

Publicato il 02/09/2019

N. 06032/2019REG.PROV.COLL.
N. 08862/2017 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 8862 del 2017, proposto da Sogeda S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Anglani, Claudio Tesauro, Federica Puliti, con domicilio eletto presso lo studio Bonellierede Studio Legale in Roma, via Vittoria Colonna n.39;

contro

Autorita' 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, 12;

nei confronti

Idealservice S.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza 28 luglio 2017, n. 9055 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione prima.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 e nella camera di consiglio del 13 giugno 2019 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Francesco Anglani e Anna Collabolletta dell'Avvocatura Generale dello Stato.

FATTO

1.-L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con delibera 17 luglio 2014, n. 25038, ha avviato il procedimento istruttorio n. 1783 “Accordo tra operatori del settore del vending”, nei confronti del Gruppo Argenta s.p.a., D.A.E.M. s.p.a., Molinari s.p.a., Dist. Illy S.r.l., Aromi s.r.l., Dolomatic s.r.l., Govi S.r.l., Sogeda s.r.l., Ge.S.A. s.p.a., Gruppo Illiria s.p.a., IVS Italia s.p.a., Liomatic s.p.a. , Ovdamatic s.r.l. e Geda s.r.l.

Il suddetto procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione inviata da Ideal Service s.r.l. in relazione alla presunto esistenza di un “patto di non belligeranza” tra le citate imprese attive nella distribuzione automatica e semiautomatica di alimenti e bevande.

1.1.- L'Autorità, con delibera 25 febbraio 2015, n. 25339, ha esteso l'intesa: i) oggettivamente al «coordinamento tra le parti relativo ai prezzi dei beni e dei servizi offerti e ai comportamenti da tenere in occasione di gare bandite da soggetti pubblici e privati per

l'affidamento dei servizi di distribuzione automatica e semiautomatica»; ii) soggettivamente alle società Supermartic s.p.a., SE.RI.M., Sellat ed a Confida, Associazione italiana distribuzione automatica.

1.2.- In data 10 dicembre 2015, il termine di conclusione del procedimento è stato differito dal 31 dicembre 2015 al 30 aprile 2016.

In data 17 marzo 2016, il suddetto termine è stato differito al 10 giugno 2016.

1.3.- L'Autorità ha adottato, all'esito del procedimento, la delibera 8 giugno 2016, con la quale è stata accertata la esistenza di una intesa segreta, unica, complessa e continuata posta in essere dalla imprese sopra indicate nel settore del Vending sull'intero territorio nazionale o sua una parte rilevante di esso.

In particolare, a Sogeda s.r.l. è stata irrogata la sanzione di euro 1.413.955.

2.- Le imprese sanzionate hanno impugnato la suddetta delibera innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che ha rigettato i ricorsi, accogliendo soltanto alcuni di essi nella parte relativa alla determinazione della sanzione.

Per quanto riguarda la posizione dell'appellante, il Tribunale ha adottato la sentenza 28 luglio 2017, n. 9055.

3.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

3.1.- Si è costituita in giudizio l'Autorità, chiedendo il rigetto dell'appello.

4.- La causa è stata decisa all'esito delle camere di consiglio del 14 marzo e del 13 giugno 2019.

DIRITTO

1.- L'Autorità antitrust ha accertato, con provvedimento 8 giugno 2016, n. 26064, la commissione di una intesa unica e complessa da parte di quindici imprese, con applicazione del relativo regime sanzionatorio.

La Sezione ha deciso gli appelli proposti dalle diverse imprese coinvolte nel procedimento, unitamente agli appelli dell'Autorità, alle medesima udienza pubblica. La trattazione congiunta si è resa necessaria proprio in ragione della contestazione di una intesa unica, che implicava la necessità di avere un quadro processuale unitario. Le peculiarità delle vicende che hanno coinvolto le singole imprese hanno, però, imposto una trattazione separata dei singoli procedimenti.

2.- In via preliminare è necessario ricostruire il quadro normativo rilevante e la vicenda oggetto di accertamento da parte dell'Autorità

2.1.- L'art. 101, par. 1, Tfu prevede che «sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

L'art. 2 della legge n. 287 del 1990 contiene analoga disposizione.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che occorre distinguere le “intese per oggetto” e le “intese per effetto”.

Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato.

Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per “oggetto”, con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato. Ne deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5275).

La stessa giurisprudenza ha messo, altresì, in rilievo la diversità esistente tra l'accordo e la pratica concordata. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre quando si realizza 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» (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197). È evidente come la figura dell'accordo sia rara nella prassi in quanto «gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto». Per queste ragioni la giurisprudenza, «consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti» (Cons. Stato, sez. VI, n. 3197 del 2018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

A tale proposito, occorre distinguere tra elementi di prova endogeni ed esogeni.

I primi sono afferenti all'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, con onere della prova in capo all'Autorità.

I secondi sono afferenti all'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni, con onere in capo all'imprese che dovranno fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte (Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925).

L'intesa può essere anche "unica e complessa".

La particolarità di tale tipologia di intesa risiede nel peculiare atteggiarsi dell'elemento soggettivo e oggettivo.

L'elemento soggettivo attiene, innanzitutto, alla presenza di plurime imprese che pongono in essere la pratica vietata. La unicità dell'illecito contestato presuppone che tra le imprese vi sia la consapevolezza dell'azione delle altre imprese. Anche tale elemento deve desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi.

L'elemento oggettivo attiene alla condotta che deve avere rilevanza sul piano causale, contribuendo alla realizzazione dell'illecito.

Il sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente - superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato "debole" e "forte" - ha ammesso una piena conoscenza del

fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990). Tale sindacato è stato definito di «"attendibilità tecnica" e "non sostitutivo"» (Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019).

2.2.- Nella fattispecie concreta, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un'intesa unica e complessa, consistente in un "accordo generale di non belligeranza" tra le imprese di gestione volto alla ripartizione del mercato e della clientela, i cui partecipanti si sarebbero identificati, in un'apposita lista rinvenuta dall'Autorità, come "concorrenti amici".

In particolare, detto accordo avrebbe previsto: i) l'astensione reciproca dal formulare offerte ai rispettivi clienti; ii) un meccanismo di compensazione dei clienti reciprocamente sottratti tra le parti, finalizzato a mantenere invariati i volumi di vendita tra i concorrenti partecipanti all'intesa, nonché gli ambiti rispettivi di operatività

geografica; iii) il ricorso, a fini spartitori, a subappalti, nonché la partecipazione concertata a gare nazionali dei cd. “grandi clienti”, le cessioni incrociate di rami d’azienda e l’utilizzo distorto di raggruppamenti temporanei tra imprese in occasione di gare pubbliche e private.

A tale intesa, in “maniera complementare”, sono state affiancate le seguenti “Iniziative”: i) elaborazione, a partire da novembre del 2008, di un “capitolato standard” da sottoporre alle stazioni appaltanti per contrastare un’eccessiva competizione sulle condizioni economiche (prezzi e ristorni) in occasione di gare pubbliche; ii) aumento dei prezzi di vendita dei prodotti, la cui necessità sarebbe stata sostenuta da Confida dal marzo del 2001; iii) sensibilizzazione degli associati affinché venisse traslato a valle l’aumento dell’Iva da 4% al 10%. Nell’analisi delle singole condotte, l’Autorità, correttamente, non ha ritenuto che dovessero ricorrere tutti questi elementi, avendo ritenuto sufficiente la dimostrazione di alcuni di essi ai fini dell’accertamento dell’intesa unica e complessiva.

Il mercato, da punto di vista geografico, è stato individuato nell’intero territorio nazionale o in parte rilevante di esso.

Il mercato, dal punto di vista merceologico, è stato individuato nell’attività di cd. *vending*, consistente nella somministrazione di bevande calde e fredde e di cibi preconfezionati, mediante apparecchi di distribuzione automatici (cd. *vending machines*-Fsm) e semi-automatici (cd. Ocs).

