

1845 - GARA MANUTENZIONE PAVIMENTAZIONI TRATTE AUTOSTRADALI DI MILANO SERRAVALLE - MILANO TANGENZIALI

Provvedimento n. 30419

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

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

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la propria delibera del 25 maggio 2021 n. 29683, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Itinera S.p.A., di Sintexcal S.p.A. e della sua controllante General Beton Triveneta S.p.A., e di Impresa Bacchi S.r.l. (congiuntamente, le parti) per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, trasmessa alle parti e all'impresa segnalante Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A. in data 18 maggio 2022;

VISTE le memorie conclusive delle parti e dell'impresa segnalante Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A., trasmesse in data 6 e 7 luglio 2022;

SENTITI in audizione finale, in data 12 luglio 2022, i rappresentanti delle parti e dell'impresa segnalante Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A.;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Itinera S.p.A. (di seguito, Itinera) è un'impresa principalmente attiva nella realizzazione di opere infrastrutturali, nei settori dell'edilizia civile e industriale, ivi inclusa la realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali e autostradali. Il 66% circa del capitale sociale di Itinera è detenuto da ASTM S.p.A.

Nel 2021 Itinera ha realizzato un fatturato consolidato a livello mondiale di circa 1.199,7 milioni di euro¹.

2. Sintexcal S.p.A. (di seguito, Sintexcal) è un'impresa principalmente attiva nella realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali e autostradali ed opere accessorie e nella realizzazione di pavimentazioni speciali. Il capitale sociale di Sintexcal è interamente detenuto da General Beton Triveneta S.p.A. (di seguito, General Beton), a sua volta partecipata per una quota di capitale del 63% circa da Impresa Tonon S.p.A.

Nel 2021 Sintexcal e General Beton hanno realizzato un fatturato totale a livello mondiale, direttamente e tramite imprese controllate, rispettivamente pari a circa 87,6 milioni di euro e *[omissis]** milioni di euro.

3. Impresa Bacchi S.r.l. (di seguito, Impresa Bacchi) è un'impresa principalmente attiva nella realizzazione di opere infrastrutturali nei settori dell'edilizia civile e industriale, ivi inclusa la realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali, autostradali e aeroportuali. Il capitale sociale di Impresa Bacchi è detenuto da persone fisiche.

Nel 2021 Impresa Bacchi ha realizzato un fatturato totale a livello mondiale, direttamente e tramite imprese controllate, a circa 24,6 milioni di euro².

4. L'impresa segnalante, Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A. (di seguito, Milano Serravalle), è la concessionaria delle tangenziali milanesi A50 Tangenziale Ovest, A51 Tangenziale Est, A52 tangenziale Nord e della autostrada A7 da Milano a Serravalle Scrivia e relative pertinenze.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

5. Con delibera del 25 maggio 2021, è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti di Itinera, di Sintexcal e della sua controllante General Beton, e di Impresa Bacchi (congiuntamente, le parti) per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE.

¹ *[DOC440.]*

* *[Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni]*

² *[DOC422, DOC424 e DOC451. Non sono state comunicate vendite infragruppo.]*

6. Il procedimento concerne la possibile esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra le parti, nella forma di un accordo o pratica concordata, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e all'eliminazione del reciproco confronto competitivo nella "Gara Servizi n. 1/2019 – Procedura aperta ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per il servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull'intera rete in concessione di Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A." (di seguito Gara Servizi n. 1/2019).

7. Il procedimento ha tratto origine da una segnalazione pervenuta da Milano Serravalle il 16 maggio 2019 con la quale la stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 ha portato all'attenzione dell'Autorità, ai fini della valutazione della presenza di possibili restrizioni della concorrenza, la partecipazione alla procedura di gara delle sole tre imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi (di seguito anche, le tre imprese), ciascuna a uno solo dei tre lotti oggetto di affidamento, nonché la commistione tra gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura e i subappaltatori indicati dagli stessi, dovuta alla presenza di subappalti reciproci tra le medesime imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi³.

8. Data la complessità del settore e la peculiarità delle condotte segnalate è stata svolta un'intensa ed approfondita attività preistruttoria, anche grazie a richieste di informazioni alla stazione appaltante, che ha condotto, da ultimo in data 26 e 30 marzo 2021, all'acquisizione di documentazione, informazioni e chiarimenti da Milano Serravalle⁴.

9. L'attività preistruttoria ha riguardato, in prima battuta, l'analisi del bando e del disciplinare delle Gara Servizi n. 1/2019 (che presentava delle peculiarità con riguardo alla presenza di un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto a gara, alla richiesta di disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso e, come successivamente emerso, alla qualificazione della gara come appalto di "servizi"), nonché l'acquisizione di un primo set di informazioni in ordine all'entità delle offerte economiche delle tre imprese partecipanti, in un contesto in cui, come si vedrà, i ribassi di aggiudicazione nella Gara Servizi n. 1/2019 non sono, in sé, particolarmente bassi, risultando sintomatici di una distorsione nei meccanismi concorrenziali nella procedura solo se confrontati con i ribassi di aggiudicazione delle precedenti edizioni della procedura (del 2016 e del 2013).

10. Si è inoltre ritenuto necessario realizzare una preliminare attività di indagine con riguardo alle principali caratteristiche tecniche dell'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, in ragione della presenza di limiti alla trasportabilità della materia prima conglomerato bituminoso dagli impianti di produzione⁵, al fine di poter svolgere una valutazione, pur di massima, in merito all'eventuale presenza di vincoli tecnici tali da poter giustificare la partecipazione di una sola impresa a ciascuno dei lotti della Gara Servizi n. 1/2019. È stata altresì svolta una prima ricognizione delle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali partecipate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, per comprendere le eventuali specificità della Gara Servizi n. 1/2019, i profili di anomalia della condotta delle parti nella Gara Servizi n. 1/2019 (se confrontata rispetto ad altre gare "di lavori" partecipate) e il corretto perimetro della condotta oggetto di indagine (una o più gare)⁶.

11. Una volta raggiunta una conoscenza tecnica minima del prodotto e del settore di riferimento, si è proceduto a reperire dalla stazione appaltante la documentazione di gara di maggior dettaglio, con particolare riguardo ai verbali della commissione di gara, alle relazioni tecniche ed offerte tecniche (risultate poi addirittura identiche tra Itinera e Impresa Bacchi e analoghe rispetto a quelle di Sintexcal, con riguardo ai sub criteri 1.1 e 1.2.) e alle dichiarazioni di disponibilità degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso (con dichiarazioni di disponibilità anche reciproche tra le tre imprese). È stata inoltre chiesta e acquisita una mappatura degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso potenzialmente utilizzabili per l'attività di manutenzione autostradale oggetto di affidamento nella Gara Servizi n. 1/2019 (da cui è emersa la presenza di impianti ulteriori rispetto a quelli delle tre imprese parti).

12. Una effettiva consapevolezza della presenza di elementi concretamente sintomatici di comportamenti d'impresa in violazione della normativa a tutela della concorrenza è stata compiutamente acquisita solo in seguito all'ultima, mirata, richiesta di ulteriori informazioni alla stazione appaltante, con risposte pervenute in data 26 e 30 marzo 2021, grazie alle quali si è avuto modo di appurare, tra l'altro, l'impatto della qualificazione della gara come di "servizi" (piuttosto che come di "lavori") sui requisiti di partecipazione (e quindi sulla concorrenza attesa in sede di gara) e di reperire un primo significativo elemento a conforto del carattere strumentale, rispetto all'intesa di ripartizione dei lotti a gara, del sistema dei subappalti incrociati tra le uniche tre imprese partecipanti alla procedura (riscontrabile nella mancata attivazione dei subappalti reciproci in sede di esecuzione del servizio).

13. L'8 giugno 2021 è stata svolta l'attività ispettiva presso le sedi delle società Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi al fine di acquisire documentazione a supporto dell'ipotesi istruttoria.

³ [DOC1.]

⁴ [DOC8 e DOC9. Cfr. anche DOC3, DOC4, DOC5, DOC6. DOC7.]

⁵ [Attività resa possibile dalla disponibilità sui siti internet delle concessionarie autostradali, delle associazioni di categoria ed anche degli operatori del settore, di norme tecniche e/o quaderni tecnici, così come di prescrizioni tecniche nel contesto dei capitolati di gara. Si vedano ad esempio "I quaderni tecnici" di Anas (<https://www.stradeanas.it/it/lazienda/attivita%20C3%A0/documenti-tecnici>).]

⁶ [Si tratta di un approfondimento svolto anche tramite la consultazione del "Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici" (<https://dati.anticorruzione.it/superset/dashboard/appalti/>).]

14. Richieste di informazioni sono state inviate a una serie di imprese concorrenti delle parti che avevano partecipato alle precedenti procedure di gara per la manutenzione autostradale indette da Milano Serravalle nel 2016⁷, a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi⁸, alla stazione appaltante segnalante⁹ e all'associazione tecnica SITEB¹⁰.

15. Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal sono state sentite in audizione davanti agli uffici, rispettivamente, il 25 novembre 2021, 26 novembre 2021 e 3 dicembre 2021¹¹. Milano Serravalle è stata sentita in audizione il 18 febbraio 2022¹².

16. Itinera, Sintexcal, General Beton e Impresa Bacchi, hanno una o più volte chiesto ed ottenuto di esercitare il diritto di accesso alla documentazione del fascicolo non coperta da riservatezza, anche secondo le modalità di c.d. *data room*.

17. Sintexcal e General Beton hanno comunicato di avere adottato e/o aggiornato e modificato dei programmi di *compliance antitrust*, depositando la relativa documentazione¹³.

18. La comunicazione delle risultanze istruttorie è stata trasmessa alle parti e a Milano Serravalle il 18 maggio 2022¹⁴. Le parti hanno presentato delle memorie finali il 6 e 7 luglio 2022¹⁵ e il successivo 12 luglio si è svolta l'audizione finale davanti al Collegio¹⁶, cui hanno partecipato sia le parti sia l'impresa segnalante Milano Serravalle.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

A. Il settore

19. Il settore in cui operano le imprese parti del procedimento è quello dell'edilizia civile, di progettazione e realizzazione di lavori e opere infrastrutturali di ingegneria civile e industriale, con particolare riguardo alla realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali e autostradali.

20. L'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, di tipo sia ordinario che straordinario, volta al risanamento superficiale o profondo del manto stradale¹⁷, comporta quali attività principali la sostituzione di uno o più strati di pavimentazione stradale¹⁸ tramite l'esecuzione di interventi di rimozione degli strati di asfalto e la stesa a caldo del conglomerato bituminoso, realizzati anche grazie all'uso di appositi mezzi d'opera (quali fresatrici, vibrofinitrici, rulli e camion con bilico¹⁹). L'impresa esecutrice si occupa di regola anche del trasporto, riciclo e/o smaltimento dei materiali rimossi, dell'esecuzione della segnaletica stradale orizzontale sul manto stradale e della messa in sicurezza delle attività di cantiere grazie ad apposita segnaletica stradale. La programmazione delle attività di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni autostradali (ivi incluse quelle della Gara Servizi n. 1/2019) è svolta con un certo anticipo rispetto all'esecuzione dei lavori e prevede tipicamente l'esecuzione dei lavori in estate (dalla tarda primavera fino all'autunno)²⁰.

⁷ [DOC276-289.]

⁸ [DOC290, DOC291, DOC292, DOC336, DOC337 e DOC338.]

⁹ [DOC275 e DO371.]

¹⁰ [DOC346 e DOC350. SITEB Strade Italiane e Bitume è un'associazione senza fini di lucro che raggruppa circa 200 operatori del settore stradale e delle membrane impermeabilizzanti, tra cui anche produttori e rivenditori di bitume e leganti bituminosi (cat. A) e produttori di conglomerati bituminosi e di inerti- imprese stradali (cat. B), cfr. www.siteb.it. Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal sono soci SITEB nella categoria B.]

¹¹ [DOC336, DOC337, DOC338.]

¹² [DOC359.]

¹³ [DOC334 e DC0335.]

¹⁴ [DOC377.]

¹⁵ [DOC420, DOC421, DOC423, DOC425, DOC427 e DOC433.]

¹⁶ [DOC444.]

¹⁷ [Le parti hanno indicato che non vi sono differenze tra la manutenzione ordinaria e quella straordinaria, tra l'altro, in termini di imprese attive lato offerta o di livello di programmazione delle attività (si tratta in entrambi i casi di lavori la cui esecuzione avviene in modo programmato) e che quello che differenzia la manutenzione ordinaria da quella straordinaria è la periodicità con cui tali tipologie di interventi sono richiesti dalle concessionarie autostradali (di regola ogni 3/5 anni con riguardo alla manutenzione ordinaria e ogni 5/6 anni avuto riguardo alla manutenzione straordinaria) e il tipo di intervento di risanamento del manto autostradale (che nel caso della manutenzione ordinaria comporta di regola la sostituzione di 1 o 2 strati del manto – ovvero il tappeto di usura e il drenante – e nel caso della manutenzione straordinaria anche la sostituzione degli strati più profondi, binder e base). Si tratta quindi di attività analoghe che richiedono, in sostanza, l'utilizzo delle medesime tipologie di mezzi e risorse. Cfr. DOC336, DOC337 e DOC338.]

¹⁸ [La pavimentazione autostradale è costituita da più strati sovrapposti realizzati con materiali e/o miscele differenti. In generale, risalendo dalle quote più profonde alla superficie, si possono individuare i seguenti strati: sottofondo; fondazione (in misti granulare); base (in conglomerato bituminoso o misto cementato); binder (in conglomerato bituminoso); usura (in conglomerato bituminoso). A seconda degli strati di intervento, le attività di manutenzione possono anche distinguersi come di risanamento "superficiale" o di risanamento "profondo". Cfr. anche "I quaderni tecnici per la salvaguardia delle infrastrutture. Volume V", ANAS, febbraio 2019.]

¹⁹ [Il conglomerato bituminoso è trasportato tramite camion con bilico coperto da teli per mantenere la temperatura del conglomerato (DOC336, DOC337, DOC338). Impresa Bacchi ha indicato che "Nel nord Europa si usano anche altre tipologie di mezzi di trasporto che consentono un miglior mantenimento della temperatura del conglomerato" (DOC337).]

²⁰ [DOC359.]

21. Il conglomerato bituminoso per la pavimentazione stradale o autostradale può avere specifiche caratteristiche di composizione (ricetta di produzione) e tecnico-funzionali (tessitura, regolarità, impermeabilità, rumorosità, drenabilità etc.). Le tipologie di conglomerato bituminoso maggiormente utilizzate per la pavimentazione autostradale sono quelle "drenante" e "semi-drenante"²¹ e sono prodotte con il bitume c.d. modificato²².

22. Il conglomerato bituminoso è prodotto in appositi impianti industriali dotati di certificazione unica ambientale. Gli impianti tecnicamente idonei alla produzione di conglomerato bituminoso sono in grado di produrre tutte le tipologie di conglomerato e "ricette di produzione", per la pavimentazione sia stradale che autostradale²³. I materiali e le miscele di conglomerato bituminoso sono prodotti standardizzati soggetti a certificazione CE e alle norme tecniche europee (UNI EN)²⁴.

23. La principale materia prima per la produzione del conglomerato bituminoso è costituita dal bitume²⁵.

24. SITEB ha indicato che il costo della materia prima bitume rappresenta in media il 40% circa del costo del conglomerato bituminoso (in funzione della qualità del conglomerato, laddove gli strati più nobili sono via via quelli più superficiali)²⁶. Le parti hanno indicato percentuali di incidenza superiori (quantificato da impresa Bacchi in prima battuta nel 50-70% e successivamente in almeno il 60%²⁷; Sintexcal del [50-60]%²⁸; Itinera del nel 70%²⁹).

25. Nel caso di specie, sulla base dei dati trasmessi dalle imprese parti alla stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 nel contesto della giustificazione della non anomalia delle offerte, l'incidenza del costo delle materie prime (esclusi i costi di trasporto), sul valore dell'offerta economica di aggiudicazione (al netto dei costi della sicurezza) è quantificabile nell'ordine del 50-55% per il conglomerato bituminoso³⁰ e nell'ordine del 25-30% per il bitume (cfr. Tabella 1).

²¹ [Cfr. anche DOC359 e DOC337. Cfr. anche DOC347 (SITEB: "Generalmente in autostrada e su tutte le strade di scorrimento veloce si realizza il tappeto d'usura in conglomerato drenante perché offre maggiori garanzie di sicurezza alla guida mentre per le altre strade si realizza un tappeto d'usura tradizionale di tipo chiuso. Questo dipende dalle decisioni dell'Ente gestore della strada (Comune, Provincia, Regione, ANAS, Concessionarie").]

²² [Il bitume c.d. "modificato" o "speciale" per la produzione di conglomerato bituminoso ad uso autostradale è diverso da quello per la produzione di asfalto ad uso stradale (DOC336 e DOC337). Il bitume modificato si ottiene, in particolare, dalla interazione tra polimeri e bitume in un impianto speciale ed offre prestazioni nettamente superiori al bitume tradizionale. Il suo costo è pari a quello del bitume tradizionale maggiorato del costo del polimero aggiunto. Mediamente un bitume modificato hard costa circa il 25% in più rispetto al bitume tradizionale (DOC347).]

²³ [SITEB ha indicato che "Non esiste una distinzione tra conglomerato bituminoso per la pavimentazione stradale e per la pavimentazione autostradale. [...] Tutti gli impianti possono produrre l'uno e l'altro tipo di conglomerato" (DOC347). Impresa Bacchi ha precisato che "gli impianti in grado di produrre conglomerato autostradale di tipo drenante sono in genere in grado di produrre una specifica ricetta o variare la ricetta di produzione nell'arco di 24/48 ore e devono avere a disposizione i materiali speciali per il drenante" (DOC337).]

²⁴ [DOC336, DOC337, DOC338.]

²⁵ [Il conglomerato bituminoso è una miscela di aggregati lapidei, filler, legante bituminoso ed, eventualmente, additivi.]

²⁶ [DOC347 (SITEB: "Mediamente, si può dire che il bitume ha una incidenza economica intorno al 40% sul costo del conglomerato prodotto [...] l'incidenza economica del bitume modificato [inclusivo dei costi dei polimeri aggiunti al bitume tradizionale] sulla miscela che compone il conglomerato drenante [...] può aumentare di qualche altro punto percentuale (mediamente 45%)").]

²⁷ [DOC337 e DOC444.]

²⁸ [DOC338. Cfr. anche DOC423, laddove Sintexcal indica che l'incidenza del costo del bitume modificato sul costo di produzione del conglomerato bituminoso nella Gara Servizi n. 1/2019 è pari al [50-60]%, producendo in allegato un documento relativo al prodotto "[omissis]", e DOC444 di Impresa Bacchi. "Fatto 100 il prezzo di offerta utilizzando i dati di riferimento anche della stazione appaltante, l'80% è riferito ai soli conglomerati bituminosi stesi. Di questo 80% il 20% è riferito a costi di trasporto e stesa, rimangono quindi per la sola produzione del conglomerato circa il 64%. Su questo dato il prezzo del bitume incide a sua volta per almeno il 60% [...]".]

²⁹ [DOC336.]

³⁰ [Anche in questo caso le parti in sede di audizione hanno stimato incidenze anche superiori (DOC336, DOC337 e DOC338).]

Tabella 1 – incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all’offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019

	Itinera³¹	Sintexcal³²	Impresa Bacchi³³
Incidenza della componente dell’offerta relativa del servizio di stesa del conglomerato bituminoso ³⁴ rispetto al totale offerta economica (esclusi gli oneri di sicurezza) ³⁵	70%	72%	66%
Incidenza del costo del conglomerato bituminoso sulla componente dell’offerta relativa al servizio di stesa del conglomerato*	[75-85]%	[70-85]%	[75-80]%
<i>Incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto al totale offerta economica</i> (esclusi oneri di sicurezza)*	[55-60]%	[50-55]%	[50-55]%
<i>Incidenza del costo del bitume sul totale offerta economica</i> (esclusi gli oneri di sicurezza)**	[30-35]%	[25-30]%	[25-30]%

* Si è tenuta in considerazione la diversa incidenza sul totale (incluse le spese generali e gli utili d’impresa) della voce di costo materiale (o materiale e trasporto) di cui alle “schede di analisi prezzi” per le varie tipologie di conglomerato bituminoso (cod. articolo).

** Ipotizzando una incidenza media del costo del bitume sul costo di produzione del conglomerato del 55%.

Fonte: schede di analisi dei prezzi trasmesse dalle parti in sede di giustificazione della non anomalia delle offerte nella Gara Servizi n. 1/2019, DOC130 e DOC131 (Itinera); DOC311 (Impresa Bacchi) e DOC312 (Sintexcal).

26. Il conglomerato bituminoso è tipicamente prodotto, trasportato e posato “a caldo”, a determinate temperature³⁶. Il conglomerato bituminoso, ivi incluso quello di tipo drenante e semi-drenante³⁷, può inoltre essere prodotto e posato “a tiepido” (cd. “*Warm Mix*”)³⁸. L’asfalto a tiepido è un tipo di conglomerato bituminoso (il cui utilizzo era previsto anche nella Gara Servizi n. 1/2019³⁹) che può essere prodotto e messo in opera a temperature più basse del tradizionale conglomerato a caldo e che, tra l’altro, può essere trasportato a maggiori distanze⁴⁰. Si tratta di una tecnica di produzione utilizzata prevalentemente in inverno (in cui è maggiore la perdita di temperatura del

³¹ [Inclusi i costi di trasporto f.co cantiere.]

³² [Esclusi i costi di trasporto (incidenza sul servizio di posa quantificata dalla società in circa il [5-10]%, DOC312).]

³³ [Esclusi i costi di trasporto (incidenza sul costo del servizio di posa quantificata dalla società in circa il [5-10]%, DOC311)]

³⁴ [Offerta (prezzo unitario offerto moltiplicato per la quantità) relativa ai cod. art. D.01.005a, D.01.005c, D.01.01a, D.01.017i, D.01.024a, D.01.024g, D.01.043b, D.01.043d, D.01.086b, D.01.092b., DOC130, DOC131, DOC311 e DOC312.]

³⁵ [Tutte le voci dell’offerta (prezzo unitario offerto moltiplicato per la quantità) relativa ai cod. art., inclusa la segnaletica e gli oneri di sicurezza interna, DOC130, DOC131, DOC311 e DOC312.]

³⁶ [Cfr. in particolare il “Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche” §13.4 (“La temperatura degli aggregati all’atto della miscelazione deve essere compresa tra 160°C e 180 °C e quella del legante tra 160 °C e 180 °C, in rapporto al tipo di bitume impiegato”) e §13.6 (“La temperatura del conglomerato bituminoso all’atto della stesa controllata immediatamente dietro la finitrice dovrà essere in ogni momento non inferiore a 150-170°C”); vd. in senso analogo i § 12.4 e 12.6. relativi al conglomerato bituminoso di tipo drenante (DOC369).]

³⁷ [DOC359 e DOC357.]

³⁸ [Cfr. anche “I quaderni tecnici per la salvaguardia delle infrastrutture. Volume V” cit. e https://www.superbeton.it/asfalti/conglomerati_bituminosi_ecocompatibili/.]

³⁹ [Cfr. in particolare il Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche (<https://serravalle.portaleamministrazionetrasparente.it/>), §13.7 “La miscela bituminosa può essere prodotta a tiepido, sia su richiesta della Direzione Lavori sia per scelta dell’Azienda produttrice. La produzione tiepida può essere raggiunta con qualsiasi tecnologia o additivo, ma in ogni caso deve essere rispettato quanto segue: - La temperatura di produzione minima del conglomerato bituminoso pari a 140 °C allo scarico sul cassone del camion; - La temperatura del conglomerato bituminoso all’atto della stesa, controllata immediatamente dietro la finitrice dovrà risultare in ogni momento non inferiore a 85°C [...]”, DOC369.]

⁴⁰ [SITEB ha indicato che “esistono speciali leganti modificati che grazie a polimeri particolari presenti nella formulazione, consentono, in fase di stesa, una lavorabilità e compattazione anche a 100 °C. La temperatura di produzione però resta in ogni caso la stessa di tutti i conglomerati confezionati con bitume modificato” che “Nel caso invece di un conglomerato drenante ottenuto con leganti modificati speciali, questo tempo [massimo che può intercorrere tra la produzione e la posa in opera] può anche raddoppiare e raggiungere le 3 ore (molto dipende dal vento e dalle temperature esterne)” (DOC347).]

conglomerato bituminoso durante il trasporto)⁴¹. Le parti hanno indicato di non utilizzare, o di avvalersi solo in misura marginale, di tale tecnica di produzione/prodotto⁴².

27. In base a quanto indicato nel "Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche" della Gara Servizi n. 1/2019 con riguardo al conglomerato bituminoso per gli strati di usura semidrenante, il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato è quantificabile in circa 2 ore⁴³. Le informazioni fornite dall'associazione SITEB in merito alle temperature di produzione e posa del conglomerato bituminoso (e di dispersione termica)⁴⁴ confermano un tempo massimo intercorrente tra la produzione e la posa in opera del conglomerato bituminoso di almeno 2 ore⁴⁵, laddove SITEB ha poi quantificato in un'ora e mezza il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato⁴⁶. In senso analogo, anche Impresa Bacchi (in sede di audizione) ha individuato "il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto autostradale [...] in circa 2 ore di percorrenza" e "il tempo ottimale [...] in 1 ora circa"⁴⁷. Milano Serravalle ha osservato che un tempo di trasporto del conglomerato nell'ordine di un'ora e mezza (cui aggiungono i tempi di carico e scarico) risulta corretto anche rispetto all'esperienza della stazione appaltante⁴⁸.

28. Itinera e Sintexcal hanno invece quantificato (in sede di audizione) in solo 1 ora il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la posa in opera del conglomerato bituminoso⁴⁹. Si tratta tuttavia di un tempo massimo non compatibile con le dichiarazioni delle imprese in merito ai dati di: i) distanza mediamente percorsa dai camion con

⁴¹ [DOC359.]

⁴² [DOC336 (Itinera: "si tratta di una tecnica di produzione del conglomerato bituminoso che la società utilizza poco"); DOC337 ("Impresa Bacchi è in grado di produrre, e ha prodotto, anche tale tipologia di conglomerato. Si tratta, tuttavia, di un tipo di prodotto che non ha le stesse caratteristiche prestazionali del conglomerato tradizionale a "caldo" e che, inoltre, non può essere utilizzato come conglomerato drenante, laddove il conglomerato drenante costituisce circa l'80% del conglomerato richiesto dalle concessionarie autostradali per la pavimentazione autostradale, tra cui anche la concessionaria Milano Serravalle Milano Tangenziali S.p.A."); DOC338 (Sintexcal: "si tratta di una tecnica di produzione del conglomerato bituminoso che richiede specifiche caratteristiche e componenti degli impianti di produzione cui la Società non dispone (se non su un singolo impianto) e che si tratta di un tipo di prodotto che la società utilizza poco. Per quanto a conoscenza di Sintexcal, il conglomerato a "tiepido" è poco utilizzato anche dalle altre imprese attive nella produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione autostradale. Da un punto vista tecnico il conglomerato bituminoso a tiepido viene prodotto e successivamente posato a circa 30-40 gradi in meno rispetto a quello a caldo").]

⁴³ [Assumendo le temperature massime e minime, rispettivamente, di produzione e stesa del conglomerato bituminoso di cui al il "Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche" §13.4 (cfr. nota 36) e una perdita di temperatura media di 15 gradi ora (laddove peraltro i lavori di manutenzione autostradale sono realizzati, come visto, prevalentemente in estate quando la dispersione termica è minima, cfr. DOC337, DOC347 e DOC338).

temperatura produzione massima	temperatura posa minima	perdita calore oraria	delta gradi tra produzione e posa	calcolo del tempo produzione e posa in minuti
180	150	15	30	120

Le temperature di produzione e posa del conglomerato indicate nel capitolato speciale della Gara Servizi n. 1/2019 risultano peraltro analoghe a quelle indicate nei capitolati speciali delle procedure di gara ASPI per i medesimi servizi di manutenzione della pavimentazioni autostradali (DOC423, All. 1.1 e 2.2: "La temperatura del conglomerato bituminoso all'impianto [...] deve essere al massimo di 180°; la temperatura del conglomerato all'atto della stesa [...] deve risultare non inferiore a 140°").]

