

*L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*

NELLA SUA ADUNANZA del 13 giugno 2002;

SENTITO il Relatore Professor Marco D'Alberti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la propria delibera del 27 giugno 2001, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge n. 287/90 nei confronti delle imprese Gemeaz Cusin Srl, Sodexho Pass Srl, Day Ristoservice Srl, Ristomat Srl, Qui! Ticket Service Spa, Ristochef Spa, Sagifi Spa e Cascina Scrl al fine di verificare l'esistenza di eventuali violazioni all'articolo 2 della legge n. 287/90;

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

CONSIDERATO quanto segue:

**I. LE PARTI**

*i) Le imprese denuncianti*

**1.** La PELLEGRINI Spa è una società che opera nel settore della ristorazione, svolgendo anche servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto utilizzabili presso una rete di locali convenzionati. Il capitale sociale di PELLEGRINI è interamente detenuto da una persona fisica. Nell'esercizio 2000 tale società ha realizzato un fatturato di circa 274 milioni di euro.

**2.** La REPAS LUNCH COUPON Srl è una società attiva nella fornitura di servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto. Le azioni di REPAS sono possedute per il 62% da una società fiduciaria, per il 28% dalla WATERCREEK INVESTMENTS SA e per il rimanente 10% dalla FEDRA Srl. Il fatturato realizzato da REPAS nel 2000 è di circa 67 milioni di euro.

*ii) Le imprese denunciate*

**3.** GEMEAZ CUSIN Srl svolge varie attività nel settore della ristorazione, tra cui quella di servizi sostitutivi di mensa mediante l'emissione di buoni pasto. Il capitale sociale di GEMEAZ è detenuto quasi interamente dalla ACCOR SA, una società di diritto francese.

Nell'esercizio 2001 Gemeaz ha realizzato un fatturato di 817.791.319,77 euro.

**4.** SODEXHO PASS Srl è attiva nel settore dell'organizzazione di mense e convitti, nonché dell'emissione e collocamento presso terzi di buoni pasto. Il capitale sociale di SODEXHO è detenuto per il 99% dalla SODEXHO PASS INTERNATIONAL SA e per l'1% dalla SOFINSOD S.A., entrambe società di diritto francese.

Il fatturato realizzato nel 2001 da Sodexho è stato di 159.645.000 di euro<sup>1</sup>.

**5.** DAY RISTOSERVICE Srl offre servizi sostitutivi di mensa mediante il sistema dei buoni pasto. Il capitale sociale di RISTOSERVICE è detenuto per il 70% dalla società FINREST Spa, a sua volta posseduta quasi interamente dalla CAMST-COOPERATIVA ALBERGO MENSA SPETTACOLO E TURISMO e per il rimanente 30% da LE CHEQUE DEJEUNER CCR, società di diritto francese.

---

<sup>1</sup> [Cfr. informazioni inviate dalla Sodexho in data 14 maggio 2002.]

Day ha realizzato, nel 2001, un fatturato di 148.830.638,12 euro.

**6. RISTOMAT Srl** svolge attività di servizi sostitutivi di mensa mediante il sistema dei buoni pasto. Il capitale sociale di Ristomat è detenuto per il 99% dalla ONAMA Spa ORGANIZZAZIONE NAZIONALE APPALTI MENSE E ALBERGHI; mentre il rimanente 1% è detenuto da persone fisiche.

Nel 2001, Ristomat ha realizzato un fatturato di 93.766.513,83 euro.

**7. QUI! TICKET SERVICE Spa** opera nel settore dei servizi di ristorazione di mense aziendali sia direttamente che tramite l'emissione di buoni pasto. Il capitale sociale di QUI! è detenuto esclusivamente dalla COMPAGNIA ALIMENTARE ITALIANA Srl.

Nell'esercizio 2001, Qui! ha realizzato un fatturato di 103.687.586,96 euro<sup>2</sup>.

**8. RISTOCHEF Spa** è una società attiva nel settore della ristorazione e offre, tra l'altro servizi sostitutivi di mensa mediante l'erogazione di buoni pasto. Il capitale sociale di RISTOCHEF è ripartito al 50% tra la CHEF ITALIA Spa e la ELIOR SCA.

Il fatturato realizzato da Ristocheff nel 2001 è stato di 191.047.730,64 euro.

**9. SAGIFI Spa** svolge attività di ristorazione sia direttamente che con la fornitura di servizi sostitutivi di mensa mediante l'erogazione di buoni pasto. Il capitale sociale di SAGIFI è detenuto da due persone fisiche.

Sagifi ha realizzato, nel 2001, un fatturato di 38.130.411,42euro<sup>3</sup>.

**10. CASCINA S.C. A R.L.** svolge attività di ristorazione sia direttamente che con la fornitura di servizi sostitutivi di mensa mediante l'erogazione di buoni pasto.

Cascina ha realizzato, nel 2001, un fatturato di 151.526.848,00 euro.

## **II. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA**

**11.** La presente istruttoria è stata avviata, con delibera del 27 giugno 2001, a seguito di segnalazioni delle società Pellegrini e Repas sulla base delle quali l'Autorità ha avviato il procedimento istruttorio nei confronti delle società Gemeaz, Sodexho, Day Ristoservice, Ristomat, Qui! Ticket, Ristocheff, Sagifi e Cascina al fine di valutare se il comportamento delle menzionate imprese potesse derivare da una intesa realizzata dalle stesse in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

In data 4 luglio 2001, sono stati effettuati alcuni accertamenti ispettivi presso le sedi delle citate società al fine di acquisire elementi probatori in relazione alla presunta intesa posta in essere dalle parti.

**12.** Nel corso del procedimento, ed in particolare prima della Comunicazione delle risultanze istruttorie, sei imprese, incluse le denuncianti, hanno esercitato il diritto di essere sentite in audizione: Repas (13 settembre 2001), Pellegrini (28 settembre 2001), Gemeaz (9 ottobre 2001), Ristoservice (10 ottobre 2001), Ristomat (15 ottobre 2001) e La Cascina (29 ottobre 2001).

Inoltre, solo Gemeaz ha presentato una memoria scritta nel corso della fase istruttoria, mentre le altre imprese hanno espresso la loro posizione nell'ambito delle risposte alle numerose richieste di informazioni formulate dagli Uffici.

**13.** In data 1 marzo 2002, è stata inviata alle parti la Comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito del ricevimento di detta Comunicazione, tutte le parti hanno esercitato il diritto di difesa attraverso la produzione di ampie memorie ed allegati.

L'esercizio del diritto di difesa è stato, inoltre, garantito alle parti in ogni fase del procedimento anche con ripetuti accessi agli atti.

All'audizione finale delle parti, tenutasi il 23 aprile 2002, hanno partecipato sette imprese: Repas, La Cascina, Day Ristoservice, Sodexho, Ristocheff, Ristomat e Gemeaz.

## **III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE**

### **A) LA PROCEDURA DI GARA**

#### *i) Caratteristiche del Bando*

---

<sup>2</sup> [Cfr. Informazioni inviate dalla Qui! in data 7 maggio 2002.]

<sup>3</sup> [Cfr. Informazioni inviate dalla Sagifi in data 9 maggio 2002.]

14. Il presente provvedimento si riferisce alla gara effettuata a seguito della emanazione del bando da parte della CONSIP, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale CE n. S197 del 13 ottobre 2000 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 244 del 18 ottobre 2000. Detto bando riguarda l'acquisizione, secondo le modalità stabilite dall'articolo 26 della l.n. 488/99, di servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche da erogare in ventiquattro mesi, per un valore di 810 miliardi di lire (di seguito espresso solo il valore in euro pari a 418.330.088, 26 euro)<sup>4</sup>.

15. A seguito dell'espletamento della gara in questione, le imprese aggiudicatrici sono tenute a procedere alla stipula di una Convenzione con la Consip sulla base della quale viene regolamentata la fornitura di buoni pasto alle Amministrazioni dello Stato centrali e periferiche, nonché alle altre Pubbliche Amministrazioni che intendano aderire alla Convenzione stessa. Dalla stipula di detta Convenzione, scaturisce, in capo alle imprese aggiudicatrici, l'obbligo di prestare i servizi oggetto della Convenzione medesima nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni aderenti, nel rispetto di condizioni, modalità e termini contenuti nella Convenzione, oltreché nel bando e nel disciplinare di gara<sup>5</sup>.

16. Le caratteristiche del bando sono le seguenti:

*oggetto e valore del bando:* la gara è volta a stabilire le condizioni alle quali l'aggiudicatario si impegna a fornire, per la durata di un biennio, i servizi in questione (buoni pasto dal valore unitario di lire 9.000-di seguito espresso solo il valore in euro pari a 4,65 euro -, IVA compresa) a tutte le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, nonché alle altre pubbliche amministrazioni che ne faranno richiesta, fino al raggiungimento dei quantitativi massimi previsti dal bando (nel complesso, 90 milioni di buoni pasto in due anni, equivalenti a 418.330.088, 26 euro), con possibilità di estensione ad un terzo anno nel caso in cui tale valore non sia raggiunto nel biennio;

*lotti:* il servizio è diviso in cinque lotti geografici, di uguale importo (162 miliardi di lire in due anni pari a 83.666.017, 65 euro), ovvero:

Valle d'Aosta, Piemonte, Lombardia e Liguria (di seguito anche Nord-Ovest)

Trentino, Veneto, Friuli, Emilia Romagna e Toscana (di seguito anche Nord-Est)

Umbria e Lazio (di seguito anche Centro)

Marche, Abruzzo, Molise, Campania e Puglia (di seguito anche Centro-Sud)

Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna (di seguito anche Sud-Isole);

*procedura di gara:* la gara è stata espletata secondo la procedura ristretta, nella forma di licitazione privata accelerata. Nel bando sono descritte le caratteristiche generali dell'appalto e sono stabiliti i requisiti minimi di prequalificazione. Solo alle imprese in possesso di tali requisiti viene inviato l'invito a presentare un'offerta, insieme al disciplinare contenente, tra l'altro, la specificazione dei criteri per l'individuazione, per ciascun lotto, dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

*requisiti di prequalificazione:* tra questi, assume importanza decisiva il criterio del fatturato annuo minimo realizzato. La partecipazione alla gara per ciascun lotto è subordinata all'aver realizzato in almeno uno degli esercizi conclusi dell'ultimo triennio un fatturato annuo specifico nel settore dei buoni pasto non inferiore a 20 miliardi di lire (di seguito espresso solo il valore in euro pari a 10.329.137,98 euro). Non ci sono limiti al numero di lotti per i quali si può partecipare, ed è prevista la possibilità di raggiungere i requisiti minimi riunendosi in raggruppamenti temporanei di imprese; nel qual caso, comunque, almeno una delle partecipanti deve soddisfare il 60% dei requisiti minimi di fatturato e nessuna deve scendere al di sotto del 10%;

*"enti ad adesione facoltativa":* il bando di gara prevede, al punto 2, che *"con la stipula della convenzione ex articolo 26 della legge n.488/1999, l'aggiudicatario di ciascun lotto si impegna a fornire, alle condizioni indicate nella convenzione stessa, i servizi oggetto di gara in favore di tutte le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, nonché delle altre pubbliche amministrazioni che avranno facoltà di aderire alla convenzione [...]"*. La norma, quindi,

---

<sup>4</sup> [L'art. 26, comma 1, della legge n. 488 del 23 dicembre 1999 ha introdotto una nuova modalità per la acquisizione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. In particolare, la nuova procedura prevede la centralizzazione della designazione dei fornitori, che spetta al Ministero del tesoro o a una società di consulenza specializzata da esso nominata. Il fornitore, individuato attraverso le procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa vigente, deve stipulare con il ministero o con la società delegata una convenzione con la quale si impegna "ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato". Il comma 3 del medesimo articolo prevede, inoltre, che "Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1[...]. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento".

Con decreto ministeriale del 24 febbraio 2000, il Ministero del Tesoro ha individuato nella CONSIP S.p.A. (di seguito CONSIP) la società alla quale affidare la gestione delle procedure per la conclusione delle convenzioni di cui all'art. 26 della citata legge n. 488/99. Il medesimo decreto precisa che, nello svolgimento di tale mandato, la CONSIP "assume espressamente la funzione di amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa vigente".

La CONSIP è una società indirettamente controllata dal Ministero del Tesoro: il suo capitale è, infatti, interamente detenuto dalla società Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici - CONSAP S.p.A., a sua volta posseduta al 100% dal ministero.]

<sup>5</sup> [In particolare, la Convenzione contempla l'ipotesi di inadempimento da parte del fornitore, prevedendo che, in tal caso, decorso inutilmente il termine di cui all'art.1454 CC, la Convenzione si intenderà risolta. La Consip e/o l'amministrazione contraente hanno, in tal caso, la facoltà di ritenere definitivamente la cauzione e/o di applicare una penale equivalente, nonché di procedere nei confronti del fornitore per il risarcimento del danno.]

distingue tra le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, che hanno l'obbligo di approvvigionarsi utilizzando la convenzione Consip e le restanti amministrazioni pubbliche (cd. "facoltizzate") cui, invece, riconosce la facoltà di adesione alla citata convenzione e che, pertanto, non sono individuabili a priori.

## *ii) Caratteristiche del Disciplinare*

**17.** Le modalità tecniche di partecipazione alla gara ed i criteri dettagliati di aggiudicazione della fornitura sono contenuti nel disciplinare allegato all'invito a presentare un'offerta inviato, in data 14 novembre 2000, alle imprese che hanno superato la fase di prequalificazione.

In particolare, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte stesse è effettuata in riferimento ad un punteggio che va da 0 a 100 al quale contribuiscono per il 50% il criterio della capacità tecnica e per il 50% il criterio del prezzo.

**18.** Più precisamente, la capacità tecnica è misurata sulla scorta dei seguenti elementi: il primo parametro, che consente di assegnare fino a 40 punti sul totale dei 50 punti attribuibili per la capacità tecnica, è collegato al numero di esercizi attivi di cui dispone l'impresa nei comuni capoluogo di provincia facenti parte del territorio del lotto per cui presenta l'offerta<sup>6</sup>. Il secondo parametro, che consente l'assegnazione fino ad un massimo di 6 punti, è basato sul numero dei comuni facenti parte del lotto in cui l'impresa dispone di almeno un esercizio attivo. I restanti 4 punti sono assegnati in funzione delle proposte avanzate in relazione alla gestione elettronica degli ordinativi di fornitura mediante un sito internet (2 punti) e in relazione alla sperimentazione del buono pasto elettronico in aree campione da individuare (2 punti).

**19.** Nel disciplinare si prevede che l'impresa fornisca i dati relativi agli esercizi sopra indicati in formato elettronico, nonché sotto forma di elenco cartaceo a cui allegare copia semplice di una sola fattura emessa da ciascun esercizio contenuto nell'elenco, convenzionato negli ultimi 12 mesi. La presentazione della fattura è richiesta ai fini della prova della sussistenza di un rapporto di convenzionamento "attivo" fra l'impresa e l'esercizio. In riferimento agli esercizi convenzionati nei tre mesi precedenti alla presentazione dell'offerta e che non abbiano ancora emesso fattura nei confronti dell'impresa, quest'ultima può allegare, in luogo della fattura, copia semplice della convenzione fino a copertura di non oltre il 25% degli esercizi convenzionati di cui all'elenco.

**20.** Per quanto attiene ai quattro punti attribuibili per la capacità tecnica in relazione alla gestione elettronica degli ordinativi di forniture e alla sperimentazione del buono pasto elettronico, la Consip ha richiesto di predisporre un sistema di *software* che permetta alle amministrazioni contraenti di accedere ad un apposito sito internet per consentire in alternativa alle vie tradizionali la gestione elettronica degli ordinativi di fornitura<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda invece la sperimentazione del buono pasto elettronico, consistente nell'assegnazione di una carta a ciascun cliente sulla quale si registrano i consumi, la Consip ha richiesto (nell'ambito dell'area campione) che venisse offerta all'amministrazione la possibilità di gestire il servizio di buono pasto elettronico in maniera informatizzata<sup>8</sup>. Viene inoltre prescritto che tale servizio sia fruibile presso un numero minimo di esercizi nei quali si richiede di installare i cosiddetti POS per la lettura delle carte<sup>9</sup>, nonché che vengano soddisfatte altre esigenze dei clienti, quali "la possibilità di utilizzo della carta per altre finalità, la facilità/rapidità di utilizzo presso gli esercizi convenzionati"<sup>10</sup>.

**21.** Come detto, la valutazione della offerta economicamente più vantaggiosa è effettuata sulla base del punteggio derivante dalla capacità tecnica e del punteggio economico attribuito allo sconto offerto dall'impresa (o offerta di prezzo), rispetto al valore nominale del buono pasto in gara che è pari a 4,65 euro. Per l'attribuzione di tale punteggio rileva sia la posizione relativa dello sconto di un partecipante rispetto alla migliore offerta di sconto presentata, sia il valore medio di tutti gli sconti offerti dalle imprese partecipanti. Infatti, la regola di calcolo del

---

<sup>6</sup> [Per esercizi attivi si intende, secondo quanto previsto dal disciplinare, gli esercizi convenzionati da cui una società fornitrice abbia ricevuto fatture almeno durante i 12 mesi precedenti alla presentazione delle offerte. Il disciplinare consente, inoltre, la possibilità di includere gli esercizi con i quali sono state stipulate convenzioni nei tre mesi precedenti la presentazione delle offerte, pur in assenza di fatturazioni da parte di tali esercizi.]

<sup>7</sup> [Il sistema doveva essere idoneo a "garantire la sicurezza e la riservatezza delle informazioni trattate [...]; permettere l'inserimento, l'aggiornamento e l'invio dei dati relativi agli ordinativi di fornitura; permettere di controllare lo storico degli ordini emessi e lo status dell'ordine effettuato". Cfr. allegato 8 del Disciplinare di gara, nonché par. 5 dello stesso.]

<sup>8</sup> [In particolare, ha previsto l'installazione, presso la sede delle amministrazioni committenti, di un "terminale cliente che dovrà presumibilmente consentire di: inizializzare la smart card, personalizzare le regole di utilizzo delle smart card, elaborare statistiche di utilizzo dei buoni, consentire il rilevamento di anomalie nell'utilizzo in funzione delle regole dettate dal cliente anche attraverso l'incrocio con i report rilevamento presenze dell'amministrazione, interfacciarsi con i sistemi di rilevazione/gestione presenze".]

<sup>9</sup> [Si richiede un rapporto non al di sotto di 1 esercizio ogni 15 dipendenti. Il terminale POS è lo strumento atto a caricare le transazioni (relative ai pasti erogati) rilevate attraverso apposita unità di lettura per carte a microchip. ]

<sup>10</sup> [Cfr., per le specifiche tecniche relative al buono pasto elettronico, allegato 7 del disciplinare di gara, nonché il par. 5 dello stesso.]

punteggio economico prevista nel disciplinare di gara<sup>11</sup> è tale per cui l'impresa che offra uno sconto inferiore a quello più elevato viene penalizzata maggiormente se tale sconto è inferiore allo sconto medio, rispetto all'ipotesi in cui offra uno sconto che, pur non essendo il più vantaggioso per l'amministrazione, è tuttavia superiore a quello medio.

22. Infine, unitamente al disciplinare di gara, le imprese hanno ricevuto lo schema della convenzione da stipulare ai sensi dell'articolo 26 della legge n.488/1999 fra la Consip e l'impresa o il raggruppamento temporaneo di imprese risultato aggiudicatario, cd. "fornitore". Tale convenzione contempla, ai sensi dell'articolo 19, il principio di estensione dei "Corrispettivi e condizioni di miglior favore"<sup>12</sup> il quale vincola il fornitore aggiudicatario ad applicare i corrispettivi offerti ad altre Amministrazioni in occasione di gare successive alla stipula della Convenzione stessa, nel caso in cui essi risultino essere migliori di quelli offerti nell'ambito della gara Consip.

## B) IL MERCATO RILEVANTE

23. La fattispecie oggetto del presente provvedimento interessa il settore dei servizi sostitutivi di mensa mediante emissione di buoni pasto. Il buono pasto è utilizzato dalle aziende e dalle pubbliche amministrazioni (di seguito anche i committenti) che non vogliono o non possono dotarsi di una mensa interna e che offrono ai loro dipendenti i suddetti buoni in sostituzione del servizio di mensa. A tal fine i committenti stipulano con le imprese che organizzano e gestiscono i servizi sostitutivi di mensa contratti di fornitura di buoni pasto che possono essere utilizzati dai loro dipendenti presso gli esercizi convenzionati.

24. Negli ultimi anni si è osservato un notevole incremento dell'utilizzo dei buoni pasto in un crescente numero di settori produttivi, nonché nella pubblica amministrazione. Di conseguenza, come risulta dai dati del seguente prospetto (tab. 1), il fatturato totale realizzato attraverso la vendita dei buoni pasto è passato da circa 1.500 miliardi di lire (pari a 77.46.85.348, 63 euro) del 1996 a 2700 miliardi di lire (di seguito espresso solo il valore in euro pari a 10.329.137, 98 euro) del 2000.

**Tab. 1-Valore vendite nel periodo 1996-2000**

Anno	Valore totale vendita di buoni pasto (miliardi di lire/milioni di euro)
1996	1513 (pari a 781.399.288,32 euro)
1997	1793 (pari a 926.007.220,07 euro)
1998	2171 (pari a 1.121.227.927, 92 euro)
1999	2549 (pari a 1.316.448.635, 78 euro)
2000	2700 (pari a 1.394.433.627, 54 euro)

Fonte: 1996-1999: ministero del tesoro, sito [www.acquisti.tesoro.it](http://www.acquisti.tesoro.it),  
6 marzo 2001; 2000-2001: Databank 2000.

25. Le principali imprese che svolgono l'attività in esame sono elencate nella tabella seguente (tab. 2), nella quale vengono indicate, relativamente all'anno 1999, le rispettive posizioni, a livello nazionale, sia in termini di fatturato che in termini di capillarità della rete di esercizi convenzionati.

**Tab. 2-Quote nel settore dei buoni pasto**

Società	Marchio	Numero eser. convenz. 1999	Fatturato 1999 (miliardi)	Quota 1999 (in termini fatt.)
Gemeaz Cusin Srl; Serial Srl	Ticket Restaurant; City time	60.000	1.155	45,31%
Sodexho Pass Srl; Agape card Srl	Sodexho Pass; Agape Card	30.000	275	10,79%
Day Ristoservice	Day	30.000	221	8,67%

<sup>11</sup> [Per una descrizione più dettagliata di tale regola si confronti quanto riportato nell'appendice B "Criteri di aggiudicazione previsti dal bando di gara".]

<sup>12</sup> [Secondo il citato art. 19, comma 5, infatti, il "fornitore" ha l'obbligo di "comunicare alla Consip i corrispettivi [...] che lo stesso applichi o applicherà alle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, nonché alle altre Pubbliche Amministrazioni, a seguito di qualsiasi procedura di scelta del contraente [...] per la prestazione di servizi identici a quelli oggetto della presente Convenzione".

Lo stesso "fornitore" ha, altresì, l'obbligo di "applicare i suddetti corrispettivi applicati ad altre Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, nonché alle restanti Pubbliche Amministrazioni anche ai servizi oggetto della presente Convenzione, previa semplice richiesta scritta da parte della Consip spa e/o delle Amministrazioni Contraenti [...] così modificando quanto previsto nell'Offerta Economica [...]".]

Società	Marchio	Numero eser. convenz. 1999	Fatturato 1999 (miliardi)	Quota 1999 (in termini fatt.)
Srl				
Pellegrini Spa	Pellegrini Card	25.000	190	7,45%
Ristomat Srl Lunch Time Srl	Ristomat Lunch Time	25.000	171	6,71%
Qui! Ticket Service Spa	Qui! Ticket Service	25.000	150	5,88%
Ristochef Spa	Buonchef	20.000	120	4,71%
Repas Srl	Lunch Coupon	15.000	75	2,94%
Sagifi Spa	Meal Ticket	15.000	50	1,96%
Cascina Scrl	Break Time	15.000	53	2,08%
Cir Scrl	Bluticket	3.000	14	0,55%
Altri		xxxxxx	75	2,95%
<b>Totale</b>			<b>2.549</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: relazione bilancio 2000 della società La Cascina.

Dalla tabella emerge che la struttura del settore è molto concentrata ( $H > 2.400$ ): l'impresa leader detiene circa il 45% del totale delle vendite, mentre le prime cinque (Gemeaz, Sodexho, Ristoservice, Pellegrini e Ristomat), insieme superano l'80%.

Si aggiunga che tre delle prime cinque imprese (Sodexho, Ristoservice e Ristomat) risultano aver costituito nel 1999 un'impresa comune (Fast Point Srl) che svolge per le imprese madri le fasi ausiliarie dell'attività produttiva in questione (produzione dei buoni, spedizione, ricevimento, contabilizzazione, convenzionamento di nuovi esercizi e gestione informatica delle reti) <sup>13</sup>.

26. Inoltre, dalla seguente tabella (tab. 3), in cui viene riportata l'evoluzione delle quote di tali imprese in termini di fatturato, nel periodo precedente-dal 1996 al 1998-si evince una sostanziale stabilità nelle loro posizioni relative.

Tab. 3-Evoluzione delle quote dei principali operatori nel settore dei buoni pasto negli anni 1996-97-98.