3.- Con un primo motivo l’appellante ha dedotto l’erroneità della nella parte in cui non ha rilevato l’illegittimità del provvedimento dell’Autorità per le seguenti ragioni: i) mancata qualificazione puntuale dell’intesa come accordo, pratica concordata o decisione di

associazione di impresa, con conseguente mancata indicazione puntuale degli elementi costitutivi della fattispecie illecita (in caso di dubbi sul punto si chiede che venga disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea); ii) mancanza delle condizioni per la qualificazione dell'intesa come unica e complessa (esistenza di un piano globale, contributo intenzionale dell'impresa a tale piano, conoscenza di ciascuna impresa dei comportamenti illeciti degli altri partecipanti).

Il motivo non è fondato.

In relazione alla qualificazione dell'illecito, l'Autorità ha dimostrato l'esistenza di un'intesa unica e complessa nell'ambito della quale si possono inserire sia accordi sia pratiche senza che, in questi casi, sia necessario, come correttamente messo in rilievo dal primo giudice, che sia proceda all'espressa qualificazione delle singole condotte. Ciò che rileva è che vengano contestati specifici addebiti in modo da assicurare all'impresa di esercitare il proprio diritto di difesa. Nella specie l'appellante non ha dimostrato come le questioni di incerta qualificazione giuridica, secondo la sua prospettazione, abbiano inciso sul diritto di difesa. Non occorre, pertanto, disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

In relazione agli elementi costitutivi dell'intesa, deve ritenersi sufficiente la dimostrazione anche di accordi bilaterali che analizzati nel loro complesso siano idonei a fornire un quadro indiziario preciso e concordante in ordine all'esistenza di una intesa unica e complessa. In questi casi, come già sottolineato, dalla stessa struttura oggettiva dell'illecito è possibile risalire all'elemento soggettivo che si sostanzia nella consapevolezza di partecipare ad un disegno unitario di illecito volto alla spartizione del mercato.

4.- Con un secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza in cui non ha rilevato l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità per le seguenti ragioni: le prove raccolte non avrebbe un contenuto univoco e si baserebbero su elementi non attendibili (Sogeda non era a conoscenza di essere presente della lista di concorrenti amici rivenuta presso Argenta; lo scambio di e-mail relative alle compensazioni conterrebbe elementi di evidente contraddittorietà; Sogeda non sarebbe parte dell'e-mail relativa alla ripartizione della gara indetta dal Poste italiane e poi non vi avrebbe partecipato; alcune e-mail vedrebbero come parte il responsabile area cliente della società e non il Direttore generale; Sogeda non sarebbe stata presente alla riunione relativa alla discussione del capitolato standard e all'Assemblea generale di Confida del 9 giugno 2012; sarebbero stati presenti terzi durante le riunioni convocate dall'Associazione.

Il motivo non è fondato.

Il coinvolgimento dell'appellante nel piano illecito unitario risulta, come correttamente messo in rilievo dal primo giudice, dai seguenti elementi probatori che sono indicati nel provvedimento impugnato (par. 147-150).

In particolare, l'impresa: i) compare nell'elenco degli "amici" trovato presso Argenta; ii) è menzionata in una e-mail del 28 giugno 2012 tra Gesa ed IVS come beneficiaria di un storno di battute in compensazione, legato in parte ad una trattativa per l'acquisto di una società che non si era conclusa nel senso auspicato da Sogeda; iii) utilizza, in una e-mail interna del 21 marzo 2011, l'espressione «questa volta non sono amici nostri»; iv) è autrice o destinataria di e-mail nelle quali si menzionano scambi di informazioni o

meccanismi di «cessione di battute», iscrivibili nel procedimento di generale funzionamento del comportamento anticoncorrenziale; v) è indicata, in una e-mail del 5 aprile 2012 inviata da Gesa a Liomatic e Supermatic, come parte di un accordo di ripartizione post gara nell'appalto Poste per l'area Italia centrale (altri analoghi elementi probatori sono contenuti nei paragrafi sopra indicati del provvedimento, che si omettono per ragioni di sinteticità).

Si tratta di elementi probatori dal contenuto chiaro idonei a fare risalire al fatto contestato dell'intesa unica e complessa. Le letture alternative del contenuto degli elementi probatori sopra riportati non sono idonee ad incidere sull'impianto accusatorio. Le altre deduzioni contenute nel motivo di appello non sono rilevanti ai fini della dimostrazione dell'assenza di responsabilità in capo all'appellante.