⁴⁴ [SITEB ha, in particolare, indicato che "Generalmente diciamo che un conglomerato bituminoso tradizionale viene prodotto ad una temperatura di 170-180°C; quando viene posto in opera la temperatura minima non dovrebbe essere inferiore a 130-140°C per essere compattato correttamente. La dispersione termica del materiale su un bilico coperto mediamente è di circa 20°C/h. Per i conglomerati prodotti con bitume modificato (tra cui i drenanti) si richiedono temperature di circa 15°C più elevate sia in produzione che alla stesa".]

⁴⁵ Si vedano i dati in tabella:

temperatura produzione massima	temperatura posa minima	perdita calore oraria	delta gradi tra produzione e posa	calcolo del tempo tra produzione e posa in minuti
180	130	20	50	150

⁴⁶ ["[...] Per quanto attiene il tempo massimo che può intercorrere tra la produzione del conglomerato e la sua posa in opera generalmente si considera 1 ora max 1,5 ore, non oltre" (DOC347). Cfr. anche DOC420.]

⁴⁷ [Impresa Bacchi ha affermato che "il conglomerato a caldo è prodotto a circa 160-170 gradi e perde circa 10 gradi all'ora, su temperature esterne medie. Da un punto di vista tecnico, quindi, il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto autostradale è generalmente individuato in circa 2 ore di percorrenza, nell'ambito delle quali il conglomerato bituminoso rimane nell'ambito della lavorabilità. Il tempo ottimale è individuabile in 1 ora circa" (DOC337).]

⁴⁸ [DOC359.]

⁴⁹ [Itinera: "la durata sopra indicata in 1 ora, [...] è quella massima teorica necessaria affinché il conglomerato bituminoso non perda le sue caratteristiche necessarie, senza le quali il conglomerato stesso non potrebbe più essere utilizzato, necessitando il suo smaltimento e nuova produzione. Pertanto, nell'arco temporale di 1 ora, occorre che si esauriscano, oltre al trasporto, anche lo scarico del materiale in situ e le operazioni per la sua stesa" (DOC336); Sintexcal: "da un punto di vista tecnico, il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto è generalmente individuato in circa 1 ora dal momento in cui viene prodotto. Questo limite tecnico è dovuto al fatto che il conglomerato bituminoso deve essere posato a determinate temperature: il conglomerato bituminoso è prodotto in consegna all'impianto a 160-170 gradi e deve essere posato a una temperatura non inferiore a 150 gradi, laddove la perdita di calore, al variare delle condizioni atmosferiche, oscilla tra i 20 e i 30 gradi l'ora" (DOC338 e DOC423). Itinera ha successivamente (in occasione delle memorie finali) osservato che in prossimità del limite temporale di circa un'ora e mezza (intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato) sussistono elevati rischi relativi ad una cattiva qualità della stesa e della compattazione del conglomerato. (DOC427).]

bilico in autostrada, quantificata da Itinera in 80-100 km⁵⁰ e da Sintexcal in 70-80 km⁵¹; ii) velocità media effettiva dei camion con bilico⁵² e iii) presenza di tempi di carico e scarico⁵³; dati questi che porterebbero ad individuare, un tempo massimo intercorrente tra la produzione e la posa del conglomerato (non di 1 ora ma) di più di 2 ore per Sintexcal⁵⁴ e tra un'ora e mezza e oltre 2 ore per Itinera⁵⁵.

29. Quanto al limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso nel contesto dei servizi di manutenzione autostradale (realizzati di notte in condizioni di traffico ridotto e con tracciati di percorrenza dei camion prevalentemente in autostrada), come sopra visto, Sintexcal e Itinera hanno indicato in occasione delle audizioni distanze massime percorribili dai camion con bilico (dall'impianto al luogo di stesa) nell'ordine di 70-80 km⁵⁶ e 80-100 km⁵⁷. Considerando un tempo di carico/scarico di circa 25 minuti⁵⁸ si ha effettivamente che: i) una distanza massima di circa 70-80 km risulta compatibile con un tempo tra posa e stesa di circa 1 ora e mezza e una velocità di trasporto media nell'ordine di 65-75 km/h; e ii) una distanza massima di circa 90-100 km risulta compatibile con un tempo tra posa e stesa di circa 2 ore e una velocità di trasporto nell'ordine di 60-65 km/h⁵⁹.

30. In base alle evidenze complessivamente raccolte in sede istruttoria, il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato bituminoso può quindi essere ragionevolmente individuato tra 1 ora e mezza e 2 ore e la corrispondente distanza di trasporto massima del conglomerato bituminoso almeno nell'ordine di 90 km⁶⁰.

31. Dalle informazioni trasmesse dalla stazione appaltante e dalle risposte alle richieste di informazioni delle imprese attive nel settore è emersa la presenza di numerosi impianti per la produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione stradale e autostradale nei territori attraversati dalle tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle, anche di imprese terze rispetto alle parti⁶¹. Le imprese titolari di impianti per la produzione di conglomerato sono di regola disponibili anche per la fornitura a terzi del conglomerato bituminoso⁶².

⁵⁰ [Itinera: "da un punto di vista tecnico, il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto è generalmente individuato in circa 1 ora di percorrenza, che corrisponde ad una distanza di circa 80-100 km in autostrada [...] (DOC336).]

⁵¹ [Sintexcal: "In media risulta economica la percorrenza di 70-80km" (DOC35) e "non è possibile utilizzare impianti che si collochino ad una distanza superiore agli 80 km rispetto al luogo interessato manutenzione" (enfasi e sottolineato in originale, DOC423).]

⁵² [Quantificata come da Itinera in circa 50 km/h su strade extraurbane e circa 75 km/h in autostrada (DOC427); da Sintexcal in circa 45-50 km/h (in sede di audizione e memorie finali, DOC338 e DOC423) e in [75-80] km/h per il Ciclo Extraurbano e [45-50] Km/h per il Ciclo Urbano (nelle "schede di analisi" dei prezzi inviate alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta nelle Gara Servizi n. 1/2019, DOC312). Impresa Bacchi ha al riguardo osservato che la velocità di trasporto "per evidenza empirica non si attesta sempre sugli 80 km/h" e ha prodotto la risposta di SITEB a una richiesta di informazioni di Impresa Bacchi sul tempo di trasporto del conglomerato bituminoso (in genere), nella quale SITEB osserva che "la velocità media [dei camion con bilico] si aggira sui 50-55 km/ora" evidenziando tuttavia come ci sono poi notevoli differenze "tra cantiere a cantiere, tra territorio pianeggiante o montuoso, oppure tra strade veloci o strade lente" e che "molto dipende anche dal tipo di traffico che si incontra nelle varie ore del giorno" (DOC420): nel caso di specie, in cui i lavori di manutenzione ordinaria sono realizzati in autostrada e in orario notturno in una situazione di traffico molto ridotto, con impianti delle parti tutti localizzati in aree extraurbane in prossimità di ingressi in tangenziale/autostrada, la velocità media è quindi certamente superiore a quella di 50-55 km ora indicata SITEB. Il limite massimo di velocità dei camion con bilico è di 70 km/ora sulle strade extraurbane e 80 km/ora in autostrada.]

⁵³ [Individuati da Sintexcal (con riguardo a due singoli "casi") in 19 e 35 minuti (DOC423) e da Itinera in circa 25 minuti (DOC427).]

⁵⁴ Si veda il "tempo tra produzione e posa in minuti" di cui all'ultima colonna della tabella, calcolato a partire dai dati di distanza, velocità e tempo medio di carico/scarico indicati da Sintexcal (DOC338 e DOC423):

distanza massima in km	velocità media in km/h	tempo carico/scarico	calcolo del tempo trasporto in minuti	calcolo del tempo tra produzione e posa in minuti
80	47,5	27	101	128

⁵⁵ Si veda il "tempo tra produzione e posa in minuti" di cui all'ultima colonna della tabella, calcolato a partire dai dati di distanza, velocità e tempo medio di carico/scarico indicati (DOC336 DOC427):

distanza massima in km	velocità in km/h	tempo medio carico/scarico	calcolo del tempo trasporto in minuti	calcolo del tempo tra produzione e posa in minuti
tra 80 e 100	tra 50 e 75	25	tra 64 e 120	tra 89 e 145

⁵⁶ [DOC35. Dichiarazione poi ribadita anche nelle memorie finali (DOC423 cit.).]

⁵⁷ [DOC336.]

⁵⁸ [In linea con quanto indicato da Itinera (circa 25 minuti DOC427), SITEB (25-30 minuti, DOC420) e da Sintexcal (19-35 minuti, DOC423)]

⁵⁹ [Si tratta di dati di velocità in linea con quelli indicati dalle parti e anche ampiamente inferiori al limite di velocità massimo di 80 km/h dei camion con bilico in autostrada (dove avviene in prevalenza il trasporto del conglomerato bituminoso per la manutenzione autostradale).]

⁶⁰ [Si tratta di una valutazione conservativa e in linea con il complesso delle informazioni raccolte in sede istruttoria, considerato che in una 1 ora e 45 minuti circa (tolto 25 minuti per il carico scarico) ad una velocità media di circa 68 km orari si percorrono 90 km. Si vedano anche i calcoli in ultimo prodotti da Itinera che confermano come in circa 1 ora e mezza (1,40) risulta ordinariamente percorribile una distanza di circa 90 km (86 km, ad una velocità media di 69 km/h), DOC427.]

⁶¹ [La stazione appaltante ha, in particolare, prodotto un elenco di impianti di produzione di conglomerato bituminoso ritenuti compatibili con la partecipazione alla gara: si tratterebbe di 18 impianti, la cui proprietà è attribuibile a 15 imprese tra cui anche Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi (DOC6).]

32. Le parti hanno indicato di avvalersi anche di forniture di conglomerato da impianti di soggetti terzi con riguardo ai lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulle tratte autostradali maggiormente distanti dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso e che è altresì prassi del settore indicare nelle relazioni tecniche a supporto dell'offerta anche impianti di produzione di conglomerato bituminoso di imprese terze (che è poi plausibile, ma non necessariamente detto, siano utilizzati in sede di esecuzione dell'appalto⁶³). Anche la stazione appaltante Milano Serravalle ha confermato che è prassi per gli operatori del settore fare ricorso a impianti di produzione del conglomerato bituminoso e forniture di conglomerato bituminoso di imprese terze per partecipare a procedure di appalto di lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, con cantieri d'esecuzione dei lavori anche distanti dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso⁶⁴.

33. La domanda delle attività di manutenzione autostradale è rappresentata dalle concessionarie autostradali cui si applica il d.lgs. 50/2016 (codice dei contatti pubblici) e, anche alla luce delle previsioni di cui all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici, le concessionarie, quando si rivolgono a imprese terze per l'affidamento dell'appalto delle attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, realizzano procedure di gara pubblica⁶⁵, di regola qualificate come

Le risposte alle richieste di informazioni inviate a 14 imprese concorrenti delle parti che avevano partecipato alle precedenti procedure di gara per la manutenzione autostradale indette da Milano Serravalle nel 2016 confermano la presenza di numerosi impianti per la produzione di conglomerato bituminoso idoneo alla pavimentazione autostradale, con particolare riguardo al territorio della regione Lombardia, dove risultano prevalentemente localizzate le imprese destinatarie della richiesta di informazioni. Risulta infatti che 12 delle 13 imprese che hanno risposto hanno la disponibilità di uno o più impianti per la produzione di conglomerato bituminoso idoneo alla pavimentazione autostradale (DOC293-297, DOC300-305, DOC309, DOC313).

Anche le risposte delle parti in ordine alle procedure di gara per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali partecipate dalle società nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna) confermano la presenza di numerosi impianti di terzi anche nei territori attraversati dalle tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle.

Impresa Bacchi ha, ad esempio, indicato la disponibilità di vari impianti di terzi per la fornitura di conglomerato (anche esterni all'eventuale RTI). Si tratta di Boccenti Giovanni & figli srl (PC), Centro Bitumati 2000 srl (BG), Emiliana conglomerati spa (RE, PR e PC), Franzosi Cave Srl (AL), C.M. Strade srl (AT), S.a.m. spa (CN), Cave Germaire spa (TO), Beton Candeo Srl (VC), Portalupi Carlo spa (AL), I.c.e.s. srl (UD), nonché di Sintexcal e Itinera (DOC306 e DOC311).

In senso analogo, Sintexcal ha indicato quali imprese titolari di impianti per la fornitura di conglomerato le seguenti: Italmixer srl (VR), Asfalti Legnago srl (VR), Soave Edilstrade srl (VR), Emiliana Conglomerati spa (RE, PR e PC), Turchi Cesare srl (MO), Co-ba Conglomerati Barberinense srl (FI), Superbeton spa (PD), Asfalti busco 1 srl (RO), Icr srl (FC), Cooperativa Trasporti Imola srl (BO), Socob Cesena srl (FC), Boscarini Costruzioni srl (PU), Costruzioni nasoni srl (PU), Incobit sud srl (AN), Adriatica bitumi srl (FG), Asfaltermo srl (PE), Conglomeratidue s.r.l. (PE), Appalti Engineering srl (CH), Tecnoasfalti srl (BO), Marinelli Umberto srl (CH), Centro Bitumati 2000 srl (BG), Sip spa (PR), Tra.ma srl (TO), Ecobit strade srl (GE), Co.ma.c. srl (GE), Genova bitumi srl (GE), Vaccari Antonio Giulio spa (VI), Brillada Vittorio & C. snc (TO), Massano srl (CN), S.a.m. spa (CN), Allara spa (AL) Cava San Pietro snc (GE), Cave Marchisio spa (SV), Movibit srl (AL), Icosse spa (CN), N.G.F. srl (AL), Pavitecna srl (GE) Giudici spa (BG), Civelli costruzioni srl (VA), Sangalli spa (BG), Ets srl (VC), Co-bit conglomerati bituminosi spa (VA), Impianti Cave Romagna srl (RN), Costruzioni Stradali B.g.f. srl (AO), So.ge.co. srl (TO), Bitux spa (TO) Cave Druento srl (TO), Beton Candeo srl (VC), Sogno fratelli e figli srl (VC), Impresa de Giuliani srl (NO), C.e.s.i.a.f. srl (AL), Itinera e Impresa Bacchi (DOC307).

Anche Itinera ha indicato di avere fatto ricorso alla fornitura di conglomerato di imprese terze per realizzare le commesse, si tratta delle imprese: Emiliana conglomerati s.p.a. (RE, PR e PC), Ets s.r.l. (VC), Sintexcal, Interstrade (acquisita da Itinera nel 2018), Impresa Bacchi (DOC308). In occasione della partecipazione di Itinera a una gara ASPI del 2017 per lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali Itinera ha indicato di avere la disponibilità di una serie di impianti di terzi per la produzione del conglomerato bituminoso: Sip s.p.a. (PR), Musi Armando e Figlio s.r.l. (PR), Boccenti Giovanni & Figli s.r.l. (PC), Interstrade, Panni s.r.l. (BS), SB Project s.r.l. (BG), Centro Bitumati 2000 s.r.l. (MI), Cobit s.p.a. (VA), Sintexcal (DOC341).]

⁶² [Cfr. nota sopra e DOC306, DOC311, DOC307 e DOC308.]

⁶³ [DOC 336, DOC337 e DOC338. Itinera ha precisato altresì che "la procedura interna prevede il ricorso all'ufficio acquisti e, in funzione delle necessità produttive, si procede all'acquisizione di forniture di conglomerato da impianti di terzi. [...] i lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulla autostrada A7 (oggetto della Gara servizi n. 1/2019 di cui al procedimento I845), così come quelli relativi all'autostrada A4 Milano-Torino e alla A33 Asti Cuneo, sono svolti facendo ricorso solo a impianti di proprietà. Per le altre tratte (infragruppo e non) vi può essere anche il ricorso a forniture di conglomerato da impianti di terzi. Ciò avviene in particolare per le aree di Piacenza e Parma" (DOC336); Sintexcal ha invece osservato che "per poter partecipare ad un appalto per la pavimentazione autostradale è necessario disporre di capacità produttiva idonea a rifornire di conglomerato tutte le tratte interessate dall'appalto: pertanto, le stazioni appaltanti richiedono la disponibilità, che non corrisponde al subappalto, di più impianti produttivi, in grado di soddisfare la domanda per la realizzazione della commessa. Ad esempio, nel caso della A26 che ha un tracciato molto lungo che va dalla Liguria all'alto Piemonte, Sintexcal pur disponendo di due impianti produttivi in provincia di Torino (Torino e Piobesi Torinese) e uno a Cavaglià non riesce comunque a coprire in autonomia tutte le tratte e la capacità produttiva richiesta dalla stazione appaltante. In contesti di questo tipo quindi Sintexcal può decidere di partecipare in RTI all'appalto o chiedere la disponibilità di impianti di terzi per soddisfare le richieste della stazione appaltante. [...] più in generale, nelle gare per la pavimentazione autostradale sia una prassi del settore indicare nelle relazioni tecniche a supporto dell'offerta anche impianti di produzione di conglomerato autostradale di imprese terze. [...] è poi plausibile, ma non necessariamente detto, che in sede di esecuzione dell'appalto si ricorra all'utilizzo effettivo degli impianti dei terzi indicati nell'offerta" (DOC338); Impresa Bacchi ha rilevato che: "[...] ad esempio, che nel caso della procedura di gara ASPI in cui il tronco autostradale interessava la tratta da Parma fino a Varese e Bergamo, non riuscendo a raggiungere distanze così lontane tramite il trasporto del conglomerato dal proprio impianto si è deciso di partecipare in RTI con altre imprese per soddisfare l'appalto. Un altro esempio sono gli appalti per la pavimentazione aeroportuale di Linate e Malpensa. In questo caso Impresa Bacchi ha una localizzazione molto favorevole dell'impianto rispetto all'aeroporto di Linate e, se l'intervento è di notte, ha la possibilità di approvvigionare in autonomia il conglomerato anche per l'aeroporto di Malpensa. Impresa Bacchi ha comunque preso accordi anche con imprese terze (costituendo una RTI con Itinera) in modo da avere una disponibilità ulteriore di conglomerato per soddisfare la commessa con riguardo all'aeroporto di Malpensa" (DOC337).]

⁶⁴ [DOC359. Milano Serravalle ha al riguardo altresì precisato che anche "la localizzazione dei mezzi di produzione [per la fresatura e la posa del conglomerato] non costituisce un impedimento [alla partecipazione a procedure di gara anche distanti dalla propria sede produttiva], considerato che si possono comunque spostare in un deposito o parcheggio prossimo al cantiere/cantieri dove via via sono eseguiti i lavori".]

⁶⁵ [DOC336, DOC337, DOC338. Sintexcal ha anche osservato che nei territori delle regioni Lombardia e Piemonte "la domanda di servizi di pavimentazione autostradale è sempre stata abbondante e che il mercato si è ulteriormente aperto a seguito della modifica dell'art. 177 del codice dei contratti (nel gennaio 2016), con l'innalzamento dal 60% all'80% della quota di lavori, servizi e forniture che le concessionarie autostradali sono obbligate ad esternalizzazione a terzi con procedure di evidenza pubblica" (DOC338).]

gare per l'affidamento di lavori. La prassi di settore di qualificare le procedure di affidamento delle attività di manutenzione delle pavimentazioni stradali bandite dalle concessionarie autostradali (tra cui anche Autostrade per l'Italia S.p.A.) come appalti di lavori (piuttosto che di servizi) emerge in particolare anche dalle informazioni trasmesse dalle parti in ordine alle gare per la manutenzione di pavimentazioni autostradali partecipate da Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel triennio 2018-2020 nel territorio del Nord Italia⁶⁶.

34. Le imprese attive a livello nazionale o pluriregionale nella manutenzione delle pavimentazioni autostradale sono individuabili in un numero limitato di imprese medio grandi, cui si affiancano imprese di minori dimensioni prevalentemente attive a livello locale⁶⁷. Il settore risulta essersi concentrato dal 2016 ad oggi⁶⁸.

35. Nel territorio interessato dalla gara oggetto del presente procedimento (regioni Lombardia e Piemonte), e più in generale nel nord-Italia, le principali imprese concorrenti sono individuabili in Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, parti del procedimento, cui si affiancano diverse imprese di minori dimensioni⁶⁹. In particolare, Itinera è il principale operatore del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali⁷⁰, a livello sia nazionale sia del nord-Italia, con un'area di attività estesa ai territori delle regioni Piemonte, Lombardia, Liguria e Emilia-Romagna (quest'ultima limitatamente a Parma e Piacenza)⁷¹; Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori a livello nazionale e tra i primi tre nella regione Lombardia⁷², con un'area di operatività che interessa il territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio⁷³; l'area di attività di Impresa Bacchi interessa le regioni Piemonte, Lombardia e Emilia-Romagna⁷⁴.

B. La Gara Servizi n. 1/2019

36. La Gara Servizi n. 1/2019 era articolata su tre lotti funzionali e prestazionali, di analogo valore a base d'asta (circa 9,8 milioni di euro "a misura"⁷⁵, con durata dell'appalto di 36 mesi), distinti in base alle diverse tratte autostradali della rete in concessione a Milano Serravalle⁷⁶. In maggior dettaglio, i servizi di manutenzione delle pavimentazioni stradali che hanno formato oggetto di appalto consistono in: *i)* fresatura di massicciata stradale eseguita con mezzi meccanici; *ii)* stesa di conglomerati bituminosi; *iii)* segnaletica stradale orizzontale; *iv)* segnaletica di cantiere⁷⁷.

⁶⁶ [DOC306, DOC311, DOC307 e DOC308.]

⁶⁷ [Itinera: "si tratta di un settore molto specializzato in cui operano poche imprese" (DOC336); Impresa Bacchi: "le imprese che svolgono attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali devono disporre di un particolare know how, anche considerata la necessità di svolgere gli interventi con modalità operative, in grado di assicurare sia la qualità che la sicurezza dei lavori" (DOC337); SITEB: "Il lavoro in autostrada tuttavia richiede una maggior organizzazione d'impresa e adeguate attrezzature anche per operare di notte" (DOC347). Cfr. anche DOC306, DOC311, DOC307, DOC308, DOC312, DOC323.]

⁶⁸ [Itinera: "la situazione e la struttura dell'offerta è mutata dal 2016 ad oggi, risultando il settore più concentrato in ragione del fatto che numerose imprese, sia medie sia piccole, attive nell'offerta di servizi/lavori di pavimentazione autostradale hanno cessato l'attività" (DOC336).]

⁶⁹ [Itinera: "nel territorio [regioni Lombardia, Piemonte, Liguria e Emilia Romagna (area di Parma e Piacenza) dove opera Itinera] le imprese attive sono di fatto solo Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e un operatore di minori dimensioni (Vitali) [...] (DOC336); Impresa Bacchi: "le imprese attive nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali non sono molte e che i principali concorrenti di Impresa Bacchi sono individuabili in Itinera, Sintexcal e, in misura minore, Vitali. Rispetto a Impresa Bacchi sia Itinera che Sintexcal hanno una dimensione e una capacità logistica maggiore. Vitali, pur avendo dimensioni anche maggiori rispetto a Impresa Bacchi, non aveva tuttavia i requisiti di esperienza pregressa per partecipare alla Gara n 1/2019, laddove inoltre, come detto, il know how per svolgere lavori in autostrada è diverso da quello dei lavori stradali e va oltre alla sola disponibilità tecnica di mezzi e impianti idonei alla pavimentazione autostradale" (DOC337); Sintexcal: "le imprese più strutturate che operano nel territorio [del nord-Italia] che fa perno su Milano sono - oltre a Sintexcal, Impresa Bacchi e Itinera - Favini, Sangalli, Colombo Severo, Milesi, Vitali e Civelli" e che nel territorio del nord Italia vi sono "diversi concorrenti" tra cui "Superbeton, Preve Costruzioni (nel nord ovest) e Frantoio Fondovalle, Cooperativa Braccianti Riminese e Pesaresi Giuseppe (queste ultime verso l'Emilia). È un mercato non molto concentrato in cui sono 5 o 6 gli operatori maggiori" (DOC338).]

⁷⁰ [Itinera: "Itinera è, in particolare, l'impresa di maggiori dimensioni per questo tipo di attività, sia nelle richiamate regioni sia nel contesto nazionale [...] l'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali è importante per Itinera anche in relazione alle attività svolte in favore delle concessionarie autostradali del gruppo di riferimento ASTM, oltre che come attività svolta nei confronti di concessionarie terzi in esito a procedure di gara" (DOC336).]

⁷¹ [DOC336. In occasione dell'attività ispettiva Itinera ha in senso analogo rilevato che "con riguardo ai servizi di manutenzione ordinaria autostradale, Itinera partecipa a gare solo nel Nord Italia (Lombardia, Piemonte, Liguria e parte dell'Emilia Romagna)" (DOC120).]

⁷² ["A livello nazionale, Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori (insieme a Pavimental, Itinera, Grigolin/Superbeton), mentre a livello regionale in Lombardia rientra tra le prime tre imprese del settore" (DOC35). Si osserva in questo contesto che Pavimental opera solo a favore della concessionaria del gruppo di riferimento Autostrade per l'Italia S.p.A. ("ASPI").]

⁷³ [DOC338.]

⁷⁴ [DOC337.]

⁷⁵ [In particolare, all'art. 8 del Capitolato Speciale era previsto che "tutti i servizi suscettibili di misurazione saranno valutati con le norme di cui al presente capitolato e compensati a misura con i prezzi unitari previsti in elenco prezzi contrattuali, al netto del ribasso offerto dall'impresa", DOC369.]

⁷⁶ [LOTTO A: Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sulle Tangenziali Est A51 e Nord A52 di Milano e pertinenze; LOTTO B: Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull'Autostrada A7, raccordo e pertinenze; LOTTO C: Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sulla Tangenziale Ovest A50 di Milano e pertinenze.]

⁷⁷ [Della procedura è stato dato avviso grazie alla pubblicazione del bando in G.U.U.E. l'11 febbraio 2019 e in G.U.R.I. il 13 febbraio 2019, nonché sul sito della committente e su due testate giornalistiche nazionali.]

37. La procedura prevedeva, tra l'altro:

- a) un vincolo di aggiudicazione al massimo di un solo lotto dei tre messi a gara⁷⁸;
- b) la richiesta di indicare già in sede di offerta la ragione sociale della eventuale terna di subappaltatori (ai sensi della disciplina al tempo vigente ex articolo 105, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016)⁷⁹;
- c) l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 30 punti per l'offerta economica e 70 punti per l'offerta tecnica);
- d) requisiti di capacità economico-finanziaria individuati in: i) un fatturato specifico medio annuo nel settore oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi tre esercizi, non inferiore a circa 3,3 milioni euro; ii) l'esecuzione di un servizio analogo a quello oggetto di affidamento, su autostrade e strade extraurbane principali, per un importo minimo pari al 30% della base d'asta; in caso di partecipazione a più lotti, l'operatore doveva dichiarare e comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria solo per il lotto di importo maggiore⁸⁰;
- e) la richiesta, nel contesto dei requisiti di capacità tecnica e professionale, della disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso (con assenza di divieto di produzione in orario notturno) e della disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e di stesa (finitrice e rullo)⁸¹ (con requisiti invariati in caso di partecipazione a più lotti).

38. Nella tabella che segue è riportato l'esito della procedura in termini di partecipanti, ribassi presentati in sede di offerta economica, punteggio economico e tecnico attribuito, impresa aggiudicataria e dichiarazioni in merito alle imprese subappaltate, con riguardo a ciascuno dei tre lotti a gara (cfr. Tabella 2).

⁷⁸ *[Nel disciplinare di gara era al riguardo indicato che "Considerato che il periodo di esecuzione delle attività manutentive può essere il medesimo per ogni lotto funzionale, con possibile coincidenza temporale, si evidenzia che il numero massimo di lotti che Milano Serravalle aggiudicherà al medesimo operatore economico è 1. In caso di conseguimento del miglior punteggio in due o più lotti, l'operatore economico si aggiudicherà solo quello di maggior importo a base di gara". La stazione appaltante si riservava la facoltà di aggiudicare più lotti a una medesima impresa, per il caso in cui il medesimo operatore economico fosse risultato il primo in graduatoria per più lotti e l'unico concorrente in gara (DOC1). Cfr. anche DOC8, laddove la stazione appaltante ha precisato, con riguardo al limite di aggiudicazione di un solo lotto, che questo ha il vantaggio di "evitare che l'impresa non riesca a rispettare i tempi di intervento imposti dal capitolato e/o dalle offerte presentate in sede di gara in casi di interventi simultanei su più tratte; laddove l'aggiudicatario infatti è il medesimo su tratte diverse e la Stazione Appaltante richiede interventi manutentivi contestuali le imprese hanno mostrato in passato difficoltà a rendere la prestazione".]*

⁷⁹ *[All'art. 9 ("Subappalto") del disciplinare di gara si legge "L'operatore economico indica all'atto dell'offerta le parti del servizio che intende subappaltare o concedere in cottimo nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto, in conformità a quanto previsto dall'art. 105 del Codice; in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato. L'operatore economico è tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascun Lotto al quale intende partecipare. Non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per l'operatore economico, il divieto di subappalto:*

- l'omessa dichiarazione della terna;
- l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre;
- l'indicazione di un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara.

È consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti.

L'operatore economico indica, ai sensi dell'art. 105 comma 6 del Codice, una terna di subappaltatori con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea" (grassetto in originale).

All'art. 14.2 ("Documento di gara unico europeo") del disciplinare di gara era inoltre richiesto, in caso di ricorso al subappalto, il deposito in sede di offerta anche del DGUE (Documento di Gara unico Europeo) a firma del subappaltatore (ciascun soggetto che compila il DGUE doveva inoltre redigere e compilare nel Portale della stazione appaltante una dichiarazione integrativa in odine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti).]

⁸⁰ *[Cfr. l'art. 7.2.2 del disciplinare ("Requisiti di capacità economica e finanziaria").]*

⁸¹ *[Cfr. art. 7.3 del disciplinare ("Requisiti di capacità tecnica e professionale").]*

Tabella 2 – Gara Servizi n. 1/2019

Lotto	Importo base*	Partecipanti	Ribasso	Punteggio economico	Punteggio tecnico	Aggiudicatario	Subappalti
LOTTO A A51/A52 tangenziali est e nord	9,85 milioni di euro	Sintexcal	22,93%	30/30	63/70	Sintexcal	- Fresatura: Itinera, Impresa Bacchi , Tecnofrese, Cogeis - Stesa conglomerati: Itinera, Impresa Bacchi , Tecnofrese, Cogeis - Segnaletica cantieri: Ots-on the street, Consorzio Servizi Eurojob, Sanguglielmo - Segnaletica stradale: Consorzio Servizi Eurojob; Se.Str, Sias
LOTTO B A7	9,80 milioni di euro	Itinera	20,00%	30/30	70/70	Itinera	- Fresatura: Sintexcal , Tecnofrese e Italfrese - Stesa conglomerati: Sintexcal, Impresa Bacchi , Cogepi - Segnaletica cantieri: Ots-on the street, Consorzio Servizi Eurojob, Sanguglielmo - Segnaletica stradale: SEA, Se.Str, Eurostrade
LOTTO C A50 tangenziale ovest	9,75 milioni di euro	Impresa Bacchi	25,65%	30/30	68/70	Impresa Bacchi	- Fresatura: Itinera, Sintexcal , Tecnofrese - Stesa conglomerati: Itinera, Sintexcal , Tecnofrese - Segnaletica cantieri: Ital Sem, Simos, Sanguglielmo - Segnaletica stradale: Ital Sem, Simos, Sanguglielmo

* Comprensivo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC1 e DOC4.

C. Le evidenze acquisite con riferimento alle condotte delle parti nella Gara Servizi n. 1/2019

39. Gli elementi informativi acquisiti in ordine alla Gara Servizi n. 1/2019 evidenziano significative anomalie nelle modalità di partecipazione alla procedura da parte di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, sintomatiche della presenza di una concertazione illecita tra le parti, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo.

40. Come meglio approfondito nei paragrafi che seguono, le evidenze fattuali acquisite in sede istruttoria dimostrano che:

- le tre imprese hanno partecipato ciascuna ad un unico e differente lotto nonostante avessero la possibilità - sotto il profilo tecnico logistico e economico di ordinaria attività - di svolgere le attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, e di presentare offerte in concorrenza su più lotti a gara;
- la decisione di dichiarare subappalti reciproci tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ha consentito alle tre imprese di avere una trasparenza *ex ante* con riguardo alle condotte che le medesime tre imprese intendevano tenere nella partecipazione ai tre lotti a gara e, di fatto, assicurato che non vi sarebbero state offerte in concorrenza tra le tre imprese in nessuno dei lotti;
- esistevano valide e numerose imprese terze alternative a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ai fini delle dichiarazioni di subappalto;
- nessuna delle tre imprese aggiudicatrici - Impresa Bacchi, Itinera e Sintexcal - ha poi, in concreto, attivato e fatto ricorso ai servizi in subappalto delle altre due imprese;
- i ribassi economici offerti dalle tre imprese sono risultati significativamente inferiori rispetto ai ribassi relativi alle offerte aggiudicate nelle precedenti e analoghe procedure di gara indette da Milano Serravalle (nel 2016 e nel 2013), collocandosi peraltro in un range contenuto;
- le offerte tecniche relative alla sostituzione del conglomerato presentate dalle tre imprese sono risultate identiche per due delle tre imprese o comunque di entità analoga sui tre lotti;
- quanto al requisito di disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato bituminoso, le tre imprese partecipanti hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre al proprio/propri impianto/i anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura.

41. L'attività istruttoria ha altresì evidenziato la presenza di un anomalo comportamento collaborativo tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e di ripetuti contatti tra le tre imprese, sia nel periodo rilevante intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per presentare le offerte sia successivamente, anche al fine dell'interazione con la stazione appaltante Milano Serravalle. Le evidenze acquisite riguardano, in particolare:

- la presenza di numerosi incontri e contatti tra le tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - nel periodo rilevante per la definizione delle strategie di partecipazione alla gara, intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per presentare le offerte;
- la modifica da parte di Itinera, in tale periodo, della propria strategia iniziale di partecipazione alla gara, che prevedeva la presentazione di una offerta per tutti e tre i lotti a gara, piuttosto che per uno solo dei lotti a gara (come poi avvenuto);
- la collaborazione tra le imprese ai fini della verifica con la stazione appaltante di poter soddisfare - ciascuna individualmente - i requisiti di partecipazione alla gara (ante presentazione delle offerte);
- la concertazione delle condotte da tenersi nei confronti della stazione appaltante anche successivamente alla presentazione delle offerte (con riguardo alle giustificazioni di non anomalia delle offerte e ai costi della sicurezza).

1. Le modalità di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019

a) Sulla partecipazione ad uno solo dei lotti a gara e sugli impianti di produzione del conglomerato

42. La Gara Servizi n. 1/2019 è stata caratterizzata da un grado di partecipazione e concorrenza molto basso. Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi sono state le uniche partecipanti e hanno presentato offerta ciascuna per uno solo dei lotti a gara - senza sovrapporsi - risultando poi aggiudicatrici della procedura. Come si approfondirà in seguito, la decisione delle tre imprese di realizzare subappalti reciproci ha d'altronde consentito a ciascuna delle tre imprese di conoscere, *ex ante*, le condotte delle altre due imprese e escludere, di fatto, la possibilità per le tre imprese di presentare offerte in concorrenza per più di uno dei lotti a gara, assicurando la non sovrapposizione delle offerte.

43. Tutte e tre le imprese hanno affermato in sede ispettiva - e confermato in occasione delle successive audizioni - di avere deciso di presentare offerta solo per il lotto per il quale si trovavano nella condizione più favorevole sulla base di ragioni di convenienza economica e di vantaggio logistico in termini di vicinanza degli impianti di produzione del conglomerato bituminoso al luogo di esecuzione del servizio⁸².

44. L'attività istruttoria ha tuttavia evidenziato che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi: *i)* non limitavano e non limitano la propria area di operatività e di partecipazione concorrenziale alle gare per lavori di manutenzione in aree strettamente limitrofe ai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso; *ii)* disponevano, in ogni caso, di impianti propri a distanze inferiori o nell'ordine di 90 km rispetto a più di una delle tratte oggetto dei tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019; *iii)* avevano la possibilità di avvalersi, come è prassi del settore, anche di impianti di imprese terze.

45. Nei successivi paragrafi si riporteranno, in particolare, una serie di elementi in fatto circa:

⁸² [Cfr. IV.A Sulla presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara e sugli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso. Si osserva inoltre che tutte e tre le imprese erano in grado di presentare offerta su più lotti, avuto riguardo ai requisiti economici e finanziari, anche considerato che le regole di gara prevedevano che "In caso di partecipazione a più lotti, l'operatore economico dovrà dichiarare e successivamente comprovare il requisito relativo al lotto di importo maggiore" (laddove nel caso di specie i tre lotti avevano tutti importi analoghi, nell'ordine dei 9,8 milioni di euro), DOC1 (disciplinare).]

- l'area geografica di operatività delle tre imprese, come anche testimoniata dalle dichiarazioni di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e dalle informazioni relative alla partecipazione delle tre imprese ad altre gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel nord-Italia;
- i tempi di percorrenza dagli impianti delle parti alle tratte autostradali oggetto del servizio di manutenzione di cui ai tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019;
- la presenza di impianti di terzi per la produzione di conglomerato bituminoso di cui le imprese si sarebbero comunque potute avvalere;
- le condotte delle imprese in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 con riguardo alle dichiarazioni di disponibilità degli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso.

L'area geografica di operatività delle tre imprese e le evidenze relative alla partecipazione ad altre gare

46. Avuto riguardo all'area geografica di operatività di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, l'attività istruttoria ha evidenziato che tali imprese non limitano la propria area di operatività e di partecipazione concorrenziale alle gare ad un raggio di soli 70-80 km di distanza dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso (che corrisponde all'ipotesi più restrittiva di operatività tecnica degli impianti sostenuta dalle parti).

47. Itinera, come sopra visto, è una delle principali - se non la più rilevante impresa - attiva in Italia nel settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali ed opera efficacemente, come dalla stessa anche affermato, su un territorio multiregionale (Lombardia, Piemonte, Liguria e Emilia Romagna, quest'ultima limitatamente alle province di Parma e Piacenza)⁸³. Itinera ha al riguardo anche dichiarato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019, che *"La società esegue tutt'ora così come in passato interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A4 - A5 - A6 - A7 - A8 - A9 - A10 - A12 - A21 - A32 - A33 - A35). L'attuale dislocamento di cantieri condotti da ITINERA nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, e l'ubicazione dei propri magazzini (Tortona) e depositi temporanei (casello Bereguardo) lungo la tratta autostradale A7 Milano-Serravalle, risulta molto vantaggioso per i trasferimenti dei propri mezzi e personale in termini di tempo e costi, soprattutto nel caso di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di sostituzione delle risorse"* (sottolineato aggiunto)⁸⁴.

48. Anche Sintexcal è uno dei principali operatori nazionali del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali e ha indicato che l'operatività della società è estesa al territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio⁸⁵. In senso analogo, la società ha dichiarato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019, che *"Sintexcal si occupa di progettare, produrre, testare e costruire infrastrutture stradali in buona parte del territorio italiano [...] può contare su una rete capillare di siti produttivi [...] dispone di un ampio parco macchine "* e che *"controlla direttamente o tramite proprie controllate 11 impianti di produzione siti in Piemonte [3 impianti], Lombardia [2 impianti], Emilia Romagna [2 impianti], Marche [2 impianti] e Lazio [12 impianti]"*⁸⁶.

49. Quanto infine a Impresa Bacchi, la società ha indicato che l'area di attività dell'impresa interessa le regioni Piemonte, Lombardia e Emilia-Romagna⁸⁷ ed ha altresì dichiarato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che *"L'impresa è attualmente leader nel settore delle costruzioni infrastrutturali stradali, aeroportuali e ferroviarie"*, ricopre una *"posizione di rilievo nel contesto attuale del mercato nazionale"* e *"possiede una vasta attrezzatura e vanta un parco macchine di proprietà [...] che le consente di operare in modo autonomo in tutti i cantieri. Impresa Bacchi ha eseguito interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A1-A4-A7-A8-A9-A50-A52)"* (sottolineato aggiunto)⁸⁸.

50. La circostanza che le tre imprese siano tutte, storicamente e efficacemente, attive nel territorio delle regioni Lombardia e Piemonte - interessato dalle tratte in concessione a Milano Serravalle oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 - è confermata anche dalle informazioni trasmesse da Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi sulla partecipazione alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna). Infatti, tutte e tre le società hanno partecipato e si sono aggiudicate numerose e/o importanti gare nei territori interessati dal tracciato delle tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle, nelle regioni Lombardia e Piemonte (sia in forma individuale sia in ATI, anche con imprese terze rispetto alle parti)⁸⁹.

51. Si rileva inoltre che nelle precedenti procedure di gara indette da Milano-Serravalle nel 2016 (con analoghe basi d'asta e per le medesime tratte autostradali) sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi che Sintexcal avevano presentato offerta

⁸³ [Cfr. § III.A Il settore.]

⁸⁴ [DOC129.]

⁸⁵ [Cfr. § III.A Il settore.]

⁸⁶ [DOC312. Cfr. anche DOC6 (Relazione tecnica Sintexcal).]

⁸⁷ [Cfr. § III.A Il settore.]

⁸⁸ [DOC311.]

⁸⁹ [DOC308 (Itinera); DOC307 e DOC323 (Sintexcal); DOC306 e DOC311 (Impresa Bacchi).]

sia per la tratta A50 che per la tratta A51/A52; Interstrade⁹⁰, successivamente acquisita da Itinera, aveva invece presentato offerta per la tratta A7. Sintexcal ha anche sostenuto che "da allora [gara del 2016] Sintexcal ha effettuato investimenti che l'hanno resa più autonoma nell'esecuzione del servizio"⁹¹. Nelle Gare Lavori del 2013 Itinera e Impresa Bacchi avevano presentato offerta individuale (in concorrenza tra loro) per tutti e tre i lotti a gara⁹².

Tabella 3 – Gare Lavori 2016⁹³

Gara /tratta	Importo base*	Partecipanti	Aggiudicatario	Ribasso
A51/A52	9,85 mln euro	13 partecipanti ⁹⁴ tra cui Itinera e Impresa Bacchi in RTI e Sintexcal individualmente	RTI Itinera/ Impresa Bacchi	46,05%
A7	9,8 mln euro	5 partecipanti ⁹⁵ , tra cui Interstrade	Interstrade (poi acquisita da Itinera)	42,24%
A50	9,80 mln euro	10 partecipanti ⁹⁶ , tra cui Itinera e Impresa Bacchi in RTI e Sintexcal individualmente	RTI Itinera/ Impresa Bacchi	45,05%

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC6.

Tabella 4 – Gare Lavori 2013

Gara/ tratta	Importo base*	Partecipanti	Aggiudicatario	Ribasso
A51/A52	9,85 mln euro	8 partecipanti, tra cui Itinera e Impresa Bacchi , con offerte individuali ⁹⁷	RTI Bassetto /Ronzoni/Stucchi	43%
A7	9,62 mln euro	5 partecipanti tra cui Itinera e Impresa Bacchi , con offerte individuali ⁹⁸	Itinera	26,7%
A50	9,34 mln euro	5 partecipanti tra cui Itinera e Impresa Bacchi , con offerte individuali ⁹⁹	RTI Foti/Gini Giuseppe	40,76%

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC6.

⁹⁰ [DOC6.]

⁹¹ [DOC35.]

⁹² [Le precedenti procedure di gara svoltesi nel 2016 e nel 2013 erano anch'esse articolate per tratta autostradale e con basi d'asta "a misura" analoghe; non era previsto il vincolo di aggiudicazione al massimo di un solo lotto, trattandosi in entrambi i casi (Gare 2013 e Gare 2016) di tre procedure di gara distinte per le diverse tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle (laddove la Gara Servizi n. 1/2019 è invece una procedura unica articolata su tre lotti), né requisiti di partecipazione in termini di fatturato, quanto piuttosto di SOA, considerato che gli appalti erano stati qualificati come "di lavori" e non "di servizi". Il criterio di aggiudicazione delle Gare 2016 era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come nella Gara Servizi n. 1/2019 ma con un peso paritetico 50/50 tra offerta economica e offerta tecnica), mentre le Gare 2013 sono state aggiudicate al massimo ribasso. Cfr. anche DOC41-43 e DOC48-50.]

⁹³ ["Gara Lavori n. 3/2016" (A50), "Gara Lavori n. 4/2016" (A51/52) e "Gara Lavori n. 5/2016" (A7).]

⁹⁴ [1) RTI Itinera/ Impresa Bacchi; 2) Malacrida avc srl; 3) Sintexcal spa; 4) RTI Gini spa/I.c.g. srl/Preve costruzioni spa; 5) Cerutti Lorenzo srl; 6) Sangalli spa; 7) RTI Giudici spa/Civelli costruzioni srl/Impresa Bergamelli srl; 8) RTI Favini costruzioni S.r.l./Suardi spa/Colombo srl/Ronzoni srl/Platti generali srl 9) Impresa Milesi geom. Sergio srl; 10) Berti Sisto & c. lavori stradali spa; 11) RTI Foti srl/Simedil srl; 12) Vitali spa; 13) W.bau srl. Gli operatori dai punti 9) a 13) sono stati esclusi per inadeguatezza dell'offerta tecnica.]

⁹⁵ [1) Interstrade (oggi Itinera); 2) RTI Gini spa/I.c.g. srl/Preve costruzioni spa; 3) Vitali spa; 4) RTI Foti srl/Simedil srl; 5) RTI Ap costruzioni srl/Arkedil srl. Gli operatori ai punti 4) a 5) sono stati esclusi per inadeguatezza dell'offerta tecnica.]

⁹⁶ [1) RTI Itinera/ Impresa Bacchi; 2) Malacrida avc srl; 3) Sintexcal spa; 4) RTI Gini spa/I.c.g. srl/Preve costruzioni spa; 5) Cerutti Lorenzo srl; 6) RTI Favini costruzioni S.r.l./Suardi spa/Colombo srl/Ronzoni srl/Platti generali srl; 7) Impresa Milesi geom. Sergio srl; 8) Berti Sisto & c. lavori stradali spa; 9) RTI Foti srl/Simedil srl; 10) Vitali spa . Gli operatori dai punti da 7) a 10) sono stati esclusi per inadeguatezza dell'offerta tecnica.]

⁹⁷ [1) RTI Pessina Costruzioni s.p.a./Impresa Bergamelli s.r.l.; 2) RTI Favini Costruzioni s.r.l./Suardi s.p.a.; 3) RTI Bassetto s.r.l./Ronzoni s.r.l./Stucchi s.r.l.; 4) RTI Gini Giuseppe s.p.a./Foti s.r.l.; 5) Impresa Bacchi; 6) De Fabiani s.r.l.; 7) Vitali s.p.a.; 8) Itinera.]

⁹⁸ [1) Impresa Bacchi; 2) Vitali s.p.a.; 3) Impresa Caffù s.r.l.; 4) Itinera; 5) CO.GE.FA s.p.a.]

⁹⁹ [1) RTI Foti s.r.l./Gini Giuseppe s.p.a.; 2) Impresa Bacchi; 3) De Fabiani s.r.l.; 4) Vitalia s.p.a.; 5) Itinera s.p.a..]

52. Di particolare rilevanza sono poi – in termini di evidenze controfattuali – anche le condotte delle parti in occasione dell’ultima procedura di gara indetta nel dicembre 2021 da Milano Serravalle per il riaffidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione (nel seguito anche Gara Lavori n. 4/2021).

53. La nuova procedura è stata qualificata come appalto di lavori (a differenza della Gara Servizi n. 1/2019)¹⁰⁰ ed ha poi previsto (così come la precedente Gara Servizi n. 1/2019): *i*) la suddivisione dell’appalto in tre lotti articolati per tratta autostradale (lotto A: tratta A7 e relative pertinenze; lotto B: tangenziale Est A51 e Nord A52; lotto C: tangenziale Ovest A50); *ii*) il vincolo di aggiudicazione per ciascun partecipante al massimo di uno dei lotti posti a base della procedura di gara (con richiesta di indicare l’ordine di preferenza di aggiudicazione in caso di presentazione dell’offerta per più lotti)¹⁰¹; *iii*) la richiesta di disponibilità di due impianti di produzione del conglomerato bituminoso e *iv*) l’aggiudicazione con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (30 punti per l’offerta economica e 70 punti per l’offerta tecnica)¹⁰². La durata dell’appalto è di 4 anni (in luogo dei 3 anni della Gara Servizi n. 1/2019), con conseguente incremento dell’importo base.

54. Per quanto qui rileva, all’apertura in seduta pubblica delle buste amministrative, ai fini della verifica dei requisiti di ammissione delle imprese alla procedura, risultano pervenute sia più offerte in concorrenza per ciascuno dei tre lotti a gara, sia offerte per due o tutti e tre i lotti a gara da parte di un medesimo operatore. Impresa Bacchi ha in particolare presentato offerta per tutti e tre i lotti a base di gara (con ordine di preferenza C, A e B) e Sintexcal per due dei tre lotti a base di gara, relativi alle tratte A50 e A51/52 e con ordine di preferenza B, C (cfr. Tabella 5)¹⁰³.

Tabella 5– Gare Lavori n. 4/2021

Lotto	Importo base*	Partecipanti	Ribassi	Punteggio tecnico	Punteggio totale
LOTTO A A7	11,72 mln euro	3 partecipanti ¹⁰⁴ tra cui Impresa Bacchi individualmente	Impresa Bacchi:29,7% Altri:12,9% e 9%	Impresa Bacchi:70 Altri:52 e 42	Impresa Bacchi:100 Altri:65,5 e 51
LOTTO B A51/A52	11,32 mln euro	4 partecipanti ¹⁰⁵ , tra cui Impresa Bacchi e Sintexcal , individualmente	Impresa Bacchi: 29,7% Sintexcal: 25,6% Altri:9% e 12,9%	Impresa Bacchi:70 Sintexcal:61,5 Altri:41 e 57	Impresa Bacchi:100 Sintexcal:87 Altri:50,5 e 70
LOTTO C A50	10,5 mln euro	4 partecipanti ¹⁰⁶ , tra cui Impresa Bacchi e Sintexcal , individualmente	Impresa Bacchi: 29,7% Sintexcal: 22,8% Altri: 9% e 12,9%	Impresa Bacchi:70 Sintexcal:61,5 Altri:41 e 57	Impresa Bacchi:100 Sintexcal: 84,5 Altri: 50,5 e 70

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: informazioni di Milano Serravalle DOC359 e DOC369.

I tempi di percorrenza dagli impianti delle parti alle tratte autostradali oggetto del servizio di manutenzione nella Gara Servizi n. 1/2019

55. Come sopra già esposto, l’attività istruttoria ha consentito di appurare che il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato bituminoso può essere ragionevolmente individuato tra 1 ora e mezza e 2 ore e

¹⁰⁰ [Nella Gara Lavori n. 4/2021, i requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnica e finanziaria sono quindi individuati nel possesso di una SOA di adeguata categoria e classifica, piuttosto che in requisiti di fatturato specifico medio annuo e di esecuzione di servizi analoghi come in occasione dell’appalto di servizi di cui alla Gara Servizi n. 1/2019. La Gara Lavori n. 4/2021 prevede inoltre l’affidamento dei lavori tramite lo strumento dell’accordo quadro, piuttosto che quello dell’appalto “a misura” come nel caso della Gara Servizi n. 1/2019. Cfr. anche DOC359.]

¹⁰¹ [Con riserva (come nella Gara Servizi n. 1/2019) per la stazione appaltante della facoltà di aggiudicare più lotti a una medesima impresa, per il caso in cui il medesimo operatore fosse risultato il primo in graduatoria per più lotti e l’unico concorrente in gara.]

¹⁰² [Cfr. anche DOC359.]

¹⁰³ [Anche altre imprese partecipanti hanno presentato offerta per più di uno dei lotti a gara (Preve Costruzioni spa per tutti e tre i lotti, con ordine di preferenza A, B e C; RTI Ronzoni s.r.l./Favini Costruzioni s.r.l. per due lotti, con preferenza B, C).]

¹⁰⁴ [1] Impresa Bacchi; 2) Preve Costruzioni S.p.a.; 3) RTI CO.GE.FA. S.p.a./Giuggia Costruzioni S.r.l.]

¹⁰⁵ [1] Impresa Bacchi; 2) Preve Costruzioni S.p.a.; 3) RTI Ronzoni S.r.l./Favini Costruzioni S.r.l.; 4) Sintexcal S.p.a.]

¹⁰⁶ [1] Impresa Bacchi; 2) Preve Costruzioni S.p.a.; 3) RTI Ronzoni S.r.l./Favini Costruzioni S.r.l.; 4) Sintexcal S.p.a.]

la corrispondente distanza di trasporto massima del conglomerato bituminoso nell'ordine almeno di 90 km¹⁰⁷ (laddove la distanza massima di 80 km individua l'ipotesi più restrittiva sostenuta dalle parti).

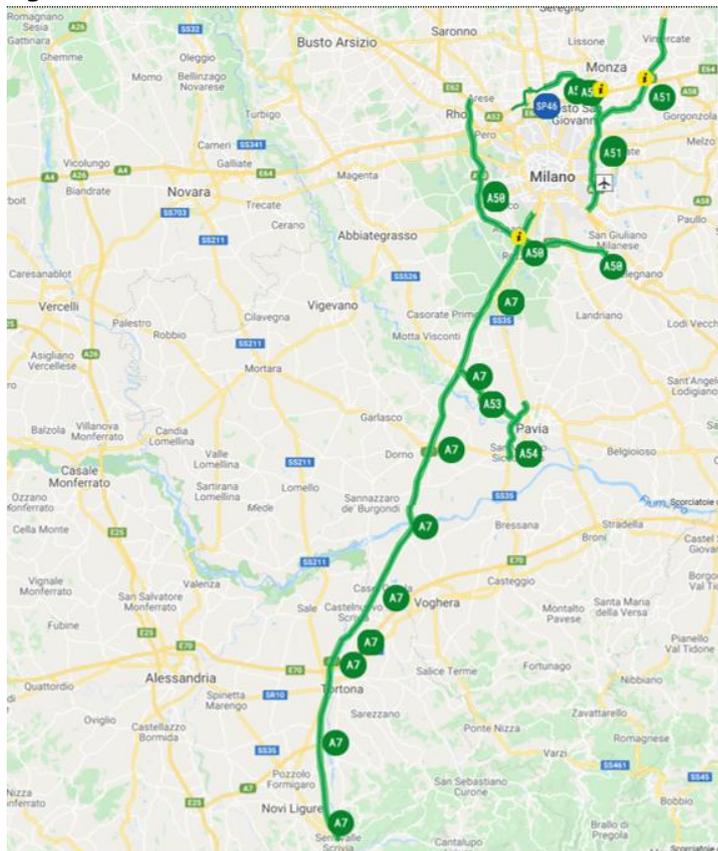
56. In questo contesto, l'analisi della distanza degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi dalle tratte autostradali oggetto dei tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019 (cfr. Figura 1 e Tabella 6) evidenzia che:

- tutte e tre le imprese disponevano di almeno un impianto proprio a distanze massime inferiori a 90 km (ed anche inferiori a 80 km) dalle tratte A51/52 e A50 (cfr. Tabella 6) e avrebbero, pertanto, potuto presentare offerte in concorrenza - anche molto competitive - per i lotti A e C della Gara Servizi n. 1/2019; Itinera disponeva inoltre dei due impianti (a Tortona) a una distanza di circa 90 km (86 km) dalla tratta A50 (lotto C);
- quanto alla tratta A7 (lotto B): *i*) Itinera disponeva di impianti propri anche a una distanza inferiore a 90 km (ed anche inferiore a 80 km) rispetto all'intera tratta autostradale; *ii*) l'Impresa Bacchi era a una distanza di soli 75 km avuto riguardo alla più ampia porzione del tracciato dell'autostrada A7 (tra Milano e Tortona) e inferiore a 90 km anche avuto riguardo alla limitata porzione di rete della A7 a sud di Tortona.

57. Tutte e tre le imprese avrebbero pertanto potuto presentare - avvalendosi solo di impianti propri - offerte in concorrenza e competitive per i lotti A (A51/A52) e C (A50) della Gara Servizi n. 1/2019 e almeno Itinera e Impresa Bacchi anche per la tratta A7 (lotto B).

58. Come sopra appena visto, d'altronde, in occasione della recente Gara Lavori n 4/2021 Impresa Bacchi ha presentato offerta per tutte e tre le tratte a gara (senza differenziare l'entità del ribasso offerto tra i diversi lotti e ottenendo il medesimo punteggio tecnico) e Sintexcal per le tratte A50 e A51/52 (differenziando in ribasso di circa 3 punti percentuali e ottenendo il medesimo punteggio tecnico), a testimonianza della possibilità per le imprese di presentare offerte competitive per più di un lotto/tratta a gara, sotto il profilo sia del punteggio tecnico che del ribasso offerto. Anche nelle precedenti Gare 2016 e Gare 2013 le tre imprese avevano presentato offerta per più di un lotto a gara (Sintexcal individualmente a due lotti nelle Gare 2016; Itinera e Impresa Bacchi in ATI a due lotti nelle Gare 2016 e individualmente a tutti e tre i lotti nelle Gare 2013).

Figura 1



Fonte: https://www.serravalle.it/pagina10_mappa-interattiva.html.

¹⁰⁷ [Cfr. § III.A Il settore.]

Tabella 6 – distanza degli impianti delle parti dalle tratte autostradali

Impianti	Distanza massima in km		
	A50	A51/A52	A7
Itinera – 2 a Tortona (AL)	90 km (Arese)	110 km (Usmate Velate A51)	70 km (Milano)
Itinera - Arluno (MI)	45 km (S. Giuliano Milanese)	50 km (Usmate Velate-A51)	85 km (Tortona) 105 km (Serravalle Scrivia)
Sintexcal - Ceriano Laghetto (MB)	45 km (S. Giuliano Milanese)	40 km (San Donato Milanese)	100 (Tortona) 120 km (Serravalle Scrivia)
Sintexcal - Cassano d'Adda (MI)	55 km (Corsico)	55 km (svincolo Rho-Pero)	110 km (Tortona) 135 km (Serravalle Scrivia)
Sintexcal – Cavaglià (BI)	115 km (Melegnano)	120 km (Usmate Velate-A51)	100 km (Tortona) 120 km (Serravalle Scrivia)
Impresa Bacchi - Carpiano (MI)	40 km (Arese)	45 km (Usmate Velate-A51)	75 km (Tortona) 90 Km (Serravalle Scrivia)

Fonte: elaborazioni delle distanze in km con Google Maps.

La presenza di impianti di terzi di cui le parti si sarebbero potute avvalere

59. L'attività istruttoria ha consentito di appurare che tutte e tre le imprese potevano inoltre, sempre e comunque, approvvigionarsi di conglomerato bituminoso da terzi (anche al di fuori delle dichiarazioni di messa a disposizione degli impianti) ai fini dell'esecuzione dei servizi oggetto di appalto della Gara Servizi n. 1/2019¹⁰⁸.

60. Le stesse parti hanno osservato che è prassi del settore indicare nelle relazioni tecniche a supporto dell'offerta anche impianti di produzione di conglomerato autostradale di imprese terze e avvalersi di forniture di conglomerato da impianti di soggetti terzi con riguardo ai lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulle tratte autostradali maggiormente distanti dai propri impianti di produzione del conglomerato¹⁰⁹.

61. Le informazioni trasmesse dalle parti in merito alle dichiarazioni d'uso di impianti di terzi/acquisto di conglomerato bituminoso da terzi nel contesto di gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel nord-Italia hanno al riguardo sia confermato tale prassi, sia evidenziato la presenza di numerosi impianti di terzi di produzione di conglomerato bituminoso, anche nell'intorno della porzione di rete più a sud della tratta A7 (tra Tortona e Serravalle Scrivia)¹¹⁰, se del caso utilizzabile dalle parti. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno infatti confermato che gli impianti indicati dalle società nelle relazioni tecniche per la partecipazione a gare per l'affidamento di lavori/servizi di manutenzione di pavimentazioni autostradali sono tecnicamente adatti a tale tipo di produzione¹¹¹. In senso analogo, l'elenco dei fornitori qualificati da Itinera per la fornitura di conglomerati bituminosi, all'8 giugno 2021, era costituito da almeno 28 imprese (tra le quali era presente anche Sintexcal ma non Impresa Bacchi)¹¹².

62. Le tre imprese avrebbero pertanto potuto considerare di utilizzare anche forniture di conglomerato da impianti di terzi per svolgere i lavori sulle tratte oggetto di affidamento con la Gara Servizi n. 1/2019 con riguardo alle eventuali e (limitate) porzioni di rete più distanti dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso.

¹⁰⁸ [Sulla presenza di numerosi impianti di terzi per la fornitura di conglomerato bituminoso vedi anche §20 e nota 61.]

¹⁰⁹ [Cfr. § III.A Il settore.]

¹¹⁰ [Tra quelli indicati dalle tre imprese parti risultano localizzati a una distanza anche inferiore a 80 km dalla tratta più a sud della A7 (tra Tortona e Serravalle Scrivia) almeno i seguenti impianti di terzi: Franzosi Cave S.r.l. (AL), Portalupi Carlo Impresa s.p.a. (AL), Ecobit Strade s.r.l. (GE), Co.ma.c. s.r.l. (GE), Genova bitumi s.r.l. (GE), Allara s.p.a. (AL), Movibit s.r.l. (AL), N.G.F. s.r.l. (AL) (DOC306, DOC307 e DOC311). Vi sono poi ulteriori impianti di produzione di conglomerato bituminoso di soggetti terzi a una distanza anche inferiore a 80 km dalla tratta più a sud della A7 tra cui ad esempio quelli di Milano Bitumi s.p.a. e Impresa Cerruti s.p.a.]

¹¹¹ [DOC336, DOC337 e DOC338.]

¹¹² [DOC122.]

63. Vi erano altresì soluzioni tecniche, quali il conglomerato bituminoso a "tiepido" - specificamente previste dal "Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche" della Gara Servizi n. 1/2019 - tali da consentire il trasporto del conglomerato anche a distanze ben maggiori¹¹³.

Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti

64. L'attività istruttoria ha evidenziato che le dichiarazioni di disponibilità degli impianti tra le parti non erano necessarie ai fini di soddisfare i requisiti di partecipazione né, di fatto, sono risultate poi funzionali all'esecuzione dell'appalto aggiudicato. Si tratta di condotte che testimoniano piuttosto lo stretto rapporto di collaborazione e fiduciario tra le imprese, in un contesto in cui era altresì, di fatto, assicurata l'assenza di concorrenza tra le medesime imprese in sede di gara data la concomitante decisione di realizzare un sistema di subappalti reciproci.

65. Le regole di gara - come sopra visto - prevedevano tra i "requisiti di capacità tecnica e professionale" anche la richiesta di disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso (con assenza di divieto di produzione in orario notturno) da rendersi tramite apposita dichiarazione¹¹⁴.

66. Nella Tabella 7 che segue sono riportate le informazioni relative alle dichiarazioni di disponibilità degli impianti, propri e di terzi, dichiarate dalle imprese in sede di gara. Dalle dichiarazioni risulta che le imprese partecipanti hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre al proprio/propri impianto/i anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura¹¹⁵.

Tabella 7 – dichiarazioni di disponibilità impianti di produzione di conglomerato nella Gara Servizi n. 1/2019

Parte	Impianti propri e di terzi		
Sintexcal (LOTTO A - A51/A52)	<u>2 propri:</u> -capacità produttiva nominale di 160 ton/ora, in Ceriano Laghetto (MB); -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Cassano d'Adda (MI).		
Itinera (LOTTO B - A7)	<u>3 propri:</u> -capacità produttiva nominale di 220 ton/ora, in Tortona (AL); -capacità produttiva nominale di 200 ton/ora, in Tortona (AL) -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Arluno (MI).	<u>1 Impresa Bacchi:</u> capacità produttiva nominale di 370 ton/ora, in Carpiano (MI).	<u>1 Sintexcal:</u> capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Cassano d'Adda (MI).
Impresa Bacchi (LOTTO C - A50)	<u>1 proprio:</u> capacità produttiva nominale di 370 ton/ora, in Carpiano (MI)	<u>3 Itinera:</u> -capacità produttiva nominale di 220 ton/ora, in Tortona (AL); -capacità produttiva nominale di 200 ton/ora, in Tortona (AL); -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Arluno (MI)	<u>2 Sintexcal:</u> -capacità produttiva nominale di 160 ton/ora, in Ceriano Laghetto (MB); -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Cassano d'Adda (MI). <u>1 Ecoasfalti:</u> capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Peschiera Borromeo (MI).

Fonte: DOC6, DOC23, DOC28 e DOC239.

67. Dalle informazioni riportate nella Tabella 7 risulta, inoltre, che sia Sintexcal che Itinera disponevano di capacità produttiva propria sufficiente a soddisfare i requisiti di partecipazione con riguardo alla disponibilità di due impianti di produzione di conglomerato, mentre Impresa Bacchi avrebbe potuto, eventualmente, soddisfare le richieste della stazione appaltante (diponibilità di due impianti con autorizzazione al lavoro notturno) indicando, oltre al proprio impianto, solo quello di Ecoasfalti (anch'esso localizzato in provincia di Milano) e non anche gli ulteriori impianti di Itinera e Sintexcal. Si ricorda al riguardo che i criteri tecnici di cui al disciplinare di gara non premiavano il numero di impianti disponibili.

¹¹³ [Cfr. § III.A Il settore.]

¹¹⁴ [DOC1 (disciplinare). Si precisa che non era richiesta la proprietà degli impianti ma solo la loro disponibilità. Itinera e Impresa Bacchi non hanno infatti utilizzato l'istituto dell'avvalimento (che avrebbe comportato l'impossibilità per l'impresa ausiliaria di partecipare al lotto partecipato dell'ausiliata), quanto piuttosto solo proceduto ad allegare all'offerta le dichiarazioni di disponibilità delle imprese terze, vd. anche DOC120 (Itinera: "gli impianti non sono stati messi a disposizione con l'istituto dell'avvalimento") e doc 359 (Milano Serravalle: "le imprese terze che mettevano a disposizione gli impianti di produzione di conglomerato bituminoso richiesti dalle regole di gara, potevano rendersi disponibili per più operatori partecipanti. Questi ultimi, pertanto, potevano utilizzare gli impianti che erano nella disponibilità anche di altri partecipanti senza che ciò costituisse motivo ostativo alla partecipazione alla procedura di gara, a differenza delle dichiarazioni relative alla terna di imprese subappaltatrici").]

¹¹⁵ [DOC6.]

68. Itinera, Sintexcal e la stazione appaltante hanno inoltre chiarito che l'acquisto di conglomerato bituminoso da terzi ai fini del soddisfacimento dell'appalto era comunque sempre possibile e nella piena disponibilità delle imprese, al di là della previa dichiarazione di disponibilità dell'impianto¹¹⁶.

69. Nel caso di specie Sintexcal ha indicato di avere effettuato degli acquisti (limitati) di conglomerato bituminoso da Impresa Bacchi nel contesto della commessa Gara Servizi n. 1/2019¹¹⁷ (laddove l'impianto di Impresa Bacchi non era stato "dichiarato" da Sintexcal in sede di offerta), mentre Impresa Bacchi e Itinera hanno precisato di aver utilizzato solo conglomerato di produzione propria¹¹⁸.

b) Sui subappalti

70. Le offerte presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 evidenziano la presenza di subappalti reciproci tra le medesime imprese, tali per cui ciascuna impresa risulta avere indicato le altre due imprese quali possibili subappaltatori per una parte delle prestazioni di fresatura e/o posa del conglomerato (cfr. Tabella 2 – Gara Servizi n. 1/2019, sopra).

71. Le regole di gara prevedevano al riguardo, in conformità alla disciplina al tempo vigente di cui all'articolo 105 del d.lgs. 50/2016, che l'operatore fosse tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascun lotto al quale intendeva partecipare e il divieto di poter utilizzare lo strumento del subappalto in caso di indicazione di un subappaltatore che avesse, contestualmente, concorso in proprio alla gara¹¹⁹.

72. Data l'incompatibilità tra subappalto e partecipazione alla gara dell'impresa destinataria del subappalto (per singolo lotto), ciascuna delle tre imprese, in ragione delle disponibilità al subappalto accordate alle altre due imprese e della parallela richiesta di subappalto alle medesime altre due imprese ha, di fatto: *i)* informato ciascuna delle altre due imprese della sua intenzione di non partecipare in concorrenza ai lotti ai quali queste ultime erano interessate (non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto); *ii)* contestualmente ottenuto dalle altre due imprese l'informazione relativa alla loro condotta in sede di gara con riguardo a tutti e tre i lotti a gara (ovvero, parteciperò poiché ti chiedo la disponibilità al subappalto oppure non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto).