Società	Marchio	1996	1997	1998
Gemeaz Cusin Srl; Serial Srl	Ticket Restaurant; City time	46,1	46,9	44,8
Sodexho Pass Srl; Agape card Srl	Sodexho Pass; Agape Card	13,9	12,2	12,1
Ristoservice Srl	Day	9,3	9,0	8,9
Pellegrini Nord Spa	Pellegrini Card	10,3	9,6	9,0
Ristomat Srl Lunch Time Srl	Ristomat Lunch Time	6,5	6,9	6,2
Qui! Ticket Service Spa	Qui! Ticket Service	2,6	3,1	4,8
Ristochef Spa	Buonchef	1,3	1,8	3,8
Repas Srl	Lunch Coupon	4,0	4,1	3,8
Sagifi Spa	Meal Ticket	1,0	2,3	1,9
Cascina Scrl	Break Time	1,0	1,3	1,3
Cir Scrl	Bluticket	0,0	0,0	0,1
Altri		4,0	2,8	3,3
<b>Totale</b>		<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

Fonte: Relazione di bilancio società La Cascina-giugno 2000

27. Si osserva che le quote sopra riportate derivano dai fatturati realizzati sia attraverso vendite a privati che a pubbliche amministrazioni. Come in altri settori, tuttavia, anche in questo caso le modalità di acquisizione dei servizi da parte di imprese private e di pubbliche amministrazioni divergono al punto da poter ipotizzare che individuino due mercati del prodotto distinti. In particolare, in relazione alla gara Consip in esame, le specifiche modalità adottate per la acquisizione centralizzata dei servizi di buoni pasto, volta ad individuare in un'unica soluzione il fornitore di detti servizi per tutte le sedi centrali e periferiche dell'amministrazione statale, nonché per tutti gli altri enti pubblici che ne

<sup>13</sup> [La costituzione dell'impresa comune Fast Point è stata valutata dall'Autorità come intesa comunicata ai sensi dell'art. 13 della legge n. 287/90 (prov. n. 7145 del 29 aprile 1999, caso n. I385 Passlunch-Sodexho-Ristomat/Fast Point, boll. N. 17/1999).]

facciano richiesta risultano idonee a far ritenere che il servizio appaltato con il bando in questione individui un mercato rilevante distinto<sup>14</sup>.

28. Ne consegue che il valore del mercato rilevante nell'ambito del quale vengono valutati i comportamenti oggetto del presente provvedimento corrisponde all'importo del servizio appaltato che è pari a 418.330.088, 26 euro in 24 mesi (ossia 209.165.044, 13 euro per ogni anno pari a 405 miliardi di lire).

Gli attori di tale mercato sono, dal lato dell'offerta, le imprese partecipanti alla gara, ossia le società Ristochef, Ristomat, Qui!, Ristoservice, Sodexho, Gemeaz, La Cascina, Sagifi, Pellegrini e Repas. Con l'esclusione di queste due ultime, tutte le altre società si sono aggiudicate almeno uno dei lotti previsti dal bando, mediante la costituzione di associazioni temporanee di impresa, all'interno delle quali hanno effettuato la ripartizione dei rispettivi introiti secondo quanto illustrato di seguito (tab. 4)<sup>15</sup>:

**Tab. 4-Ripartizione degli utili delle imprese aggiudicatarie della gara Consip**

ATI-Lotto I (Nord-Ovest)	% utili
Ristochef	47,32
Ristomat	3,75
Qui	48,93
ATI-Lotto II (Nord-Est)	% utili
Ristoservice	29,0
Ristomat	20,38
Sodexho	50,62
ATI-Lotto III (Centro)	% utili
Gemeaz	75,0
La Cascina	25,0
ATI-Lotto IV (Centro-Sud)	% utili
Gemeaz	85,0
Sagifi	15,0
ATI-Lotto V (Sud-Isole)	% utili
Ristoservice	29,0
Ristomat	20,38
Sodexho	50,62

29. Tenendo conto che i lotti sono tutti di uguale valore e sommando pertanto le quote di ciascuna impresa nei diversi lotti, si ottiene il risultato riportato alla colonna 1 della tabella seguente (tab. 5), e cioè la quota complessiva di ciascuna impresa nel mercato rilevante.

**Tab. 5-Quota delle imprese sul mercato della gara Consip**

Impresa	Quota imprese 2001	Quota imprese 1996	Variazione quote 1996-2001
Pellegrini	0,0%	7,4%	-7,4
Repas	0,0%	3,2%	-3,2
Sagifi	3,0%	0,0%	3,0
La Cascina	5,0%	2,1%	2,9
Ristomat	8,9%	4,8%	4,1
Ristochef	9,5%	11,7%	-2,2
Qui	9,8%	11,2%	-1,4
Ristoservice	11,6%	7,4%	4,2
Sodexho	20,2%	20,2%	0,0
Gemeaz	32,0%	31,9%	0,1

Fonte: per le quote del 2000, dati La Cascina <sup>16</sup>; per le quote del 1996, dati Gemeaz<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> [Per una più estesa trattazione delle ragioni che inducono a definire la gara Consip alla stregua di un mercato distinto si veda la sezione relativa alla risposta alle argomentazioni delle parti.]

<sup>15</sup> [Tali dati risultano dagli atti costitutivi delle ATI e dai relativi regolamenti interni che ne hanno accompagnato la costituzione.]

<sup>16</sup> [Cfr. documento, acquisito in sede di accertamento ispettivo, relativo al bilancio di esercizio della società La Cascina.]

<sup>17</sup> [Cfr. documento acquisito in sede di accertamento ispettivo presso la società Gemeaz, relativo ad appunti sulla gara Consip e tabelle riepilogative per lotti con riferimento alle imprese, gli sconti offerti ed i punteggi.]

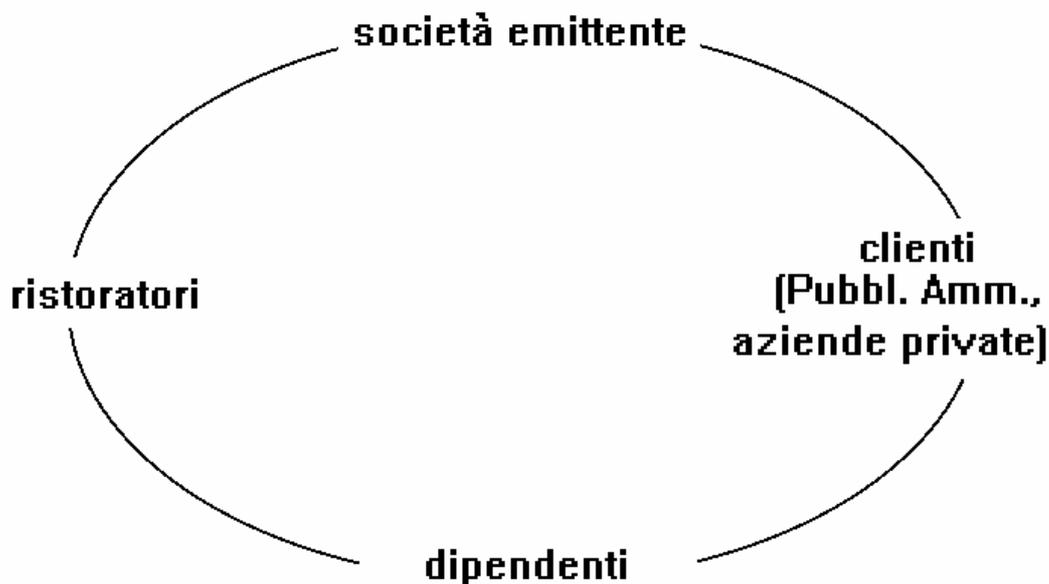
30. Nella medesima tabella vengono rappresentate anche le quote detenute dalle imprese nel periodo immediatamente precedente all'espletamento della gara Consip, in un analogo contesto concorrenziale, ossia quello della precedente gara del 1996, relativa alla fornitura del servizio sostitutivo di mensa al comparto Ministeri. Si osserva, infatti, che le imprese aggiudicatrici dei lotti previsti nella gara Consip hanno sostituito i soggetti che operavano, in regime di proroga, a seguito dell'aggiudicazione di una gara bandita nel 1996 per tre lotti (Nord- Centro-Sud) e che erano i seguenti: al Nord l'ATI costituita dalle imprese Ristochef, Qui!, Agape Card; al Centro la società Gemeaz e al Sud l'ATI costituita da Sodexho, Pellegrini, Ristoservice, Ristomat, Repas e La Cascina<sup>18</sup>.

31. Si noti preliminarmente che il confronto tra le quote delle imprese a seguito delle due gare deve tenere conto del fatto che il valore totale dell'appalto Consip e, conseguentemente, il valore assoluto della quota di ciascuna impresa è significativamente più elevato rispetto a quello della precedente gara<sup>19</sup>. Ciò premesso si riscontra, oltre all'evidente annullamento del ruolo delle società non aggiudicatrici-Pellegrini e Repas-una sostanziale stabilità delle quote delle due imprese principali-Gemeaz e Sodexho (con il 32% ed il 20% del mercato)-una crescita delle società Sagifi, La Cascina, Ristomat e Ristoservice (rispettivamente di 3, 2,9, 4,1 e 4,2 punti percentuali sul totale) e una contenuta diminuzione delle quote di Qui! e Ristochef.

*a) Le caratteristiche dell'attività svolta dalle società emittitrici di buoni pasto*

32. L'attività svolta dalle imprese che operano nel settore dei servizi sostitutivi di mensa riguarda la promozione dell'utilizzo dei buoni pasto e la vendita degli stessi ad aziende o amministrazioni che li acquistano a favore dei propri dipendenti. I buoni pasto vengono pertanto "spesi" da questi ultimi, in sostituzione del denaro contante, presso gli esercizi convenzionati, e vengono successivamente "restituiti" dai titolari dei suddetti esercizi alla società emittente.

33. Il ciclo di vita dei buoni pasto può essere pertanto schematizzato nel grafico che segue.



34. Le imprese emittenti svolgono inoltre una serie di attività di natura produttiva e logistica funzionali all'offerta del servizio in esame. Si tratta, in primo luogo, della fase della produzione in senso stretto del buono.

<sup>18</sup> [Cfr. Informazioni ricevute dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 24 dicembre 2001.]

<sup>19</sup> [Il valore totale della fornitura di buoni pasto previsto per la gara del 1996 era pari a 60 miliardi per un anno rinnovabile per un ulteriore anno, anche se poi, di fatto, i fornitori individuati con quella gara sono rimasti in carica fino al marzo 2001, mentre quello relativo alla gara Consip è di 405 miliardi annui.]

I buoni vengono stampati su carta filigranata, *personalizzati*<sup>20</sup> e, successivamente, fascicolati in *carnet* per essere trasportati e distribuiti presso i clienti<sup>21</sup>. Infine, a seguito dell'utilizzo dei buoni e della loro "resa" da parte dei ristoratori, vengono svolte le attività di conteggio e fatturazione.

**35.** Alcune innovazioni di recente introdotte nel settore stanno in parte modificando il ciclo produttivo del buono pasto. Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione del cosiddetto buono pasto elettronico, in sostituzione dei più tradizionali titoli cartacei, costituito da un tesserino di plastica ((*card* o *badge*) dotato di microchip contenente le informazioni necessarie per identificare il nome del portatore, della società (o amministrazione) cliente, il logo della società emettrice. Al fine di rendere utilizzabile il tesserino elettronico viene, in primo luogo effettuata l'attività di "Inizializzazione" e "Personalizzazione" del tesserino, che può essere svolta dalla società o tramite l'installazione di una "Stazione di Personalizzazione" presso il cliente (amministrazione o azienda). Deve inoltre essere installato, da parte delle società emittenti un terminale presso ogni esercizio convenzionato, provvisto di una banda magnetica che riconosce le informazioni contenute nel microchip e registra l'avvenuta fruizione del pasto. I dati elaborati dal suddetto terminale confluiscono su un sistema di gestione (*back office*) messo a disposizione oltre che della società emettrice anche dell'amministrazione o azienda committente, attraverso il quale è possibile verificare il consumo dei buoni per ogni esercizio convenzionato e per ogni fruitore.

**36.** Si è assistito, inoltre, negli ultimi anni, all'introduzione da parte di alcune imprese di un sistema elettronico degli ordinativi delle forniture tramite siti internet al fine di rendere più rapido ed efficiente il rapporto con gli enti appaltanti. Tale sistema permette, peraltro, di creare un database elettronico, continuamente aggiornato con i nuovi ordinativi di fornitura, con il quale è possibile per i clienti effettuare elaborazioni statistiche volte ad una più rapida ed efficiente contabilizzazione dei buoni acquistati.

#### ***b) La struttura dei ricavi e dei costi***

**37.** Per quanto riguarda la struttura dei ricavi, si osserva che le principali fonti di reddito delle società emettrici sono *i)* la differenza tra il valore nominale del buono pasto ed il prezzo al quale, una volta utilizzato presso gli esercizi, esso viene riacquistato dalle società emittenti. Tale differenza (o sconto) rappresenta la cosiddetta redditività dei ristoratori; *ii)* il meccanismo di recupero IVA previsto dalla normativa fiscale vigente; *iii)* i proventi finanziari derivanti dalla gestione di liquidità ed i proventi dei buoni pasto persi o scaduti.

Le principali voci di costo sono invece *iv)* lo sconto al cliente, *v)* i costi di produzione e logistica; *vi)* i costi di amministrazione, gestione e dell'attività di convenzionamento; *vii)* i costi finanziari, *viii)* i costi di investimento per l'innovazione tecnologica.

##### *i) Redditività dei ristoratori*

**38.** Dalle risultanze istruttorie è emerso che gli sconti concessi dal ristoratore variano principalmente in base alla tipologia dei locali, alla loro dimensione, alle diverse aree geografiche, all'epoca del convenzionamento. In particolare tali sconti variano dallo 0-1,5% in media concesso dalle grandi catene di ristorazione (Autogrill, Mc Donald-Brek ecc) fino a circa l'8% che risulta in genere possibile richiedere alle gastronomie.

E' evidente che la possibilità di garantire ai ristoratori una soddisfacente quantità di utenti ogni giorno dipende, a sua volta, dalla quantità e dalla tipologia delle società/amministrazioni committenti (e dal loro relativo numero di dipendenti) che incide in modo significativo sulla capacità dell'impresa emittente di ottenere un maggiore sconto dal ristoratore. Altri elementi che possono incidere su tale capacità sono i tempi brevi e la puntualità con cui vengono pagati i ristoratori.

##### *ii) Il meccanismo di recupero IVA*

**39.** Una seconda fonte di reddito è rappresentata dai diversi regimi IVA applicati nei confronti dei ristoratori e delle società che emettono buoni pasto, previsto dalla normativa vigente<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> [La personalizzazione consiste nell'apposizione del logo della società emettrice, del nome e cognome del dipendente (o utente finale), del nome dell'amministrazione o azienda acquirente dei buoni con relativo indirizzo, della data di scadenza, di un numero di serie ed un codice algoritmico che include il valore nominale del buono.]

<sup>21</sup> [Nella fase del trasporto si richiede un particolare trattamento in termini di sicurezza, con la loro collocazione in cassaforte e l'utilizzo di mezzi di trasporto dedicati, essendo i buoni pasto non ancora utilizzati considerati alla stregua di valori.]

<sup>22</sup> [Il regime IVA applicabile nel settore "buoni pasto" è dettato dall'art. 75, comma 3 della legge n.413 del 30 dicembre 1991. La citata norma stabilisce che "l'aliquota dell'imposta sul valore aggiunto del 4% di cui al n.37 della parte II della tabella A allegata al dpr n.633/1972, prevista per le somministrazioni di alimenti e bevande rese nelle mense aziendali, deve ritenersi applicabile anche se le somministrazioni stesse sono rese in dipendenza di contratti, anche di appalto, aventi ad oggetto servizi sostitutivi di mensa aziendale, sempreché siano commesse dai datori di lavoro". Al comma 4, l'art. 75 aggiunge che "resta ferma l'applicazione dell'aliquota dell'imposta sul valore aggiunto del 9% prevista per le somministrazioni di alimenti e bevande nei pubblici esercizi commesse da imprese che forniscono servizi sostitutivi di mensa aziendali, per le quali la relativa imposta è detraibile". Vale osservare che detta aliquota è stata portata al 10% con decreto legislativo del 23 febbraio 1995.]

In particolare, la fatturazione delle società emittitrici agli enti prevede che l'IVA venga applicata sul valore nominale del buono (al netto dello sconto praticato dalla società emittitrice). Al contrario, i ristoratori fatturano alle Società emittitrici il valore nominale del buono (anche in questo caso, al netto di eventuali sconti praticati dai ristoratori alle società emittitrici) già comprensivo di IVA. Nei due casi, pertanto, cambia, a favore delle società emittitrici, la base su cui viene calcolata l'aliquota IVA.

Si osserva, al riguardo, che la normativa vigente prevede che le aliquote applicate rispettivamente alle società emittitrici e agli enti siano rispettivamente del 4% e del 10%<sup>23</sup>.

*iii) I proventi finanziari derivanti dalla gestione di liquidità*

**40.** L'ultima fonte di reddito è rappresentata dal meccanismo di rendicontazione che prevede, in alcuni casi, che la fatturazione al cliente avvenga con un periodo di anticipo significativo rispetto al momento del pagamento ai ristoratori dei buoni resi, con conseguente beneficio finanziario da parte dell'impresa emittente. Quando, viceversa, come nel caso della gara Consip, il pagamento al ristoratore precede la fatturazione al cliente, si determina un onere finanziario per le imprese emittenti. Queste ultime, inoltre, solo nel primo caso possono guadagnare un'ulteriore componente di reddito conseguente alla probabilità che alcuni buoni pasto vengano persi nel sistema.

*iv) Il costo rappresentato dallo sconto al cliente*

**41.** Come accennato nella sezione precedente, in genere, le società di buoni pasto non si fanno rimborsare dai clienti l'intero valore facciale dei buoni che hanno loro ceduto. Su tale valore si usa, infatti, praticare una riduzione, che va naturalmente a diminuire i ricavi delle società emittitrici. Tali sconti, peraltro, nelle gare per la fornitura di servizi alle pubbliche amministrazioni costituiscono di solito il parametro sul quale si misura l'aspetto economico delle offerte.

In particolare nel caso della gara Consip, l'offerta economica doveva consistere nella proposta di un prezzo al quale farsi rimborsare i buoni dal valore facciale di 4,65 euro. Nel valutare l'entità dello sconto è importante sapere se esso è al netto o al lordo del pagamento dell'IVA. Come precedentemente illustrato, infatti, sul valore dei buoni va pagata l'IVA in misura del 4%. Tale aliquota può essere a carico dell'amministrazione o delle imprese di buoni pasto a seconda delle previsioni dei bandi di gara. La gara Consip richiedeva di fare un'offerta per buoni dal valore di 4,65 euro IVA inclusa, con ciò intendendo che l'impresa fornitrice, una volta ottenuto dall'amministrazione il prezzo richiesto, sarebbe stata tenuta a pagare anche l'IVA<sup>24</sup>.

*v) I costi di produzione e logistica*

**42.** I costi di produzione e logistica sono quelli relativi all'impiego di carta, personalizzazione dei buoni, confezionamento, consegna, ed assicurazione contro il furto e contro lo smarrimento dei buoni inviati. Secondo quanto sostenuto dalle parti, la variazione di tali costi può dipendere, principalmente, dall'incidenza dei costi di spedizione che varia a seconda della distanza e della dispersione territoriale dei clienti.

*vi) I costi di amministrazione, gestione e dell'attività di convenzionamento*

**43.** I costi di amministrazione e gestione riguardano la gestione degli ordini, il riscontro degli utilizzi, la fatturazione e l'incasso.

---

<sup>23</sup> [Per meglio comprendere il funzionamento del suddetto meccanismo dell'IVA, calcoliamo in seguito la plusvalenza di IVA in assenza di sconti sia del ristoratore che della società emittitrice nel caso di un valore facciale del buono pasto di lire 9.000 (pari a 4,65 euro).

Da un lato per questo buono pasto la fattura emessa dal ristoratore alla società sarà pari a 4,65 euro che come detto è un prezzo comprensivo dell'IVA del 10%. Pertanto la base imponibile sarà di  $4,65/1,1 = 4,23$  circa che equivale a diminuire il valore facciale di 4,65 del 9,1%.

Dall'altro lato, per lo stesso buono pasto, la società emittitrice fatturerà all'Ente un prezzo di 4,65 euro che costituisce la base imponibile a cui viene aggiunta l'IVA del 4%.

Il 9,1% che costituiva l'IVA pagata dalla società emittitrice nei confronti del ristoratore rimane quindi interamente come plusvalenza per tale società.]

<sup>24</sup> [Si noti che, esigendo dalle società emittitrici di farsi carico dell'IVA, in pratica l'amministrazione impone a queste ultime uno sconto automatico e aggiuntivo rispetto a quello oggetto dell'offerta per la gara, pari a  $[(100-(100/104)) = 3,85\%$  sul valore facciale del buono. Le implicazioni di quanto detto possono risultare più chiare con un esempio, sempre con riferimento ai parametri della gara Consip. Un'impresa che in tale gara avesse offerto di accettare un prezzo di rimborso di 8.100 lire (pari a 4,18 euro) avrebbe proposto di fatto uno sconto nominale sul valore facciale del buono pari al 10% ( $9.000-8.100=900/4,65-4,18=0,46$  euro). A quel punto, se l'IVA fosse rimasta a carico dell'amministrazione, lo sconto nominale del 10% sarebbe stato equivalente allo sconto effettivo. Tuttavia, poiché nella gara Consip l'IVA era a carico dell'impresa fornitrice, quest'ultima avrebbe dovuto pagare l'imposta in misura del 4%, e dunque di 324 lire (pari a 0,17 euro). Alla fine, pertanto, l'impresa avrebbe incassato  $8.100-324=7.776$  lire ( $4,18-0,17=4,01$  euro), equivalenti ad uno sconto effettivo sul valore facciale del buono venduto pari al 13,6%.]

Un ulteriore costo è quello di adeguamento degli sconti, ossia di ricontrattazione, nel tempo, degli sconti fissati con i singoli ristoratori; nonché quello di sviluppo della rete di ristoratori convenzionati, al fine di ampliare la possibilità di scelta dei fruitori del buono pasto e soddisfare la domanda di un maggiore numero di clienti. Il costo per lo sviluppo della rete dipende principalmente dalla necessità di avvalersi dei “convenzionatori” *free lance* per svolgere la contrattazione con i ristoratori.

*vii) I costi finanziari*

**44.** Come precedentemente accennato, nei casi in cui i buoni vengono fatturati solo dopo avere compiuto tutto il tragitto che va dalla società emittitrice al cliente, all'utente finale, al ristoratore, per ritornare infine alla società emittitrice che rendiconta al cliente l'effettivo avvenuto utilizzo, si determina un ulteriore onere-costo di rendicontazione-derivante dal periodo di esposizione finanziaria dell'impresa.

*viii) I costi per l'innovazione tecnologica*

**45.** In questa voce rientrano tutti i costi legati alla recente utilizzazione, nell'ambito del settore in esame, delle tecnologie necessarie alla produzione, diffusione e utilizzo del buono pasto elettronico; all'adozione di *software* e *hardware* adottati per il sistema di ordinativi via internet, all'attività di promozione via internet (*telemarketing*) finalizzata a contattare nuovi clienti.

**C) CARATTERISTICHE ED ESITI DELLA GARA CONSIP**

**46.** In occasione della gara da ultimo bandita dalla Consip, per la quale la data di scadenza per la presentazione delle offerte finali è stata fissata al 18 dicembre 2000 e l'aggiudicazione è avvenuta il 18 marzo 2001, le imprese si sono presentate nella formazione illustrata nella tabella n.6 nella quale vengono indicati gli sconti offerti in ciascun lotto<sup>25</sup>.

**Tab.6-Imprese partecipanti alla gara Consip e sconti offerti.**

Lotto I (Nord-Ovest)	
	sconto (%)
ATI (Ristochef, Ristomat, Qui!) (AGGIUDICATARIA)	6,67
Gemeaz	0,33
Ristoservice	0,89
Sodexho	0,56
Pellegrini	9,50
<i>sconto medio</i>	3,59
Lotto II (Nord-Est)	
	sconto (%)
ATI (Ristoservice, Ristomat, Sodexho) (AGGIUDICATARIA)	3,89
Gemeaz	0,67
Ristochef	0,56
Qui!	1,11
Pellegrini	9,50
<i>sconto medio</i>	3,15
Lotto III (Centro)	
	sconto (%)
ATI (Gemeaz, La Cascina) (AGGIUDICATARIA)	5,22
Repas	8,00
Ristochef	1,67
Qui!	2,22
Ristomat	1,89
Ristoservice	1,39

<sup>25</sup> [L'esito completo della gara, con l'indicazione dei vincitori e punteggi, compare nella tabella in appendice.]

Sodexho	1,00
Sagifi	1,22
Pellegrini	9,50
<i>sconto medio</i>	3,57
Lotto IV (Centro-Sud)	
sconto (%)	
ATI (Gemeaz, Sagifi) (AGGIUDICATARIA)	5,00
La Cascina	0,44
Ristochef	1,11
Qui!	1,11
Ristomat	0,67
Ristoservice	0,89
Sodexho	0,56
Pellegrini	9,50
<i>sconto medio</i>	2,41
Lotto V (Sud-Isole)	
sconto (%)	
ATI (Ristoservice, Ristomat, Sodexho) (AGGIUDICATARIA)	6,67
Gemeaz	0,11
Ristochef	0,56
Qui!	0,22
Pellegrini	9,50
<i>sconto medio</i>	3,41

47. Si osserva che al fine di partecipare alla gara, ciascuna impresa-sulla base della conoscenza della propria posizione in ciascun lotto, in termini di capillarità della rete, e di una stima della posizione individuale di ciascuno dei propri concorrenti<sup>26</sup>-ha preso le proprie decisioni relative a) alla scelta di uno o più lotti rispetto ai quali presentare offerta e, b) alla scelta di uno o più partner con i quali costituire ATI<sup>27</sup>.

Nella tabella n.7 che segue è indicata la posizione di ciascuna impresa in ciascuno dei cinque lotti della gara Consip, nella fase precedente alla costituzione delle ATI e alla presentazione delle offerte. A tal fine sono stati considerati i parametri legati al numero di convenzioni previsti nel bando per la determinazione del punteggio tecnico. In particolare, relativamente a ciascuna impresa ed a ciascun lotto, è indicato il numero di esercizi attivi presenti nei comuni Capoluogo di Provincia (cap) ed il numero totale di comuni nel quale è presente almeno un esercizio attivo (com). Al fine di sintetizzare le informazioni della tabella 7, nella tabella 8 i dati relativi ai due parametri sono stati ridotti ad un unico indicatore utilizzando la formula matematica prevista nel disciplinare di gara (cfr. sezione III (iii) e, per il dettaglio della formula, l'appendice).

**Tab. 7- Posizione di ciascuna impresa in ciascun lotto prima della partecipazione alla gara Consip**

	<i>Lotto I</i>	<i>Lotto I</i>	<i>Lotto II</i>	<i>Lotto II</i>	<i>Lotto III</i>	<i>Lotto III</i>	<i>Lotto IV</i>	<i>Lotto IV</i>	<i>Lotto V</i>	<i>Lotto V</i>
	<i>cap</i>	<i>com</i>	<i>cap</i>	<i>com</i>	<i>cap</i>	<i>com</i>	<i>cap</i>	<i>com</i>	<i>cap</i>	<i>com</i>
<i>Gemeaz</i>	9214	1683	5703	1142	<b>5130</b>	<b>334</b>	<b>2599</b>	<b>841</b>	1228	561
<i>La Cascina</i>	-	-	-	-	<b>875</b>	<b>112</b>	139	16	-	-
<i>Pellegrini</i>	4451	1055	2976	771	1350	177	1061	477	874	415
<i>Qui!</i>	<b>4287</b>	<b>806</b>	2613	540	1247	143	1225	512	831	406
<i>Repas</i>	-	-	-	-	1840	171	-	-	-	-
<i>Ristochef</i>	<b>3285</b>	<b>635</b>	3032	801	878	172	794	259	332	123
<i>Ristomat</i>	<b>3913</b>	<b>915</b>	<b>3807</b>	<b>717</b>	1872	193	1033	475	<b>859</b>	<b>317</b>
<i>Ristoservice</i>	4027	1072	<b>5363</b>	<b>861</b>	1767	172	1227	546	<b>926</b>	<b>360</b>

<sup>26</sup> [Al riguardo si osserva che le imprese che operano nel settore dei buoni pasto sono in grado di stimare, con una certa approssimazione, la posizione dei concorrenti, in termini di rete di ristoratori, nelle diverse aree geografiche. Come affermato da Pellegrini nel corso dell'Audizione, infatti, "...a seguito della partecipazione alle varie gare possiamo avere accesso a tali informazioni".]

<sup>27</sup> [Si noti, infatti, che evidentemente, in regime di concorrenza, l'eventuale composizione di ATI da parte dei diversi soggetti non poteva essere in quello stadio un'informazione pubblica per i concorrenti.]

<i>Sagifi</i>	-	-	-	-	6	11	<i>1810</i>	<i>412</i>	-	-
<i>Sodexho</i>	4933	1091	<i>4007</i>	<i>1011</i>	2117	195	1219	550	<i>1102</i>	<i>382</i>

Fonte: informazioni Consip e imprese.

**Legenda:** CAP: numero di esercizi attivi presenti nei comuni capoluoghi di provincia;

COM: numero totale dei comuni nei quali è presente almeno un esercizio attivo.

**Tab. 8-Peso relativo di ciascuna impresa prima della partecipazione alla gara Consip**

	<b>I</b>	<b>II</b>	<b>III</b>	<b>IV</b>	<b>V</b>
Gemeaz	46,0	46,0	46,0	46,0	46,0
Sagifi			1,6	36,3	
La Cascina			18,5	9,4	
Ristochef	26,1	33,4	19,6	24,0	22,1
Qui!	30,2	29,9	22,3	31,1	37,2
Ristomat	29,3	36,4	27,6	28,6	36,8
Ristoservice	30,3	43,3	26,6	31,4	38,6
Sodexho	33,2	38,8	29,2	31,3	42,0
Pellegrini	31,6	32,9	23,7	29,0	38,2
Repas			27,0		

**48.** Come emerge dalle tabelle nn. 7 e 8 che precedono, Gemeaz detiene la posizione di leader in ciascuno dei 5 lotti, con un numero di locali attivi presenti nei capoluoghi che varia da 9.214 nel lotto 1 a 1.228 nel lotto 5 ed un numero di comuni con almeno un esercizio attivo che varia da 1.683 nel lotto 1 a 334 nel lotto 3. Ne consegue che nella tabella 8 Gemeaz ottiene il punteggio massimo (46 punti) in ciascuno dei lotti inclusi nella gara. La posizione delle altre imprese si presenta abbastanza omogenea tra i diversi lotti, con le società Day e Sodexho che si trovano in genere ai primissimi posti. Si osserva inoltre che Pellegrini è la terza impresa nei lotti 1 e la quarta nel lotto 5; la sesta nei lotti 2, 3 e 4. Repas, nell'unico lotto nel quale ha presentato offerta, detiene la quarta posizione.

#### **D) LE EVIDENZE DOCUMENTALI**

**49.** Nel corso dell'istruttoria è stata acquisita documentazione che ha consentito una ricostruzione fattuale del processo di determinazione del comportamento contestato. Più in particolare, sono stati acquisiti oltre ai documenti relativi ai legittimi contatti tra le imprese volti a valutare l'opportunità di associarsi in ATI, anche evidenze di a) corrispondenza tra le imprese concorrenti volta allo scambio di informazioni relative alla modalità con cui presentare le offerte alla gara; b) simulazioni dei risultati della gara, effettuate dalle imprese prima della presentazione dell'offerta; c) note interne che riportano la sintesi di discussioni tra concorrenti relative alla partecipazione alla gara.

Per mera chiarezza espositiva, possono distinguersi tre fasi in un arco temporale che va da maggio 2000, quando si era in attesa della pubblicazione di un nuovo bando di gara, sino al 18 dicembre 2000, data di presentazione ufficiale delle offerte.

*Prima fase:* comprende il periodo maggio-settembre 2000 ed è caratterizzata dall'intendimento delle tre principali imprese (Gemeaz, Sodexho e Ristoservice) di riproporre anche per la nuova gara l'associazione temporanea di impresa già costituita per partecipare alla gara precedente (poi sospesa nel mese di marzo).

*Seconda fase:* comprende il mese di ottobre e la prima metà del mese di novembre 2000 ed è caratterizzata dall'abbandono di questa ipotesi e dalla discussione circa la possibilità di una intesa più ampia che includa, se non tutte, almeno la maggior parte delle imprese che saranno ammesse a partecipare alla gara. Verso la metà di novembre si precisa il numero delle imprese che parteciperanno all'intesa, segnatamente otto, con l'esclusione di Pellegrini e Repas.

*Terza fase:* si sviluppa da metà novembre fino alla chiusura del termine per la presentazione delle offerte (18 dicembre 2000). In tale fase, le otto imprese si accordano sui dettagli dell'offerta concertata, quali la composizione delle ATI e la conseguente spartizione dei lotti in gara, l'entità degli sconti, nonché il comportamento per la sperimentazione delle innovazioni elettroniche in base alle quali si assegnano i 4/100 del punteggio della gara Consip.

Le tre fasi sopra delineate vengono illustrate nel dettaglio in quanto segue.

#### **a) La prima fase (maggio-settembre 2000): le tre principali imprese progettano di presentarsi in una unica ATI**

**50.** Dopo la decisione del Ministero di sospendere la procedura di gara relativa al "vecchio bando" (marzo 2000), le tre principali imprese del settore (Gemeaz, Sodexho e Ristoservice) ipotizzavano ancora di costituirsi in ATI al fine di partecipare alla successiva gara dei Ministeri, eventualmente includendo anche la società Ristomat, nel caso in cui anche i concorrenti si fossero presentati a loro volta in ATI, come si evince da un appunto del Direttore generale della Gemeaz nel quale si legge "*indebolire l'ATI degli altri imbarcando Ristomat?*".

**51.** Sebbene dalla documentazione agli atti risulti che in questa fase le imprese si soffermassero soprattutto sulla necessità di costituire un'ATI e di scegliere a tal fine tra i potenziali associati, tuttavia già vi sono tracce della volontà delle imprese (o almeno dell'impresa leader) di coordinarsi con i concorrenti. In particolare, nel medesimo documento

sopra citato sembra che Gemeaz prenda in considerazione, nel caso si fosse costituita anche un'altra ATI, la possibilità di coordinarsi con il presunto nuovo concorrente, laddove si legge *“se gara selettiva-tavolo fra due ATP”*.

52. Durante questa fase iniziale, tuttavia, le principali imprese se da un lato ritenevano vantaggioso associarsi in ATI ed acquisire a seguito della gara una quota significativa nel settore del servizio sostitutivo di mensa, dall'altro ponderavano tale scelta con il rischio di una reazione dei concorrenti che, analogamente a quanto già verificatosi in passato, avrebbero potuto rallentare (o addirittura interrompere) la procedura della futura gara.

Al riguardo si osserva che già in un memo del maggio del 2000 la Gemeaz dà mostra di esser venuta a conoscenza, per vie definite *“ufficiose”*, che il motivo di sospensione e poi di annullamento della gara precedente andava ricercato in possibili problemi concorrenziali che avrebbe creato la partecipazione in ATI delle tre imprese leader, con conseguenti *“segnalazioni”* ed *“esposti”* presentati dalle imprese concorrenti.

## **b) La seconda fase (ottobre-novembre 2000): contatti e interazioni per definire le modalità di un'ampia intesa tra le parti**

53. Nel mese di ottobre 2000 la prima fase dei rapporti tra le imprese in vista della gara Consip, caratterizzata dal progetto di costituire una ATI tra le tre imprese leader, sembra essersi ormai conclusa. Inizia pertanto una seconda fase, durante la quale si ha evidenza di molteplici contatti tra tutte le imprese del settore volti a definire congiuntamente le modalità di partecipazione alla gara. Nel corso di questa fase viene prendendo forma il progetto di realizzazione di una intesa più ampia, che si concluderà con la definizione congiunta della partecipazione alla gara di otto imprese.

54. La prima evidenza agli atti di quelli che potremmo definire come contatti preliminari tra le parti è costituita da un documento da cui emerge l'esistenza di uno scambio di informazioni tra la società Sodexho e la società Ristocheff in merito alle modalità di partecipazione alla gara Consip (doc.n.259). Si tratta, in particolare, di un messaggio di posta elettronica inviato dal legale rappresentante della Ristocheff al direttore generale della Sodexho, in cui si legge, *“come d'accordo ti invio la bozza del contratto in oggetto. Si tratta di una versione sintetica, certamente meglio formulabile (ad esempio prevedendo già i principali aspetti operativi e gestionali nella loro concreta suddivisione tra le parti)”*. Ciò che va maggiormente evidenziato è che la bozza di contratto citata nel messaggio e ad esso allegata è un atto costitutivo di ATI nel quale vengono indicate, come future associate, non già Ristocheff e Sodexho (ossia l'impresa scrivente e quella destinataria del messaggio), bensì la Sodexho ed un'impresa terza, la Sagifi<sup>28</sup>.

55. Dal medesimo documento, peraltro, sembra emergere il coinvolgimento anche di altre parti in questa attività di coordinamento sulle modalità di partecipazione in ATI alla gara. Nel messaggio, infatti, si legge anche che *“[...] [il contratto] è però volutamente stringato al fine di evitare ADESSO troppe discussioni su aspetti che potranno certamente trovare migliore momento di analisi in occasione della formulazione dell'offerta (quando le parti più “de cocchio” avranno digerito il loro ruolo)”*.

56. Nell'ambito del suddetto quadro di interazione tra le imprese partecipanti alla gara, già dall'inizio di novembre emerge la diversa posizione che assumerà, invece, la Pellegrini. Ciò si evince, in particolare, da una mail interna della Sodexho datata 2 novembre 2000 avente ad oggetto: *“Schemi di calcolo Ministeri”*<sup>29</sup>. Allegate alla mail vi sono alcune tabelle con simulazioni delle possibili combinazioni di partecipazione alla gara per il lotto 1 che prevedono quattro diversi scenari. In due dei quattro scenari Pellegrini rappresenta l'unica impresa per la quale si ipotizza una particolare aggressività nell'offerta di prezzo rispetto agli altri concorrenti<sup>30</sup>.

57. Solo pochi giorni dopo, il 6 novembre 2000, il quadro entro cui si realizzerà l'intesa per la partecipazione alla gara Consip sembra ormai ben più definito. A quella data quando ancora non era nemmeno stata effettuata la prequalificazione (la relativa seduta avrà luogo il 7 e gli inviti a partecipare saranno inviati il 14), risale un documento manoscritto dell'allora amministratore delegato di Ristomat che riporta due scenari (doc.n.210).

### *1° scenario*

58. Il primo dei suddetti scenari illustra in maniera quasi del tutto fedele la situazione che si verrà effettivamente a verificare al momento dell'apertura delle offerte, che avverrà circa tre mesi dopo. Per meglio evidenziare tale significativa coincidenza, di seguito si riporta sinteticamente una tabella che illustra l'effettivo risultato della gara (tab. n.9). In particolare, la colonna 1 della prima tabella contiene i lotti previsti nel bando di gara a cui corrispondono le aree geografiche Nord-ovest, nord-est, centro, centro-sud e isole. La colonna 2 contiene i nomi delle imprese che nel lotto corrispondente hanno partecipato in ATI e sono risultate aggiudicatari. La colonna 3 contiene i nomi delle imprese che

<sup>28</sup> *[Peraltro, in quegli stessi giorni la Ristocheff aveva richiesto un incontro anche con Pellegrini al fine di costituire un'ATI insieme anche a Qui! Ticket e a Repas. Al riguardo, Pellegrini ha affermato: “Successivamente, poiché venimmo a conoscenza che la società Qui! Ticket aveva un contenzioso con il Comune di Torino per evitare che per tale motivo potessimo essere esclusi dalla gara, i miei collaboratori legali mi consigliarono di non accettare la proposta” (cfr. verbale audizione di Pellegrini del 28 settembre 2001).]*

<sup>29</sup> *[Il testo della mail inviata da una dipendente della Sodexho al Direttore Generale è: “In allegato, invio gli schemi di calcolo richiesti. Si tratta delle ipotesi sugli schieramenti iniziali.”]*

<sup>30</sup> *[Le tabelle che riportano i due scenari menzionati nel testo sono individuate rispettivamente con i termini “offerta pazzza” e “war” (doc.n.257).]*

nel lotto corrispondente hanno partecipato individualmente e non sono risultate aggiudicatarie; mentre sono aggiudicatarie di almeno un altro lotto. Infine, la colonna 4 contiene il nome delle imprese mai aggiudicatarie in alcun lotto.

Successivamente, per potere effettuare un confronto, si riproduce fedelmente il prospetto contenuto nel documento in esame (tab. n.10).

**Tab. 9- Sintesi dell'effettivo risultato della gara**

col. 1	colonna 2	colonna 3	colonna 4
lotto	aggiudicatarie	partecipanti non aggiudicatarie nel lotto	mai aggiudicatarie
NO	BC/QT/RM	TR+SOD+RS	PELL
NE	RS/RM/SOD	TR+BC+QT	PELL
CE	TR/BKT	SOD+RS+RM+BC+QT+SAG	PELL+REP
CS	TR/SAG	SO+RS+RM+BC+QT+BKT	PELL
IS	RS/RM/SOD	TR+ BC+QT	PELL

Legenda:

NO= Nord-Ovest; NE=Nord-Est;CE=Centro; CS=Centro-Sud; IS=Isole.

BC=Ristocheff (o Buonchef); RS=Ristoservice; QT=Qui!; RM=Ristomat; TR=Gemeaz (o Ticket Restaurant); BKT=La Cascina (o Breaktime); SAG=Sagifi; SOD=(Sodexho); Pell=Pellegrini; REP=Repas.

**Tab. 10-Prospettazione del risultato tre mesi prima dell'apertura delle offerte**

NO	BC/QT	TR+SOD+RS+ <b>RM</b>	PELL+( <b>REP</b> )
NE	RS/RM	TR+SOD+BC+QT	PELL+(REP)
CE	TR+BKT	SOD+RS+RM+BC+QT+SAG	PELL+REP
CS	TR+SAG	SO+RS+RM+BC+QT+BKT	PELL+REP
IS	SOD	TR+RS+RM+BC+QT	+PELL+(REP)

**59.** Si osserva che, nella tabella prospettata da Ristomat (tabella n.10), la seconda colonna indica, con un ottimo grado di approssimazione, le imprese che si aggiudicheranno la gara rispettivamente in ciascuno dei lotti corrispondenti.

Sebbene vi siano alcune differenze nella disposizione delle imprese, tuttavia, se analizzate con attenzione, esse non conducono ad un risultato della gara significativamente diverso da quello effettivo. In particolare, infatti, mentre per il terzo (CE) e il quarto (CS) lotto sono indicate esattamente le due ATI (tra Gemeaz-TR e La Cascina-BKT e tra Gemeaz-TR e Sagifi-SAG) che si aggiudicheranno la gara, per il primo lotto (NO) dove è indicata una ATI tra Buonchef (BC) e Qui! (QT), l'ATI effettivamente aggiudicataria sarà costituita anche da Ristomat. Al riguardo si osserva che l'inclusione di tale società inciderà poco sul peso relativo delle imprese aggiudicatarie, in quanto essa avrà una quota pari soltanto al 3,75% (cfr. tab. n.4) e comunque, stando alla documentazione disponibile, la scelta di inserire Ristomat nell'ATI per il lotto 1 sarebbe stata presa in ritardo proprio per valutare i pro e i contro che ne sarebbero risultati in termini di punteggio tecnico ed economico per l'ATI stessa<sup>31</sup>.

Per il secondo (NE) e il quinto (IS) lotto sono indicati i reali vincitori (Ristomat-RM, Ristoservice-RS e Sodexho-SOD), sia pure distribuiti diversamente rispetto a quanto successivamente verificatosi. In particolare, nel secondo lotto (NE) si riporta un'ATI tra Ristomat (RM) e Ristoservice (RS) e nel quinto (IS) è inclusa la sola Sodexho (SOD), mentre le tre imprese daranno luogo, in sede effettiva di gara, ad un'unica ATI che si aggiudicherà entrambi i lotti. Giova tuttavia osservare che da una analisi della ripartizione delle quote interna all'ATI che si aggiudicherà i due lotti si evince che a Sodexho spetterà una quota del valore dei lotti che complessivamente equivale al valore di un lotto intero<sup>32</sup>.

**60.** Proseguendo con l'analisi della tabella riportata nel documento (doc.n.210 e tab. n.10) si osserva che nella terza colonna vengono indicate le otto società presentatesi individualmente che, sebbene non aggiudicatarie del lotto corrispondente, hanno vinto quando si sono presentate in ATI; mentre nella quarta colonna sono indicate le sigle di Pellegrini e Repas, che, come noto, sono le uniche due imprese che non si sono aggiudicate alcun lotto. Si noti, inoltre, che in tre dei cinque lotti la sigla di uno dei due "esclusi", Repas, compare tra parentesi. Ciò dipende con ogni probabilità dal fatto che, al momento della redazione del documento, sebbene si potesse presumere che tale impresa si sarebbe qualificata solo per alcuni lotti, rimaneva un margine di incertezza sul numero dei lotti per i quali sarebbe stata invitata a partecipare e sull'individuazione dei lotti per i quali avrebbe effettivamente presentato un'offerta. Vale la pena osservare come nessuna incertezza viene invece palesata sul destino delle due altre imprese di minori dimensioni (Sagifi e Cascina), anch'esse non in grado di partecipare a tutti i lotti, che sono state collocate esattamente nei lotti per i quali poi hanno effettivamente presentato un'offerta.

<sup>31</sup> [Cfr. anche più avanti, paragrafo iii) della sezione "terza fase".]

<sup>32</sup> [2 Dalla tab. n.4 si evince, infatti, che in entrambi i lotti le quote saranno le seguenti: Sodexho 50, 62%, Ristoservice 29% e Ristomat 20,38%. Anche sulla scelta di questa configurazione ci si soffermerà più avanti, paragrafo iii) della sezione "terza fase".

Cfr. anche più avanti, paragrafo iii) della sezione "terza fase".]

## 2° scenario

61. Il secondo scenario prospettato nel documento n.210 è strutturato in maniera molto simile al primo e come quello “prevede” l’esistenza di vincitori, di partecipanti alle gare che comunque si aggiudicano qualcosa e di partecipanti che non si aggiudicano niente. Unica differenza rispetto allo scenario precedente, che si è rivelato più vicino alla realtà, è lo scambio di ruoli tra Pellegrini e Qui! Ticket. Nel secondo scenario, infatti, Pellegrini compare tra i vincitori esattamente in sostituzione di Qui! (cioè in ATI con Buonchef nel lotto 1 e come partecipante singolo incluso nella terza colonna della tabella per gli altri lotti) mentre Qui! è relegato tra gli esclusi. L’esistenza di questa seconda parte del documento, comunque, non contraddice l’osservazione secondo la quale al momento della sua redazione alcune caratteristiche della partecipazione alla gara della maggior parte delle imprese di buoni pasto erano già definite, vale a dire: 1) la presenza al massimo di un’ATI in ciascun lotto; 2) la partecipazione nei vari lotti-di volta in volta come “presunti vincitori” o come concorrenti destinati a perdere-delle varie imprese, con l’unica incertezza residua sul ruolo di Qui! e di Pellegrini.

62. In conclusione, dunque, dal documento n.210 in esame emerge non solo che alla data del 6 novembre 2000 le principali decisioni strategiche in ordine alle modalità di partecipazione delle imprese alla gara Consip erano già state definite, ma anche che ciò era avvenuto in un contesto di collaborazione tra la maggior parte dei concorrenti, come dimostra il fatto che a quella data dette decisioni erano già note all’amministratore delegato di Ristomat, una delle imprese partecipanti alla gara.

### c) La terza fase (novembre-dicembre 2000): la definizione precisa delle modalità di partecipazione alla gara

63. Nei giorni successivi al 6 novembre 2000 sono stati risolti gli ultimi dubbi sulla identità delle otto imprese che avrebbero dovuto concordare le modalità di partecipazione alla gara Consip, e che coinciderebbero con gli otto effettivi vincitori dei vari lotti della gara. Successivamente è stato necessario mettere a punto con maggior precisione le condizioni di partecipazione, a partire dal perfezionamento della composizione delle ATI destinate a vincere fino ad arrivare alla individuazione delle offerte vere e proprie che ciascuna società avrebbe dovuto presentare nei singoli lotti. La documentazione agli atti consente di seguire almeno in parte questo processo, come risulta in particolare, dai documenti descritti di seguito nel dettaglio.

#### *i) Il documento acquisito presso la società Ristocheff (doc.n.72)*

64. Presso la sede di Ristocheff è stato acquisito un documento composto da una serie di prospetti contenenti simulazioni dell’esito della gara per il lotto 1 in termini di sconti offerti dai partecipanti. Detti prospetti, benché raccolti in un unico documento ispettivo senza data, sono stati evidentemente predisposti in momenti diversi, seppur tutti antecedenti alla conclusione della gara e mostrano un crescente grado di approssimazione al risultato reale della stessa, fino a riprodurlo con assoluta precisione, a meno, significativamente, dei comportamenti di Pellegrini e Repas.

65. Venendo alla illustrazione del documento si nota infatti che, come emerge dalla tabella successiva (tab. n.11), la simulazione contenuta alla quarta pagina dello stesso rappresenta l’esito effettivo della gara<sup>33</sup>.

**Tab. 11-Confronto simulazione Ristocheff-esito gara**

SIMULAZIONE (quarta pagina doc. 72)		ESITO EFFETTIVO	
PARTECIPANTI	SCONTI	PARTECIPANTI	SCONTI
A	0,89	RISTOSERVICE	0,89
B	0,56	SODEXHO	0,56
C	0,33	GEMEAZ	0,33
BCF	6,67	ATI(BCF+Rm+Qui!)	6,67
REPAS	22,22	-	-
PELLEGRINI	-11,11	PELLEGRINI	9,50

Legenda: BCF = Ristocheff; Rm = Ristomat; Qui! = Qui! Ticket.

E’ interessante osservare come la simulazione ancora contempli la presenza di Repas tra gli offerenti del lotto 1, il che vale ad indicare che l’esercizio (di simulazione) è stato effettuato in data antecedente al 18 dicembre 2000, data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte di gara.

La simulazione prevede poi uno sconto “aggressivo” da parte di Pellegrini, anche inferiore a quello effettivamente verificatosi, mentre individua con assoluta precisione le offerte degli altri concorrenti di Ristocheff (indicati, nella simulazione, con le lettere “A”, “B” e “C”).

<sup>33</sup> [Si osserva al riguardo che in corrispondenza allo scenario descritto nella quarta pagina, si legge la seguente frase scritta a mano: “OK da EA”, dove EA corrisponde presumibilmente alla sigla del nome del Presidente della società, Enzo Andreis.]

In sintesi, la tabella n.11 indica che, prima della conclusione della gara, Ristochef conosceva nel dettaglio i comportamenti dei concorrenti nel lotto 1, ad eccezione di quelli di Repas e Pellegrini.

66. Si noti, altresì, che anche per quanto riguarda le caratteristiche che indicano la capacità tecnica di ciascuna impresa ossia “CAP” e “COM”<sup>34</sup>, i dati relativi alle tre imprese incluse nel prospetto come A, B e C e corrispondenti, rispettivamente a Ristoservice, Sodexho e Gemeaz, risultano identici a quelli reali (e che saranno ufficialmente conosciuti a seguito della presentazione delle offerte); mentre valori più approssimativi, arrotondati alle centinaia, sono indicati in corrispondenza di Pellegrini e Repas.

ii) Il documento reperito presso la società Ristomat (doc.n. 211)

67. Il documento reperito presso la sede della Ristomat è composto da diversi fogli, uno dei quali riporta un prospetto nel quale per ciascuna delle dieci società partecipanti alla gara sono contenuti dati quantitativi, per ciascun lotto, riferiti ai tre principali parametri per l’aggiudicazione: il numero degli esercizi convenzionati nei capoluoghi di provincia del lotto, il numero di comuni del lotto con almeno un esercizio convenzionato e il prezzo offerto per buono pasto.

Il prospetto in esame presenta le seguenti caratteristiche: 1) i dati sopra menzionati sono riportati solo per le società che hanno presentato successivamente un’offerta singolarmente. Nelle colonne di ciascun lotto, le caselle relative alle imprese che in quel lotto si sono presentate in ATI sono lasciate in bianco; 2) sono riportate ipotetiche offerte anche per la società Repas nel lotto 1 e nel lotto 4, quando la medesima si è invece presentata solo nel lotto 3; 3) le offerte di prezzo indicate nel prospetto relative alle otto società alla fine risultate aggiudicatarie sono **per tutti i lotti e per tutte le società** esattamente identiche a quelle effettivamente presentate dalle medesime imprese alla gara Consip; 4) le offerte di prezzo riportate nel prospetto relative alle società Pellegrini e Repas sono invece decisamente diverse da quelle che le due società hanno poi effettivamente presentato alla gara Consip; 5) i dati sui parametri tecnici (numero esercizi convenzionati e numero comuni) riportati nel prospetto, relativi alle otto società che hanno poi vinto la gara, sono a volte identici ed altre volte molto simili a quelli effettivamente risultanti dal verbale di gara con l’unica eccezione dei dati delle due società minori (Cascina e Sagifi). Per le due imprese che non sono risultate vincitrici di alcun lotto, invece, i dati riportati nel prospetto differiscono sempre notevolmente da quanto effettivamente comunicato a Consip per la partecipazione alla gara<sup>35</sup>.

Con riferimento ai dati quantitativi relativi ai parametri tecnici contenuti nel prospetto in esame, si veda la tabella n.12 che segue:

**Tab. 12-Differenze percentuali tra i valori dei parametri tecnici riportati nella tabella del doc. n. 211 e quelli inseriti nelle offerte a Consip**

	Lotto I	Lotto I	Lotto II	Lotto II	Lotto III	Lotto III	Lotto IV	Lotto IV	Lotto V	Lotto V
	cap	com	cap	com	cap	com	cap	com	cap	com
Gemeaz	0,0%	0,0%	1,1%	0,0%	nd	nd	nd	nd	0,0%	0,0%
La Cascina	-	-	-	-	nd	nd	>100%	>100%	-	-
Qui!	nd	nd	1,8%	1,5%	3,1%	-4,2%	7,9%	-1,8%	7,3%	-3,7%
Ristochef	nd	nd	4,1%	-0,5%	0,3%	-4,1%	0,8%	-2,3%	-1,5%	-20,3%
Ristomat	nd	nd	nd	nd	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	nd	nd
Ristoservice	0,1%	0,0%	nd	nd	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	nd	nd
Sagifi	-	-	-	-	>100%	>100%	nd	nd	-	-
Sodexho	0,6%	0,0%	nd	nd	0,0%	4,1%	0,0%	0,4%	nd	nd
Pellegrini	14,6%	23,2%	51,2%	42,7%	11,1%	-15,3%	107,4%	36,3%	25,9%	8,4%
Repas	-	-	-	-	63,0%	17,0%	-	-	-	-

Legenda: CAP: numero di esercizi attivi presenti nei comuni capoluoghi di provincia;  
COM: numero totale dei comuni nei quali è presente almeno un esercizio attivo.

68. Il prospetto del documento in esame riporta anche due righe conclusive dal titolo “med” e “w”. La riga “med”, in particolare, riporta per ciascun lotto la media delle offerte incluse nella tabella (ovvero senza includere quelle delle imprese che parteciperanno alla gara in ATI).

69. Da quanto precede sembra di poter dedurre che: 1) il prospetto di cui al documento n. 211 è stato elaborato prima della apertura delle buste con le offerte per la gara Consip. Ciò si evince dal fatto che a Pellegrini e a Repas sono attribuite offerte di prezzo diverse da quelle effettivamente presentate e che a Repas sono addirittura attribuite offerte in tre lotti, quando invece detta società ha partecipato solo alla gara per il lotto numero 3; 2) il prospetto è stato

<sup>34</sup> [Vale a dire, rispettivamente, il numero di Esercizi Pubblici Convenzionati presenti nei comuni capoluogo di provincia facenti parte del lotto (CAP) ed il numero totale di Comuni facenti parte del lotto nel quale è presente almeno un esercizio convenzionato (COM).]

<sup>35</sup> [Solo in relazione al lotto 5, una analoga differenza si riscontra anche per Ristochef.]

predisposto con ogni probabilità come base per una stima dell'offerta di prezzo che le ATI avrebbero dovuto presentare per avere la sicurezza di aggiudicarsi il lotto. A conferma di ciò vi è l'inclusione di tutti gli elementi per il calcolo del punteggio della gara e anche la individuazione della media delle offerte. Ciò è peraltro coerente con l'osservazione precedente; 3) la produzione del prospetto al fine di effettuare la stima è stata fatta avendo la precisa conoscenza delle offerte di prezzo e un'ottima conoscenza delle offerte tecniche presentate da tutte le otto imprese parti del procedimento in tutti i lotti per i quali non si sono presentate in ATI.

*iii) L'aggiustamento definitivo della composizione delle ATI*

**70.** La composizione definitiva delle ATI ha subito, rispetto a quanto prefigurato nel documento del 6 novembre 2000 (doc.n.210), due aggiustamenti: la aggiunta di Ristomat all'ATI per il lotto 1 e la riallocazione della partecipazione di Sodexho, Ristoservice e Ristomat alle ATI dei lotti 2 e 5. Come si è già avuto modo di osservare, questi aggiustamenti non hanno modificato in misura sensibile la ripartizione complessiva della commessa tra le imprese aggiudicatrici, in quanto nel primo caso Ristomat è entrata nell'ATI solo per una piccola percentuale, mentre nel secondo sono rimaste invariate le quote di appalto assegnate a ciascuna delle tre imprese interessate.

Dalla documentazione acquisita emerge che le modifiche sono state in realtà introdotte a seguito di una ulteriore valutazione compiuta dalle parti ed indotta, con ogni probabilità, dall'aver appreso nel dettaglio, col ricevimento del disciplinare di gara, i criteri di valutazione dei punteggi tecnici ed economici delle offerte.

**71.** Nella configurazione definitiva, l'ATI che ha presentato la propria offerta per il lotto 1 è caratterizzata dalla presenza della società Ristomat, per una quota molto bassa del valore totale dell'appalto (3,75% a fronte del 48,93% di Qui! Ticket Service e del 47,32% della capogruppo Ristochof). Lo stesso rappresentante della Ristomat non è stato in grado, in audizione, di fornire una giustificazione economica della presenza in questa ATI della propria impresa, con una partecipazione così ridotta<sup>36</sup>. In effetti, negli scenari prefigurati nel documento del 6 novembre 2000 reperito presso la stessa Ristomat, uno dei quali è riportato nella tabella precedente (tab. n.12), Ristomat ancora non compariva tra i componenti della ATI che viene ipotizzata come vincitrice del lotto 1, ATI composta solo da due imprese<sup>37</sup>.

**72.** Da alcune simulazioni risultanti dal documento n.72, già citato, reperito presso la Ristochof (capogruppo dell'ATI presentatasi per il lotto 1), si evince come l'inclusione di Ristomat nella ATI sia stata valutata come una variabile strategica al fine di avere le migliori possibilità di vincere la gara<sup>38</sup>. In particolare, nel documento si trovano quattro simulazioni, le prime due intitolate rispettivamente "senza RTM" e "con RTM" e le altre due intitolate "senza RTM con Pellegrini a prezzo limite" e "con RTM con Pellegrini a prezzo limite", dove RTM costituisce, con ogni probabilità, l'abbreviazione di "Ristomat". Le simulazioni riportano ipotetiche offerte per l'ATI (abbreviata in BCF, cioè Buonchef, dal nome del marchio della capogruppo), per Pellegrini (abbreviata in Pell) e per tre imprese indicate "anonimamente" con le lettere "A", "B" e "C"<sup>39</sup>. Le tabelle "senza RTM" riportano anche un'altra offerta, definita "E", da ricondurre presumibilmente alla medesima Ristomat. Le simulazioni sono fatte ipotizzando che le società A, B, C ed E facciano sconti che vanno da un minimo dell'1 ad un massimo del 2,22%, mentre per la Pellegrini si ipotizza uno sconto molto più elevato (11,11% e addirittura 12% nelle due tabelle "con Pellegrini a prezzo limite"). Per l'ATI viene impiegato sempre uno sconto del 4,44%<sup>40</sup>.

Utilizzando per ciascuna offerta simulata delle stime anche in relazione agli altri parametri della gara (numero di esercizi nei comuni capoluogo di provincia, numero di comuni coperti e punteggio per il buono-pasto elettronico) nel documento in esame si arriva, infine, ad una stima del punteggio finale per ciascuna simulazione. Vale sottolineare come in tutte e quattro le tabelle che riportano le simulazioni solo le righe corrispondenti alle offerte dell'ATI e di Pellegrini siano evidenziate graficamente, utilizzando un carattere più grande di quello impiegato per le offerte di "A", "B", "C" e "E".

**73.** Dall'osservazione dei parametri e del risultato finale delle simulazioni appaiono innanzitutto chiari i termini del "trade-off" legato all'inclusione o meno di Ristomat nell'ATI. Partecipando all'ATI, Ristomat apporta un numero addizionale di esercizi convenzionati nei capoluoghi di provincia, stimato in 500 unità, che fa salire il valore dell'ATI in relazione a questo parametro da 6.325 a 6.825, da confrontarsi con i 5.500 stimati per il "concorrente" Pellegrini. D'altra parte, rimanendo fuori dall'ATI Ristomat può presentare la propria offerta individualmente, contribuendo a tenere più bassa la media degli sconti che, come è noto, costituisce il limite al di sopra del quale occorre mantenersi

<sup>36</sup> [Richiesto di fornire chiarimenti sul punto in sede di audizione, il rappresentante di Ristomat ha affermato che: "quanto alla partecipazione al 3,75% nel lotto 1, non conosco le motivazioni di tale scelta. A me pare che i ricavi che se ne prospettavano potessero produrre margini prossimi allo zero" (verbale audizione della società Ristomat del 16 ottobre 2001).]

<sup>37</sup> [Nel primo dei due scenari di questo documento, l'ATI è composta da Buonchef e Qui!, che effettivamente parteciperanno all'ATI con Ristomat per questo lotto. Nel secondo scenario Qui! è sostituito con Pellegrini, cosa che, come si è visto, avviene in tutti i lotti.]

<sup>38</sup> [Il documento è senza data, ma la sua natura di "speculazione" sul comportamento di Ristomat, testimonia che è stato prodotto in una data anteriore alla presentazione delle offerte.]

<sup>39</sup> [Come si è visto in precedenza, in simulazioni successive del tutto analoghe, nella forma, a queste e incluse nel medesimo documento, alcuni elementi delle offerte consentono di stabilire che "A" sta per Ristoservice, "B" sta per Sodexho e "C" sta per Gemeaz.]

<sup>40</sup> [In realtà, lo sconto offerto dall'ATI in questo lotto sarà del 6,67%.]

affinché il distacco rispetto ad una offerta di prezzo migliore della propria si traduca in un limitato scarto di punteggio per il parametro prezzo.

Il responso delle simulazioni riguardo al *trade-off* è altrettanto chiaro: i 500 esercizi aggiuntivi garantiti dalla presenza di Ristomat nell'ATI risultano essere più importanti dell'abbassamento della media degli sconti garantito da Ristomat come partecipante individuale<sup>41</sup>.

**74.** La simulazione presentata nei paragrafi precedenti suggerisce, pertanto, di adottare la soluzione che poi è stata effettivamente scelta dalla ATI, cioè di includere Ristomat. Da queste simulazioni emerge chiaramente che i ragionamenti condotti da Ristochef si basavano su ipotesi di comportamento ben diverse per i vari concorrenti. In particolare, mentre per i soggetti indicati con "A", "B", "C" ed "E" si prevedevano sconti estremamente ridotti, gli sconti che si ipotizzava potesse offrire Pellegrini sono di gran lunga più elevati. Tali simulazioni sembrerebbero dunque esser state condotte avendo già la consapevolezza del fatto che, in linea generale, i concorrenti avrebbero fatto sconti molto bassi, con l'eccezione di Pellegrini, il quale peraltro nelle tabelle viene sistematicamente indicato con caratteri grafici distinti e più evidenti.

**75.** Valutazioni analoghe appaiono esser state condotte anche per l'altra modifica apportata al disegno del 6 novembre 2000, ovvero la partecipazione dei tre soci della Fast Point (Sodexho, Ristoservice e Ristomat) in ATI sia per il lotto 2 che per il lotto 5 anziché riservare, come previsto in un primo tempo, il lotto 5 alla sola Sodexho e il lotto 2 ad un'ATI composta da Ristoservice e Ristomat. In un documento reperito presso la sede di Fast Point e predisposto al più tardi il 22 novembre 2000, infatti, vengono riportati i dati relativi ai parametri tecnici della gara (copertura comuni ed esercizi nei capoluoghi di provincia) per le due configurazioni nei lotti 2 e 5. Da detti dati emerge chiaramente come la presentazione di offerte in ATI rendesse più elevato il valore per i due parametri, accrescendo dunque le possibilità di attribuirsi un buon punteggio tecnico.

*iv) Il documento reperito presso Sodexho (doc.n.255)*

**76.** Dalla documentazione agli atti risulta inoltre evidente che, durante questa fase, le imprese parti del procedimento si sono incontrate per concordare le condizioni di presentazione delle offerte anche in merito alle proposte che ciascuna impresa doveva formulare con riferimento alla gestione elettronica degli ordinativi di fornitura mediante un sito internet e alla sperimentazione del cosiddetto buono pasto elettronico.

**77.** Si osserva al riguardo che, oltre a costituire direttamente un elemento di valutazione, seppure minoritario, per la aggiudicazione dell'appalto, (4 dei 50 punti ottenibili per la capacità tecnica vengono infatti assegnati in funzione di tali proposte), tali fattori risultano rilevanti per le scelte delle imprese di questo settore anche in quanto rappresentano importanti variabili innovative<sup>42</sup>.

**78.** In merito alle suddette caratteristiche tecniche del servizio è stata rinvenuta, presso la Sodexho, una *mail* interna, inviata al Direttore Generale Piccinini da un suo dipendente, che si riferisce ad un incontro tra la società Gemeaz e le società Ristomat, Ristoservice, Sodexho.<sup>43</sup>

In tale lettera, avente ad oggetto "Meeting Ministeri", si legge: "*In estrema sintesi quanto concordato con Ristomat, Ristoservice, Ticket Restaurant nel corso del meeting svoltosi c/o Fast Point il 17/11/00. [...] Obiettivo: Definire una linea comportamentale comune e condivisa in relazione alle Specifiche Tecniche di Fornitura per i servizi EXTRANET e BUONO PASTO ELETTRONICO*".

**79.** Nel seguito della lettera sono sintetizzate in quattro punti alcune richieste della Consip in relazione a determinate caratteristiche tecniche del servizio e per ciascuna di esse sono riportate, in primo luogo, le maggiori "criticità" applicative e, in secondo luogo, il risultato di accordi a cui le parti sono giunte nell'ambito dell'incontro. A titolo esemplificativo si riportano i passi del documento con riguardo a due dei suddetti quattro punti:

a) "*Sperimentazione BUONO PASTO ELETTRONICO-E' richiesta dalla CONSIP la possibilità di provvedere in autonomia alla "Inizializzazione" ed alla "Personalizzazione" delle CARD. Le suddette attività [...] fanno supporre l'installazione di una "Stazione di Personalizzazione" c/o il Ministero interessato alla Sperimentazione. CRITICITA' [...] 2. Extra costi x fornitura software, Macchine (St. Termografica), Training; Assistenza; [...] 4. Creazione di un grave e deviante Precedente: assolutamente da evitare. ACCORDI:-LA LINEA CONCORDEMENTE DEFINITA SI RIASSUME NEI SEGUENTI PUNTI: non verrà fornita alcuna Stazione di Personalizzazione Termografica al Ministero interessato dalla sperimentazione [...]*";

b) "*INTERFACCIA CON SISTEMI DI RILEVAZIONE PRESENZE-RICHIESTI: Un terminale Cliente dotato di un software in grado di: 1. consentire il rilevamento di anomalie nell'utilizzo in funzione delle regole dettate dal*

<sup>41</sup> [In tutte e quattro le simulazioni l'ATI risulta vincente, ma lo scarto rispetto a Pellegrini nelle simulazioni senza Ristomat (96,512 punti rispetto a 95,407 nella prima, 96,047 punti rispetto a 95,407 in quella con "Pellegrini a prezzo limite") è decisamente minore di quello registrato nelle simulazioni con Ristomat (96,512 punti rispetto a 93,883 nella prima, 96,047 punti rispetto a 93,883 in quella con "Pellegrini a prezzo limite").]

<sup>42</sup> [In tal senso si è espresso il rappresentante della Ristomat nel corso dell'audizione, il quale ha affermato che "i costi della sperimentazione della extranet e del buono pasto elettronico .... rappresentano una importante variabile innovativa in questa gara".]

<sup>43</sup> [Si ricorda che le società Ristomat, Ristoservice, Sodexho controllano congiuntamente la società Fast Point che svolge, per conto delle tre imprese madri, le fasi ausiliarie all'attività produttiva.]

*Cliente anche attraverso l'incrocio con i report rilevamento presenze dell'Amministrazione; 2. Interfaciarsi con i sistemi di rilevazione/gestione presenze. CRITICITA'-Ad oggi nessuna società Emittitrice di BP rappresentate dispone di Soluzioni Software nell'ambito della Rilevazione Presenze, né di Know How specifico. Eventuali iniziative in questo settore dovrebbero essere adeguatamente analizzate e pianificate prima ancora di passare ad una fase propositiva. [...] ACCORDI- NON verranno proposte soluzioni di outsourcing del servizio [...] né verranno proposte soluzioni al problema che prevedano il caricamento di dati-presenze forniti dal cliente in ns. Sistemi di Front/Back-Office[...]*".

**80.** Il messaggio si conclude: *"Conclusioni- E' stata raggiunta un'intesa relativamente alle principali criticità tecniche di realizzo della Fornitura. Le soluzioni di cui sopra verranno sottoposte alle rispettive Direzioni entro il 24 cm.-Sarebbe auspicabile un riscontro con le restanti parti possibilmente entro lo stesso termine di cui sopra [...]"*.

**81.** Dall'analisi del documento sopra illustrato emerge che le imprese, di fronte alla necessità di affrontare investimenti, talvolta costosi o di non facile realizzazione ("CRITICITA'"), volti a soddisfare le esigenze ("RICHIESTE") della CONSIP abbiano piuttosto optato per "ACCORDI" volti a stabilire un tetto al grado di innovatività delle offerte a scapito del pieno soddisfacimento delle richieste dell'Amministrazione.

*v) Il documento reperito presso Gemeaz successivo all'espletamento della gara (doc.n.140)*

**82.** L'ipotesi dell'esistenza di un'intesa tra le principali imprese del settore nella partecipazione alla gara Consip sembra trovare ulteriore conferma in un documento redatto successivamente all'espletamento della gara stessa nel quale sono contenute le considerazioni svolte dal Direttore generale della Gemeaz e nel quale si legge, tra l'altro: *"Ministeri- 1° gara-scelta della migliore redditività possibile con il max volume ottenibile.-dal punto di vista tecnico, in termini di punteggio ottenibile, TR [leggi: Ticket Restaurant o Gemeaz] avrebbe potuto prendere 4 lotti su 5 riducendo la redditività dell'affare e rompendo il MK [leggi: mercato]. Non è certo che oggi, dopo la gara e a seguito del ns. atteggiamento, si possa prevedere la pace, ma sicuramente la redditività è stata assicurata per una buona fetta di MK [leggi: mercato] e si è determinata una barriera, un freno alla folle abitudine di conquistare enti pubblici a suon di sconti negativi-e si è assestato un capitolato qualitativo molto importante e che ingenera un circolo virtuoso sulla valutazione del servizio sost. di mensa [...]"*.

**83.** Da tale documento emerge con chiarezza come l'impresa leader del mercato abbia deciso di partecipare alla gara seguendo un comportamento collusivo (di "pace") con i propri concorrenti; preservando tuttavia una posizione di mercato che rispettasse la propria quota storica, cosa che, come si è visto in precedenza (cfr. tab. 4) è effettivamente avvenuta.

Dal documento sembra emergere, inoltre, che a tale strategia Gemeaz si sarebbe determinata al fine di "normalizzare" il mercato, contribuendo, in altri termini, ad un disegno volto ad emarginare soggetti disponibili a praticare sconti particolarmente elevati.

**84.** In conclusione, come emerge da quanto precede, sono stati acquisiti documenti di vario tipo consistenti in: a) corrispondenza tra le imprese concorrenti per scambiarsi informazioni relative alla modalità con cui presentare le offerte alla gara; b) simulazioni dei risultati della gara effettuate dalle imprese prima della presentazione dell'offerta, sulla base di dati evidentemente forniti dai relativi concorrenti; c) note interne che riportano la sintesi di discussioni tra concorrenti relative alla partecipazione alla gara, nonché alcune considerazioni relative agli esiti della gara.

### ***E) LA PREDISPOSIZIONE DELLA PARTE RELATIVA AL PARAMETRO TECNICO: IL CASO DEI TRE SOCI DELLA FAST POINT (RISTOSERVICE, RISTOMAT E SODEXHO)***

**85.** L'ampiezza e la capillarità della rete di esercizi convenzionati hanno costituito la base per la assegnazione del punteggio tecnico della gara Consip, per partecipare alla quale ogni impresa era pertanto consapevole di dover quantomeno predisporre gli elenchi di esercizi convenzionati per ciascun lotto. In caso di partecipazione in ATI, questa operazione risultava complicata dalla necessità di contare una sola volta i ristoratori convenzionati con più di una delle imprese riunite nell'ATI. Ciò richiedeva la cd. "deduplica" dei relativi database, che verrà definita con maggior precisione più avanti. Come si vedrà con maggior dettaglio nella sezione dedicata alle argomentazioni delle parti, alcune imprese hanno sostenuto che i tempi per la presentazione delle offerte alla gara Consip sarebbero stati così ristretti da impedire di formare ATI per tutti i lotti, inducendo i partecipanti alla gara a concentrarsi nella predisposizione di offerte in ATI solo nei lotti per i quali avevano maggiori possibilità di aggiudicazione.

**86.** Ai fini di una migliore comprensione della effettiva influenza che le considerazioni di carattere pratico in ordine alla predisposizione delle offerte possono aver esercitato sulle scelte compiute dai partecipanti alla gara, con particolare riferimento alla decisione di presentarsi in ATI nei vari lotti, è utile ripercorrere le fasi della predisposizione materiale dell'offerta. Ciò viene fatto di seguito con riguardo alle tre imprese (Sodexho, Ristoservice e Ristomat) che per lo svolgimento di alcune delle proprie funzioni, tra cui quelle attivate per la preparazione del materiale per partecipare alla gara Consip, si avvalgono delle prestazioni della società comune Fast Point.

**87.** Oltre a compiere per le tre imprese socie numerose operazioni ausiliarie alla loro attività di fornitura di servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto, Fast Point gestisce l'archivio informatizzato dei fornitori (esercizi convenzionati) delle tre società e svolge, ricorrendo a sua volta a dei *free-lance*, l'attività di nuovo convenzionamento per l'ampliamento delle reti di esercizi delle imprese madri. Proprio in quanto soggetto deputato allo svolgimento di

queste funzioni, Fast Point ha giocato un ruolo importante nella predisposizione della parte relativa al parametro tecnico delle offerte per la gara Consip avanzate-in ATI o singolarmente-dai tre soci.

**88.** Per predisporre il materiale necessario alla presentazione delle offerte delle imprese socie, Fast Point ha dovuto compiere delle operazioni preliminari sui database informatizzati relativi alla rete degli esercizi convenzionati di ciascuna di esse. In particolare Fast Point ha dovuto effettuare la “normalizzazione” dei dati, vale a dire la riscrittura di tutti gli elementi identificativi degli esercizi convenzionati con le tre società in modo omogeneo. Tale operazione è risultata preliminare alla successiva “deduplica”, vale a dire alla predisposizione di un elenco di esercizi convenzionati nel quale ciascun esercizio avente rapporti con più di una delle tre imprese socie comparisse comunque una sola volta. La normalizzazione e soprattutto la deduplica sono operazioni necessarie alla presentazione di offerte in ATI da parte di più imprese.

**89.** Dalla documentazione acquisita risulta che Fast Point si è mossa per tempo, cercando di porsi nella condizione di poter rispondere a qualunque richiesta dei soci in ordine alla predisposizione delle offerte per la gara Consip. Gli uffici competenti di Fast Point si sono attivati almeno fin dal maggio 2000 per accordarsi con una società di servizi a cui far svolgere il lavoro di normalizzazione e di deduplica dei database relativi alle reti di esercizi convenzionati delle tre imprese socie<sup>44</sup>. Sulla scorta di questi preparativi, quando una delle imprese madri (Day) ha chiesto informazioni “rispetto al tempo necessario per la normalizzazione e deduplica dei elenchi ristoratori”, il direttore generale di Fast Point ha potuto scrivere al Presidente di quella impresa informandolo, il 2 novembre 2000, che “l’Address [...] ha bisogno di una settimana per la normalizzazione; dopo di che possiamo a FP realizzare in una settimana la deduplica desiderata”. Per quanto questa previsione si sia rivelata un po’ ottimistica, i tempi di elaborazione dei database delle tre società non sono stati molto più lunghi. Il responsabile dell’ufficio sviluppo rete di Fast Point ha, infatti, affermato che “in realtà i tempi di lavoro sono stati più lunghi di quelli previsti. I dati sono stati normalizzati per i lotti 1, 3 e 4 e anche deduplicati per i lotti 2 e 5 e sono stati inviati una prima volta a Fast Point il 16 novembre 2000”<sup>45</sup>.

**90.** Da quanto precede si evince dunque che il 2 novembre 2000 almeno uno dei soci di Fast Point (Day) disponeva di informazioni tranquillizzanti e relativamente attendibili sui tempi richiesti dallo svolgimento delle operazioni di normalizzazione e deduplica dei database ristoratori necessarie per predisporre le offerte per la gara Consip<sup>46</sup>. Giova osservare che questa stima sui tempi tecnici di realizzazione della normalizzazione e della deduplica era, con ogni probabilità, quella che quantomeno i rappresentanti della Day avevano a disposizione quando hanno preso la decisione pressoché definitiva sulle modalità di partecipazione alla gara Consip. Come visto in precedenza (cfr. sezione su “la seconda fase”), infatti, non più tardi del 6 novembre 2000 gli schieramenti delle imprese nei vari lotti erano già delineati con sufficiente chiarezza.

**91.** Alla luce di quanto precede pare difficile, pertanto, ipotizzare che la scelta delle tre imprese socie di Fast Point di non presentarsi in ATI in tutti e cinque i lotti possa esser dipesa dalle previsioni di tempi tecnici eccessivamente lunghi per la normalizzazione e la deduplica. Infatti, al momento in cui tale scelta è stata compiuta, i responsabili delle tre imprese disponevano di una stima secondo la quale queste operazioni si sarebbero potute compiere in solo due settimane, ovvero in tempi che avrebbero sicuramente consentito di rispettare i termini della gara, atteso che ancora non era nemmeno noto il termine ultimo per la presentazione delle offerte, comunicato insieme alla lettera d’invito del 14 novembre 2000.

**92.** Vero è che la Consip ha introdotto, con il disciplinare di gara, modalità di presentazione dell’offerta (individuazione degli esercizi attivi, fotocopia integrale delle fatture e delle convenzioni, ecc.) che hanno reso effettivamente laboriosa la predisposizione delle offerte per partecipare alla gara. Tuttavia, a parte il fatto che dette modalità non si applicavano esclusivamente alla partecipazione in ATI, per le quali pertanto, non costituivano un aggravio specifico rispetto alle partecipazioni singole, occorre tener presente che esse erano contenute solo nel disciplinare, inviato alle imprese il 14 novembre 2000. Ciò significa che quando di fatto le imprese hanno deciso gli schieramenti nei singoli lotti (cioè al più tardi il 6 novembre 2000), le principali complicazioni procedurali per la partecipazione alla gara Consip non erano neppure state rese ufficialmente note.

Giova aggiungere che quanto appena detto non contraddice il fatto, del quale pure si ha ampia evidenza, che le richieste di Consip in ordine alla documentazione da presentare unite allo slittamento dei tempi per la scelta definitiva sulla configurazione della partecipazione dei soci Fast Point ai lotti 2 e 5 abbiano effettivamente causato un notevole aggravio del compito di Fast Point, richiedendo a quest’ultima grossi sforzi per riuscire a predisporre in tempo il materiale da presentare alla Consip. Dalla ricostruzione dei fatti, tuttavia, sembra poter dedurre che queste difficoltà si siano palesate solo successivamente al momento in cui le tre imprese in esame hanno deciso di non costituire ATI anche per i lotti 1, 3 e 4.

**93.** Lo scarso peso che le imprese hanno in effetti attribuito, al momento di decidere come partecipare alla gara, alle difficoltà di carattere pratico nella predisposizione delle offerte risulta infine confermato dalle uniche modifiche che i tre soci di Fast Point hanno apportato allo schema di modalità di partecipazione alla gara Consip del 6 novembre 2000:

---

<sup>44</sup> [Cfr. dichiarazioni del responsabile sviluppo rete di Fast Point, verbale dell’ispezione del 18 dicembre 2001.]

<sup>45</sup> [Cfr. dichiarazioni del responsabile sviluppo rete di Fast Point, verbale dell’ispezione del 18 dicembre 2001.]

<sup>46</sup> [Sembra, peraltro, legittimo ipotizzare che questi tempi si riferissero ancora alla normalizzazione e deduplica di tutto il database delle tre imprese madri. Nei rapporti tra Fast Point e la società di servizi non si rilevano, infatti, indicazioni contrarie.]

l'aggiunta di Sodexho all'ATI per il lotto 2 e la previsione di un'ATI a tre al posto della partecipazione individuale di Sodexho per il lotto 5. Questa nuova configurazione per i lotti 2 e 5, infatti, ha accresciuto il numero e le dimensioni delle ATI, – rispetto all'ipotesi del 6 novembre 2000-il che, stando all'argomento delle parti in precedenza anticipato, dovrebbe aver ulteriormente complicato il lavoro da compiere per la predisposizione del materiale necessario per la presentazione delle offerte. Tale disinteresse per l'effetto che la nuova configurazione avrebbe avuto sulla attività di predisposizione delle offerte è ancor più significativo se si considera che la modifica è stata decisa dopo l'invio del disciplinare, vale a dire quando le sue implicazioni di carattere procedurale potevano essere valutate anche alla luce dei più onerosi requisiti imposti da Consip e comunicati con il disciplinare stesso.

## **F) LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI**

### **A) Il mercato rilevante**

**94.** Le parti hanno contestato la definizione di mercato rilevante, contenuta nella comunicazione delle risultanze istruttorie, affermando che nel settore della fornitura dei buoni pasto non sarebbe corretta né la distinzione tra un mercato relativo alla domanda proveniente dal settore pubblico ed un mercato della fornitura ai privati, né tanto meno l'individuazione, nell'ambito della domanda pubblica, di un mercato corrispondente ad una singola gara quale la gara Consip.

**95.** Le parti ritengono, infatti che tale prima distinzione non si giustifica in un settore in cui i principali acquirenti che esprimono la maggior parte della domanda privata (ad esempio Telecom Italia, Enel, ed il sistema bancario) procedono nella generalità dei casi, analogamente a quanto avviene nel settore pubblico, alla scelta del fornitore tramite gara.

**96.** In un siffatto contesto, le parti ritengono ancor meno giustificata la scelta di individuare nella gara Consip un mercato rilevante distinto. In particolare, secondo Gemeaz, nel caso di specie, il mercato sarebbe circoscritto ad un unico contratto, peraltro temporalmente limitato, diversamente da altri casi analizzati dall'Autorità.

**97.** Alcune delle parti hanno inoltre affermato che non si possa considerare la Gara Consip come mercato distinto anche in considerazione del fatto che appare disatteso l'obiettivo prefissato dalla Consip di individuare in un'unica soluzione il fornitore di detti servizi per la maggior parte della domanda pubblica.

**98.** Sulla base delle precedenti considerazioni le parti concludono che il mercato rilevante dovrebbe coincidere con la totalità della fornitura dei buoni pasto sull'intero territorio nazionale. Tale mercato sarebbe peraltro caratterizzato da una significativa dinamica concorrenziale.

Tutte le imprese, infatti, pur non contestando l'elevata concentrazione del settore (l'80% del mercato nelle mani delle prime cinque imprese) hanno sostenuto che l'assenza di barriere amministrative all'ingresso avrebbe permesso l'entrata di almeno altri quindici operatori minori idonei ad esercitare una "*spietata concorrenza sulla leva del prezzo*", determinando, conseguentemente, un bassissimo livello di profittabilità. Tale bassa redditività deriverebbe anche dall'elevato grado di concentrazione da parte della domanda rappresentata, nella maggior parte dei casi, da clienti con un forte potere contrattuale.

**99.** Inoltre, a riprova dell'esistenza di un contesto altamente competitivo ci sarebbero, secondo Gemeaz, "*i numerosi ricorsi presentati reciprocamente proprio fra le imprese che oggi si ritengono colluse*"<sup>47</sup>. Sia Sodexho che Day citano poi gli esiti delle due gare bandite più di recente da Telecom Italia Spa, nel luglio 2001 e dal Comune di Roma nel novembre 2001, nelle quali non sono risultate aggiudicatari molte delle imprese a cui è stata imputata l'intesa oggetto del presente procedimento.

**100.** Considerazioni di segno opposto sono state, invece, svolte da Sagifi che, in merito alle caratteristiche del mercato dei buoni pasto, ha affermato l'importanza di tener conto della "*particolarità del mercato dei buoni pasto in Italia, mercato che può definirsi, per molti aspetti, di tipo oligopolistico*".

**101.** Sulla base delle precedenti considerazioni Qui! Ticket e Ristochef, concludono che la gara Consip non costituisce una parte rilevante del mercato nazionale e che pertanto la presunta intesa non dovrebbe essere considerata illecita ai sensi della l. 287/90.

**102.** Le parti hanno inoltre sollevato un ulteriore aspetto in relazione alla definizione di mercato rilevante, affermando che l'attività delle imprese emittitrici consisterebbe esclusivamente nell'intermediazione tra il soggetto che eroga l'effettivo servizio sostitutivo (il ristoratore) ed il consumatore del servizio. Ne conseguirebbe che la concorrenza tra le imprese si svolgerebbe in un mercato dell'intermediazione distinto da quello della erogazione dei buoni pasto.

In particolare, Gemeaz ha affermato che il fatto che si parli di fornitura di buoni pasto dipende dalla scelta delle imprese di avere adottato l'attuale impostazione nella contabilizzazione che vede l'assimilazione del servizio dei buoni pasto a quello di mensa aziendale (in luogo del mero servizio di intermediazione). Tale scelta trova la sua motivazione nel sistema previdenziale e fiscale italiano.

### **B) Le evidenze documentali**

---

<sup>47</sup> [Cfr. verbale dell'audizione finale del 23 aprile 2002.]

**103.** Tutte le imprese hanno svolto considerazioni sui documenti da ciascuna di esse predisposti ovvero rinvenuti presso la propria sede, esprimendosi solo marginalmente in merito alla rimanente documentazione considerata, nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, come idonea a provare l'esistenza dell'infrazione.

**104.** Prima di esporre le principali argomentazioni delle parti in merito ai singoli documenti si illustrano alcune osservazioni di carattere generale svolte dalle stesse in relazione all'analisi condotta sulle evidenze documentali.

**105.** Da un lato, alcune parti, pur non negando la possibilità che la formazione dei documenti risalga ad epoca anteriore rispetto alla presentazione delle offerte, hanno sostenuto che essi non sarebbero stati il frutto di uno scambio di informazioni volto a predefinire l'esito della gara, bensì si sarebbero formati sulla scorta di conoscenze acquisite dalle imprese per altre vie, ben potendo derivare *“da un'ipotesi dall'autore del documento che si riveli azzecata (e in un contesto di gare ripetute nel tempo tra le stesse imprese ciò sarà frequente); da un'informazione ricevuta da terzi senza il consenso del suo titolare; da un'informazione ricevuta dallo stesso concorrente al di fuori di una determinazione congiunta che costituisce l'addebito contestato nel presente procedimento”*<sup>48</sup>.

Altre parti hanno, invece, negato l'antiorità dei documenti, sostenendo che gli stessi sono stati formati successivamente alla presentazione delle offerte e anteriormente all'apertura delle buste in un contesto di reciproco scambio delle informazioni relative alle offerte formulate che costituisce una prassi diffusa fra le imprese.

**106.** Nei paragrafi che seguono si illustrano le principali argomentazioni delle parti in merito al contenuto dei singoli documenti utilizzati come prova dell'infrazione.

*i) Il documento n.210 acquisito presso la società Ristomat*

**107.** Per quanto riguarda il documento 210, alcune osservazioni sono state svolte in merito alla data in cui esso è stato redatto. In particolare, Ristomat ha contestato il fatto che le cifre “6/11” presenti sul documento siano state interpretate, nella comunicazione delle risultanze istruttorie, come data del documento, mentre esse esprimerebbero un range di sconti sottoposto alla valutazione dell'amministratore delegato. Tuttavia, lo stesso amministratore delegato non ha negato la possibile anteriorità del documento rispetto alla presentazione delle offerte affermando, nel corso dell'audizione finale, che tale documento può essere stato da esso stesso redatto *“[...] tra i giorni immediatamente precedenti alle offerte economiche ed i giorni immediatamente successivi alla presentazione delle offerte [...]”*<sup>49</sup>.

**108.** Anche Sodexho ha contestato l'attribuzione al documento in esame della data del 6/11 in quanto in quella data non era ancora stato emesso il disciplinare di gara e, pertanto, non sarebbe stato plausibile che potessero essere *“definite delle strategie di partecipazione senza conoscere con certezza i criteri di attribuzione del punteggio [...]”*<sup>50</sup>.

**109.** Quanto poi al contenuto del documento in questione, Ristomat contesta il fatto che sia stato analizzato uno solo degli scenari in esso presenti, ossia quello che coincide con i risultati effettivamente realizzatisi, non dando in tal modo una prospettazione esatta del proprio comportamento. Le simulazioni presenti nel documento sarebbero infatti soltanto alcune delle tante simulazioni elaborate dall'impresa al fine di prevedere l'esito della gara Consip attraverso la previsione dei comportamenti delle altre parti.

Analogamente la Sodexho evidenzia che l'esame del documento è stato parziale e che l'altra simulazione contemplata nel medesimo documento non corrisponde in alcun modo alle modalità di partecipazione che Sodexho ipotizzava in quei giorni.

**110.** La Cascina ha parimenti affermato che il fatto che il doc. 210 riporti due scenari, nel secondo dei quali la Pellegrini fa parte di una ATI e Qui!, impresa di minore dimensione, ne è esclusa dovrebbe lasciare intendere che *“se l'impostazione della cri fosse esatta, [...] sembrerebbe potersi dedurre un panorama nel quale un gruppo di imprese leader decide cosa fare e le altre vengono da queste “maneggiate”*<sup>51</sup>.

**111.** Secondo La Cascina, inoltre, le imprese leader avrebbero ben potuto realizzare la tabella allegata al documento 210 senza nessun bisogno di contattare direttamente le imprese minori ossia La Cascina e Sagifi. Sarebbe, ad esempio, evidente che Gemeaz potesse prevedere con certezza che La Cascina, impresa di minore dimensione, avrebbe accettato di presentarsi con essa in ATI nel lotto 3.

*ii) Il documento n. 72 rinvenuto presso la società Ristocheff*

**112.** Secondo la società Ristocheff non vi sarebbe alcuna prova che il documento n. 72 sarebbe anteriore all'espletamento della gara<sup>52</sup>. Le imprese si sarebbero scambiate le informazioni relative alle offerte formulate nell'intervallo di tempo che corre tra la consegna delle buste e l'apertura di queste ultime e il documento in esame

<sup>48</sup> [In particolare, in tali termini si è espressa Gemeaz in sede di audizione finale del 23 aprile 2002.]

<sup>49</sup> [Cfr. Verbale Audizione finale del 23 aprile 2002.]

<sup>50</sup> [Cfr. memoria difensiva del 18 aprile 2002. In proposito, anche Ristomat ha sottolineato che *“se fosse stato veramente il 6 novembre, il documento sarebbe stato addirittura antecedente al disciplinare di gara”*.]

<sup>51</sup> [Cfr. verbale dell'audizione finale del 23 aprile 2002.]

<sup>52</sup> [Al riguardo si è espressa anche Gemeaz affermando che *“la ricostruzione della data ...non può essere dedotta per presunzione, in quanto si tratta di documento redatto a mezzo informatico; in effetti, ben avrebbero potuto gli organi ispettivi accertarne la data effettiva di formazione e/o aggiornamento accedendo al sistema informativo aziendale”*.]

sarebbe stato formato nell'ambito di tale incontro. Inoltre, il fatto che nel documento le sole offerte di Pellegrini e Repas non corrispondono a quelle effettivamente presentate non sarebbe una prova idonea a dimostrare lo scambio di informazioni tra tutte le altre imprese. Dette società, infatti, non avrebbero partecipato a tale incontro in quanto esse sole avrebbero consegnato le loro offerte con ritardo, ossia anziché il venerdì 15 dicembre 2000 il lunedì successivo.

*iii) Il secondo documento n. 211 rinvenuto presso la società Ristomat*

**113.** Anche con riferimento al documento 211, la società Ristomat non considera corretta l'attribuzione di una data precedente all'espletamento della gara. Il fatto che l'elaborazione del documento sia avvenuta successivamente si evincerebbe, secondo detta società, dalla presenza di altri fogli, allegati a quello esaminato nelle risultanze istruttorie dove i dati di sconto ed i punteggi finali sarebbero coincidenti con quelli successivamente attribuiti anche a Pellegrini e Repas.

**114.** Secondo la Cascina, inoltre, il documento 211 dimostrerebbe la propria estraneità alla presunta intesa per i seguenti motivi. In primo luogo, in quanto "[...] detto documento contiene dati del tutto errati per quanto riguarda i parametri tecnici di La Cascina" e, pertanto, ne conseguirebbe che "[...] esso non può essere stato fornito dalla Società. La fonte dei dati deve quindi ritenersi diversa"<sup>53</sup>.

In secondo luogo, La Cascina ha affermato che lo sconto effettivamente praticato dalla Cascina nel lotto 3, in ATI con Gemeaz, pari al 5,22%, sarebbe stato notevolmente superiore alla media ipotizzata nel citato documento per il medesimo lotto, il che sarebbe stato irrazionale, in un contesto di piena informazione sugli sconti praticati dai concorrenti, dato il meccanismo di valutazione del criterio economico previsto dal bando.

Quanto al lotto 4, la Cascina ha evidenziato che dato il proprio punteggio tecnico conseguito in quel lotto, era ben consapevole, al momento della presentazione dell'offerta che non avrebbe comunque potuto influenzare l'esito dell'aggiudicazione del lotto in questione e che non avrebbe mai potuto vincere la gara, se non per un "incidente di percorso", qualsiasi fosse stato lo sconto offerto. Ciò giustificerebbe la propria scelta di offrire uno sconto pari soltanto all'1,11%.

*iv) Il documento n.255 rinvenuto presso la società Sodexo*

**115.** Le parti hanno in genere sostenuto che gli obiettivi dell'incontro al quale si riferisce il meeting report di cui al documento n.255 sono stati quello di chiarire le specifiche tecniche emanate da Consip con il Disciplinare al fine di verificarne la sostenibilità tecnica, nonché quello di creare i presupposti per la compatibilità tecnica tra le soluzioni da offrire. A riprova di ciò, le parti hanno argomentato che all'incontro hanno preso parte solo esponenti tecnici delle imprese.

*v) Il documento n. 140 rinvenuto presso la società Gemeaz*

**116.** La società Gemeaz ha svolto alcune considerazioni preliminari in relazione ai documenti manoscritti del proprio Direttore Generale, acquisiti nel corso dell'ispezione, sostenendo che essi non dovrebbero essere considerati documenti aziendali "formati ed utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa" ai sensi dell'articolo 10 del dpr 217/98. La suddetta società, infatti, sostiene che non rientrino nell'ambito di applicazione della citata norma "quegli scritti nei quali l'autore si limiti ad esternare le proprie personali convinzioni, anche in relazione all'attività dell'impresa, ma che non siano destinati alla comunicazione a terze persone [...]".

**117.** Per quanto riguarda in particolare il contenuto del documento 140, la Gemeaz ha affermato che, in ogni caso, trattandosi di osservazioni postume rispetto alla gara esse non sarebbero idonee ad evidenziare alcuna intesa anticoncorrenziale.

**C) La razionalità economica del comportamento**

*i) Costituzione di un'unica ATI in ogni lotto*

**118.** A fondamento della scelta di costituire un'unica ATI per la partecipazione a ciascun lotto posto in gara. In primo luogo, le parti hanno generalmente sottolineato di aver avuto poco tempo a disposizione per preparare la documentazione relativa alla gara. In particolare, Day ha messo in evidenza la complessità dell'operazione di "normalizzazione dei dati" che consiste nel ricondurre le ragioni sociali di ogni ristoratore ad una organizzazione basata su criteri identici dal momento che la parte anagrafica relativa allo stesso ristoratore, pur in corrispondenza della medesima ragione sociale, può essere individuata in modo diverso dalle singole società.

**119.** In secondo luogo, le parti hanno sostenuto di aver svolto valutazioni di natura economica tali da giungere all'individuazione dei lotti a maggiore probabilità di vincita e di aver, quindi, deciso di investire sui lotti così selezionati, raggruppandosi in ATI per beneficiare dei vantaggi che ne conseguono.

---

<sup>53</sup> [Cfr. memoria difensiva del 18 aprile 2002.]

**120.** Si rileva, peraltro, che anche le due imprese segnalanti, Pellegrini e Repas, hanno, in sede di audizione, sottolineato la funzionalità della scelta di partecipare in ATI rispetto al tentativo di affrontare adeguatamente la concorrenza di Gemeaz. In particolare, secondo le segnalanti, attesa l'importanza del parametro tecnico nel bando di gara Consip, « *un'impresa quale Gemeaz, con una massiccia presenza sul mercato, avrebbe da sola potuto assicurarsi l'aggiudicazione di almeno uno o due lotti* »<sup>54</sup>, ma non si sarebbe candidata individualmente per tutti i lotti « *perché questo risultato comunque non era scontato e cercando di prendere tutto da sola si sarebbe trovata comunque con l'opposizione di tutti gli altri che, riunendosi, avrebbero potuto ribaltare il vantaggio detenuto nel parametro tecnico* »<sup>55</sup>.

**121.** In relazione alla scelta dei lotti in cui raggrupparsi in ATI al fine di aumentare la probabilità di aggiudicazione, le parti hanno, in genere, sostenuto di aver condotto valutazioni contingenti alla situazione di ciascuno dei lotti in cui è articolata la gara. Ad esempio, Gemeaz, temendo il rischio di una sovrastima del valore dei lotti da parte di Consip, nonché le conseguenze del cd. "*principio di estensione*"<sup>56</sup>, avrebbe ritenuto meno appetibili e più rischiosi i lotti 1 e 2 a causa dell'oggettiva incertezza circa la consistenza del pubblico impiego statale, del maggiore contenimento degli sconti ottenuti dalla società nei confronti dei ristoratori, nonché di una maggiore parcellizzazione delle consegne dei buoni pasto, aggiungendo, al riguardo, che i suddetti rischi « *per la loro oggettiva indeterminazione non sono passibili di una precisa quantificazione economica* ».<sup>57</sup>

**122.** Al contrario, detta società avrebbe preferito concentrarsi sui lotti 3 e 4 in considerazione di una serie di fattori: una migliore conoscenza del mercato acquisita mediante la partecipazione a precedenti gare; l'alta densità burocratica delle regioni comprese nei suddetti lotti caratterizzate da un'alta presenza di dipendenti pubblici, fruitori del servizio; la possibilità di assorbire taluni rischi attraverso l'attività degli operatori locali con cui si è raggruppata in ATI (La Cascina nel lotto 3 e Sagifi nel lotto 4) « *il cui radicamento nel territorio avrebbe consentito una più agevole gestione del servizio, anche sotto il profilo dei rapporti con la rete degli esercizi convenzionati, aspetto particolarmente rilevante per un'efficace prestazione del servizio* »<sup>58</sup>.

**123.** Secondo la Gemeaz, infatti, la conclusione di accordi con altri soggetti, di maggiori dimensioni, avrebbe prestato il fianco a molte critiche. Secondo la stessa linea argomentativa, la società avrebbe, dunque, scartato l'ipotesi di partecipare in ATI nei lotti 1 e 2 anche in ragione della mancata individuazione di « *realità locali in possesso di caratteristiche per noi interessanti che abbiano risposto positivamente alla nostra proposta di associazione in ATI nelle aree geografiche di cui ai lotti 1 e 2* »<sup>59</sup>.

