

Pubblicato il 06/10/2020

**N. 05898/2020REG.PROV.COLL.**  
**N. 01130/2019 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1130 del 2019, proposto da  
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale  
dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*contro*

Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A., in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca  
Raffaello Perfetti, Claudio Tesauro e Sara Lembo, con domicilio digitale come  
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio  
Tesauro in Roma, via Vittoria Colonna, n. 39;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n.  
11003/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Terracciano, Tesauro, Olivieri, Galbiati, Palatucci, Siragusa, Di Via, Rizza e l'avvocato dello Stato Giacomo Aiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1 – Ernst&Young Financial Business Advisors s.p.a. ha impugnato il provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), a conclusione del procedimento istruttorio I796, ha ritenuto che la società KPMG s.p.a. (KPMG), KPMG Advisory s.p.a. (KPMGA), Deloitte Consulting s.r.l. (Deloitte), Deloitte & Touche S.p.a. (D&T), Ernst & Young s.p.a. (EY o E&Y), Ernst&Young Financial Business Advisors s.p.a. (EYFBA), PricewaterhouseCoopers s.p.a. (PWC), PricewaterhouseCoopers Advisory s.p.a. (PCWA) avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara bandita dalla Consip S.p.A. ("Consip") per l'affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e "audit" dei programmi cofinanziati dall'Unione europea (gara "AdA") attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti relativi.

2 – La gara Consip AdA era suddivisa in 9 lotti (7 lotti geografici e 2 lotti dedicati alle amministrazioni centrali) e aveva un importo totale della base d'asta pari a €66.543.720.

Il criterio di aggiudicazione adottato era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il punteggio massimo associato all'offerta tecnica era di 70 punti, mentre il punteggio massimo conseguibile tramite l'offerta economica ammontava a 30

punti. Le macro-voci di valutazione dell'offerta tecnica erano 3 (la proposta di contesto, quella progettuale e quella organizzativa) e all'interno di ciascuna macro-voce era considerato un ampio numero di criteri tecnici, a ciascuno dei quali era attribuito un punteggio compreso tra 1 e 7.

Il punteggio dell'offerta economica dipendeva invece dall'entità dei ribassi offerti dai partecipanti sull'importo a base d'asta delle tariffe giornaliere previste per ciascuna figura professionale (manager, consulente senior, consulente junior). Per ciascuna di tali voci di prezzo, gli sconti offerti venivano convertiti in un punteggio economico per mezzo di una formula matematica. La suddetta formula era tale per cui il punteggio economico generato dipendeva anche dallo sconto medio e dallo sconto massimo offerto per le voci di prezzo in esame. Il punteggio economico di ciascuna offerta veniva determinato tramite una formula matematica che, per sua struttura, al ridursi del livello del ribasso medio calcolato per il totale dei concorrenti, riduceva il vantaggio ottenibile sugli altri partecipanti (in termini di punteggio per la graduatoria) tramite uno sconto particolarmente accentuato. In altri termini, quando il ribasso medio si riduceva, formulare un ribasso più aggressivo del proprio concorrente diventava via via meno determinante per l'aggiudicazione del lotto.

Alla luce di tale meccanismo, si poteva verificare che, in presenza di una media contenuta dei ribassi presentati in gara, un'impresa che concorreva alla aggiudicazione del lotto, forte di un elevato punteggio tecnico, avrebbe potuto avvantaggiarsi rispetto a rivali che puntavano invece maggiormente sulla aggressività delle offerte economiche.

3 - Alla data prevista per la presentazione delle offerte (21 maggio 2015) pervenivano offerte da parte di 9 operatori.

Le imprese coinvolte nel procedimento dinnanzi all'AGCM sono risultate vincitrici (prime in graduatoria) per 5 lotti su 9. In particolare: RTI Deloitte & Touche S.p.A. – Meridiana Italia S.r.l. per 2 lotti, KPMG S.p.A. per altri 2 e Reconta Ernst&Young S.p.A. 1 lotto.

Secondo l’Autorità, sarebbe emerso che le parti, coordinandosi a livello di “network”, avevano presentato delle offerte economiche differenziate per i vari lotti in gara, secondo uno schema comune che appariva indicativo di dinamiche concertative, dato che, pur presentando sostanzialmente sempre un’offerta tecnica equivalente tra i diversi lotti, avevano dato luogo, in alcuni, a offerte economiche con ribassi tra il 30 e il 35%, mentre in altri le offerte erano risultate decisamente inferiori (con ribassi del 10-15% circa).

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

4 – La società ricorrente ha impugnato il provvedimento deducendone l’illegittimità, in quanto dalle evidenze istruttorie del procedimento non sarebbe emerso alcun elemento dal quale fosse possibile desumere che avesse posto in essere un’intesa avente per oggetto la ripartizione dei lotti nella gara indetta da Consip, né l’Autorità avrebbe dimostrato in alcun modo che la società avesse posto in essere un disegno collusivo segreto con le altre società al fine di spartirsi i lotti posti a gara.

