%. Destituita di fondamento, sul punto, la tesi di parte secondo la quale l'intesa non sarebbe grave in quanto sprovvista del carattere della segretezza e quindi la percentuale sopra indicata dovrebbe essere ridotta. Valga osservare, come ribadito dalla recente giurisprudenza amministrativa, che l'intesa accertata è segreta *“se non altro perché non era certo palesata al pubblico e per averne la prova si è dovuta acquisire corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta da segreto epistolare”*¹⁹⁹. Pertanto, considerata la natura e la gravità dell'intesa, volta alla limitazione del confronto concorrenziale in occasione della prima gara di appalto indetta da So.re.sa. per la fornitura centralizzata del servizio *de quo*, nonché la circostanza che detta concertazione è stata attuata, essendosi conclusa con aggiudicazioni a favore delle imprese ad essa partecipanti, si ritiene congruo fissare tale percentuale nella misura del 15%, considerata come minima normale, senza che risultino ragioni speciali per diminuirla.

165. Inoltre, ai sensi del punto 17 delle Linee Guida, si ritiene opportuno, nel caso di specie - diversamente da quanto eccepito dalle Parti - l'inserimento nell'importo base di un ammontare supplementare pari al 15% del valore delle vendite dei servizi oggetto di infrazione (cd. *entry fee*). Si consideri in proposito che la fattispecie accertata si configura quale restrizione particolarmente grave della concorrenza in relazione, oltre che alla natura dell'infrazione, alla tipologia del servizio interessato (raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti da attività delle aziende sanitarie della Campania) assolutamente necessario sia per le AA.SS. che per l'intera popolazione della Regione e in relazione al quale il mancato confronto concorrenziale ha inficiato la possibilità di innovazione di prodotto e di processo nella fornitura.

166. Pertanto, in ragione delle considerazioni che precedono, l'importo base della sanzione è definito, per tutte le Parti - ad eccezione, come detto, di Green Light che verrà trattata separatamente - nella tabella che segue:

¹⁹⁹ Cfr., Consiglio di Stato, sentenza n. 5328, del 31 dicembre 2018, relativa al caso I793 – Aumento dei prezzi del cemento.

Tabella 5: Importo base

Parti	Fatturato specifico (euro)	Coefficiente di gravità	Entry fee	Importo base (euro)
Ecologica Sud Srl	6.452.316,55	15,0%	15%	1.935.694,97
Ecosumma Srl	3.416.392,76	15,0%	15%	1.024.917,83
Langella Mario Srl	7.019.476,35	15,0%	15%	2.105.842,90
Bifolco & Co. Srl	5.111.499,84	15,0%	15%	1.533.449,95

167. Ai sensi dei punti 19 e 21 delle Linee Guida, l'importo base della sanzione, determinato come descritto nei paragrafi che precedono, potrà essere incrementato per tenere conto di specifiche circostanze che aggravano (circostanze aggravanti) o attenuano (circostanze attenuanti) la responsabilità dell'autore della violazione, con particolare riferimento al ruolo svolto dall'impresa nell'infrazione, alla condotta da essa tenuta nel corso dell'istruttoria nonché all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione e alla personalità dello stesso, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 11 della legge n. 689/81.

168. Nel caso di specie si deve rilevare il ruolo particolarmente attivo della società Ecologica Sud²⁰⁰ che, come ampiamente descritto nella parte in fatto, ha contribuito in maniera significativa alla realizzazione dell'intesa, assumendo il ruolo di forza promotrice dell'accordo e dando al contempo impulso fondamentale alla sua esecuzione²⁰¹.

In particolare, Ecologica Sud ha veicolato alle società Ecosumma, Langella e Bifolco la bozza di contratto inviata dalla società di consulenza nella quale erano indicati genericamente tutti i lotti della GARA So.re.sa., bozza la cui condivisione ha costituito il momento iniziale della descritta concertazione e dunque della spartizione dei lotti messi a GARA. Non può sul punto essere accolta l'eccezione di parte in merito alle motivazioni che hanno indotto alla condivisione di tale bozza di contratto ed in particolare in merito al ruolo attivo da essa avuto nel "verificare che il contratto prevedesse chiaramente una clausola di riservatezza che fosse portata a conoscenza di tutte le Parti". A riguardo appare dirimente la circostanza che proprio attraverso la circolazione tra le Parti di detta bozza di contratto, le stesse abbiano poi materialmente dato vita alla descritta concertazione. In conclusione, per le ragioni suesposte, si ritiene congruo incrementare l'importo base della sanzione, per la società Ecologica Sud, in misura pari al 15%.

169. Non sussistono invece, nel caso di specie, circostanze attenuanti a favore delle Parti. In particolare, non trova applicazione – a favore della società Bifolco – la circostanza di avere

²⁰⁰ Cfr. doc. 32.20.

²⁰¹ Secondo il costante orientamento giurisprudenziale, ai fini dell'applicazione della cd. aggravante organizzativa è necessario provare, sulla base di elementi probatori puntuali, che l'impresa sanzionata ha assunto un ruolo di leadership nel quadro dell'intesa, vale a dire di promozione, organizzazione, propulsione o coordinamento dell'intesa, non essendo sufficiente la sua piena partecipazione ed adesione all'accordo anticompetitivo. A tal fine, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale "è necessario, alternativamente, che l'impresa in questione: - abbia rappresentato una forza promotrice ed abbia avuto una particolare responsabilità nel suo funzionamento; - si sia incaricata di elaborare e di suggerire la condotta, dando impulso fondamentale dell'accordo..." (Cfr., Consiglio di Stato, n. 4506, 4511, 4513, del 4 settembre 2014, relativa al caso I722 - Logistica internazionale)

sospeso il pagamento degli importi dovuti a Green Light, a saldo delle prestazioni ricevute, nel mese di gennaio 2018, in attesa di conoscere gli esiti del procedimento istruttorio antitrust. Essa, infatti, non è equiparabile ad un ravvedimento operoso, il quale presuppone, per giurisprudenza consolidata “*non il semplice venir meno della pratica commerciale scorretta ma una condotta attiva tesa ad eliminare le conseguenze della precedente condotta*”²⁰².