5.- Con un terzo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità per le seguenti ragioni: i) mancata riduzione della sanzioni alla luce del principio di proporzionalità in ragione dell'effettivo contributo dato dall'impresa; ii) non considerazione del programma di *compliance* che sarebbe stato predisposto dall'impresa; iii) indicazione erronea della durata dell'intesa in sei anni, in quanto la data iniziale non potrebbe essere quella della riunione del 19 novembre 2008.

Il motivo è in parte fondato.

L'art. 15, primo comma, della legge n. 287 del 1990 prevede che nei casi «di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione» si applica «una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o

ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida».

L'art. 31 della legge n. 287 del 1990 precisa poi che: «per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

L'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, detta i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie stabilendo che: «nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

Le linee guida dell'Autorità, ai fini del calcolo della sanzione, prevedono quanto segue:

- «affinché la sanzione abbia un'effettiva efficacia deterrente, è almeno necessario che essa non sia inferiore ai vantaggi che l'impresa si attende di ricavare dalla violazione»; «tali vantaggi, dipendendo dalla tipologia di infrazione posta in essere, sono funzione del valore complessivo delle vendite interessate dalla condotta illecita»; «per questa ragione, l'Autorità ritiene che le sanzioni applicabili agli illeciti antitrust debbano essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato/i rilevante/i nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione (di seguito, valore delle vendite)» (par. 8);

- «la percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce sarà determinata in funzione del grado di gravità della violazione. Tale percentuale non sarà superiore al 30% del valore delle vendite» (par. 11);

- «nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione»; «l'Autorità ritiene che le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscano le più gravi restrizioni della concorrenza»; «al riguardo, l'eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa» (par. 12);

- per le infrazioni da ultimo indicate «la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%» (par. 12, ult. cpv).

- le circostanze attenuanti includono, tra l'altro: i) la prova di «aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita»; ii) l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali. La mera esistenza di un programma di *compliance* non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (par. 23, alinea 3 e 5).

Le stesse linee guida dispongono che quando l'importo finale della sanzione superi il massimo edittale del 10 per cento del fatturato «esso è ridotto nella misura eccedente tale limite»; in questi casi la base di calcolo del massimo edittale è rappresentata dal «fatturato totale realizzato a livello mondiale nell'ultimo esercizio chiuso

anteriormente alla notificazione della diffida, da parte di ciascuna impresa partecipante all'infrazione» (par. 29).

Infine, si prevede che «le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione» (part. 34).

Nella fattispecie in esame, in relazione al vizio di violazione del principio di proporzionalità, deve rilevarsi come la valutazione complessiva degli elementi probatori raccolti se sono sufficienti a ritenere esistente la responsabilità dell'appellante inducono, nondimeno, a ritenere che la sanzione irrogata non sia conforme al suddetto principio. La sanzione deve essere ridotta, rispetto a quella irrogata, del 15 per cento.

In relazione al programma di *compliance*, la sua finalità è quello di incentivare investimenti, relativi anche alla formazione del personale, nell'ambito dell'impresa allo scopo di individuare regole e procedure idonee prevenire la commissione di illeciti. Il suddetto programma, per ridurre il cd. rischio antitrust, deve essere adeguato alla natura, alla dimensione e alla posizione di mercato dell'impresa. Per questo motivo il riconoscimento della circostanza attenuante presuppone non solo l'adozione ma anche la dimostrazione che di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (par. 23, alinea 3 e 5).

Nella specie, la società ha depositato un programma che risulta conforme a quanto prescritto dalla disciplina che lo regola e lo stesso risulta depositato quaranta giorni prima dell'adozione del

provvedimento finale. Ne consegue che l'Autorità deve ridurre la sanzione tenendo conto dell'adozione di detto programma.

In relazione alla durata dell'illecito, essa è stata correttamente individuata dall'Autorità nella riunione, presso Confida, del 19 novembre 2008. Le deduzioni difensive dell'appellante sono generiche e non in grado di inficiare l'attendibilità delle valutazioni effettuate in sede amministrativa.

6.- L'esito della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie, in parte, nei limiti indicati in motivazione, l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) le spese del presente giudizio sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 marzo e 13 giugno 2019, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO