Circolare n°492/C/2020: Esclusione dalle gare: la pratica concordata.

19 Ottobre 2020

Nelle gare di appalto, ai fini dell'esclusione per aver reso offerte imputabili ad un unico centro decisionale, **l'eventuale parallelismo tra le offerte dei concorrenti può essere considerato prova di una pratica concordata qualora**, indipendentemente da riscontri diretti, **la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile**. E' quanto emerge in una sentenza del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una sanzione imposta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). La sanzione era stata applicata ad alcuni concorrenti dopo l'esclusione – ex art. 80, comma 5, lett. *m)* del Codice dei contratti, d.lgs. 50/2016 – da una gara di servizi bandita da Consip AdA, per aver attuato una "pratica concordata" in danno della concorrenza (sent. Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5885).

A tale proposito, il giudice amministrativo ha osservato che l'intesa restrittiva vietata può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata".

La "pratica concordata" realizza un'**intesa restrittiva volta a creare con una forma di coordinamento e cooperazione consapevole** (concertazione) tra imprese, per il quale non viene richiesto alcun accordo (che rappresenta una diversa fattispecie vietata), ma è **sufficiente che vi sia stato un mero contatto diretto o indiretto fra le imprese** (*cfr.* Corte Giustizia, causa 48/69). Le prove indirette della "pratica concordata" che possono essere prese in considerazione sono quelle **indicative dell'esistenza di contatti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni non** corrispondenti alle condizioni **normali del mercato** (*cfr.* Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Sotto tale aspetto, l'eventuale **parallelismo tra le condotte dei concorrenti** «*può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile*» e non può essere giustificata dalla libera volontà di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato (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 Woodpulp). Aiuta in tal senso una valutazione complessiva delle condotte delle singole imprese, da considerare «*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*» (Consiglio di Stato, 2 luglio 2018, n. 4010).

Una volta ricostruito il meccanismo, in giudizio, l'eventuale giudice di merito adito potrà applicare **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 maggio 2015, n. 2514).

Di contro, incomberà **sulle imprese *"l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti"*** (Consiglio di Stato, 4 settembre 2015, n. 4123; Trib. UE, 2.4.2013, causa T-442/08, CISAC/Commissione).

Con riferimento alla fattispecie in esame, tali **principi venivano applicati al caso in esame** dove i concorrenti avevano evitato di competere in occasione della gara, presentando ognuna sconti (posizionati

intorno a due valori pilotati di 30-32% e 10-15%) 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. Motivo per cui sia la Stazione appaltante sia l’AGCM avevano dedotto 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.

Il Consiglio di Stato, nel respingere il ricorso, valorizzava la chiara volontà sottesa alle evidenze del caso in esame, rispetto a cui risultavano inconferenti le “spiegazioni alternative” addotte dalle società a giustificazione della propria condotta anomala, anche sotto il profilo della razionalità economica della strategia di gara.

42022-Circolare n 492_C_2020.pdfApri