**124.** Parimenti, La Cascina avrebbe costituito una sola ATI per mancanza di partner in quanto sarebbe stata contattata, al fine del raggruppamento in ATI, « *solo da Gemeaz e solo per il lotto del Centro* », e non avrebbe avuto alcun riscontro positivo da parte di altri operatori che pure avrebbe, a sua volta, contattato, fra cui Ristoservice a cui sarebbe legata da « *ottimi rapporti* ».<sup>60</sup>

**125.** Sul medesimo punto, Ristocheff ha analogamente argomentato che la decisione di una delle mandanti dell'ATI di cui è capogruppo, segnatamente Ristomat, di costituire una diversa ATI per la partecipazione ad altri lotti, avrebbe limitato la sua competitività dal momento che "*se non singolarmente, avremmo dovuto partecipare agli altri lotti in ATI con la sola residua società mandante (Qui Ticket Service Spa) o reperire una o più mandanti aggiuntive*". Ciò che, secondo Ristocheff, non sarebbe stato possibile fare per quattro ragioni concomitanti: la ristrettezza dei tempi; l'esistenza di altri raggruppamenti che andavano o nel frattempo formandosi fra le società nei cui confronti Ristocheff nutriva maggiore interesse; la possibilità, contemplata da Consip, di costituire ATI a composizione "variabile" in relazione ai diversi lotti, ciò che "*favoriva il consolidamento di alleanze già più volte espressesi sul mercato*"<sup>61</sup>; ed infine, la debolezza di Ristocheff "*in termini di effettivo apporto migliorativo alla consistenza e diffusione della rete attiva in altre aree del territorio nazionale, che ci rendeva poco appetibili come partner in altri Raggruppamenti*"<sup>62</sup>.

**126.** Allo stesso modo, in relazione alla scelta dei lotti in cui presentarsi in ATI, Ristomat avrebbe tenuto in considerazione due elementi: da un lato, le dimensioni effettive dell'appalto Consip e, dall'altro, la redditività della rete.

**127.** In sede di valutazione dell'opportunità di partecipare alla gara Consip attraverso la costituzione di ATI, Day avrebbe tenuto in conto la complessità della struttura della gara Consip e, in particolare, la necessità del requisito relativo alla dimensione della rete.

---

<sup>54</sup> [Cfr. verbale audizione Pellegrini del 28 settembre 2001, pag.4.]

<sup>55</sup> [Cfr. verbale audizione Repas del 13 settembre 2001, pag.4.]

<sup>56</sup> [Cfr. verbale audizione Gemeaz, pag.4. ]

<sup>57</sup> [Cfr. nota Gemeaz del 19 ottobre 2001, quesito lettera e), pagg.1-2.]

<sup>58</sup> [Cfr. memoria Gemeaz del 5 ottobre 2001, pagg.5-6..]

<sup>59</sup> [Cfr. verbale di audizione Gemeaz del 9 ottobre 2001, pag.6.]

<sup>60</sup> [Cfr. verbale audizione del 29 ottobre 2001, pagg.6-7 e rettifica richiesta dalla parte in data 3 dicembre 2001.]

<sup>61</sup> [Ristocheff porta, come esempio, il caso delle ATI composte da Sodexho, Ristoservice e Ristomat "legate tra loro nel più ampio contesto della partnership Fast Point".]

<sup>62</sup> [Cfr. nota del 3 gennaio 2001, punto 1.3, pagg.6-7.]

La società ha, altresì, aggiunto, che, stante il fatto che l'organizzazione logistica in caso di partecipazione in ATI darebbe la possibilità di convenzionare nuovi locali, « negli altri lotti l'unione delle tre reti senza nuovi convenzionamenti non ci avrebbe comunque reso più forti nell'ambito della gara, sebbene ci avrebbe reso più forti di quanto non avremmo potuto essere presentandoci singolarmente »<sup>63</sup>.

Quanto, infine, alla scelta dei lotti 2 e 5, la società ha ritenuto insussistente la presenza di un rischio significativo di una mancata corrispondenza tra il valore effettivo dei lotti stessi e quello previsto da Consip. Al riguardo, infatti, descrivendo la duplice componente del valore dei lotti, ha fatto riferimento ad « una parte certamente esistente che proviene dalle amministrazioni dello stato » nonché ad una parte che dipende dalle “adesioni”, rispetto alle quali, comunque, ha riconosciuto che « c'è un buon livello di adesione in entrambi i nostri lotti » e, altresì, che « l'impegno di Consip prevede comunque che si possa prolungare il contratto per un periodo successivo ai due anni fino ad esaurimento del valore previsto »<sup>64</sup>.

ii) *L'offerta di sconti irrisori nella partecipazione individuale*

**128.** In via generale, si osserva che le parti, a fondamento della scelta di concorrere singolarmente, nell'ambito della gara Consip, in relazione ai lotti in cui, secondo la loro valutazione, non avrebbero avuto una buona probabilità di vincita, hanno addotto, quale argomentazione principale, una questione di “immagine”.

Più precisamente, hanno sostenuto che la mancata presentazione di un'offerta avrebbe deposto a sfavore dell'impresa di fronte alla stazione appaltante. Le parti, infatti, hanno tutte analogamente svolto considerazioni relative alla prassi delle amministrazioni appaltanti che sarebbero solite invitare ad una gara solo le imprese che hanno già partecipato a gare precedenti.<sup>65</sup>

**129.** In relazione all'irrisorietà degli sconti offerti, nel caso di partecipazione individuale, proprio nell'ambito dei lotti a bassa probabilità di aggiudicazione, le parti hanno sostenuto, da un lato, che, stante tale bassa probabilità, non avrebbe rivestito alcun interesse l'ipotesi di investire su detti lotti e, dall'altro, che, in realtà, le condizioni economiche offerte nell'ambito della gara Consip sarebbero perfettamente in linea con le offerte presentate nella precedente gara bandita dal Provveditorato Generale dello Stato nella misura in cui si tenga conto del particolare meccanismo IVA previsto dal bando Consip<sup>66</sup>.

**130.** In ordine al primo punto, le parti sarebbero state consapevoli delle basse probabilità di vincita ed avrebbero, pertanto, costruito le loro offerte economiche in modo che lo sconto offerto fosse tale da non comportare perdite e da garantire comunque un margine di contribuzione positivo a fronte dei costi legati all'erogazione del servizio appaltato.<sup>67</sup>

**131.** Oltre ai costi di innovazione, secondo quanto argomentato dalle parti, avrebbero inciso, sulla formulazione di un basso livello di sconto, anche i costi finanziari conseguenti alla peculiarità del meccanismo di rendicontazione previsto dal disciplinare di gara.

**132.** Sulla base di tali considerazioni, le parti hanno affermato che « la differenza tra il livello di sconto presentato da soli e quello presentato in ATI si spiega in quanto, volendo comunque ottenere un risultato positivo in assenza di sinergie di costo (condivisione dei rischi, degli oneri finanziari e delle spese amministrative) e in presenza di una rete di esercizi meno capillare abbiamo dovuto fare offerte peggiori ». <sup>68</sup>

Dette offerte, tuttavia, secondo Day, sarebbero state tali da garantire comunque una certa redditività in considerazione, peraltro, della possibilità che si verificasse l'unica ipotesi nella quale avrebbe potuto aggiudicarsi un lotto a scarsa probabilità di successo, e cioè l'esclusione dalla gara di altri concorrenti a causa dell'errore materiale, non implausibile in considerazione della complessità della gara.

---

<sup>63</sup> [Cfr. verbale di audizione della società Ristoservice, del 10 ottobre 2001, pagg.3-4.]

<sup>64</sup> [Cfr. verbale di audizione della società Ristoservice, del 10 ottobre 2001, pagg.3-5.]

<sup>65</sup> [Cfr. verbale di audizione Day del 10 ottobre 2001, pag.4; verbale di audizione Ristomat del 15 ottobre 2001, pag.4; verbale di audizione di La Cascina del 29 ottobre 2001, pag.6.]

In particolare, Ristocheff ha sottolineato che “anche singolarmente era comunque importante partecipare a tutti i lotti, non foss'altro per onorare la dimensione nazionale dell'azienda e - come tradizionalmente si ritiene - non incorrere in un abbassamento del grado di considerazione da parte della Pubblica Amministrazione”. E ciò era tanto più importante in considerazione del fatto che la gara Consip si inserisce nell'ambito di un “vasto progetto di ridefinizione delle modalità di acquisto dei beni e dei servizi da parte delle Amministrazioni Pubbliche dal quale non era pensabile, al di là dell'esito della gara, restare fuori anche solo per motivi di immagine commerciale” (cfr. nota del 3 gennaio 2002, punto 1.3, pag.7.)

<sup>66</sup> [Sul regime fiscale applicabile, in relazione all'IVA, nell'ambito della gara Consip, si rinvia alla sezione relativa alle caratteristiche del mercato rilevante.]

<sup>67</sup> [Cfr. nota Gemeaz del 19 ottobre 2001, quesito lettera e), pag.2; nota Day del 24 ottobre 2001, quesito lettera f), pag.1; verbale audizione di La Cascina del 29 ottobre 2001, pag.6; nota di Sodexo del 14 gennaio 2002, pag.2.]

Analogamente Qui Ticket che, in particolare, nella nota dell'8 gennaio 2002, asserisce che “ per i lotti 2,3,4 e 5, riguardanti aree geografiche non già servite da questa società nell'ambito dell'appalto buoni pasto ministeriali in corso dal 1997, ha offerto sconti minimi in quanto il servizio avrebbe comportato costi di avviamento”.]

<sup>68</sup> [Cfr. in particolare Day, verbale di audizione del 10 ottobre 2001, pag.4.]

**133.** In ordine alla seconda linea difensiva, le parti hanno, in generale, messo in rilievo la peculiarità della gara Consip nell'ambito della quale il buono pasto ha un valore facciale pari a 4,65 euro da intendersi IVA compresa. In tal senso, la gara si differenzerebbe dalle comuni procedure concorsuali in cui sarebbe sempre richiesta l'offerta di una percentuale di sconto su di un corrispettivo pari all'importo facciale del buono, IVA esclusa.

In particolare, secondo Gemeaz, ciò avrebbe portato i concorrenti a formulare un ribasso rispetto ad un importo già comprensivo di uno sconto pari all'incidenza dell'IVA al 4% « *sicché per poter confrontare omogeneamente gli sconti praticati nella gara e quelli comunemente praticati alla clientela, occorre maggiorare i ribassi offerti della percentuale di incidenza dell'IVA* ». <sup>69</sup>

Secondo la stessa società, dunque, le offerte presentate nei lotti in cui si è candidata individualmente rappresenterebbero « *condizioni economiche perfettamente in linea con le offerte presentate nella precedente gara indetta ed aggiudicata dal Provveditorato Generale dello Stato, nella quale vennero offerti ribassi pressoché identici con esito vittorioso* ». <sup>70</sup>

**134.** Secondo alcune delle imprese, infine, gli sconti significativamente più elevati offerti da Pellegrini e Repas nell'ambito della gara Consip non rappresenterebbero dei corretti punti di riferimento in quanto non sarebbero in linea con i loro costi.

#### **D) Gravità e durata dell'intesa**

**135.** In relazione ai requisiti di gravità e durata della fattispecie contestata, rilevanti ai fini sanzionatori, le parti hanno, sia in sede di audizione finale, sia attraverso le memorie difensive, contestato la sussistenza dei citati requisiti, ed hanno, in via subordinata, rilevato l'applicabilità della norma sanzionatoria previgente alla novella legislativa del 2001.

**136.** In proposito, Gemeaz, nell'ambito della memoria difensiva, ha innanzitutto argomentato che, ove l'Autorità sostenesse la sussistenza della pratica concordata, dovrebbe ordinare la cessazione della stessa, ma non comminare una sanzione. Peraltro, l'ordine di cessazione dovrebbe consentire alle imprese di cessare la fornitura con modalità graduali onde evitare di far versare le imprese in una ipotesi di interruzione di pubblico servizio. In particolare, la società ritiene che la sanzione non sarebbe comminabile dal momento che la fattispecie difetterebbe del requisito della gravità, tenuto conto della situazione del mercato dei buoni pasto che sarebbe caratterizzato da una alta concorrenzialità<sup>71</sup>.

Sul medesimo punto, si è espressa Sodexho, sostenendo che l'infrazione contestata non rivestirebbe carattere di gravità in considerazione della esiguità delle prove documentali dell'intesa.

**137.** In particolare, La Cascina ha sostenuto che i comportamenti addebitati non sarebbero sanzionabili o al più si potrebbe configurare nei loro confronti una sanzione del tutto simbolica in considerazione del fatto che l'infrazione contestata sarebbe non grave e di breve durata. Con particolare riferimento al profilo della gravità, la società ha sostenuto che non ricorrerebbe, nel caso di specie, tale requisito, e, dunque, il presupposto per l'irrogazione stessa della sanzione ai sensi della legge n. 287/90, in quanto l'intesa contestata riguarderebbe una piccola parte del mercato ed, inoltre, la presenza della società sul mercato rilevante sarebbe irrisoria di talché l'impatto della intesa stessa sul mercato rilevante sarebbe stato limitato<sup>72</sup>. Secondo la suddetta impresa, occorre, da ultimo, tenere in considerazione il fatto che la stessa avrebbe svolto, nell'ambito della presunta fattispecie, un ruolo marginale caratterizzato essenzialmente da un comportamento « *esclusivamente passivo o emulativo* »<sup>73</sup> tale per cui la società avrebbe dato esecuzione all'intesa involontariamente ed in modo marginale. L'insieme di tali elementi, secondo consolidati orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria<sup>74</sup>, deporrebbero, secondo la parte, nel senso del riconoscimento di una minore responsabilità della portata anticoncorrenziale del comportamento dell'impresa e, dunque, dell'applicabilità di una sanzione di lieve entità, se non del tutto simbolica.

**138.** Con riferimento al profilo della durata dell'intesa, le parti hanno in genere contestato la sussistenza di tale requisito sulla base di considerazioni tese a sottolineare la brevità della vicenda oggetto della istruttoria. Ad esempio, secondo quanto affermato da Sodexho in sede di audizione, sarebbe possibile configurare una durata della supposta

---

<sup>69</sup> [Cfr. memoria Gemeaz del 5 ottobre 2001, pag.6.]

Considerazioni del tutto analoghe sono state svolte da Ristocheff (cfr. nota del 3 gennaio 2002, punto 2, pagg. 10-12).]

<sup>70</sup> [Cfr. memoria Gemeaz del 5 ottobre 2001, pag.8.]

<sup>71</sup> [Si confronti la sezione relativa alle argomentazioni delle parti sulla definizione del mercato rilevante.]

<sup>72</sup> [Secondo la parte, « *la pretesa intesa avrebbe riguardato una piccola parte del mercato rilevante, rappresentando la gara Consip appena il 10% del mercato dei buoni pasto. Di conseguenza, gli effetti eventualmente prodotti dalla stessa sul mercato rilevante sarebbero stati trascurabili e l'infrazione dovrebbe essere considerata poco grave* ». La società ha, altresì, aggiunto di avere « *una dimensione assolutamente marginale sul mercato dei buoni pasto, ivi detenendo una quota di mercato del 2,1%* ».

Sul punto, la parte ha fatto riferimento agli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n.17/62. ]

<sup>73</sup> [Cfr. memoria difensiva del 18 aprile 2002.]

<sup>74</sup> [In proposito, la parte ha citato la seguente giurisprudenza: sentenza TAR Lazio n.297/2001 Accordi per la fornitura di carburanti; sentenza TAR Lazio n.1541/2000; caso IV/31, 866 LDPE, decisione del 21 dicembre 1988; caso IV/F 3/33.708, British Sugar plc, decisione del 14 ottobre 1998.]

intesa limitata al lasso di tempo compreso fra il 16 novembre ed il 18 dicembre 2000 dal momento che, essendo stato il disciplinare di gara pubblicato il 16 novembre, non sarebbe stato possibile, senza avere conoscenza del disciplinare, “concordare niente!”<sup>75</sup>. Secondo La Cascina, in particolare, l’infrazione contestata sarebbe stata di breve durata dal momento che, nel corso dell’istruttoria, non sarebbero state raccolte prove documentali sufficienti per provare la sua partecipazione alla presunta intesa prima del novembre 2000 e che, realizzandosi la fattispecie nell’intervallo di tempo compreso tra maggio e dicembre 2000, dopo tale data non vi sarebbe alcuna evidenza relativa all’esistenza di qualsivoglia contatto fra le imprese interessate. Secondo Gemeaz, parimenti, nel caso di specie, si tratterebbe di comportamenti di brevissima durata, riferibili a pochi giorni o, al più, settimane, dal momento che sarebbe impossibile, a parere della parte, sostenere che, successivamente alla presentazione delle offerte, la presunta condotta anticoncorrenziale sarebbe proseguita “dato che essa avrebbe ormai comunque integralmente raggiunto il suo scopo”.

**139.** Infine, con riguardo alla individuazione della norma sanzionatoria applicabile, le parti, collocando la condotta tra il mese di maggio ed il mese di dicembre del 2000, hanno in genere sostenuto l’applicabilità dell’articolo 15 nella formulazione antecedente alla novella legislativa del 2001 in virtù del principio di irretroattività della legge<sup>76</sup>, atteso che la condotta stessa si sarebbe esaurita sotto la vigenza della citata norma<sup>77</sup>.

Considerazioni di analoga natura sono state svolte, in proposito, nella memoria difensiva di Gemeaz che, in generale, ha contestato una ricostruzione della pratica vietata in termini di illecito permanente dal momento che “una condotta consistente nell’incidere su di una gara pubblica, si esaurisce con il compimento dell’attività collusiva di determinazione congiunta delle condizioni di fornitura, precedente allo stesso completamento delle procedure di gara”. In particolare, in relazione alla configurabilità dell’illecito permanente, secondo Gemeaz difetterebbe, nel caso di specie, il requisito del protrarsi dell’offesa in ragione di una “persistente condotta volontaria del soggetto per cui egli è in grado di porre fine a tale situazione offensiva”.

**140.** Con riferimento al fatturato rilevante ai fini dell’applicazione dell’eventuale sanzione, infine, le parti hanno in genere osservato che il fatturato da assumere quale parametro di riferimento corrisponderebbe non già al valore dei buoni pasto venduti, bensì alla quota di “[...] volume d’affari effettivo [...] costituito dalla sola differenza tra il valore facciale dei buoni pasto emessi, al netto degli sconti praticati ai clienti, ed il valore dei buoni pasto rimborsati ai ristoratori convenzionati, al netto degli sconti ottenuti dai ristoratori [...]”<sup>78</sup>.

#### IV. VALUTAZIONI GIURIDICHE

##### A) Il mercato rilevante

**141.** Si osserva preliminarmente che, ai fini della valutazione della fattispecie in esame, l’individuazione del mercato rilevante benché utile per meglio circoscrivere e focalizzare l’analisi dei comportamenti delle imprese coinvolte, non appare altrettanto decisiva quanto risulta esserlo nei casi di valutazione di comportamenti abusivi. In armonia con i principi comunitari, infatti, è in presenza di questi ultimi che “la definizione adeguata del mercato di cui trattasi è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale” (Tribunale di Primo Grado, sent. 21 febbraio 1995, in causa T-29/92, SPO).

Nel caso di intese, invece, è stato osservato che la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca l’accordo o la pratica concordata fra imprese<sup>79</sup>. Tale definizione è dunque funzionale all’individuazione dell’ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti anticoncorrenziali da esso derivanti.

**142.** Ciò premesso, alcune valutazioni valgono a dimostrare che risultano privi di fondamento i rilievi mossi dalle parti e volti ad attribuire al mercato rilevante una dimensione più ampia della gara Consip e addirittura coincidente con l’intero settore della fornitura dei buoni pasto alle imprese pubbliche e private.

---

<sup>75</sup> [Cfr. verbale dell’audizione finale del 23 aprile 2002.]

<sup>76</sup> [Sul punto, La Cascina ha citato la giurisprudenza comunitaria con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee del 20 marzo 2002, causa T-23/99, LA AF 1998 c/ Commissione. La parte ha, altresì, rilevato che la violazione contestata non costituirebbe una fattispecie continuata, richiamando a sostegno di tale affermazione, due precedenti dell’Autorità: I337 Bracco - Byk Gulden Italia - Farmades - Nycomed Amersham Sorin - Schering Boll.47/2000; I305 Assitalia - Unipol/Azienda USL Città di Bologna in Boll.48/1998.]

<sup>77</sup> [Sul punto, ad esempio, la società Ristocheff ha obiettato, in sede di audizione, che, ove l’Autorità decidesse di sanzionare, non sarebbe suscettibile di applicazione il novellato art. 15, comma 1 in quanto entrato in vigore successivamente alla fattispecie contestata.]

<sup>78</sup> [In tal senso, si è espressa Gemeaz citando, in proposito, la Decision du Conseil de la Concurrence francese No.01-D-41 dell’11 luglio 2001 che è stata richiamata anche da La Cascina e da Ristomat la quale, in particolare, fa riferimento “agli utili realizzati, deducendo dai ricavi i relativi costi”. Cfr. al riguardo anche sezione relativa alle argomentazioni delle parti in merito alla definizione del mercato rilevante.]

<sup>79</sup> [In tal senso cfr. sent. 16 dicembre 1975, Suiker Unie/Commissione, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/75; 10 marzo 1992, Siv/Commissione, T-68/92.)]

In estrema sintesi, i principali elementi già più volte individuati dall'Autorità e ribaditi in sede giurisdizionale, che caratterizzano come profondamente differenti gli acquirenti del servizio del settore pubblico e di quello privato sono i seguenti<sup>80</sup>:

- a) l'obbligo di seguire procedure a evidenza pubblica per la scelta del fornitore cui affidare il servizio;
- b) la predisposizione di un capitolato contenente l'indicazione delle condizioni fornitura;
- c) le modalità ed i tempi di pagamento della pubblica amministrazione rispetto ai privati.

Né vale osservare che alcuni maggiori clienti privati del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto fanno comunque ricorso a gare per l'individuazione del fornitore, laddove in tal senso non esiste un obbligo di legge e una regolamentazione vincolante delle modalità di gara.

**143.** Si evidenzia inoltre che, nell'ambito delle varie gare indette dalla pubblica amministrazione, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalle singole amministrazioni nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che le medesime seguono nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti.

**144.** Sicché si rileva come la domanda della fornitura del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto da parte di Enti Pubblici, da un lato possiede alcune caratteristiche generali comuni (di cui ai precedenti punti a), b) e c)), dall'altro, nel suo concreto realizzarsi, può presentare differenze quanto a modalità di esperimento delle gare e condizioni di partecipazione stabilite dai relativi bandi. Tali differenze, peraltro, appaiono corrispondere alla specificità della domanda espressa dalle diverse amministrazioni. Si pensi, ad esempio, alle sole differenze per quantità e valore della fornitura che possono riscontrarsi tra la domanda espressa da singole amministrazioni locali e da un insieme complesso di amministrazioni centrali.

Ciò vale a maggior ragione nel caso in cui la gara sia bandita da un soggetto quale la Consip che esprime, mediante l'acquisto centralizzato, la domanda complessiva di numerose amministrazioni sia centrali che locali.

**145.** In quanto segue si considerano, pertanto, le peculiarità della sola gara Consip come idonee a individuare inequivocabilmente un mercato rilevante distinto.

In primo luogo, come già osservato, in occasione della gara Consip si realizza per la prima volta il coordinamento degli acquisti del servizio sostitutivo di mensa dell'intera Pubblica Amministrazione, con ciò rendendo possibile l'acquisizione automatica del servizio da parte di singole amministrazioni locali e centrali alle condizioni unitariamente stabilite, eliminando ulteriori occasioni di confronto concorrenziale nell'ambito di altre gare. Ciò ha implicato l'indizione di una gara avente ad oggetto una fornitura di ragguardevole dimensione (418.330.088,26 euro) ben superiore alle dimensioni delle precedenti gare del comparto Ministeri.

**146.** Le particolari caratteristiche dimensionali della gara spiegano la previsione da parte dell'amministrazione di alcuni requisiti che di fatto hanno selezionato tra le imprese operanti nel settore quelle caratterizzate da maggiori dimensioni.

Valga in primo luogo ricordare che la partecipazione alla gara per ciascun lotto era subordinata all'aver realizzato in almeno uno degli esercizi del precedente triennio un fatturato non inferiore a 20 miliardi di lire (pari a 10.329.137,98 euro)<sup>81</sup>.

Del resto l'ammontare particolarmente significativo della fornitura di buoni pasto previsto nel bando richiedeva, evidentemente, una notevole "capacità" di offerta del servizio da parte delle imprese già di per sé idonee a operare una prima scrematura a favore delle imprese di maggiore dimensione.

**147.** A ciò si aggiunga che il bando prevedeva che il punteggio tecnico potesse essere raggiunto anche in considerazione delle convenzioni stipulate dalle imprese con gli esercizi nei tre mesi precedenti la presentazione delle offerte. Il che rappresentava un ulteriore elemento a favore delle imprese con maggiore possibilità di investire in tempi brevi in una massiccia attività di ampliamento della propria rete di convenzioni.

**148.** La stessa Gemeaz, impresa leader nel settore ha osservato, commentando le caratteristiche del bando di gara Consip che: "[...] Non si può parlare di oligopolio quando è lo stesso bando di gara a limitare l'entrata delle imprese minori"; con ciò intendendo che il contesto competitivo determinato dalle sole caratteristiche del bando corrisponde ad un assetto diverso da quello che si sarebbe naturalmente determinato ed evidentemente confermando che nel caso di specie la gara definisce un distinto mercato rilevante.

**149.** Sulla base delle precedenti considerazioni risulta evidente che la scelta di un acquirente centralizzato, rappresentante di una significativa quota di domanda della pubblica amministrazione, e la conseguente scelta di includere nel bando di gara requisiti che delimitano la possibilità di partecipazione alle imprese di maggiore dimensione, conducono a circoscrivere il mercato rilevante alla sola gara Consip.

**150.** In ultimo le parti sostengono che l'attività delle società emittitrici di buoni pasto dovrebbe essere circoscritta alla mera attività di intermediazione tra il cliente ed i ristoratori e che i ricavi caratteristici di tale attività

---

<sup>80</sup> [Cfr. al riguardo quanto affermato dal Prov. I193-Assicurazioni Rischi Comune di Milano e dalla relativa sentenza n. 1191/2001 del Consiglio di Stato.]

<sup>81</sup> [Tale requisito diventa meno stringente nel caso di partecipazione in ATI dove, comunque, si richiede ad almeno uno dei partecipanti all'ATI di soddisfare il 60% dei requisiti minimi di fatturato.]

risulterebbero dalla differenza tra una “*commissione attiva*” rappresentata dallo sconto ottenuto dai ristoratori e una “*commissione passiva*” rappresentata dallo sconto concesso ai clienti<sup>82</sup>.

In realtà, tale definizione sembra non tenere conto del fatto che il *core business* delle imprese emittitrici di buoni pasto consiste nell’offerta del servizio sostitutivo di mensa: le società emittitrici offrono ai dipendenti delle amministrazioni e aziende clienti *a)* una rete di esercenti da essi selezionati, sulla base delle loro caratteristiche di prezzo e di qualità; *b)* la disponibilità di pasti presso tali punti di ristorazione. Il controvalore richiesto dalle società emittitrici, indicato nei bilanci delle imprese come “valore della produzione”, rispecchia proprio il contenuto dell’intero servizio, articolato nelle fasi sub *a)* e *b)* sopra descritte e non già la mera differenza tra commissioni attive e commissioni passive.

La circostanza che le imprese emittitrici operano alla stregua di veri e propri fornitori di un servizio “finale” è peraltro confermata dal fatto che esse possono beneficiare dello scorporo dell’IVA inclusa nel prezzo che pagano ai ristoratori, loro fornitori del principale input.

### **B) Qualificazione dell’*intesa***

**151.** Dalle risultanze istruttorie è emerso che le società Gemeaz, Sodexho, Ristoservice, Ristomat, Qui!, Ristocheff, Sagifi e La Cascina hanno posto in essere una pratica concordata in violazione dell’articolo 2 della legge n. 287/90, che ha avuto ad oggetto l’alterazione della concorrenza nella fornitura dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni in relazione alla gara bandita dalla Consip attraverso la determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara e, segnatamente, l’individuazione concertata tra tutte le partecipanti all’*intesa* della composizione delle varie ATI, nonché delle imprese destinate a presentarsi singolarmente, la fissazione congiunta dei livelli di sconto nella presentazione delle singole offerte e la ripartizione dei lotti.

Obiettivo comune di tale condotta era di eliminare ogni possibile confronto concorrenziale tra otto delle dieci imprese partecipanti alla gara, determinando congiuntamente un prezzo del servizio superiore a quello che sarebbe prevalso in assenza di concertazione ed assicurando a ciascuna impresa l’aggiudicazione di almeno uno dei lotti o una sua parte, garantendo così sostanzialmente la stabilità delle loro quote, rispetto a quelle detenute a seguito della precedente gara del comparto Ministeri<sup>83</sup>.

**152.** Una pratica concordata, come ripetutamente sottolineato dalla Corte di Giustizia consiste in “*una forma di coordinamento dell’attività delle imprese che, senza essere stata spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza*” (Corte di Giustizia, caso C-48/69 (ICI/Commissione), del 14 luglio 1972, in *Racc.*, 1972, p. 619; *Suiker Unie e a./Commissione*, del 16 dicembre 1975, in *Racc.*, 1975, p. 1465; caso *Züchner* del 14 luglio 1981 in *Racc.* 1981, pag. 2021).

La nozione di pratica concordata elaborata dalla Corte di Giustizia fa riferimento al principio stabilito dalle regole di concorrenza secondo il quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Nell’individuare il contenuto minimo di concertazione, la Corte di Giustizia ha infatti ricompreso tutte quelle condotte che dimostrino che le imprese non si comportano in modo indipendente ed autonomo sul mercato, concertandosi in modo anticoncorrenziale. In particolare, le imprese non devono sostituire ai rischi della concorrenza una cooperazione fra loro mediante “*contatti diretti o indiretti aventi lo scopo di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l’interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato*” (Corte di Giustizia, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie e a./Commissione*, del 16 dicembre 1975, in *Racc.*, 1975, p. 1465). E’ dunque sufficiente che le imprese pongano in essere o aderiscano consapevolmente a meccanismi collusivi che incoraggiano o agevolano il coordinamento del loro comportamento commerciale.

**153.** Quanto alla dimostrazione dell’esistenza di una pratica concordata, essa si può “[...] *desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti*” (Corte di Giustizia, *ICI/Commissione*, cit.). In particolare, la prova di tale alterazione concorrenziale si può desumere sia da documenti, che provino direttamente la concertazione fra i produttori interessati, sia da comportamenti che “[...] *costituiscono un complesso di indizi seri, precisi e concordanti di una previa concertazione*” (Corte di Giustizia, cause riunite C-89/85 e altre, *Ahlstroem Osakeyhtio e altri/Commissione*, sentenza del 31 marzo 1993, in *Racc.* 1993, p. I-1583, punto 70).

**154.** Con riferimento, in particolare, all’individuazione di una pratica concordata riguardante la fornitura di beni e servizi regolata da gare, è necessario verificare l’esistenza di comportamenti anomali o di evidenze documentali che permettano di ritenere che il risultato delle gare stesse non costituisca il frutto di un confronto concorrenziale sul mercato. Il Tribunale di Primo Grado CE ha affermato al riguardo che “*è in contrasto con l’articolo 85, n. 1, del Trattato il fatto che le imprese si concertino sul modo in cui intendono rispondere ad un bando di gara, anche quando*

---

<sup>82</sup> [Valga come esempio l’affermazione di Day, al riguardo, secondo cui la differenza tra le suddette commissioni rappresenterebbe “[...] sotto il profilo sostanziale, il vero e unico corrispettivo del servizio reso...”. Cfr. risposta alla richiesta di informazioni, inviata in data 10 maggio 2002.]

<sup>83</sup> [Si veda la precedente sezione relativa alle risultanze istruttorie con riferimento alla tabella n.5 relativa alle quote detenute dalle imprese sul mercato della gara Consip.]

*esso contiene condizioni poco ragionevoli. Infatti spetta a ciascuna impresa determinare autonomamente cosa ritenga ragionevole e trarne le conseguenze per la propria condotta”* (Sentenza 21 febbraio 1995, causa T-29/92, SPO).

**155.** Nel caso di specie, si ritiene preliminarmente utile svolgere alcune considerazioni sulle caratteristiche strutturali del settore nel quale operano le società fornitrici di buoni pasto, che possono in qualche misura favorire l'esistenza di intese: come risulta dalla tabella 1, il grado di concentrazione è estremamente elevato, in quanto le prime cinque imprese detengono oltre l'80% del totale delle vendite. Tra queste, l'impresa leader detiene circa il 45%, mentre si riscontra una certa omogeneità tra le quote delle altre quattro imprese (Sodexho, Ristoservice, Pellegrini e Ristomat), che variano tra circa il 6% e il 10%.

**156.** Tali caratteristiche strutturali, come è noto, facilitano il coordinamento dei comportamenti, poiché lo scarso numero di imprese a cui fa capo la grandissima parte dell'offerta e la presenza di un'impresa incontestabilmente maggiore accanto ad operatori sostanzialmente simmetrici riducono i costi della concertazione delle condotte di mercato e agevolano l'individuazione di un assetto collusivo, che possa risultare adeguato per tutte le imprese. A queste considerazioni, va aggiunto che le imprese di questo settore, confrontandosi frequentemente in contesti di gara, arrivano agevolmente a detenere informazioni sui reciproci posizionamenti sul mercato. E' altresì noto che lo strumento delle ATI, previsto dal bando di gara nel caso di specie e che non costituisce oggetto di specifica contestazione nell'ambito del presente procedimento, implica di per sé la necessità di incontri e contatti tra le imprese.

**157.** Nel caso di specie, l'esistenza di una pratica concordata posta in essere dalle imprese trova evidenza in copiose risultanze documentali, già diffusamente descritte nella precedente sezione delle risultanze istruttorie<sup>84</sup> e risulta avvalorata da considerazioni concernenti l'assenza di una razionale giustificazione al comportamento delle imprese.

Di seguito, sono esaminate le evidenze documentali relative alla pratica concordata fra Gemeaz, Sodexho, Ristoservice, Ristomat, Qui!, Ristocheff, Sagifi e La Cascina, indicando per ciascuna di esse gli elementi che rilevano ai fini della dimostrazione dell'esistenza della concertazione, ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

#### *Le prove documentali della concertazione*

**158.** Dall'esame dei documenti emerge che le imprese hanno determinato congiuntamente le modalità di partecipazione alla gara Consip. In particolare, l'esistenza di uno scambio di informazioni relativo alle scelte di composizione di ATI (o, alternativamente, di presentazione individuale delle offerte) e all'individuazione dei lotti che ciascuna delle imprese si aggiudicherà, emerge dal documento del 6 novembre 2000 (doc.n.210), redatto dall'amministratore delegato di Ristomat. In tale documento è riportato un prospetto nel quale si rappresentano le condizioni di partecipazione delle otto imprese ai vari lotti posti in gara, che sono quasi del tutto coincidenti con quelle che successivamente si sono realmente verificate (si tratta, nel complesso, dell'individuazione di trenta modalità di partecipazione alla gara). Esempio è il caso della Gemeaz che compare in ATI con la Cascina e con Sagifi proprio nei lotti tre e quattro. Il contenuto di tale prospetto, rappresentando le scelte di comportamento riferibili ad ognuna delle imprese, non è altrimenti spiegabile se non come il frutto di uno scambio reciproco di informazioni sensibili delle stesse, nonché di una elaborazione congiunta di tali informazioni. Si noti, a riprova di ciò, che nel medesimo prospetto, mentre le previsioni attribuite alle otto imprese risultano quasi del tutto coincidenti con le loro future scelte, esse si rivelano imprecise solo in relazione alle modalità di partecipazione di Repas, ovvero dell'unica impresa, tra le due non facenti parte della concertazione, che, in ragione dei limiti di fatturato, non sarebbe stata invitata da Consip a partecipare a tutti i lotti.

**159.** Sono stati inoltre acquisiti documenti dai quali emerge che un sempre più dettagliato scambio di informazioni ha portato, prima della presentazione delle offerte, ad una determinazione congiunta delle esatte modalità di partecipazione (in ATI o singolarmente) alla gara e del livello degli sconti per la presentazione delle singole offerte. Si tratta di prospetti (in parte relativi al solo lotto 1- doc.n.72 -, in parte a tutti i cinque lotti-doc.n.211 -) che dimostrano l'esatta conoscenza degli sconti effettivamente presentati e delle caratteristiche tecniche relativamente a tutti i casi in cui le medesime otto imprese si sono presentate individualmente alla gara. Vale come esempio il caso di Ristoservice per la quale, nel lotto 1, si prevede l'esatto prezzo di 8.920 e l'esatto punteggio tecnico pari a 33,48. Si noti che si tratta, nel complesso, di ventuno offerte, per ciascuna delle quali sono stati condivisi i tre parametri citati (l'offerta di prezzo e i due dati sugli esercizi attivi). Poiché anche tali dati non sono direttamente ricavabili con un tale livello di dettaglio da informazioni pubblicamente disponibili, essi sono necessariamente il frutto di elaborazioni interne rese possibili dalla conoscenza acquisita dai concorrenti delle loro posizioni e della loro decisione di sconto. Sembra quindi logico dedurre che i suddetti prospetti potevano essere realizzati solo con la collaborazione di tutte le imprese negli stessi contemplate e nell'interesse di tutte le imprese e non solo di quelle presso cui i documenti sono stati rinvenuti.

A conferma di ciò si osserva che, anche in questo caso, mentre si riscontra una significativa coincidenza tra i dati previsti per le otto imprese partecipanti all'intesa e quelli effettivamente realizzati, le offerte di Pellegrini e di Repas sono le sole rappresentate con ipotesi ben lontane da quella che sarà la loro configurazione effettiva.

**160.** Oltre a quanto riscontrato in relazione al coordinamento tra le imprese sulla costituzione di ATI e sulla ripartizione dei lotti in gara, nonché sulle scelte di sconti, è emerso, dalla documentazione agli atti, che i rappresentanti di Gemeaz, Ristoservice, Sodexho e Ristomat si sono incontrati anche per concordarsi su altri due elementi

---

<sup>84</sup> [Cfr. la precedente sezione D) relativa alle evidenze documentali.]

fondamentali per la valutazione delle offerte (doc.n.255)<sup>85</sup>. Si tratta delle proposte riferite alla gestione elettronica degli ordinativi di fornitura mediante un sito internet e alla sperimentazione del cosiddetto buono pasto elettronico che rappresentano-come affermato dal rappresentante di una delle imprese-importanti variabili innovative nell'attività del settore<sup>86</sup>. L'intento restrittivo di tale coordinamento emerge dal contenuto del documento n.255, dal quale si evince la volontà di limitare il grado di soddisfacimento delle richieste di innovazione formulate dall'ente appaltante nel bando di gara. Peraltro, in occasione del suddetto incontro, le quattro imprese citate già proponevano di estendere tali decisioni anche alle altre quattro imprese, auspicando *“un riscontro con le restanti parti”*.

**161.** La migliore chiave di lettura dei comportamenti contestati nell'ambito del presente procedimento è offerta dallo stesso direttore generale della Gemeaz nel documento redatto a conclusione della gara (doc. n. 140). In tale documento si legge, tra l'altro: *“[...] dal punto di vista tecnico, in termini di punteggio ottenibile, TR [leggi: Ticket Restaurant o Gemeaz] avrebbe potuto prendere 4 lotti su 5 riducendo la redditività dell'affare e rompendo il MK [leggi: mercato]. Non è certo che oggi, dopo la gara e a seguito del ns. atteggiamento, si possa prevedere la pace, ma sicuramente la redditività è stata assicurata per una buona fetta del MK e si è determinata una barriera, un freno alla folle abitudine di conquistare enti pubblici a suon di sconti negativi [...]”*.

**162.** Da tali affermazioni si evince con chiarezza la scelta del leader del mercato (Gemeaz) di rinunciare al risultato conseguibile con l'offerta di sconti concorrenziali, privilegiando un obiettivo di “pace” raggiungibile solo con la spartizione con le altre sette imprese della commessa. Gemeaz ha infatti scelto di rinunciare all'aggiudicazione di 4 lotti su 5, assicurando, tramite sconti inferiori a quelli concorrenziali, la redditività per una buona parte di concorrenti (*“la redditività è stata assicurata per una buona fetta dl MK”*).

**163.** L'esistenza dei documenti acquisiti nel corso dell'istruttoria, sopra commentati, rende inequivocabile il fatto che le otto imprese, poi risultate aggiudicatrici, abbiano condiviso: a) l'individuazione di uno schema generale di aggiudicazione dei cinque lotti da parte delle cinque ATI che consentisse loro di ripartirsi l'appalto; b) la strategia di partecipazione ai vari lotti secondo la quale tutti avrebbero partecipato a tutti i lotti senza mai però costituire ATI alternative a quella destinata a vincere; c) il prezzo offerto dalle varie imprese quando si fossero presentate individualmente, nonché le caratteristiche tecniche (numero di esercizi attivi nei capoluoghi di provincia e numero di comuni con almeno un esercizio attivo) incluse nelle medesime offerte individuali, informazioni delle quali le ATI avrebbero poi potuto tenere conto al momento di fissare la propria offerta economica.

Vale al riguardo ribadire che l'eshaustività ed il dettaglio delle informazioni condivise dalle otto imprese sull'esito della gara va ben oltre quanto ci si sarebbe potuti attendere in assenza di collusione, pur in un mercato oligopolistico e nell'ambito di una gara, quale quella in esame, idonea a favorire contatti tra concorrenti necessari alla formazione di ATI. Esorbita da questo ambito, sia la predeterminazione degli sconti delle imprese estranee all'ATI sia la predeterminazione delle imprese che parteciperanno in ATI negli altri lotti.

**164.** Le valutazioni sinora svolte in merito alle evidenze documentali non risultano in alcun modo inficiate dalle contestazioni delle parti, di seguito prese in esame<sup>87</sup>.

**165.** In via preliminare, si osserva in primo luogo che ove il contenuto dei documenti redatti dalle imprese denoti un elevato grado di eshaustività e di dettaglio riferiti alle capacità tecniche, alle offerte di sconto e alle modalità di presentazione (singolarmente o in ATI) di ciascuna impresa partecipante, non può ragionevolmente ritenersi che gli stessi siano deducibili né acquisibili dalle altre imprese se non a seguito di una consapevole messa in comune di informazioni che, in un contesto effettivamente concorrenziale, le imprese avrebbero gelosamente custodito.

Lo scambio di informazioni risulta in questi casi spiegazione ben più ragionevole di quanto non possano essere le capacità previsionali dell'autore di un documento.

**166.** Ne consegue che in presenza di un documento che fornisce le suddette informazioni, esso costituisce prova della concertazione tra tutte le imprese.

**167.** Si osservi inoltre che per quanto riguarda l'effettuazione di simulazioni in relazione all'esito della gara, utilizzando quali variabili ipotesi di sconti attribuiti e offerti da ciascuna impresa, tali simulazioni non possono che avvenire, contrariamente a quanto hanno sostenuto le parti, in un momento che precede la presentazione delle offerte. Risulta infatti del tutto illogica da parte delle imprese l'elaborazione di simulazioni nella fase successiva alla consegna delle buste.

**168.** Sebbene si possa comprendere l'interesse delle imprese ad anticipare, nei pochi giorni che intercorrono tra la presentazione delle offerte e l'apertura delle buste, la conoscenza dell'esito della gara, tuttavia, risulta manifestamente irragionevole un comportamento delle parti, nella fase successiva alla presentazione delle offerte, volto a diffondersi ancora in esercizi simulatori caratterizzati dal ricorso a dati e valori che non sono stati effettivamente impiegati nell'elaborazione delle offerte già presentate.

---

<sup>85</sup> [Cfr. doc. n. 255 descritto nella sezione D) delle risultanze istruttorie relativa alle evidenze documentali. Si rammenta che, secondo quanto previsto nel disciplinare del bando di gara, 4 dei 50 punti disponibili per la capacità tecnica vengono infatti assegnati in funzione di tali proposte.]

<sup>86</sup> [In tal senso si è espresso il rappresentante della Ristomat nel corso dell'audizione del 15 ottobre 2001, il quale ha affermato che *“i costi della sperimentazione della extranet e del buono pasto elettronico .... rappresentano una importante variabile innovativa in questa gara.”*]

<sup>87</sup> [Cfr. sezione relativa alle argomentazioni delle parti.]

**169.** Infine, è appena il caso di fare un rilievo, parimenti generale, in ordine ai documenti composti di una molteplicità di simulazioni e prospetti. Pur essendo stati, infatti, tali documenti classificati unitariamente nella fase di acquisizione al fascicolo del presente procedimento, in quanto così raccolti e composti in sede di accertamento ispettivo, è tuttavia necessario far presente che in molti casi non si rinviene un'identità temporale tra dette simulazioni. Pertanto, tra la documentazione acquisita nel caso di specie, ogni foglio di cui ciascun documento si compone può assumere autonoma rilevanza in relazione al contenuto di cui è rappresentazione. Ne consegue che ciascuna di tali simulazioni può richiedere una specifica e autonoma valutazione circa la data di redazione ed il suo contenuto.

Passando poi a quanto sostenuto dalle parti in merito a ciascuna delle evidenze documentali specificatamente prese in considerazione si osserva quanto segue.

*i) Il documento n.210 acquisito presso la società Ristomat*

**170.** In merito al documento 210 che, si ricorda, riporta con un ottimo grado di approssimazione alla realtà le modalità di partecipazione delle imprese alla gara, le parti hanno espresso considerazioni volte a contestare a) il fatto che non siano state prese in considerazione altre simulazioni presenti nel medesimo documento; b) la collocazione temporale nel periodo precedente la presentazione delle offerte; c) il fatto che le simulazioni siano state interpretate come risultato di uno scambio di informazioni piuttosto che come un autonomo esercizio di una sola impresa volto a prevedere i possibili esiti della gara.

**171.** Tali osservazioni non risultano tuttavia in alcun modo fondate. Preliminarmente, come più sopra osservato, nel caso di specie valgono le considerazioni svolte nel paragrafo 168. In primo luogo, infatti, lo stesso amministratore delegato della società, autore del documento in esame, non ha negato la possibilità che tale documento fosse stato redatto prima della presentazione delle offerte, ammettendo implicitamente che a quella data era in possesso di informazioni idonee a formulare scenari quasi del tutto coincidenti con gli effettivi risultati della gara. Peraltro, come precedentemente osservato, si ribadisce che non si ravvisa alcuna razionalità nell'effettuazione di simulazioni, riguardanti le modalità di partecipazione alla gara e l'esito di quest'ultima, successivamente alla presentazione delle offerte.

**172.** Non rileva inoltre lo specifico profilo evidenziato da Sodexho, secondo cui il 6 novembre 2000 mai avrebbe potuto effettuare una siffatta simulazione dato che non era ancora stato emesso, in quella data, il disciplinare di gara. Si osserva, al riguardo, che anche il documento del 2 novembre 2000 redatto dalla stessa Sodexho (doc.n.257) contiene simulazioni che già tengono conto dei criteri che saranno successivamente previsti dal disciplinare di gara, lasciando intendere che, evidentemente, era stato possibile per le imprese conoscere o prevedere tali principi generali con un certo anticipo.

**173.** Non è altresì accoglibile l'interpretazione del documento in esame come il frutto di un'autonoma previsione dell'impresa, visto il livello di dettaglio relativo non solo alla partecipazione di ciascuno dei concorrenti in ATI, ma anche alla loro candidatura per la partecipazione individuale in ogni lotto. Tale dettaglio, infatti, non è in alcun modo compatibile con l'elevato numero di risultati che sarebbe possibile ottenere tenendo conto di tutte le possibili combinazioni di raggruppamenti tra le imprese.

**174.** Per quanto riguarda, infine, l'asserzione della Cascina secondo cui le proprie scelte di partecipazione potevano facilmente essere previste dall'impresa leader, si osserva che vale ad escludere la fondatezza di tale argomento difensivo la lettura congiunta del dettaglio delle informazioni contenute nel documento in esame con le altre evidenze documentali in precedenza valutate, nelle quali sono riportati con pari precisione anche i valori degli sconti offerti, la cui conoscenza da parte dei concorrenti non può invece in alcun modo essere spiegata se non come il frutto di uno scambio di informazioni.

*ii) Il documento acquisito presso la società Ristochef (doc. n. 72) e quello acquisito presso la società Ristomat (doc. n 211)*

**175.** Le parti hanno contestato la rilevanza probatoria anche dei documenti 72 e 211. Si ricorda che tali documenti riportano simulazioni, relative rispettivamente al lotto 1 ed a tutti i lotti, nelle quali il livello degli sconti è individuato con esattezza per tutte le imprese ad eccezione di Pellegrini e Repas; mentre non risultano altrettanto precisi i valori relativi ai parametri tecnici.

**176.** La contestazione delle parti riguarda sia la collocazione temporale dei suddetti documenti in una fase anteriore all'espletamento della gara, sia il fatto che la mancata corrispondenza dei dati alle offerte effettivamente presentate da Pellegrini e Repas dipenderebbe, non già dall'avvenuto scambio di informazioni tra tutte le altre imprese, bensì dalla circostanza che dette società avrebbero consegnato le loro offerte con ritardo e non avrebbero partecipato all'incontro avvenuto fra le altre imprese subito dopo la consegna delle buste.

**177.** In merito ai documenti in questione si richiamano le osservazioni precedentemente svolte in relazione all'assoluta irrazionalità di svolgere simulazioni di tal tipo una volta che le offerte siano state già definitivamente formulate. Né può accogliersi l'ipotesi che tale documento rappresenti un mero "prospetto riepilogativo e progressivo dell'esito della gara [...] sulla base dei dati conosciuti e conoscibili a gara conclusa", in quanto non si comprenderebbe altrimenti la presenza di inesattezze relative ai parametri tecnici attribuiti alle imprese che avrebbero preso parte a tale incontro.

**178.** Del tutto priva di rilevanza risulta essere, inoltre, l'obiezione sollevata da Ristomat, con particolare riferimento al documento n.211, secondo cui la formazione del citato documento in un momento successivo alla presentazione delle offerte si evincerebbe dalla presenza di altri fogli, allegati a quello in esame, che riporterebbero dati di sconto e punteggi finali coincidenti con quelli successivamente offerti da Pellegrini e Repas. In proposito si sottolinea che i diversi fogli di cui ciascun documento si compone non presentano alcun evidente raccordo logico-temporale e, pertanto, la tabella in esame non può che assumere autonoma rilevanza in relazione al suo contenuto, oltre che alla data di redazione.

**179.** Parimenti infondato risulta essere l'argomento addotto da La Cascina secondo cui il documento n.211 sarebbe la prova della sua estraneità all'intesa dal momento che conterrebbe dati errati in relazione ai parametri tecnici della società in sede di partecipazione individuale nel lotto 4. Al riguardo, si osserva che la precisione con cui nei prospetti in esame si individua lo sconto offerto da La Cascina per il lotto 4 è sufficiente a far ritenere che l'impresa abbia partecipato alla concertazione.

**180.** La Cascina ha, inoltre, argomentato, sempre in relazione al documento 211, che lo sconto effettivamente praticato nel lotto 3, in ATI con Gemeaz, pari al 5,22%, sarebbe stato notevolmente superiore alla media ipotizzata per il medesimo lotto nel citato documento, il che, in un contesto di piena informazione sugli sconti praticati dai concorrenti avrebbe determinato un'irrazionale perdita di margine, considerato il meccanismo di valutazione del criterio economico previsto nel bando. In realtà, lo sconto medio ipotizzato per il lotto 3 nel documento 211 è del 5,54%, e dunque lo sconto effettivamente praticato (5,22%), che risulta inferiore, suppur di poco a quello medio, risulta essere inferiore e non superiore a quello medio stimato sulla base delle informazioni disponibili e delle ipotesi sul comportamento di Pellegrini e Repas<sup>88</sup>.

*iii) Il documento acquisito presso la società Sodexho (doc. n. 255)*

**181.** Per quanto riguarda il documento redatto nel corso dell'incontro in cui le imprese hanno discusso su un accordo relativo alla gestione elettronica degli ordinativi di fornitura, le parti hanno sostenuto, nelle loro difese, che il suddetto incontro era volto esclusivamente a verificare la sostenibilità tecnica dell'offerta-coinvolgendo, infatti, i soli esponenti tecnici delle imprese-a vantaggio dell'amministrazione appaltante. E' tuttavia sufficiente la lettura testuale del documento perché emerga che il suddetto accordo era volto non già, come affermato dalle parti, a soddisfare maggiormente le esigenze del cliente in merito a specificità tecniche, bensì ad evitare di sostenere i costosi investimenti che sarebbero necessari per soddisfare le richieste dell'ente appaltante.

*iv) Il documento acquisito presso la società Gemeaz (doc. n. 140)*

**182.** In merito all'obiezione della Gemeaz in relazione all'utilizzo ai fini probatori del documento manoscritto di cui è autore il suo Direttore Generale, si ritiene che tale censura sia priva di rilevanza alla luce del recente orientamento del giudice amministrativo (sentenze n. 1189/2001 del Consiglio di Stato), secondo il quale, ai fini della prova dell'intesa sanzionata, ciò che rileva è la verifica dell'attendibilità dell'appunto e l'idoneità degli stessi a fornire la prova dell'accordo.

Sotto questo profilo, non può disconoscersi efficacia probatoria al documento in esame concernente l'esito della gara, formati dal Direttore Generale ed utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa oggetto di valutazione.

*L'inattendibilità di spiegazioni alternative alla pratica concertata proposte dalle parti*

**183.** Sebbene le evidenze documentali siano già sufficienti a dimostrare l'esistenza della pratica concordata, in ogni caso, in risposta alle argomentazioni delle parti relative alla razionalità economica del loro comportamento, si osserva che esse risultano smentite dalla ricostruzione stessa dei fatti compiuta nel corso dell'istruttoria.

A fronte di elementi documentali rivelatori della concertazione, quali quelli sopra ampiamente esaminati, in base all'orientamento consolidato del giudice comunitario e nazionale, l'onere probatorio in merito alla razionalità dei comportamenti grava in capo alle imprese.

**184.** Le parti hanno sostenuto l'impossibilità di costituire ATI in tutti i lotti a causa dei tempi ristretti e della complessità della gara. Sul punto, si osserva che, per quanto laboriose potessero essere le operazioni per la preparazione delle offerte in ATI (normalizzazione e deduplica degli esercizi convenzionati con più di una delle imprese partecipanti alla medesima ATI), le imprese non erano, in generale, nuove alla partecipazione a procedure concorsuali sotto forma di ATI, con particolare riferimento, peraltro, alla precedente "gara Ministeri", in occasione della quale avevano presentato offerte sotto forma di ATI per tutti i lotti in cui detta gara si articolava. Si osserva, inoltre, che, nei casi in cui si è potuto procedere ad una verifica al riguardo, segnatamente con riferimento alle società Ristoservice, Ristomat e Sodexho<sup>89</sup>, è emerso che il tempo disponibile per le imprese non risulta avere avuto un rilievo determinante al

<sup>88</sup> [Cfr. verbale dell'audizione finale del 23 aprile 2002.]

<sup>89</sup> [Cfr. sezione delle risultanze istruttorie relativa all'attività svolta dalla società Fast Point..]

momento delle scelte relative alle modalità di partecipazione (in ATI o singolarmente). Di talché, scarsa influenza va attribuita alle giustificazioni sopra riportate rispetto alla definizione delle modalità di partecipazione alla gara.

**185.** Le parti hanno inoltre sostenuto che ciascuna impresa avrebbe maggiori preferenze per determinati lotti e che, pertanto, avrebbe concentrato le proprie risorse per partecipare in ATI in questi ultimi. A sua volta, la partecipazione in ATI avrebbe ridotto costi e rischi, permettendo alle imprese di offrire, in tali occasioni, sconti più elevati. Tuttavia, anche le argomentazioni sulle differenze tra i vari lotti non sono confermate da quanto emerso nel corso dell'istruttoria.

In particolare, non trova conferma, ma anzi appare smentita dalle osservazioni esposte da altre parti la tesi, sostenuta da Gemeaz in relazione all'elevato livello di rischio che caratterizzerebbe i lotti 1 e 2 e che, peraltro, la stessa impresa non è stata in grado di quantificare avendo affermato che i suddetti rischi "[...] per la loro oggettiva indeterminata non sono passibili di una precisa quantificazione economica"<sup>90</sup>. Infatti, mentre Gemeaz attribuisce tale elevato livello di rischio a numerosi fattori, quali la sovrastima del valore di tali lotti da parte di Consip, la possibilità di estensione delle condizioni offerte nella gara Consip alle amministrazioni "facoltizzate", nonché la minore incidenza del pubblico impiego statale, altre società minimizzano il rischio di sovrastima del valore dei medesimi lotti in considerazione del fatto che la quota di incidenza delle amministrazioni dello Stato-sulla cui adesione non vi sono incertezze-sul valore dei lotti risulta rappresentare la parte più consistente degli stessi.

**186.** Inoltre, le differenze dei prezzi offerti nei diversi lotti vengono ricondotte dalle parti ai maggiori costi e rischi determinati dalla partecipazione individuale e dalla minore redditività di alcuni lotti. Tuttavia, dalle informazioni inviate dalle parti è emerso che (a) i margini sono sempre correttamente calcolati tenendo conto dei diversi (più o meno elevati) livelli di costo e sono sempre positivi, ma soprattutto (b) che detti margini sono più elevati proprio nei lotti dove le imprese non sono risultate vincitrici. Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto dalle parti, le offerte formulate dalle imprese, meno favorevoli per la pubblica amministrazione, non possono trovare giustificazione nella necessità di coprire costi più elevati, e che le imprese avrebbero potuto offrire maggiori sconti, pur conservando un livello di redditività positivo.

**187.** Nel caso di specie, pertanto, e anche alla luce delle giustificazioni addotte dalle parti, le scelte delle imprese, in assenza di collusione, non risultano spiegabili.

Infatti, per quanto riguarda, in primo luogo, la scelta della modalità di presentazione (singolarmente o in associazione), visti i vantaggi derivanti, ai fini dell'aggiudicazione del lotto, dalla partecipazione in ATI-risultate sistematicamente vincitrici-ci si poteva attendere, contrariamente a quanto verificatosi, che le imprese costituissero in relazione a ciascun lotto più ATI in concorrenza per il raggiungimento dell'obiettivo della aggiudicazione dell'appalto per il singolo lotto.

**188.** Anche analizzando il contenuto delle offerte di sconto presentate singolarmente dalle imprese denunciate, emerge che queste ultime appaiono incompatibili con una reale volontà di aggiudicazione dell'appalto per il relativo lotto. Senza alcuna eccezione, le 21 offerte presentate individualmente per i vari lotti dalle otto società denunciate contengono sconti irrilevanti, che vanno da un minimo dello 0,11% ad un massimo del 2,22%. Simili sconti appaiono assai poco concorrenziali non solo con riferimento agli sconti proposti, per la medesima gara CONSIP, dai due operatori ammessi che non hanno vinto nessun lotto (9,5% e 8%), bensì anche rispetto agli sconti che le medesime imprese hanno proposto per i lotti a cui hanno partecipato in ATI (dal 3,89% al 6,67%).

**189.** Anche le offerte di prezzo presentate dalle ATI, per quanto migliori di quelle prospettate dalle medesime imprese nelle loro offerte individuali, risulterebbero alquanto inadeguate se concepite in un contesto effettivamente concorrenziale, nel quale il livello previsto per gli sconti dei concorrenti poteva probabilmente situarsi tra l'8% ed il 9,5%, analogamente a quanto praticato, ad esempio, da Pellegrini o da Repas. Ciò premesso, le offerte di prezzo delle ATI, che vanno da uno sconto del 3,89% ad uno del 6,67%, sarebbero risultate peggiori della media e, pertanto, considerato il meccanismo di assegnazione del punteggio economico previsto dal bando, sarebbero state maggiormente penalizzate. In tal modo, il basso punteggio che sarebbe stato ottenuto con riguardo al parametro del prezzo avrebbe rischiato di vanificare il vantaggio realizzato con il punteggio tecnico, mettendo in forse l'aggiudicazione della gara. Tutto ciò a tacere del fatto che, qualora si fosse verificata la presenza di offerte presentate da ATI concorrenti, le imprese non avrebbero potuto sfruttare il divario conseguito nel punteggio per il parametro tecnico. Sulla scorta di tali considerazioni, si ritiene che anche il prezzo elevato offerto dalle ATI può spiegarsi solo con la consapevolezza dell'esistenza di un sistema di offerte preconcordato da parte delle otto imprese vincitrici.

**190.** In conclusione, sulla base di quanto sopra esposto ed, in particolare, delle evidenze documentali richiamate, le quali provano l'esistenza di uno scambio di informazioni relativo alla presentazione delle offerte (sconti, individuazione dei soggetti partecipanti alle ATI e ripartizione dei lotti), i comportamenti delle parti, posti in essere in relazione alla gara Consip, risultano frutto di una concertazione e pertanto costituiscono una pratica concordata tra le imprese, inquadrabile nella fattispecie di intesa ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

I principi espressi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di pratica concordata sono riferibili, infatti, non soltanto ai casi di parallelismo di comportamenti sul mercato in senso stretto, quale un allineamento dei

---

<sup>90</sup> [Cfr. risposta alla richiesta di informazioni di Gemeaz del 19 ottobre 2001.]

prezzi, ma più in generale a tutte le situazioni in cui la valutazione sistematica dei comportamenti evidenzia una collusione<sup>91</sup>.

### ***C) Oggetto ed effetti dell'intesa***

**191.** Le risultanze istruttorie hanno permesso di individuare una pratica concordata fra le società Gemeaz, Sodexho, Ristoservice, Ristomat, Qui!, Ristochef, Sagifi e La Cascina, in violazione dell'articolo 2, comma 2, lettere a) e c) della legge n. 287/90. Tale pratica ha avuto quale oggetto ed effetto l'alterazione della concorrenza nella fornitura di servizi sostitutivi di mensa alle pubbliche amministrazioni in relazione alla gara indetta dalla Consip, mediante la determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara, ossia la costituzione o meno di ATI, del prezzo di offerta e della ripartizione dei lotti.

In questa prospettiva, l'esito della alterazione dei meccanismi di gara, che ha visto l'aggiudicazione di almeno uno dei lotti a tutte le imprese partecipanti all'intesa e l'offerta di sconti inferiori a quelli che si sarebbero verificati in un contesto concorrenziale, rappresenta l'attuazione del disegno concertativo, per mezzo del quale le imprese hanno escluso, in modo pressoché totale, qualsiasi possibilità di confronto concorrenziale nella fornitura del servizio sostitutivo di mensa.

**192.** Dall'osservazione dell'assetto del mercato risultante a seguito degli esiti della gara Consip risulta un miglioramento delle quote delle imprese coinvolte, o quantomeno la loro stabilità, rispetto a quelle detenute a seguito dell'aggiudicazione della precedente gara del comparto Ministeri. Più in particolare, si riscontra una sostanziale stabilità delle quote delle due imprese principali-Gemeaz e Sodexho (che detenevano già circa il 32% ed il 20% del mercato)-e una crescita delle società Sagifi, La Cascina, Ristomat e Ristoservice (rispettivamente di 3, 2,9, 4,1 e 4,2 punti percentuali sul totale). Si osserva invece una contenuta riduzione delle quote di Qui! e Ristochef<sup>92</sup>. Nel complesso, queste modifiche delle quote appaiono solo di lieve entità e comunque anche le imprese che registrano una diminuzione (Qui! e Ristochef) appaiono ampiamente compensate dalle differenze tra la gara Consip e quella precedente in termini di valore totale dell'appalto. In effetti, essendo il valore totale della gara Consip molto maggiore di quello della gara precedente, piccole perdite in termini percentuali comportano comunque un notevole accrescimento del valore assoluto del servizio ad esse aggiudicato<sup>93</sup>.

La sostanziale stabilità delle quote della gara Consip rispetto alla precedente aggiudicazione del servizio è spiegabile solo come frutto di un preciso disegno preconcertato se si tiene conto della diversa articolazione geografica dei lotti (cinque nella gara Consip rispetto ai tre della gara del 1996) e soprattutto del fatto che l'attribuzione delle quote nella gara Consip discende anche dalla ripartizione degli utili all'interno di ciascuna ATI aggiudicataria.

**193.** Quanto alla consistenza della fattispecie essa è resa immediatamente evidente dalla circostanza che l'intesa riguarda otto delle dieci imprese che hanno partecipato alla gara le quali, peraltro, costituiscono nel loro complesso la quasi totalità dei principali operatori del settore.

### ***D) La gravità e durata dell'infrazione***

**194.** Secondo la giurisprudenza comunitaria, la gravità dell'infrazione deve essere valutata facendo riferimento, in particolare, alla natura della restrizione della concorrenza, al numero e alla dimensione delle imprese coinvolte, alla quota controllata da ciascuna di esse all'interno del mercato e alla situazione del mercato all'interno del quale è stata commessa la violazione (Corte di Giustizia, causa C-45/69, *Boehringer*, sentenza del 15 luglio 1970, in Racc. 1970, p.769; ripresa e precisata nelle cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, sentenza del 7 giugno 1983, in Racc. 1983, p.1825; e nella causa C-322/81, *Michelin*, sentenza del 9 novembre 1983, in Racc. 1983, p.3461).

**195.** La pratica concordata posta in essere dalle società Gemeaz, Sodexho, Ristoservice, Ristomat, Qui!, Ristochef, Sagifi e La Cascina, costituisce un'intesa di natura orizzontale che ha inciso sulle più importanti variabili concorrenziali, costituite dalle condizioni di prezzo e delle quantità offerte. Tale intesa ha avuto quale conseguenza, da un lato, di ripartire il mercato in modo da garantire a ciascuna delle imprese partecipanti all'intesa l'aggiudicazione di almeno uno dei lotti o di una sua parte, consentendo di mantenere sostanzialmente stabili le quote di mercato detenute da ciascuna impresa, dall'altro, di fissare il prezzo di vendita del servizio ad un livello più elevato di quello che si sarebbe determinato in assenza della concertazione, arrecando un significativo pregiudizio ai soggetti acquirenti, in termini di maggiori costi sopportati per l'acquisto delle forniture di buoni pasto appaltate.

**196.** Con particolare riguardo alla fissazione congiunta degli sconti, si osserva che tale alterazione della procedura concorsuale ha impedito alla stazione appaltante e, di conseguenza, alle singole amministrazioni di fruire

---

<sup>91</sup> [In tal senso, cfr. sentenza Consiglio di Stato del 23 aprile 2002 n. 2199-RcAuto.]

<sup>92</sup> [Cfr. sezione delle risultanze istruttorie relativa al mercato rilevante.]

<sup>93</sup> [A questo riguardo vale osservare, che come di recente affermato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza (n. 368/82) “[...] una pratica concordata tra le aziende, pur costituendo un ostacolo sostanziale alla concorrenza, non comporta l'assoluta immobilità nella posizione delle stesse anche in ragione dei mutamenti della domanda e nell'offerta di nuovi prodotti, sicché la conclusione dell'Autorità non appare smentita dalla limitata riduzione della quota di mercato della Bracco e nella crescita di altre aziende[...]”.]

dell'offerta che sarebbe risultata economicamente più vantaggiosa in esito ad una gara cui le imprese avessero partecipato in concorrenza tra di loro. A tale proposito, si ricorda che il diritto comunitario e quello nazionale considerano le intese orizzontali di prezzo come una delle restrizioni più gravi alla concorrenza, in quanto impediscono la funzione principale di questa, che è quella di *"far sì che il livello di questi [dei prezzi] resti il più basso possibile"* (Corte di Giustizia, caso C-48/69, *ICI/Commissione*, sentenza del 14 luglio 1972, in Racc. 1972, pag. 619; cfr. altresì Autorità 26 agosto 1991, *Assirevi*, in Boll. 1991/7, p. 6; decisione dell'Autorità del 9 ottobre 1997, *Associazione Vendomusica*, e da ultimo Autorità 25 febbraio 1999, *Byk Gulden Italia/Istituto Gentili*, in Boll. 1999/8, p. 6). Inoltre, secondo la Comunicazione della Commissione 98/C-9/03 *"Orientamenti per il calcolo delle ammende"* (in GUCE 14.1.1998), le *"restrizioni orizzontali, quali cartelli di prezzo"* sono ricomprese tra le infrazioni di per sé molto gravi.

**197.** Ai fini della valutazione della gravità dell'intesa, va altresì considerato che essa ha consentito, tra l'altro, di eliminare il confronto concorrenziale previsto e garantito dagli specifici meccanismi di selezione pubblica che la legge espressamente prescrive come strumento di individuazione dell'offerta migliore<sup>94</sup>. Peraltro, atteso che le offerte di sconto presentate dai due concorrenti non aggiudicatari risultano più vantaggiose in ciascuno dei lotti in gara rispetto alle offerte delle ATI aggiudicatarie in virtù dell'accordo, l'Amministrazione acquirente ha sopportato un aggravio di costi di ingente ammontare rispetto al caso in cui l'aggiudicatario della gara fosse stato individuato in un contesto concorrenziale.

**198.** Anche il numero e l'importanza economica delle società coinvolte costituiscono indici rilevanti di gravità dell'infrazione. L'intesa in esame coinvolge, infatti, come già detto, le principali società operanti in Italia nel settore dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto, che rappresentano la quasi totalità dell'offerta nel mercato rilevante<sup>95</sup>. Si ricorda, peraltro, che, il mercato sul quale è stata posta in essere l'infrazione ha natura oligopolistica ed è caratterizzato da un elevatissimo grado di concentrazione.

**199.** Con riferimento alla durata dell'intesa, le risultanze istruttorie consentono di affermare che la restrizione della concorrenza ha avuto inizio almeno a partire dal novembre 2000 e tuttora permane. Pertanto, in relazione all'infrazione contestata, si ritiene applicabile il nuovo disposto dell'articolo 15, comma 1 della legge n. 287/90 in materia di sanzioni amministrative, come modificato dalla legge n. 57/2001 entrata in vigore in data 4 aprile 2001.

**200.** In relazione alla permanenza dell'infrazione contestata, infatti, la legge n. 287/90, come sottolineato dalla Suprema Corte, individua e considera rilevanti, ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust*, la condotta concertativa e le possibili conseguenze economiche frutto della stessa, nonché *"il complessivo contenuto di comportamenti di mercato in quanto tali"*<sup>96</sup>.

Ciò che rileva, quindi, è *"il fatto della inerenza dei comportamenti ad una distorsione del gioco della concorrenza"*<sup>97</sup>, ivi compresi quei comportamenti che si configurano quale attuazione della concertazione.

**201.** Tale orientamento trova, peraltro, riscontro anche nell'ambito della giurisprudenza comunitaria laddove il giudice comunitario ha ritenuto che la condotta restrittiva della concorrenza si protrae nell'ipotesi in cui il comportamento dei partecipanti all'intesa faccia implicitamente emergere l'esistenza degli elementi di concertazione e di coordinamento propri dell'intesa e pervenga al medesimo risultato voluto dall'intesa<sup>98</sup>.

**202.** Nel caso di specie, la condotta successiva all'aggiudicazione della gara tenuta dalle imprese coinvolte, consistente nell'erogazione delle forniture acquisite mediante l'alterazione della gara stessa, deve ritenersi attuazione della medesima concertazione.

**203.** Ciò che rileva dunque è il permanere delle società nel proprio disegno illecito di alterazione della concorrenza, disegno che, tramite l'esecuzione della convenzione stessa, trova concreta attuazione.

Si osserva che, contrariamente a quanto sostenuto dalle parti, le imprese aderenti alle convenzioni Consip conservano in quanto parti contraenti di detta Convenzione la disponibilità del proprio comportamento consistente nel continuare a fornire il servizio alle condizioni illecitamente individuate.

### ***E) La quantificazione della sanzione***

**204.** In ordine alla quantificazione della sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, oltreché la gravità della violazione, devono essere considerate anche le condizioni economiche e il comportamento delle imprese coinvolte e, in particolare, le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

---

<sup>94</sup> [Le medesime considerazioni sono state svolte dall'Autorità nel provvedimento *Bracco Byk Gulden Italia - Farmades - Nycomed Amersham Sorin - Schering*, caso I337, in Boll.2000/47].

<sup>95</sup> [La rilevanza di tali elementi, sotto il profilo della gravità dell'infrazione ai fini sanzionatori, è stata più volte confermata dal giudice amministrativo [Cfr., da ultimo, il TAR Lazio, I, sent. n. 873/1999 e n. 1459/2000].]

<sup>96</sup> [Si veda, in proposito, Cass. Sez. I, sentenza n.827/99. In senso conforme si è espresso anche il giudice amministrativo: cfr. Cons. St. sentenza n.4118/01: Cons. St. sentenza n.1305/02.]

<sup>97</sup> [Si veda la già citata Sent. Cass. Sez. I n. 827/99.]

<sup>98</sup> [In tal senso, si vedano Corte di Giustizia, causa 96/75, 15 giugno 1976 - *EMI Records*; Tribunale di primo grado, causa T-43/92, 7 luglio 1994 - *Dunlop Slazenger International Limited* e causa T-21/99, 20 marzo 2002 - *Dansk*.]

**205.** Per quanto riguarda la gravità valgono integralmente le considerazioni già sopra esposte. Rileva inoltre al riguardo la omogeneità dei modi con cui tutte le imprese coinvolte hanno partecipato all'intesa.

**206.** Relativamente alle condizioni economiche delle imprese, il bilancio di queste ultime si presenta in attivo in quanto il risultato d'esercizio relativo all'anno 2001 è, per tutte le imprese, positivo.

**207.** Si rileva, infine che le parti non hanno attuato alcuna misura volta all'eliminazione od attenuazione delle conseguenze della violazione.

**208.** L'articolo 15 della legge n. 287/90 come modificato dall'articolo 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57, pone in relazione diretta la sanzione amministrativa pecuniaria con il fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

Nel caso di specie, deve essere preso in considerazione il fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'esercizio 2001 che si riporta nella tabella seguente.

<b>Società</b>	<b>Fatturato bilancio (valore totale della produzione) 2001-euro</b>
Gemeaz Cusin Srl	817.791.319,77
Ristocheff Spa	191.047.730,64
Sodexho Pass Srl	159.645.000,00
Day Ristoservice Srl	148.830.638,12
La Cascina S.c.ar.l.	151.526.848,00
Qui! Ticket Service Spa	103.687.586,96
Ristomat Srl	93.766.513,83
Sagifi Spa	38.130.411,42

**209.** Tenuto conto di quanto sopra esposto, si ritiene congruo stabilire l'entità della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del 2% del fatturato di ciascuna società, come sopra individuato.

Tutto ciò premesso e considerato,

#### DELIBERA

a) che le società Gemeaz Cusin Srl, Sodexho Pass Srl, Day Ristoservice Srl, Ristomat Srl, Qui! Ticket Service Spa, Ristocheff Spa, Sagifi Spa e Cascina Scrl hanno posto in essere, in violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90, un'intesa consistente in una pratica concordata che ha avuto ad oggetto ed effetto l'alterazione della concorrenza nella fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni in relazione alla gara bandita dalla Consip attraverso l'individuazione concertata tra tutte le partecipanti all'intesa della composizione delle varie ATI nonché delle imprese destinate a presentarsi singolarmente, la fissazione congiunta dei livelli di sconto nella presentazione delle singole offerte e la ripartizione dei lotti;

b) che le imprese sopra citate cessino dalla continuazione dell'infrazione, dando comunicazione all'Autorità delle misure adottate per la cessazione dell'infrazione entro 90 giorni dalla notificazione del presente provvedimento;

c) che, in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a) alle società Gemeaz Cusin Srl, Sodexho Pass Srl, Day Ristoservice Srl, Ristomat Srl, Qui! Ticket Service Spa, Ristocheff Spa, Sagifi Spa e Cascina Scrl vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie nella misura indicata nella seguente tabella:

<b>Società</b>	<b>Sanzioni (euro)</b>
<i>Gemeaz Cusin Srl</i>	16.355.826,40
<i>Ristocheff Spa</i>	3.820.954,61
<i>Sodexho Pass Srl</i>	3.192.900,00
<i>Day Ristoservice Srl</i>	2.976.612,76
<i>La Cascina S.c.ar.l.</i>	3.030.536,96
<i>Qui! Ticket Service Spa</i>	2.073.751,74
<i>Ristomat Srl</i>	1.875.330,28
<i>Sagifi Spa</i>	762.608,23

Le sanzioni amministrative pecuniarie devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane Spa, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad 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.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE  
*Rita Ciccone*

IL PRESIDENTE  
*Giuseppe Tesauro*

\* \* \*