Pertanto, alla luce delle circostanze aggravanti di cui ai paragrafi che precedono, l'importo base della sanzione per ciascuna impresa è il seguente:

Tabella 6: Importo base con aggravanti

Parti	Importo base (euro)	Totale aggravanti	Importo con aggravanti (euro)
Ecologica Sud Srl	1.935.694,97	15,0%	2.226.049,21
Ecosomma Srl	1.024.917,83	0,0%	1.024.917,83
Langella Mario Srl	2.105.842,90	0,0%	2.105.842,90
Bifolco & Co. Srl	1.533.449,95	0,0%	1.533.449,95

170. Con specifico riferimento alla società di consulenza Green Light, tenuto conto della peculiarità del caso di specie e della necessità di assicurare un sufficiente effetto deterrente, si ritiene necessario discostarsi dall'applicazione delle Linee Guida, considerando la previsione contenuta nel paragrafo 34 delle stesse, secondo il quale, “*le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente consentono una deroga dall'applicazione delle stesse*”. E ciò sulla base delle argomentazioni che seguono. Innanzitutto, si ricorda che Green Light non è attiva nel mercato interessato dall'infrazione, cosicché il valore delle sue vendite di servizi, connesse in via diretta o indiretta all'infrazione, è nullo o non rappresentativo dell'incidenza, sul mercato rilevante, della partecipazione della società di consulenza all'infrazione oggetto di istruttoria. Né si ritiene opportuno prendere in considerazione l'importo degli onorari percepiti dalla ricorrente da tutte le imprese Parti dell'istruttoria, in quanto parimenti non sufficientemente rappresentativi del valore delle vendite di Green Light nel mercato in esame.

171. Alla luce delle argomentazioni che precedono, in considerazione della gravità della natura dell'illecito contestato, del ruolo specifico e significativo assunto da Green Light nella descritta concertazione e della circostanza che a tale società può essere altresì imputata un'aggravante organizzativa - avendo la stessa svolto un ruolo decisivo di coordinatore tra le Parti in ordine alla condivisione dei costi ai fini della predisposizione delle offerte - si ritiene congruo irrogare alla società di consulenza una sanzione di importo forfettario²⁰³.

²⁰² Cfr., TAR Lazio, n. 8538, 8542, 8540, 8593, del 30 luglio 2018, relativa al caso I793 – Aumento prezzi cemento.

²⁰³ Si veda sul punto sentenza del TPG nella causa T-27/10, del 6 febbraio 2014, confermata sul punto dalla sentenza Corte di Giustizia nella causa C-194/14 P, del 22 ottobre 2015, relative nel caso comunitario COMP/38589 – Stabilizzatori termici, chiuso con decisione della Commissione dell'11 novembre 2009.

Tale importo si individua, nel caso di specie, nel massimo edittale, vale a dire è pari al 10% del fatturato realizzato da Green Light nell'ultimo esercizio certificato, chiuso anteriormente alla diffida del provvedimento (e corrispondente a 80.517 euro)²⁰⁴.

172. Come è noto, ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/90, l'Autorità, "*Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e 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*".

Considerato che le sanzioni come sopra determinate eccedono, per tutte le Parti del procedimento con la sola eccezione della società di consulenza Green Light Servizi Ambientali, il limite massimo previsto all'articolo 15, comma 1, della Legge n. 287/90²⁰⁵, le stesse devono essere ricondotte entro tale limite, come indicato nella tabella che segue.

Tabella 7: sanzioni ricondotte al limite edittale

Parti	Sanzione prima dell'applicazione del limite edittale (euro)	Fatturato totale 2017	Sanzione finale (con applicazione del limite edittale - euro)
Ecologica Sud Srl	2.226.049,21	3.554.423,00	355.442,30
Ecosumma Srl	1.024.917,83	1.972.317,00	197.231,70
Langella Mario Srl	2.105.842,90	5.358.281,00	535.828,10
Bifolco & Co. Srl	1.533.449,95	2.585.825,00	258.582,50
Green Light Servizi Ambientali Srl	8.051,70	80.517,00	8.051,70

Le istanze di inability to pay

173. Alcune parti - e segnatamente Ecologica Sud, Langella ed Ecosumma - hanno presentato istanza di riduzione della sanzione per incapacità contributiva ai sensi del paragrafo 31 delle Linee Guida dell'Autorità in materia sanzionatoria. Le imprese motivano dette istanze sulla base del deterioramento della loro redditività ad esito dell'applicazione della sanzione, dal momento che quest'ultima darebbe molto probabilmente luogo ad una perdita di esercizio, e più in generale sulla base del peggioramento della loro situazione di liquidità e solvibilità.

174. In via preliminare, si osserva che questo tipo di istanze sono meritevoli di accoglimento, conformemente alla prassi applicativa della Commissione Europea, solo in circostanze del tutto eccezionali, in quanto è necessario preservare l'efficacia deterrente della sanzione. Pertanto, il riconoscimento di una riduzione e la sua quantificazione deve avere luogo esclusivamente nel caso

²⁰⁴ Si è considerato l'ultimo bilancio chiuso e certificato della società di consulenza, cioè quello dell'esercizio 2017.

²⁰⁵ Nel caso di specie si è preso a riferimento l'ultimo bilancio certificato delle Parti che si riferisce al 2017.

in cui l'irrogazione della sanzione dia luogo ad un concreto rischio di bancarotta, con totale perdita del valore degli attivi (patrimonio netto)²⁰⁶.

Ne consegue che la concessione del beneficio per incapacità contributiva si fonda su una valutazione d'insieme dello stato di salute di un'impresa, prima e ad esito dell'applicazione della sanzione, che si fonda su una serie di indici di bilancio (di liquidità, di solvibilità e di redditività) e del cosiddetto Z-score di Altman.

175. Tanto premesso, per quanto riguarda l'istanza presentata da Ecologica Sud si osserva che essa non può essere accolta *[omissis]*.

176. Anche l'istanza di Langella non si ritiene meritevole di accoglimento. *[Omissis]*.

177. Parimenti non può essere accolta l'istanza della società Ecosumma. *[Omissis]*.

178. Le società, eventualmente, potranno ottenere la rateazione del pagamento, su domanda motivata ed in presenza dei requisiti richiesti.

179. Nella tabella che segue sono indicati gli importi finali delle sanzioni.

Tabella 8: importi finali delle sanzioni

Parti	Sanzione finale (euro)
Ecologica Sud Srl	355.442,30
Ecosumma Srl	197.231,70
Langella Mario Srl	535.828,10
Bifolco & Co. Srl	258.582,50
Green Light Servizi Ambientali Srl	8.051,70

Tutto ciò premesso e considerato;

RITENUTO che l'intesa sopra descritta, posta in essere dalle seguenti società: Ecologica Sud S.r.l. Ecosumma S.r.l., Langella Mario S.r.l. e Bifolco & Co S.r.l. - con l'ausilio ed il contributo attivo della società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l. - nel mercato della fornitura del servizio di raccolta trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti speciali pericolosi e non derivanti da attività delle aziende sanitarie della Campania, integra una fattispecie restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, e, in particolare, configura un'intesa, finalizzata alla spartizione dei lotti messi a GARA da So.re.sa., con l'obiettivo di preservare le posizioni storiche di gestori uscenti nei presidi sanitari ubicati nei singoli lotti in cui si articolava la descritta procedura ad evidenza pubblica;

²⁰⁶ Cfr., ex multis, sentenza del CdS nn.5998 e 5997, del 21 dicembre 2017, relativa al caso I772 – Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia, nonché TAR Lazio nn. 12407-420-418 e 418, del 15 dicembre 2017, relativa al caso I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto.

RITENUTO inoltre che l'intesa accertata si configura come restrittiva per oggetto e dunque particolarmente grave ai sensi della consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia antitrust;

RITENUTO altresì che le evidenze documentali agli atti non consentono di imputare l'infrazione alla società Eco Transfer S.r.l.;

DELIBERA

a) che i comportamenti posti in essere dalle società Ecologica Sud S.r.l., Ecosumma S.r.l., Langella Mario S.r.l., Bifolco & Co S.r.l. e dalla società di consulenza Green Light Servizi Ambientali S.r.l., consistenti in una ripartizione dei lotti nei quali si articolava la GARA indetta da So.re.sa. S.p.A., costituiscono un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE;

b) che le Parti si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle infrazioni accertate ai punti precedenti;

c) che, in ragione di quanto indicato in motivazione, ai soggetti di cui al punto a), vengano irrogate le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie:

Parti	Sanzione finale (euro)
Ecologica Sud Srl	355.442,30
Ecosumma Srl	197.231,70
Langella Mario Srl	535.828,10
Bifolco & Co. Srl	258.582,50
Green Light Servizi Ambientali Srl	8.051,70

Le sanzioni amministrative di cui alla precedente lettera c) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo

alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*

Gabriella Muscolo

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12214 - DEA CAPITAL ALTERNATIVE FUNDS SGR-CALFIN/CALVI HOLDING

Provvedimento n. 27511

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 23 gennaio 2019;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO l'atto delle società DeA Capital Alternative Funds SGR S.p.A. e Calfin S.p.A., pervenuto in data 2 gennaio 2019;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

DeA Capital Alternative Funds SGR S.p.A. (di seguito, DeA Capital) è una società attiva nella gestione collettiva del risparmio, nella gestione in regime di delega conferita da parte di soggetti che prestano il servizio di gestione collettiva del risparmio e da parte di organismi di investimento collettivo esteri, nella prestazione di servizi di consulenza in materia di investimenti finanziari, del servizio accessorio di custodia ed amministrazione di strumenti finanziari, nonché nell'esercizio di attività connesse e/o strumentali a quella di gestione collettiva del risparmio.

Il capitale sociale di DeA Capital è detenuto al 100% da DeA Capital S.p.A. (di seguito, DeA), società attiva nel settore del *private equity* e dell'*alternative asset management*. DeA è soggetta al controllo, in ragione di una partecipazione al capitale sociale del 58,3%, di De Agostini S.p.A., società a capo dell'omonimo gruppo (di seguito, Gruppo De Agostini). A sua volta, De Agostini S.p.A. è controllata al 69,43% da B&D Holding di Marco Drago e C. S.a.p.a.

Nel 2017 il Gruppo De Agostini ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a circa 4,8 miliardi di euro, di cui circa [2-3]¹ miliardi di euro per vendite nell'Unione europea e circa [1-2] miliardi di euro per vendite in Italia.

DeA Capital gestisce, *inter alia*, IDeA CCR II, fondo chiuso riservato a investitori qualificati, specializzato in operazioni di ristrutturazione societaria.

Calvi Holding S.p.A. (di seguito, Calvi Holding) è una *holding* di partecipazioni a capo di un gruppo di società (di seguito, Gruppo Calvi) operanti nella progettazione e produzione di profili speciali in acciaio o altre leghe metalliche su disegno del cliente (divisione metallurgica) e di montanti per carrelli elevatori e traslatori di carico (divisione meccanica).

Calvi Holding è controllata al 53,46% da Calfin S.p.A. mentre le restanti quote di capitale sociale sono detenute da persone fisiche appartenenti alla famiglia Chini. A sua volta, Calfin S.p.A. è

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

controllata al 97,96% da Treci S.r.l.. Infine, Treci S.r.l. è controllata al 56,44% da una persona fisica appartenente alla famiglia Chini.

Nel 2017 Calvi Holding ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a circa 322,8 milioni di euro, di cui circa [100-495] milioni di euro per vendite nell'Unione europea e circa [30-100] milioni di euro per vendite in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame ha luogo nell'ambito di un accordo di risanamento ex art. 67, comma terzo, lettera (d), della Legge Fallimentare tra Calvi Holding (e le sue controllate) e i propri creditori, sottoscritto in data 21 dicembre 2018 (di seguito, l'“Accordo di Risanamento”). DeA Capital, tramite il Comparto Crediti del fondo IDeA CCR II (di seguito, “IDeA Comparto Crediti”), detiene crediti nei confronti di Calvi Holding e di alcune sue controllate.

DeA Capital, attraverso IDeA Comparto Crediti, acquisirà una partecipazione in Calvi Holding pari al 26% del capitale sociale mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale ad essa riservato con emissione di azioni di nuova categoria (categoria A) a ciascuna delle quali il nuovo statuto di Calvi Holding, che sarà approvato dall'assemblea straordinaria di quest'ultima, attribuirà 3 diritti di voto in assemblea, mentre le esistenti azioni ordinarie di Calvi Holding, detenute da Calfin e da alcuni soci persone fisiche appartenenti alla famiglia Chini, saranno contestualmente trasformate in azioni di categoria B – ciascuna delle quali darà diritto a 1 voto in assemblea – e rappresenteranno quindi complessivamente il 74% del capitale sociale di Calvi Holding. All'esito dell'Operazione, DeA Capital disporrà, pertanto, della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria di Calvi Holding (con il 51,3% a fronte del 48,7% di Calfin e dei soci persone fisiche appartenenti alla famiglia Chini). Tuttavia, il patto parasociale tra DeA Capital, Calfin S.p.A., i soci persone fisiche di Calvin Holding, Treci S.r.l. (società controllante di Calfin S.p.A.) e il socio di controllo di Treci S.r.l., sottoscritto in data 21 dicembre 2018 (di seguito, il “Patto Parasociale”) prevede l'impegno di DeA Capital a votare in assemblea in conformità alle indicazioni fornite da Calfin e dai soci persone fisiche appartenenti alla famiglia Chini, salvo che per le materie attribuite alla competenza dell'assemblea straordinaria (tra cui, *ex multis*, modifiche dello statuto, aumenti o riduzioni del capitale sociale e scioglimento e messa in stato di liquidazione volontaria della società) su cui DeA Capital potrà astenersi o votare difformemente. DeA Capital potrà inoltre astenersi o votare difformemente nel caso in cui ritenga che un voto conforme alle istruzioni di voto ricevute possa comportare il sorgere di responsabilità in capo ad essa ovvero essere contrario agli interessi di Calvi Holding o del gruppo facente capo a quest'ultima e a patto che motivi per iscritto le ragioni di tale decisione.

Ai sensi del Patto Parasociale e come previsto nel nuovo statuto di Calvi Holding, il consiglio di amministrazione (di seguito, il “CdA”) di Calvi Holding sarà composto da 7 membri: cinque designati da Calfin e dai soci persone fisiche appartenenti alla famiglia Chini² e due da DeA Capital, con DeA Capital, Calfin e i soci persone fisiche che, in assemblea, dovranno quindi esprimere il proprio voto per la nomina degli amministratori in maniera che il CdA sia così composto.

² In caso di mancato accordo tra Calfin e i diversi soci persone fisiche, i membri in questione saranno designati da Calfin.

Il CdA di Calvi Holding delibererà a maggioranza dei suoi membri, salvo che su una serie di materie che non potranno essere delegate e sulle quali il CdA dovrà deliberare con il voto favorevole di almeno 6 amministratori e quindi anche di almeno uno dei due consiglieri designati da DeA Capital. Tra queste materie figurano:

- (i) approvazione o modifica del *business plan* di Calvi Holding e del gruppo che ad essa fa capo;
- (ii) operazioni che comportino scostamenti dal *business plan* approvato superiori in positivo o in negativo al 10% per singola voce;
- (iii) nomina e revoca dell'amministratore delegato, del direttore generale, del *chief financial officer*, del *Top Management* e determinazione dei relativi poteri;
- (iv) voto da esercitarsi nelle assemblee delle controllate in relazione alla nomina dei relativi organi gestori e di controllo e ad una serie di altre materie;
- (v) acquisizioni e/o dismissioni di beni, crediti e/o diritti per importi superiori, individualmente, a 500.000 euro e/o, complessivamente, su base annua, a 1.000.000 euro;
- (vi) acquisto e/o disposizione in qualsiasi forma di partecipazioni societarie, di aziende e/o di rami di azienda, costituzione di *joint venture* in qualsiasi forma;
- (vii) accordi commerciali o industriali che comportino esborsi superiori a 100.000 euro per singolo accordo e/o, complessivamente, su base annua, a 200.000 euro.

In base a quanto dichiarato dalle Parti, l'operazione non prevede restrizioni accessorie.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.

Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, così come modificato dall'articolo 1, comma 177, della legge 4 agosto 2017, n. 124, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 495 milioni di euro e il fatturato realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 30 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

In considerazione dell'attività del Gruppo Calvi oggetto di acquisizione e, in particolare, delle società facenti capo a Calvi Holding, l'operazione interessa (i) il mercato della produzione e vendita di profili speciali in barre di acciaio (o altre leghe metalliche) su disegno dei clienti e (ii) il mercato della produzione e vendita di montanti per carrelli elevatori e traslatori di carico.

(i) Il mercato della produzione e vendita di profili speciali in barre di acciaio (o altre leghe metalliche) su disegno dei clienti

Le società che costituiscono la divisione metallurgica del Gruppo Calvi sono attive nel settore della produzione e vendita dei prodotti siderurgici in acciaio, settore che risulta estremamente complesso e variegato, nel cui ambito si possono individuare diversi mercati³.

Sulla base dei precedenti comunitari⁴, la principale distinzione tra i prodotti in acciaio viene generalmente operata in base al tipo di acciaio utilizzato: in tal senso, i prodotti di acciaio al carbonio costituiscono un mercato distinto sia rispetto ai prodotti ad alta lega, sia rispetto ai prodotti in acciaio inossidabile, sia rispetto ai prodotti di acciaio in lega a causa della diversa composizione chimica e delle specifiche applicazioni cui gli stessi sono destinati⁵.

Inoltre, nella prassi della Commissione, un'ulteriore distinzione è da effettuarsi in base al tipo di lavorazione: si individuano, pertanto, prodotti laminati a caldo e prodotti laminati a freddo.

Un'altra distinzione deve essere fatta tra prodotti semilavorati e prodotti finiti. Questi ultimi, vengono poi ulteriormente distinti a seconda della forma, tra prodotti siderurgici lunghi e prodotti siderurgici piani⁶.

Tanto premesso, considerate le attività svolte dalla società acquisita, le parti ritengono che la presente operazione interessi il mercato della produzione e vendita di profili speciali in barre di acciaio (o altre leghe metalliche) su disegno dei clienti.

Dal punto di vista geografico, in linea con l'orientamento della Commissione europea e dell'Autorità, il mercato in esame presenta una dimensione quantomeno comunitaria, in considerazione della bassa incidenza dei costi di trasporto sul prezzo finale dei prodotti, dell'assenza di barriere tecniche o giuridiche idonee ad impedire gli scambi commerciali tra i vari Stati membri e della crescente armonizzazione a livello europeo dei prodotti, accompagnata da una dimensione comunitaria delle politiche di fabbricazione e di *marketing*.

(ii) il mercato della produzione e vendita di montanti per carrelli elevatori e traslatori di carico

Le società che costituiscono la divisione meccanica del Gruppo Calvi sono attive nella produzione di montanti per carrelli elevatori (e traslatori di carico). Il mercato di sbocco è rappresentato dai produttori di carrelli elevatori; questi ultimi assemblano i montanti nei carrelli elevatori di propria produzione.

I montanti per carrelli elevatori vengono realizzati tenendo conto delle specifiche tecniche ed, in genere, delle caratteristiche dei prodotti realizzati dai clienti⁷. Pertanto, il mercato comprende una varietà di servizi tra i quali la progettazione e realizzazione e/o adattamento dei montanti alle specifiche esigenze dei clienti. Solo alcuni produttori di carrelli elevatori si rivolgono in

³ Cfr., tra gli altri, provv. del 22 settembre 2011 n. 22822, C11240 - Laminazione Acciai Speciali/Leali, in Boll. n. 38/11 e provv. del 18 aprile 2007 n. 16740, C8420 - Mittal Steel/Duferco Steel Processing, in Boll. n. 16/07.

⁴ Cfr. decisione della Commissione n. IV/CECA 1268 Unisor/Cockerill Sambre, del 4 febbraio 1999.

⁵ Cfr., tra le altre, decisioni della Commissione n. IV/CECA 1243 Krupp Hoesch/Tyssen e n. IV/CECA 1342 Outokumpu/Avesta Sheffield.

⁶ Cfr., tra gli altri, provv. del 31 luglio 2003, n. 12293, C5978 - Acciaierie Venete/Rami di azienda di Lucchini, in Boll. n. 31/03.

⁷ Cfr., tra gli altri, provv. del 30 novembre 2005 n. 14950, C7368 - Cesab Carrelli Elevatori/Lift Truck Equipment, in Boll. n. 48/05.

outsourcing per la produzione di componenti tra i quali i montanti (solo un 10% dei montanti è prodotto in *outsourcing*), la maggior parte dei produttori di carrelli elevatori, essendo verticalmente integrati, producono tali componenti in auto-produzione (circa il 90% dei montanti è prodotto da imprese produttrici di carrelli elevatori).

I carrelli elevatori sono macchine adibite alla movimentazione di merci e possono essere distinte in due tipologie: carrelli elevatori controbilanciati (a combustione interna o elettrici) e carrelli da interno a seconda dell'uso (trasporto merci in spazi interni o esterni)⁸.

Il mercato dei montanti per carrelli elevatori ha una dimensione geografica quantomeno europea, in considerazione della standardizzazione delle specifiche tecniche dei carrelli elevatori a livello mondiale o quantomeno europeo. Inoltre, gli ordini dei clienti prevedono un numero di montanti che permettono di ammortizzare i costi di trasporto.

Di regola i clienti richiedono un certo numero di montanti, ragione per cui una certa continuità nelle forniture e le conseguenti sinergie nella fase della logistica consentono di ammortizzare maggiormente i costi di trasporto, che mediamente incidono per non più dell'1% sul prezzo finale del prodotto.

In ogni caso, ai fini della valutazione del caso in esame, non appare necessario giungere a una precisa identificazione dei mercati del prodotto e della loro dimensione geografica, poiché, anche nell'ipotesi più restrittiva, la valutazione dell'impatto concorrenziale non muterebbe.

Nessuna società del Gruppo De Agostini è attiva nei settori/mercati in cui operano le società del Gruppo Calvi, né in mercati/settori posti a monte o a valle degli stessi⁹.

In tali mercati sono presenti numerosi e qualificati concorrenti.

In virtù di quanto considerato, si ritiene che nei mercati di riferimento l'operazione non avrà effetti pregiudizievoli per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali nella struttura concorrenziale degli stessi.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non determina, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

⁸ Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 7146 Bt Italia/Cesab Carrelli Elevatori, in Boll. 17/99, e Prov. 7816 Toyota Industrial Equipment Europe/AMCA, in Boll. 49/99.

⁹ Si precisa al riguardo che, sebbene le società del Gruppo Util, controllato da DeA Capital, siano attive nella produzione di parti metalliche principalmente destinate al mercato dei freni per il settore automotive, e acquistino a tal fine prodotti in acciaio, le stesse tuttavia non acquistano profili speciali in acciaio o altre leghe metalliche, quali quelli prodotti dalle società del Gruppo Calvi.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*

Gabriella Muscolo

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1560 - COMUNE DI FERMO (FM) - AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO INTEGRATO DI IGIENE URBANA NELL'ATO4-FERMO

Roma, 31 dicembre 2018

Sindaco del Comune di Fermo

L'Autorità, nella sua riunione del 20 novembre 2018, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, su una serie di quesiti sottoposti dal Sindaco del Comune di Fermo in merito alla legittimità della partecipazione di una società comunale all'eventuale gara che l'Autorità d'ambito - ATA4 decidesse di indire per l'aggiudicazione della gestione del servizio integrato di igiene urbana nell'ATO4-Fermo che comprende il territorio dei quaranta comuni dell'omonima Provincia, tra cui il Comune di Fermo.

Si osserva preliminarmente che codesta Amministrazione precisa di essere il socio unico della società Fermo Ambiente Servizi Impianti Tecnologici Energia Surl (di seguito anche ASITE o la Società), attuale gestore *in house* del servizio di igiene ambientale¹ nel territorio del Comune di Fermo nonché di altri servizi quali la gestione delle mense scolastiche, del verde pubblico e di servizi minori. La Società, inoltre, gestisce in concessione le reti gas del Comune di Fermo e il servizio di distribuzione del gas naturale, in attesa delle gare previste dalla normativa di settore.

In secondo luogo, si osserva che l'ATA4, competente anche per l'affidamento della gestione del servizio integrato dei rifiuti per il territorio dell'ATO4 si è formalmente insediata lo scorso 10 ottobre 2018 ed è, come previsto dalla normativa regionale di settore, partecipata obbligatoriamente dai Comuni e dalla Provincia ricadenti nell'ATO4 nonchè costituita dai Sindaci dei Comuni e dal Presidente della Provincia ricadenti nell'ATO².

¹ ALLASITE sono stati, precisamente, assegnati i seguenti servizi ambientali: raccolta dei rifiuti solidi urbani; gestione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani; gestione del Centro Integrato di Gestione dei Rifiuti Urbani (CIGRU); servizio di spazzamento stradale e servizio di pulizia della spiaggia (cfr. sito *internet*: <http://www.asiteonline.it/index.php/azienda/chi-siamo/>).

² La normativa della gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Marche è prevista dalla L.R. n. 24/2009, recante "Disciplina regionale in materia di gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati", da ultimo modificata dalla L.R. 25 ottobre 2011, n. 18, recante "Attribuzione delle funzioni in materia di servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e modifiche alla legge regionale 12 ottobre 2009, n. 24". L'art. 7 della L.R. n. 24/2009 e s.m.i. stabilisce, in particolare, che le funzioni già esercitate dalle Autorità d'Ambito siano svolte dall'Assemblea Territoriale d'Ambito (ATA) alla quale partecipano obbligatoriamente i Comuni e la Provincia ricadenti in ciascun ATO ed è costituita, pertanto, dai Sindaci dei Comuni e dal Presidente della Provincia ricadenti nell'ATO. La stessa L.R. n. 24/2009 e s.m.i. ha previsto che gli Ambiti per la gestione dei rifiuti coincidano con il territorio di ciascuna Provincia e, pertanto, nella Regione Marche sono cinque in corrispondenza con le Province di Pesaro e Urbino (ATO1); di Ancona (ATO2), di Macerata (ATO3), di (ATO4) e Ascoli Piceno (ATO5).

In considerazione, quindi, dell'insediamento dell'ATA4, il Comune di Fermo ha richiesto all'Autorità un parere, articolato nei seguenti quesiti consequenziali, in merito alla legittimità della partecipazione di ASITE alla gara pubblica che l'ATA 4 decidesse di indire per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana nell'ATO4-Fermo:

i. se la società affidataria diretta può partecipare alla prima gara del servizio pubblico, quale gestore uscente, atteso che tale principio è previsto per legge unicamente per il servizio pubblico di distribuzione del gas, mentre per gli altri servizi pubblici locali la norma, che lo consentiva, era contenuta nell'art. 23-bis, comma 9, del D.L. n. 112/2008, a oggi abrogata;

ii. se il mantenimento degli altri servizi pubblici, ricevuti in affidamento diretto, possa essere pregiudizievole alla partecipazione alla gara del servizio di igiene ambientale, nel senso di preconstituire un indebito vantaggio competitivo ovvero una alterazione delle regole concorrenziali, che possano indurre alla esclusione dalla selezione, come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa in vigore dell'art. 23-bis, comma 9, del D.L. n. 112/2008;

iii. se sia rispettoso del principio di tutela della concorrenza partecipare alla gara, dichiarando che in caso di aggiudicazione del servizio di igiene ambientale, la società ASITE si impegna, ora per allora, a dismettere la gestione degli altri servizi gestiti in house nei termini e con le condizioni previste dall'art. 16, comma 5, del D.lgs n. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica);

iv. se la società, gestore uscente del servizio di igiene ambientale e qualora venga data risposta positiva alle soluzioni ipotizzate ai punti precedenti, deve scegliere gli altri partners per formare l'aggregazione per partecipare alla gara, con forme di evidenza pubblica applicando i principi enunciati all'art. 5, ultimo comma, del Codice dei Contratti Pubblici.

In merito al primo quesito appare dirimente considerare l'incidenza sulla problematica sollevata dell'evoluzione del quadro normativo nazionale di riferimento intervenuta a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008³ e della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del D.L. 138/2011⁴; quest'ultima, travolgendo la deroga in favore delle società quotate in borsa rispetto al principio generale di esclusione delle società affidatarie dirette di servizi dalla partecipazione alle gare pubbliche ha, altresì, comportato il venir meno anche del divieto generale, contestualmente previsto, di partecipazione alle gare pubbliche per le società affidatarie dirette.

Del pari, un divieto espresso e generalizzato di partecipazione a gare pubbliche per l'affidamento di un servizio pubblico a carico di imprese che hanno conseguito affidamenti diretti non trova fondamento neppure nella disciplina comunitaria. L'Autorità ritiene, quindi, che a seguito dei richiamati interventi ablativi sia venuto meno ogni fondamento giuridico al divieto, per le imprese titolari di affidamenti diretti in ambito nazionale o europeo, di partecipare a gare pubbliche per l'affidamento di altro servizio pubblico di interesse economico generale, quale il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani.

³ Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria".

⁴ Decreto-Legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con la legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148 recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo". L'art. 4, rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea" è stato dichiarato incostituzionale, con sentenza n. 199/2012.

L'Autorità, per completezza, rileva, infine, che nell'ordinamento interno un divieto generale per le società affidatarie dirette di un servizio pubblico di partecipare a una gara per l'affidamento di altro servizio pubblico non possa derivare neppure dall'art. 13 del D.L. n. 223/2006⁵. Tale disposizione, infatti, è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa in senso restrittivo, confinandone l'applicazione alle sole società c.d. strumentali, vale a dire a società costituite o partecipate da amministrazioni per la produzione di beni e servizi strumentali alla loro attività escludendone, di conseguenza, la sua applicazione al settore dei servizi pubblici locali⁶.

In conclusione, l'Autorità, condividendo quanto peraltro già espresso sul punto dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP ora Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC) nel parere n. 42/2013⁷, ritiene che non sussistano motivi ostativi alla partecipazione di ASITE, a titolo individuale o in RTI, alla gara che l'ATA intendesse bandire per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana per il territorio dell'intero ATO4, in cui rientra anche il territorio del Comune istante.

In merito al secondo e al terzo quesito, inerenti entrambi al potenziale effetto del mantenimento da parte di ASITE degli affidamenti diretti di cui è attuale titolare⁸ sul corretto svolgimento del confronto competitivo in sede di gara, si osserva, preliminarmente, che l'Autorità competente a vigilare sul corretto svolgimento delle gare pubbliche, anche attraverso il rilascio di pareri, è l'ANAC.

In questa sede pertanto l'Autorità, fermo quanto già risposto in ordine al primo quesito, si limita solo a richiamare l'attenzione del Comune di Fermo sulla necessità di valutare se l'eventuale aggiudicazione della gara in questione possa pregiudicare la persistenza dell'insieme dei requisiti cumulativi di legittimità dell'*in house providing* con riferimento agli affidamenti diretti in essere, avendo, in particolare, riguardo al requisito della c.d. attività prevalente che impone alle società *in house* di svolgere oltre l'80% della propria attività in favore dell'Amministrazione affidataria del servizio⁹.

In relazione, infine, all'ultimo quesito posto dal Comune di Fermo, l'Autorità osserva che esso non appare conferente rispetto alla problematica relativa alla legittimità o meno della partecipazione di ASITE all'eventuale gara per affidamento del servizio integrato di igiene urbana per l'ATO4 in RTI con altri operatori. La norma richiamata si riferisce, infatti, alla diversa ipotesi di affidamento diretto di un servizio di interesse economico generale a una società mista pubblico-privata: questo modello di affidamento - alternativo alla gara e all'*in house providing* - impone, infatti, all'Amministrazione/stazione appaltante di indire un'unica gara per l'individuazione del socio e per il contestuale affidamento del servizio.

⁵ Decreto-Legge 4 luglio 2006, convertito con legge 4 agosto 2006, n. 248, recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*” (c.d. Decreto Bersani).

⁶ Vd. C. Stato, Sez. V, n. 4346/2009).

⁷ Parere n. 42 del 27 marzo 2013, consultabile sul sito *internet* istituzionale dell'ANAC <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/>.

⁸ Vale a dire, la gestione dei parcheggi pubblici a pagamento, delle mense scolastiche, del verde pubblico e di servizi minori.

⁹ Vd. art. 16, comma 3, D.lgs n. 175/2016, c.d. T.U. sulle partecipate pubbliche e art. 5, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016 c.d. Codice degli appalti.

In risposta al quesito in esame, si rileva, pertanto, che la disposizione richiamata non ha alcuna attinenza rispetto al problema della legittimità o meno della partecipazione di ASITE in RTI all'eventuale gara pubblica per l'aggiudicazione della gestione del servizio integrato di igiene urbana nell'ATO4-Fermo, in relazione al quale si rinvia, pertanto, alle argomentazioni e conclusioni svolte in merito alla liceità della partecipazione - in forma individuale o in raggruppamento - di una società pubblica, già titolare di affidamenti *in house*, a una gara per l'aggiudicazione della gestione di altro servizio di interesse economico generale.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/1990, salvo che non vengano rappresentate, entro trenta giorni dal ricevimento della presente comunicazione, eventuali ragioni ostantive alla pubblicazione.

IL PRESIDENTE *ff.*

Gabriella Muscolo

AS1561 – DELIBERA AGCOM 452/18/CONS - DEFINIZIONE DEL TEST DI REPLICABILITÀ DELLE OFFERTE DI SERVIZI DI RECAPITO DI INVII MULTIPLI DI POSTE ITALIANE E DEI CRITERI PER LA SUA CONDUZIONE

Roma, 1 febbraio 2019

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 23 gennaio 2019, ha inteso svolgere, ai sensi dell’art. 22 della legge n. 287/90, alcune considerazioni in merito ai contenuti della Delibera AGCom 452/18/CONS in materia di “*definizione del test di replicabilità delle offerte di servizi di recapito di invii multipli di Poste Italiane e dei criteri per la sua conduzione*”.

Come, già evidenziato nella segnalazione inviata a codesta Autorità in data 12 giugno 2018, l’introduzione di un *test* di replicabilità costituisce un *unicum* nel panorama europeo della regolamentazione dei servizi postali, tenuto conto che il Regno Unito - l’unico paese dove è stato introdotto - è caratterizzato da un assetto del mercato in questione strutturalmente diverso.

Nel caso di specie, il *test* di cui alla delibera sopra richiamata non solo appare finalizzato ad assicurare il rispetto del principio di non discriminazione, ma sembra anche volto a perseguire direttamente possibili fenomeni di compressione dei margini.

A tal riguardo, l’Autorità ribadisce come anche nel settore postale – così come, ad esempio, avviene nel settore delle telecomunicazioni – il *test* di replicabilità debba essere più chiaramente circoscritto alla verifica del rispetto di uno specifico obbligo regolamentare, per sua natura necessariamente distinto dalla finalità generale di tutela della concorrenza, non potendo perseguire la finalità di assicurare che l’impresa dominante non ostacoli o escluda dal mercato i concorrenti.

A tal proposito, peraltro, occorre nuovamente rilevare che il testo della Delibera n. 384/17/CONS non esplicita l’imposizione a Poste Italiane di un obbligo di non discriminazione, ma il solo obbligo di fornire l’accesso alla propria rete, a condizioni eque e ragionevoli, liberamente negoziate tra le parti, prevedendo un orientamento ai costi limitato alle “aree di recapito EU2”, territorialmente circoscritte.

Come noto, infatti, la diversa finalità di tutelare la concorrenza attraverso la prevenzione e il contrasto di condotte anticoncorrenziali è perseguita dall’Autorità Antitrust attraverso l’enforcement delle norme nazionali ed europee a tutela della concorrenza e il relativo apparato sanzionatorio.

In diversi propri precedenti, l’Autorità ha accertato abusi di posizioni dominanti consistenti nella compressione dei margini, intervenendo anche nel settore postale, ai sensi dell’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

In merito al perimetro del *test* di replicabilità, l’Autorità ha ritenuto che quest’ultima debba essere assicurata prioritariamente con riguardo all’ambito in cui si esplica il rapporto verticale tra l’incumbent sul mercato a monte e i suoi concorrenti sul mercato a valle. Sul punto, non appare del tutto chiaro e non appare comunque risolutivo quanto riportato nella delibera dell’AGCom n. 452/18/CONS, ossia che “*il test tiene senz’altro in considerazione il rapporto verticale tra PI ed i suoi concorrenti in quanto assume un modello di concorrente non completamente infrastrutturato, che per il recapito in una parte delle aree EU deve ricorrere alla rete di PI*”.

Inoltre, va evidenziato che questa Autorità, nelle analisi economiche svolte nei propri precedenti, ha ritenuto di non poter stimare la copertura di rete di “*un ipotetico concorrente alternativo altrettanto efficiente*” come la somma delle coperture di tutti gli operatori postali presenti sul mercato, alla luce di diverse considerazioni. Per un operatore alternativo, infatti, la stipula di accordi di recapito con altri operatori diversi da Poste Italiane non risulta essere una soluzione realistica, in quanto significherebbe concludere contratti con una pluralità di soggetti che non hanno alcun obbligo a condividere un *asset* competitivo importante quale la propria rete di recapito, sostenendo significativi costi di transazione e investimenti per assicurare l’interoperabilità tecnica. A ciò si aggiunga che le coperture dichiarate da alcuni operatori postali – e segnatamente quelli che operano con il modello del *franchising* – sono solo potenziali, in quanto gli affiliati, per attivare effettivamente il recapito in un determinato CAP appartenente alla rispettiva area territoriale, necessitano di raggiungere un numero minimo di invii. Infine, l’Autorità ha osservato che le coperture dichiarate dagli operatori alternativi nelle gare pubbliche non sono rappresentative delle aree che questi sono in grado di coprire con continuità nel tempo, indipendentemente dai volumi affidati dal singolo cliente.

In questo contesto, neppure il correttivo forfetario adottato nella delibera in esame – che prevede di considerare che l’ipotetico concorrente altrettanto efficiente si avvalga di PI per un ammontare di invii postali doppio rispetto ai volumi effettivamente sottesi alle aree EU2 – appare idoneo a bilanciare la scelta di considerare quale copertura dell’*efficient competitor* la somma delle coperture di tutti gli operatori alternativi presenti sul mercato.

Sulla base di quanto precede, si ribadisce la necessità che la finalità del *test* di replicabilità di cui alla delibera AGCom n. 452/18/CONS sia circoscritta alla verifica di uno specifico obbligo regolamentare. Ciò, in quanto eventuali abusi di posizione dominante sono accertati dalla scrivente Autorità sulla base dell’art. 102 TFUE, tenuto conto delle evidenze documentali e delle analisi economiche ritenute appropriate in ciascun caso di specie.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all’articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXIX- N. 6 - 2019

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Sandro Cini, Valerio Ruocco, Simonetta Schettini,
Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