5 – Il T.A.R. per il Lazio, con la sentenza n. 11003/2018, ha accolto il ricorso annullando il provvedimento impugnato nella parte in cui sanzionava la società ricorrente, ritenendo non imputabile la condotta accertata alla società Ernst&Young Financial Business Advisors s.p.a., in quanto, *“l’Autorità avrebbe troppo empiricamente applicato il concetto di unica entità economica ai “network” presi in considerazione, ricorrendo, peraltro, non alla condanna diretta delle due società (KPMG e KPMG Advisory) ma alla responsabilità solidale”*.

6 – Tale pronuncia è stata impugnata dall’Autorità.

Si è costituita in giudizio la società originariamente ricorrente, riproponendo i motivi di ricorso non esaminati dal T.A.R.

All’udienza del 17 settembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1 – Con l'appello, l'Autorità deduce la contraddittorietà, l'errore di fatto e di diritto nella valutazione della partecipazione di Ernst&Young Financial Business Advisors s.p.a., all'intesa.

Il Giudice di primo grado ha analizzato la questione mettendo in luce i seguenti elementi:

- a) l'AGCM ha applicato il vincolo "solidale" e non ha condannato direttamente la ricorrente, per cui deve ritenersi che si sia avvalsa del punto 32 delle Linee Guida - secondo cui: *"Nel caso in cui all'infrazione abbiano preso parte più società appartenenti al medesimo gruppo, l'Autorità può irrogare la sanzione in solido a tali società"* – nonostante, tra le società condannate solidalmente, non siano in alcun modo ravvisabili gli estremi per configurare un gruppo societario alla stregua dei relativi criteri normativi, così come interpretati dalla giurisprudenza;
- b) il provvedimento non delinea gli estremi di un rapporto di "direzione e coordinamento" tra le due società;
- c) anche facendo riferimento al concetto eurounitario di unità economica, non risulta dimostrato un controllo esercitabile dalla capogruppo sulle altre società o un concreto esercizio su di esse di una influenza determinante tale da rendere, ai fini anticoncorrenziali, sia la società "madre" che le controllate, un "unico centro di imputazione effettivo" dell'attività del gruppo;
- d) non risulta che gli organi a cui è demandato l'effettivo potere decisionale delle rispettive società abbiano concordato la strategia di gara, potendo rientrare l'attività di collaborazione nella presentazione dell'offerta in una normale attività di condivisione di strumenti e personale a fini meramente organizzativi e amministrativi.

2 – L'appello dell'Autorità è fondato per le ragioni di seguito esposte.

Gli argomenti del T.A.R., seppur astrattamente condivisibili, trascurano di considerare la vicenda nella sua globalità, circoscrivendo indebitamente la

condotta della società ricorrente al solo segmento della gara, alla quale pacificamente non ha partecipato.

Invero, nella prospettazione dell'Autorità, EYFBA è stata considerata responsabile dell'infrazione in forza della sua diretta partecipazione alla stessa, per la definizione della strategia di gara, e non quale capogruppo o parte di un gruppo economico unitariamente inteso.

Secondo la giurisprudenza costante la valutazione dei comportamenti dell'impresa dev'essere compiuta tenendo conto del quadro complessivo attraverso il quale viene delineata la strategia collusiva, articolata in una pluralità di condotte che concorrono a delineare le finalità "ripartitorie" delle parti dell'intesa (*cf.* Consiglio di Stato, sentenza 30 giugno 2016, n. 2947 e sentenza 11 luglio 2016, n. 3047).

In materia di intese restrittive della concorrenza, i singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) "*possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione; in tale situazione i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario qualificabile come intesa restrittiva della libertà di concorrenza o abuso di posizione dominante; in tale ipotesi, è sufficiente che l'Autorità garante tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione concorrenziale*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2012, n. 1192).

2.1 - Nel caso di specie, l'Autorità ha correttamente ascritto anche alla società appellata la responsabilità dell'intesa in considerazione del fatto che le evidenze raccolte dimostrano che l'impresa aveva avuto la possibilità di comprendere e seguire consapevolmente la strategia spartitoria perseguita dal cartello, al quale deve pertanto ritenersi avesse partecipato.

Risultano significative le seguenti circostanze:

a) dagli elementi in atti emerge che ciascun network è composto da società identificate dallo stesso marchio, che condividono risorse professionali e

strutturali (quali sedi e risorse informative) ed adottano unitarie strategie di comunicazione, presentandosi al mercato quale unico soggetto (ad esempio, utilizzano il medesimo sito internet, quale strumento per promuovere l'intera gamma dei servizi offerti dal network e forniscono i dati relativi alla struttura del network e ai risultati raggiunti per la totalità dei servizi offerti a livello aggregato); la stessa società ha ammesso di condividere gli uffici e diverse funzioni aziendali che svolgono un ruolo chiave da un punto di vista gestionale ed organizzativo (tra queste vi sono: l'ufficio gare, i servizi IT, l'amministrazione, la contabilità, il controllo, la logistica, il marketing, le risorse umane, il Risk Management, l'ufficio legale, l'Antitrust Compliance Manager);

b) tra le aree di coordinamento più rilevanti la stessa EY cita quella relativa alla partecipazione a gare pubbliche, che decide quale dei consorziati presenterà l'offerta. Più precisamente: *“il processo decisionale è gestito internamente dal Government & public sector leader ... (partner di EYFBA)”*, che è incaricato di vigilare sul rispetto dei vincoli normativi del settore “Public” e di individuare, con riferimento a ciascuna gara indetta dalla p.a., quale società del network è la più adatta a partecipare;

c) le società appartenenti ai network, oltre ad essere integrate attraverso la condivisione di uffici e personale, si avvalgono dell'azione delle medesime persone fisiche (formalmente soci di una di essa) che operano per entrambe le entità; in particolare, in Italia, il “network EY” è organizzato sotto forma di consorzio al quale aderiscono tutte le società italiane del network, incluse EY ed EYFBA, e scopo primario del “Consorzio EY” è quello di coordinare l'attività professionale delle singole consorziate definendo “ex ante” gli ambiti di operatività di ciascuna società in base alle specifiche competenze.

E' alla luce di tale contesto che devono essere valutati gli specifici elementi che hanno poi portato all'integrazione dell'illecito sanzionato dall'Autorità.

2.2 - Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice di primo grado (e contrariamente alla prospettazione di cui al secondo motivo di ricorso

riproposto in questa sede dalla società), l'istruttoria ha fatto emergere che la strategia di gara è stata condivisa tra EYFBA e E&Y.

In particolare rilevano:

- a) gli scambi di mail tra EY e EYFBA del 19 marzo 2015 in cui, a fronte della comunicazione della pubblicazione del bando sulla gara AdA, si legge: *“a brevissimo occorre fare una riunione di coordinamento per decidere strategie sui lotti ed alleanze. Organizzzi tu?”*;
- b) uno scambio di e-mail del 13 maggio 2015 tra EY e EYFBA in cui si legge: *“nessun riscontro abbiamo ricevuto in merito agli esiti della programmata riunione (a Roma ipotizzata per il venerdì successivo alla call 24 aprile) per prendere una decisione business sul tema alla luce di quanto discusso nella call suindicata”*;
- c) la mail del 29 ottobre 2014, in cui un socio di EY scrive ad un socio di EYFBA: *“in sede Assirevi ho incontrato le altre 3 big four con i quali abbiamo condiviso di incontrarci appena abbiamo maggiori indicazioni riguardo alla gara”*;
- d) la mail con cui EY comunica i risultati della gara AdA *“abbiamo vinto il lotto 7 (Sicilia e Calabria)”* ed EYFBA risponde: *“Ma cos'è successo? ... Ti chiamo doman?”*.

Non può essere oltremodo enfatizzata la mancata partecipazione della società appellata alla gara AdA, proprio in ragione del fatto che la stessa è avvenuta in modo coordinato, decidendo, a livello di network, quale società fosse maggiormente adatta a fornire il servizio richiesto anche in relazione alla partecipazione alla successiva gara Consip AdG-AdC, avente ad oggetto i servizi di consulenza.

In alte parole, appare assolutamente plausibile che la mancata partecipazione alla gara della società appellata risponda proprio alla logica di network che ha guidato le due società, anche in considerazione della futura partecipazione alla gara AdG/ADC.

Era invero interesse delle imprese – ed a tale scopo sono state orientate le loro condotte - trovare una strategia globale per la partecipazione alle gare, tenuto anche conto del fatto che il soggetto che si fosse aggiudicato uno o più

dei lotti regionali (da 1 a 7) della Gara Consip AdA non avrebbe potuto aggiudicarsi i medesimi lotti territoriali della successiva gara Consip AdG-AdC.

In tale contesto emerge immediatamente l'interesse di network (ovvero delle due società unitariamente intese) da intendersi riferito alla possibilità di trarre vantaggio dalle procedure di gara indette da Consip, di cui la spartizione dei lotti per la gara AdA non è che un tassello. Ne consegue che l'intesa accertata dall'Autorità risulta imputabile anche a EYFBA, atteso che anche quest'ultima ha preso parte, insieme alla "consorella", alla strategia collusiva che ha determinato la ripartizione dei lotti della gara Consip AdA tenendo conto delle rispettive competenze e dei vari interessi in gioco.

3 - Alla luce delle considerazioni che precedono, deve concludersi che entrambe le società, singolarmente considerate, hanno partecipato all'illecito, risultando di conseguenza attenuati, se non del tutto irrilevanti, i rilievi circa il concetto di gruppo di cui al punto 32 delle Linee Guida, ovvero di "unità economica" così come delineata dalla giurisprudenza europea.

In ogni caso, deve ribadirsi che il comportamento di più imprese può rientrare nella definizione elaborata dalle corti nazionali ed europee (di unica entità economica) qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tali soggetti non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (Corte di Giustizia 20 gennaio 2011, *General Química e a./Commissione*, C 90/09; 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C 521/09).

In una situazione del genere, poiché le società fanno parte di una stessa unità economica e formano, pertanto, una sola impresa ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, l'Autorità può emanare una decisione che infligga un'unica ammenda (Corte di Giustizia *Akzo Nobel e a./Commissione*; *General Química e a./Commissione*; *Elf Aquitaine/Commissione*).

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge inoltre chiaramente che può anche essere ritenuta responsabile una società consorella, che pur non detenendo quote nel capitale sociale di quella che ha posto in essere l'infrazione, esercita comunque un'influenza determinante su di essa in virtù dei vincoli economici e giuridici che intercorrono tra loro (Corte di Giustizia 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, Knauf Gips KG c. Commissione europea), fermo restando che le due società consorelle debbano far parte di un'"unica entità economica".

4 - L'accoglimento dell'appello principale impone la necessità di esaminare le censure riproposte dalla società e non esaminate dal T.A.R.

A tal fine, EYFBA ripropone il secondo motivo di ricorso, affermando l'assenza di contatti qualificati che coinvolgono EYFBA nella presunta intesa.

4.1 – Con il terzo motivo di ricorso riproposto dalla società, si lamenta che, al fine di confermare la propria ipotesi accusatoria, l'Autorità avrebbe dovuto analizzare in dettaglio le dinamiche del mercato di riferimento e i meccanismi di funzionamento della Gara AdA e, alla luce di ciò, avrebbe poi dovuto effettuare una rigorosa analisi economica delle condotte delle Società di Revisione al fine di verificare se le stesse si potessero spiegare solamente con una strategia collusiva e non fosse invece possibile alcuna ipotesi alternativa.

4.2 – Con il quarto motivo di ricorso, si lamenta che l'AGCM avrebbe omesso di esaminare le giustificazioni fornite dalle società nel corso del procedimento per illustrare la razionalità economica della propria condotta, così incorrendo in una grave carenza di istruttoria.

5 - Prima di esaminare compiutamente il merito di tali censure giova ricordare i principi – specie sotto il profilo probatorio - alla luce dei quali dovranno essere valutate.

Quanto all'intensità dell'onere probatorio, l'intesa restrittiva vietata può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata", nel cui ambito ben possono essere astrattamente ricondotti i comportamenti imputati alle società nel caso di specie.

Tale ultimo concetto viene generalmente descritto come una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza che non richiede, come l'accordo, una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano, tanto è vero che il coordinamento può essere raggiunto attraverso un mero contatto diretto o indiretto fra le imprese (*cf.* Corte Giustizia, causa 48/69).

E' utile ricordare che le pratiche concordate emergono, come concetto del diritto antitrust, in qualità di prove indirette indicative dell'esistenza di un accordo, rappresentando dunque non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata, indicativa dell'esistenza di una concertazione tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato.

Come è già stato messo in luce dalla giurisprudenza, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Devono, dunque, ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Anche secondo la giurisprudenza comunitaria "accordi" e "pratiche concordate" sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (*cf.* Corte Giustizia, 5 dicembre 2013, C-449/11), corrispondendo, in

particolare, le “pratiche concordate” a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

5.1 – Più nel dettaglio, il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l’unica spiegazione plausibile. È infatti importante tener presente che l’art. 101 del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti. Di conseguenza, nella fattispecie è necessario accertare se il parallelismo di comportamenti non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell’entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione. La stessa Corte di Giustizia, in applicazione del menzionato criterio, ha avuto modo di concludere nel senso che *“se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l’unica plausibile...il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione”* (cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C- 23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85).

5.2 - Le condotte delle singole imprese devono essere invero inquadrare nel contesto complessivo della concertazione e considerate come *“tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza”* (ex multis, Consiglio di Stato, 2 luglio 2018, n. 4010). In linea con l’orientamento giurisprudenziale, deve pertanto essere respinto il tentativo delle ricorrenti di frazionare e segmentare la struttura argomentativa del provvedimento, al fine di svilire la valutazione complessiva del quadro probatorio.

6 – In applicazione al caso di specie delle coordinate ermeneutiche innanzi delineate, le censure dell’appellante, che, stante la loro connessione possono essere esaminate congiuntamente, non devono trovare accoglimento.

6.1 – Conviene iniziare l'analisi dall'aspetto relativo alle modalità (la pratica concordata) attraverso la quale è stato ottenuto l'effetto anticoncorrenziale, tenendo presente che l'effettiva realizzazione dello stesso ben può considerarsi un primo indice significativo circa la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale.

Secondo l'impianto accusatorio, le imprese hanno evitato di competere in occasione della gara, presentando ognuna sconti più elevati nei lotti "assegnati", senza mai sovrapporsi e, con riferimento ai lotti di interesse delle altre parti, non presentando offerta o presentando offerte di appoggio del tutto inidonee a vincere il lotto.

Tale condotta emerge chiaramente dall'osservazione delle offerte economiche presentate nella gara Consip AdA dalle parti; offerte che presentavano delle anomalie intrinseche da indurre la stessa stazione appaltante a rilevarle tempestivamente. Infatti, le offerte delle parti, pur avendo ciascuna partecipato a diversi lotti, sono state concertate ed articolate in modo tale che gli sconti più consistenti presentati da ciascuna di esse - compresi per tutte tra il 30% e il 32,3% - non si sovrapponevano mai, e questo in relazione a ben nove lotti in cui era scomposta la gara.

L'intesa si è spinta fino a concertare il livello degli sconti: tutte le offerte delle parti si sono posizionate intorno a due valori pivotali (30-32 e 10-15), con ciò costituendo un lampante ed evidentissimo profilo di anomalia.

Di fatto: l'intesa ha potuto trovare attuazione, avendo influenzato gli esiti della procedura con riguardo a tutti i 9 lotti. Se, infatti, le strategie partecipative di tutti i soggetti coinvolti nell'intesa fossero state assunte autonomamente e, dunque, guidate da logiche di confronto competitivo, si sarebbe assistito a risultati differenti.

7 - Deve evidenziarsi che, nel caso di specie, sussistono palesi riscontri oggettivi dell'intento perseguito dalle parti, tali da escludere la necessità di ricorrere a presunzioni, di cui, secondo l'appellante, sarebbe onere dell'Autorità dimostrare l'attendibilità.

Infatti, qualora sussistano ragionevoli indizi esogeni di una pratica concordata anticoncorrenziale, incombe alle imprese “*l’onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti?*” (Consiglio di Stato, 4.9.2015, n. 4123; id., 13.5.2011, n. 2925; Trib. UE, 2.4.2013, causa T-442/08, CISAC/Commissione), sempre che la prova della concertazione offerta dall’AGCM rispetti il principio di “congruenza narrativa”, “*in virtù del quale l’ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l’unica a dare un senso accettabile alla ‘storia’ che si propone per la ricostruzione della intesa illecita [...] o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente*” (Consiglio di Stato, 18.5.2015, n. 2514; 25.3.2009, n. 1794; 20.2.2008, n. 594).

7.1 - Nel caso di specie, il coordinamento contestato è stato provato, innanzitutto, dai diversi documenti agli atti dai quali emerge che i quattro network, in vista dello svolgimento della procedura, hanno deciso di incontrarsi tra di loro per “aprire un tavolo” e “condividere un’azione”.

È eloquente la mail del 29 ottobre 2014, in cui, a seguito all’invito di Deloitte Consulting a promuovere un incontro tra le big four sulla gara AdA, EYFBA scrive a EY: “*Oggi mi ha chiamato Deloitte per aprire un tavolo sulla gara Audit di Consip. Gli ho detto che saremmo andati insieme*”. In pari data lo stesso socio di Ernst & Young risponde: “*In sede Assirevi ho incontrato le altre 3 big four con i quali abbiamo condiviso di incontrarci appena abbiamo maggiori indicazioni riguardo la gara. Comunque lunedì 3 ho una riunione con loro in via po (ndr la sede di Ernst & Young è a via Po). Fammi sapere come vogliamo muoverci, considera che Deloitte è quella che ha la quota di mercato minore. KPMG mi ha fatto sapere che appena esce il bando prima vogliono condividere una azione con noi e poi con gli altri?*”.

E’ altresì significativa la corrispondenza intercorsa tra i soci di PWC Advisory che il 29 ottobre 2014, si scrivono: “*con deloitte ey e kpmg abbiamo concordato un incontro per parlare della prossima gara Consip sulle AdA nelle date proposte di seguito, mi fai sapere quando puoi*» ... «*per me ok 12 e 17 [novembre n.d.r.] ciao*”.

Le evidenze acquisite durante il procedimento hanno inoltre fatto emergere che le imprese hanno condiviso le risposte fornite a Consip rispetto alle consultazioni sulla gara AdA.

Dagli elementi istruttori acquisiti dall'Autorità risulta infatti che le parti si sono nuovamente incontrate il 10 dicembre 2014, scambiandosi informazioni sui precedenti contratti.

Al riguardo, assume una particolare valenza lo scambio di e-mail intitolato *"Incontro fondi eu"* del dicembre 2014, rinvenuto presso la sede di PWC Advisory. Si tratta di uno scambio di e-mail interno nel quale un socio di PWC Advisory inoltra ad un altro una e-mail contenente la richiesta di un socio di Deloitte Consulting, inviata anche ad alcuni soci di EY FBA, Ernst & Young, KPMG, KPMG Advisory, Deloitte & Touche per fissare un incontro presso la sede di Deloitte Consulting il 10 dicembre 2014.

In relazione a tale incontro, si legge: *"mi fai avere i dati che dovevamo portare sui nostri contratti?"* A fronte di tale esplicita richiesta, il socio di PWC Advisory risponde: *"ok, ns unico dato contratto MIUR"*.

Successivamente, il giorno 10 dicembre 2014 il socio di PWC Advisory scrive: *"ti sintetizzo i dati del contratto MIUR: Incarico: MIUR, supporto AdA base asta: 2 milioni importo contratto: 1.415.000 (gg/uomo) + 225.000 (spese varie), totale 1.640.000 quinto obbligo: 328.000 (gg/uomo) Totale: 1.743.000 (gg/uomo) + 225.000 (spese varie), totale 1.968.000 Durata: 1 giugno 2013 - 31 dicembre 2015 (32 mesi) Inoltre ti riepilogo la situazione dei competitors sui diversi territori"*. Alla mail è allegata una tabella che riporta le gare precedenti su base regionale e i relativi aggiudicatari.

Sempre in pari data, il socio di PWC Advisory specifica all'altro le altre competenze relative ai lotti centrali diversi dalle regioni: *"Igrue, KPMG, MLPS, KPMG, MIUR, PWC, MIT, KPMG, Min. Interno, all'inizio E&Y ha assistito AdA e poi non c'è più stata gara"*. L'altro socio, il giorno seguente, risponde: *"l'incontro è andato bene se sei in ufficio nel pomeriggio ti aggiorno"*.

Anche se il bando all'epoca non era stato ancora pubblicato, tali emergenze oggettive provano l'intento delle parti di coordinarsi per la "prossima gara Consip sulle AdA", di cui era evidentemente nota la prossima indizione.

Il fatto che le "big four" abbiano condiviso una strategia ripartitoria dei lotti posti in gara trova un ulteriore riscontro nei documenti, acquisiti presso le parti dell'intesa, che verosimilmente danno conto delle simulazioni pre-gara.

In particolare, da un documento acquisito in ispezione presso Ernst&Young e antecedente alla presentazione delle offerte, emerge una chiara ripartizione dei lotti nella gara Consip AdA sulla base di due fattori "competenza" e "interesse".

Sul punto appare condivisibile l'assunto secondo cui non risulta plausibile che EY potesse conoscere a quali lotti erano interessati i competitor, senza che ciò fosse frutto di un confronto sulle modalità di partecipazione alla gara.

7.2 - Tra i significativi elementi di prova vanno annoverati anche i commenti post gara dai quali emerge lo sconcerto delle parti dell'intesa con riferimento ai risultati di PWC e EY che, per effetto dello scarso risultato tecnico di EY e delle ottime prestazioni di Lattanzio, hanno visto ridotta la loro quota di mercato.

Depone in tal senso uno scambio di e-mail tra i soci di PWC e PWC Advisory del 27 novembre 2015, inviata a commento degli esiti della gara Consip AdA ed in particolare la comunicazione: *"stamane sono stata con...x commento esiti, lui aveva visto ... (socio di n.d.r.) di Ernst&Young. Esiti davvero spiazzanti, l'equilibrio è stato alterato da Lattanzio.... Abbiamo condiviso strategia, ti aggiorno a voce alla prima occasione"*.

7.3 - Tali inequivoche emergenze documentali provano l'intento anticoncorrenziale sotteso alle scelte delle imprese di differenziare, in modo così ampio, le proprie offerte economiche nei vari lotti di partecipazione.

In altri termini, stante la chiara volontà che emerge da tali riscontri documentali, risultano inconferenti le "spiegazioni alternative" addotte dalle società a giustificazione della propria condotta anomala.

Le ricordate evidenze documentali, il riscontrato comportamento anomalo serbato dalle imprese durante le gare attenzionate dall'Autorità, nonché la circostanza che tale comportamento si è concretizzato in un effettivo pregiudizio alla dinamica concorrenziale, costituiscono di per sé la inequivoca conferma dell'ipotesi accusatoria dell'Autorità, senza la necessità di svolgere ulteriori riscontri quanto alle supposte giustificazioni delle imprese.

8 – Pur dovendosi ritenere esaustive le considerazioni innanzi svolte, deve rilevarsi che, ad ogni buon conto, nel provvedimento impugnato si argomenta compiutamente anche in ordine al fatto che le offerte economiche presentate nella gara Consip AdA dalle parti presentano delle anomalie intrinseche.

In primo luogo, vale quanto già evidenziato, ovvero che le offerte delle parti, pur avendo ciascuna partecipato a diversi lotti, sono state concertate in modo tale che gli sconti più consistenti presentati da ciascuna di esse - compresi per tutte tra il 30% e il 32,3% - non si sovrapponevano mai, e questo in relazione a ben nove lotti.

Non appare infatti plausibile che le quattro principali imprese del settore – potenzialmente in concorrenza tra loro - offrano esattamente lo stesso livello di sconto sia nei lotti in cui hanno interesse (30-32%) sia nei lotti in cui affermano di non averne (10- 15%).

Ulteriore conferma della inspiegabile, se non secondo una logica concertativa, condotta delle imprese si rinviene nella circostanza per cui il meccanismo ripartitorio è stato supportato anche dalla formulazione di “offerte d'appoggio”, che visto il ridotto livello degli sconti, non avrebbero mai potuto consentire l'aggiudicazione del lotto, come del resto erano pienamente consapevoli le stesse imprese (*cf.* le dichiarazioni di Ernst&Young per cui “*con il 10% di sconto era abbastanza remota la possibilità di aggiudicarsi il lotto 4*”).

L'istruttoria procedimentale ha permesso di accertare che le offerte d'appoggio erano necessarie anche in ragione della formula utilizzata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio economico, dal momento che tale meccanismo permetteva, in estrema sintesi, che la società che doveva

aggiudicarsi il lotto avrebbe ottenuto il punteggio economico massimo (nel caso in cui nessun soggetto estraneo al cartello avesse presentato offerta su quel lotto) o un punteggio economico comunque molto vicino al punteggio economico massimo eventualmente attribuito ad un outsider, solo tramite la presentazione di offerte d'appoggio con sconti minimi - che abbassavano la media nella formula.

Ciò che emerge è un inequivoco parallelismo dello schema di offerta adottato dalle big four, che non trova alcuna giustificazione alternativa a quella della concertazione, già emergente dai dati documentali innanzi citati.

8.1 - Quanto agli specifici rilievi delle società, in ogni caso da ritenersi superati dalle conclusioni rassegnate in precedenza, l'Autorità ha correttamente rilevato la loro inattendibilità nel caso concreto.

Precisamente: a) il criterio di valutazione delle offerte previsto nel disciplinare di gara, ovvero sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non costituisce un ostacolo all'intento perseguito dalle parti, che erano convinte di ottenere un punteggio molto alto nell'offerta tecnica e ciò avrebbe consentito loro di recuperare il minimo gap (di due o tre punti) eventualmente sofferto nei lotti che si erano assegnate, nella valutazione dell'offerta economica. Tale prognosi è stata solo in parte sconfessata dalla valutazione che ha condotto all'attribuzione di un punteggio relativamente basso ad EY e, dall'altro, ha assegnato un punteggio elevato a Lattanzio (vedasi al riguardo le considerazioni svolte dalle stesse imprese all'esito di tale circostanza); b) l'anomalia intrinseca del comportamento adottato dalle parti emerge dal raffronto con la gara Consip AdG-AdC. L'Autorità ha infatti messo in luce che nella successiva gara gli sconti presentati dalle parti sono molto più elevati rispetto a quelli della gara AdA, e le offerte con sconti elevati delle big four si sovrappongono in più lotti e, in alcuni casi, superano anche il limite di aggiudicazione (4 lotti) previsto nel disciplinare. Che nella successiva gara AdG-AdC – indipendentemente dalle diverse caratteristiche della stessa - le parti abbiano adottato un comportamento svincolato da dinamiche

anticoncorrenziali emerge chiaramente dalla corrispondenza rinvenuta presso Deloitte, relativo ad un dibattito in merito alla strategia di partecipazione alla gara Consip AdG-AdC.

8.2 - Anche le ulteriori giustificazioni fornite dalla società appaiono inconferenti e inidonee a scalfire l'accertamento dell'Autorità.

EY ha infatti presentato offerta per tutti i lotti tranne che per i lotti 2 e 9. Per i lotti 3, 6 e 7 gli sconti offerti sono stati del 31,5%, mentre per i lotti 1,4,5 e 8 compresi tra l'11 e il 13% circa.

In sede di audizione EY ha affermato che laddove la società sia interessata ad alcuni lotti, in media applica uno sconto intorno al 30%, senza però fare riferimento alla variabilità delle basi d'asta o del numero di giornate lavorative richieste dal committente.

Appare dunque ragionevole il rilievo dell'Autorità, secondo la quale - se effettivamente EY avesse voluto massimizzare il profitto, non essere presente sui lotti centrali, promuovere lo sviluppo dell'ufficio di Bologna e far lavorare l'ufficio di Napoli - non è chiaro perché abbia presentato l'offerta sul lotto 8, così come non è chiaro come mai abbia puntato ad aggiudicarsi insieme ai lotti 6 e 7 anche il lotto 3, considerato che a Bologna la società non aveva alcuna disponibilità di risorse in grado di poter lavorare sulla gara Consip AdA.

Vale un'analoga analisi in riferimento al lotto 4, considerato che a Roma, dove si doveva svolgere circa il 60% del lavoro previsto essa poteva contare su 15 risorse aventi i profili professionali richiesti dalla gara Consip AdA e che un'eventuale aggiudicazione congiunta dei lotti 4, 6 e 7 avrebbe permesso di avvicinarsi molto di più al tetto dei 27 milioni rispetto all'eventuale aggiudicazione dei soli lotti ritenuti di interesse (ovvero il 3, 6 e il 7).

9 – Quanto all'aspetto relativo al calcolo della sanzione giova ricordare quanto segue.

Il provvedimento impugnato nel determinare la sanzione precisa che le parti avevano dato luogo a un'intesa evidentemente segreta, di tipo orizzontale,

mirante a condizionare la dinamica della riferita gara.

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

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

10 – La società contesta le conclusioni dell'Autorità sulla gravità e la segretezza della presunta intesa, che l'hanno condotta ad applicare alle Parti la percentuale del 30% al valore preso a riferimento per il calcolo dell'importo base.

La censura è infondata.

L'Autorità ha tenuto conto di una pluralità di elementi – e non solo della segretezza - individuati dalla consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, ossia la natura dell'infrazione nel suo complesso, consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione delle commesse e volta alla limitazione del confronto concorrenziale in una gara d'appalto pubblica (c.d. bid rigging).

Risulta inoltre adeguatamente motivata la valutazione di gravità dell'illecito - che per la sua stessa natura tendenzialmente costituisce una restrizione della concorrenza molto grave - ai fini della commisurazione della sanzione alla stregua del punto 12 delle Linee guida nazionali.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato: a) il fatto che l'intesa, oltre ad avere un oggetto chiaramente anticoncorrenziale, ha anche avuto attuazione, attraverso la ripartizione e il coordinamento della partecipazione alla gara in esame; b) la dimensione delle imprese che l'hanno posta in essere, atteso che

l'intesa ha coinvolto le maggiori imprese attive, anche livello internazionale, nel settore di riferimento; c) le modalità attraverso le quali la stessa è stata attuata, che hanno visto il coinvolgimento unicamente delle parti del procedimento, attraverso l'organizzazione di incontri non pubblici - di cui non consta la sussistenza di alcun verbale - ai quali hanno preso parte solo queste, nonché attraverso le cd. offerte di comodo.

10.1 – Quanto al carattere della segretezza, deve ricordarsi l'orientamento della Sezione è nel senso che le intese orizzontali come quelle in esame devono essere considerate segrete, “se non altro perché essa non era certo palesata al pubblico e per averne la prova si è dovuta acquisire corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta dal segreto epistolare” (Cons. St., Sez. VI, n. 7320 del 2018).

In riferimento alla valutazione degli “effetti” della condotta, richiamati nel punto 14, iv), delle Linee Guida, deve in primo luogo osservarsi che, in base all'orientamento della giurisprudenza, le intese aventi oggetto anticoncorrenziale (intese orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati) possono essere qualificate come molto gravi sulla sola base della loro natura, senza che sia sempre necessario dimostrare un impatto concreto dell'infrazione sul mercato (*ex multis*, Consiglio di Stato, 20 ottobre 2016, n. 4374, nonché Corte di Giustizia 3 settembre 2009, causa C534/07 –William Prym GmbH).

Inoltre, nel caso di specie, l'intesa ha di fatto raggiunto il proprio scopo, seppur non completamente, attraverso l'effettiva presentazione di offerte coordinate, come già descritto innanzi, influenzando gli esiti della procedura (anche se non per la totalità dei lotti).

10.2 – I rilievi dell'Autorità devono trovare accoglimento anche rispetto all'applicazione delle cd. entry fee.

Al riguardo, le Linee Guida precisano che “con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza, indipendentemente dalla loro durata e dalla loro effettiva attuazione, l'Autorità può considerare opportuno

l'inserimento nell'importo base di un ammontare supplementare compreso tra il 15 e il 25% del valore delle vendite di beni o servizi oggetto dell'infrazione”.

La giurisprudenza (*cf.* Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 gennaio 2017, Villeroy & Boch Austria GmbH; sentenza del 26 gennaio 2017, Mamoli Robinetteria SpA) ha specificato che l'applicazione della entry fee per le ipotesi più gravi di illecito antitrust - come nel caso di specie - è indipendente dalla durata dell'infrazione e dagli effetti dell'intesa accertata.

10.3 - In relazione alla qualificazione dell'intesa come “molto grave” in ragione della sua natura e della segretezza va condivisa la valutazione operata dall'Autorità nella duplice considerazione che, per un verso, l'intesa era orientata al condizionamento di una procedura di gara ed era dunque qualificabile come intesa di consistente gravità (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4374; Corte UE, 26 gennaio 2017, in C-626/13, Villeroy & Boch Austria GmbH/Commissione); e per altro verso, in relazione alla segretezza, il supporto probatorio, fondato su contatti di posta elettronica non conoscibili all'esterno e da matrici organizzative di spartizione dei lotti in sede di gara, evidenzia la carenza di trasparenza e pubblicità dell'accordo stesso (*cf.* Cons. St., Sez. VI, n. 8591 del 2019).

11 – Anche il rilievo delle società relativo al computo del “valore delle vendite” è infondato.

Il punto 18 delle Linee Guida prevede che, con riferimento alla collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, “*in linea di principio (il valore delle vendite) corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione*”.

Nel caso in esame, l'Autorità, considerando unitariamente il network e ponendo la sanzione a carico solidale delle società consorelle, ha fatto coerentemente riferimento al “*valore dell'offerta effettuata dalla parte che, sulla base del disegno spartitorio, si sarebbe dovuta aggiudicare il lotto*”, specificando altresì che

*“tale soluzione, che uniforma il criterio di valutazione del valore delle vendite, appare... più favorevole per le parti che non si sono aggiudicate tutti i lotti previsti, rispetto al considerare per loro, quale valore di riferimento, la base d’asta”.*

La prospettazione della società – secondo cui il valore posto a base d’asta dei lotti 3 e 6 non dovrebbe essere applicato alla sola EY, bensì dovrebbe essere ripartito tra tutte le imprese coinvolte nell’asserito illecito, come fatto dalla stessa Autorità nel caso I/759 – non può essere condivisa, stante la non assimilabilità del caso in esame a quello posto a paragone.

Deve invece confermarsi la legittimità del criterio utilizzato, che, come già argomentato dalla giurisprudenza, consente di sanzionare l’impresa ogni qualvolta il *“valore delle vendite, per le modalità con le quali, in parte, si è consumato l’illecito anticoncorrenziale non consentiva di cogliere in pieno il peso dei comportamenti gravi di ogni impresa nell’infrazione”* (Cfr. Cons. St. 13 giugno 2014, n. 3032), permettendo di preservare la funzione dissuasiva della sanzione, attraverso la considerazione dei valori esistenti al momento della condotta e gli elementi allora in possesso delle imprese (Cfr. Cons. St. 19 dicembre 2019, n. 8586).

12 - Deve essere disatteso anche l’ulteriore rilievo volto a contestare la mancata adeguata considerazione del programma di compliance posto in essere dalla società, avuto riguardo al fatto che una riduzione del 5% della sanzione irrogata sarebbe del tutto incongrua alla luce delle risorse significative investite per l’implementazione del programma.

Contrariamente alla prospettazione dell’appellante, infatti, l’Autorità ha tenuto conto dell’implementazione del detto programma, la cui riduzione appare in linea con quella generalmente applicati in casi simili e che dunque non presenta alcun profilo di irragionevolezza.

13 - In definitiva, deve trovare accoglimento il solo appello dell’Autorità con conseguente riforma della sentenza del T.A.R. e rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello dell'Autorità e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna la società appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Autorità, che si liquidano in €4.000, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giordano Lamberti**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio Santoro**

IL SEGRETARIO