73. Le decisioni delle tre imprese di procedere al descritto sistema di subappalti incrociati ha quindi, di fatto, determinato sia la trasparenza reciproca circa le condotte delle tre imprese in sede di gara sia l'assenza di concorrenza tra le medesime. Come visto ciascuna delle tre imprese ha infatti poi partecipato a uno solo dei tre lotti a gara, in assenza di sovrapposizioni delle offerte.

74. Le informazioni trasmesse da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sulla partecipazione alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna) e le informazioni acquisite dalla stazione appaltante con riguardo alle Gare 2016 hanno, inoltre, evidenziato la presenza di altre numerose e qualificate imprese terze rispetto alle parti in grado di fornire anche servizi di fresatura e stesa dei conglomerati (anche nei territori interessati dalla Gara Servizi n. 1/2019). Si tratta d'altronde di attività ampiamente diffuse sul territorio anche nel contesto della pavimentazione e manutenzione stradale (oltreché autostradale). Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avrebbero quindi potuto indicare nella terna dei possibili subappaltatori solo imprese terze rispetto alle parti (e non interessate a partecipare ad alcuno dei lotti a gara), come infatti avvenuto in altre gare¹²⁰. Le medesime informazioni relative al triennio 2018-2020 evidenziano che l'effettivo ricorso al subappalto per le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati risulta essere stato un evento sporadico per

¹¹⁶ [Sintexcal ha altresì precisato che la fornitura di conglomerato non è soggetta a subappalto e che "difatti, chi fornisce il conglomerato è un "fornitore" e non un subappaltatore, con la conseguenza che la Società non è vincolata ad utilizzare gli impianti che sono indicati al momento dell'offerta, ma potrà rifornirsi anche da altri operatori, ferma restando la necessità che questi ultimi dispongano dei requisiti richiesti dal bando (i.e. certificazione tecnica come impianti industriale e come ricetta di produzione)", DOC307. Cfr. anche le dichiarazioni di Itinera in DOC308 ("La fornitura non è subappalto [...]") e DOC359.]

¹¹⁷ [DOC35 (Sintexcal: "In maniera marginale Sintexcal ha acquistato conglomerato da Bacchi"). Vd. anche DOC423.]

¹¹⁸ [Impresa Bacchi ha indicato di "non aver acquistato conglomerato bituminoso da imprese terze data l'elevata capacità produttiva del proprio impianto di produzione di conglomerato bituminoso" (DOC306); Impresa Bacchi ha anche dichiarato che il proprio impianto "non solo è più che sufficiente a far fronte alle necessità del Lotto C, ma non necessita di ulteriori impianti, salvo emergenze [...]. La stessa, pertanto, è in grado di assorbire l'intero lotto di riferimento nonché capace di far fronte alle eventuali ulteriori richieste in caso di emergenza" (DCO420); similmente Itinera ha precisato di avere eseguito l'appalto "esclusivamente con materiale trasferito dal proprio impianto di produzione di conglomerato bituminoso di Tortona (AL)" (DOC308).]

¹¹⁹ [L'art. 105, comma 4, (in vigore dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019) prevedeva che "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; [...]" e al successivo comma 6 che "E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta [...]. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara [...]."]

¹²⁰ [Tra queste Tecnofrese s.r.l., Cgs group s.r.l., Italfrese s.r.l., Sip s.p.a. Co.ge.pi s.r.l., Isof costruzioni s.r.l., Sa.gi costruzioni s.a.s.; Edilucana 2000 s.r.l. (cfr. DOC306, DOC311, DOC307, DOC308), Cogeis s.p.a., Lcs impresa stradale s.r.l., Meta s.r.l., Ecovie s.r.l., In.co.bit. sud s.r.l., Adriatica bitumi s.p.a., Marinelli Umberto s.r.l., Ets s.r.l. Civelli costruzioni s.r.l., Movibit s.r.l., Portalupi carlo impresa s.p.a., Ives s.p.a., Allara s.p.a., Brillada Vittorio & c. s.n.c., Sea s.p.a., Istra s.r.l., Sanguglielmo soc. coop., Società industria Pietrisco s.p.a, Impresa Consolida s.r.l. (DOC307, DOC323, DOC308).]

Impresa Bacchi e Itinera¹²¹; Sintexcal ha, invece, fatto un più frequente ricorso all'attivazione dei subappalti (sempre tuttavia nei confronti di imprese diverse dalle parti)¹²².

75. La presenza di numerose imprese terze rispetto alle parti in grado di svolgere in regime di subappalto le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati e la circostanza che, di regola, le tre imprese subappaltino tali attività a imprese terze rispetto alle parti è altresì avvalorato da alcune evidenze acquisite presso Itinera. L'elenco dei fornitori fornito da Itinera in sede ispettiva per le attività di posa del conglomerato e fresatura (qualificati di Itinera nel segmento "subappalti edifici civili e industriali"), all'8 giugno 2021, era costituito da circa 15 imprese attive nel settore della costruzione e manutenzione delle strade e, tra queste, non vi erano né Sintexcal né Impresa Bacchi¹²³.

76. A conferma della possibilità per Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi di individuare imprese terze nelle dichiarazioni di subappalto per le attività di fresatura e stesa dei conglomerati bituminosi rileva infine anche la circostanza che nella precedente procedura di gara del 2016, sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (aggiudicataria di due dei lotti a gara) sia Sintexcal (che aveva presentato offerta per due dei lotti a gara) hanno in effetti individuato una terna di imprese terze subappaltate diverse dalle parti¹²⁴.

77. Come visto sopra il disciplinare di gara richiedeva inoltre la disponibilità di una doppia attrezzatura per la fresatura e la stesa del conglomerato (così come due gli impianti di produzione di conglomerato bituminoso) proprio volta ad assicurare una ridondanza nella capacità produttiva delle imprese rispetto alla entità delle opere richiesta in sede di esecuzione dell'appalto.

78. È stato inoltre verificato che nessuna delle tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - ha poi avuto la necessità di attivare i subappalti dei servizi di fresatura e/o di stesa del conglomerato concordati con le altre imprese parti¹²⁵.

c) Sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 anche rispetto alle altre gare

79. Come sopra visto¹²⁶, le Gare 2016 e le Gare 2013 hanno visto la partecipazione di un numero elevato di concorrenti per ciascun lotto, offerte in concorrenza tra Sintexcal e l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (nelle Gare 2016) e tra Itinera e Impresa Bacchi (nelle Gare 2013) e l'aggiudicazione dei servizi con ribassi anche significativi (tra il 42-46% nella procedura del 2016¹²⁷ e tra il 27-43% nelle Gare 2013). Anche la Gara Lavori n. 4/2021 ha visto la partecipazione di più operatori in concorrenza per ciascun lotto, la presenza di offerte in concorrenza tra Impresa Bacchi e Sintexcal (per due dei lotti a gara) e l'offerta di ribassi anche significativi, considerato che il ribasso massimo offerto sui tre lotti (da Impresa Bacchi) è stato quasi del 30% (29,7%).

80. In questo contesto, i ribassi economici offerti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 - caratterizzata dalla presenza di una sola offerta per ciascun lotto a gara - sono risultati significativamente inferiori rispetto ai ribassi di aggiudicazione riscontrati nelle precedenti Gare 2016 e Gare 2013 (cfr. Tabella 8) ¹²⁸.

¹²¹ [Impresa Bacchi e Itinera non risultano avere attivato subappalti per le attività di fresatura e stesa del conglomerato negli appalti di cui alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna; DOC306, DOC311 e DOC308) e averli attivati in misura molto limitata in occasione dell'esecuzione degli appalti aggiudicati dall'ATI Itinera/Impresa Bacchi nelle Gare 2016 (DOC299).]

¹²² [DOC307 e DOC323.]

¹²³ [DOC122. Cfr. anche doc. 120 (dichiarazione a verbale di Itinera: "Itinera dispone di un albo fornitori (opere di fresatura e di posa di conglomerato e impianti di produzione di conglomerato) di cui fanno parte imprese che rispondono a requisiti specifici").]

¹²⁴ DOC6. Nella tabella che segue sono indicate le terne di imprese indicate ai fini di subappalto, rispettivamente, dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi e da Sintexcal, in occasione della partecipazione alle precedenti Gare 2016.

Lotto	Impresa parte partecipante	Subappalti per fresatura e stesa conglomerati bituminosi
A51/ A52	ATI Itinera Impresa Bacchi	Trama Srl, Italfrese Srl, Cogepi Srl
A51/ A52	Sintexcal	Italfrese Srl., Massano Srl, Interstrade Spa
A50	ATI Itinera Impresa Bacchi	Trama Srl, Italfrese Srl, Cogepi Srl
A50	Sintexcal	Italfrese Srl., Massano Srl, Interstrade Spa

¹²⁵ [DOC299, DOC359 e DOC372. Cfr. anche DOC8, DOC9, DOC306, DOC311, DOC307, DOC308. In termini più generali, solo Sintexcal ha subappaltato a un soggetto terzo (rispetto Itinera e Impresa Bacchi) una (limitata) parte delle attività di fresatura e di esecuzione di nuove pavimentazioni.]

¹²⁶ [Cfr. Tabella 3, Tabella 4 e Tabella 5.]

¹²⁷ [Il ribasso offerto da Sintexcal nella Gare 2016 è stato pari al 42,45% (tratta A50) e al 43,32% (tratta A51/A52). Cfr. DOC6.]

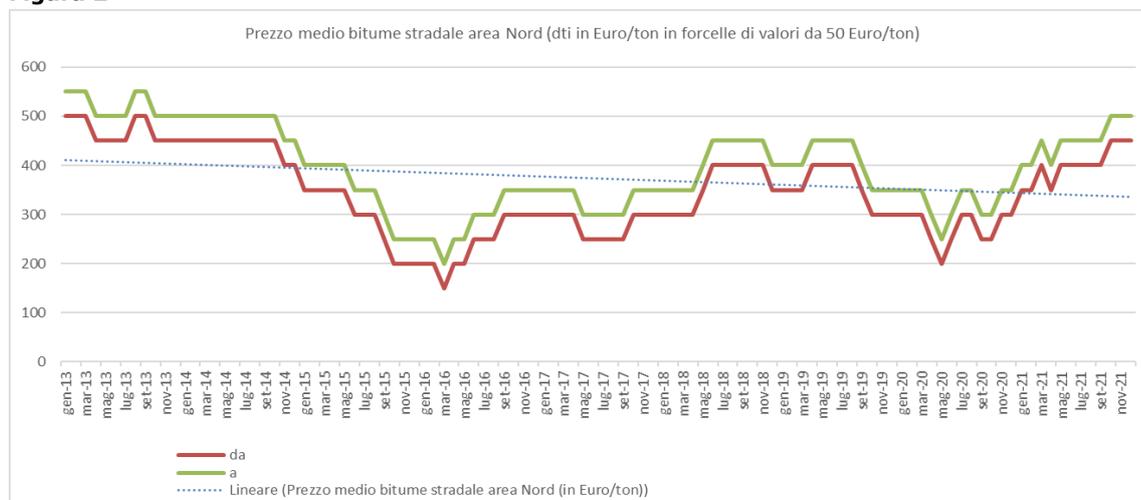
¹²⁸ [L'assenza di concorrenza nella Gara Servizi n. 1/2019 (un unico partecipante per ogni lotto a gara) ha consentito alle tre imprese di ottenere comunque il massimo punteggio economico attribuibile (30/30).]

Tabella 8 – Ribassi di aggiudicazione

Tratta a gara	Gare 2013	Gare 2016	Gara Servizi n.1/2019	Delta ribasso tra 2016 e 2019
A51/ A52	43%	46,05%	22,93%	-23,12%
A7	26,7%	42,24%	20,00%	-22,24%
A50	40,76%	45,05%	25,65%	-19,40%

81. Come meglio illustrato nel seguito, Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno giustificato la riduzione dello sconto offerto in occasione della Gara Servizi n. 1/2019, tra l'altro, sulla base dell'andamento del prezzo del bitume¹²⁹, che come visto è la principale materia prima per la produzione del conglomerato bituminoso, che a sua volta costituisce la principale voce di costo del servizio di manutenzione delle pavimentazioni autostradali. L'analisi dei dati di costo trasmessi dalle parti alla stazione appaltante nel contesto della giustificazione della non anomalia delle offerte nella Gara Servizi n. 1/2019 ha al riguardo consentito di appurare che l'incidenza massima del costo del bitume sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 (esclusi gli oneri di sicurezza) è quantificabile (in base ai dati di Sintexcal e Impresa Bacchi al netto dei costi di trasporto) nell'ordine del 25-30%¹³⁰.

82. Nella Figura 2 sono rappresentati l'andamento del prezzo medio del bitume stradale nell'area Nord, rilevato da SITEB¹³¹ su base mensile per alcune città campione, nel periodo 2013-2021 (linea piena) e la sua linea di tendenza nel tempo (linea tratteggiata). Tra il 2013 e il 2021 il prezzo medio mensile del bitume nell'area Nord è oscillato in misura anche significativa tra un minimo di [150-200] e un massimo di [500-550] euro/tonnellata. Come evidenziato anche dal grafico le oscillazioni di breve periodo del prezzo del bitume stradale sono tuttavia un aspetto tipico del settore, lungo una linea di tendenza (individuata nel grafico dalla linea tratteggiata) di sostanziale stabilità e leggera decrescita, con oscillazioni che tendono a compensarsi tra loro nel tempo.

Figura 2

Fonte: Elaborazioni su dati SITEB (DOC354)¹³².

83. In senso analogo, prendendo a riferimento un arco temporale di tre anni, corrispondente alla durata dell'appalto della Gara Servizi n. 1/2019 e delle precedenti analoghe procedure indette da Milano Serravalle nel 2016 e nel 2013 - e quindi corrispondente anche al periodo temporale rilevante rispetto al quale valutare il prezzo atteso della materia prima rispetto all'esecuzione dell'appalto - risulta che il prezzo medio del bitume stradale sia stato soggetto nel medio periodo (di tre anni in tre anni) a variazioni relativamente contenute (cfr. Figura 3). In particolare, il prezzo medio del bitume nel triennio con termine al 22 luglio 2016 (termine di presentazione delle offerte per la Gara 2016) era di circa

¹²⁹ [Si rinvia a§ IV.C Sui ribassi offerti.]

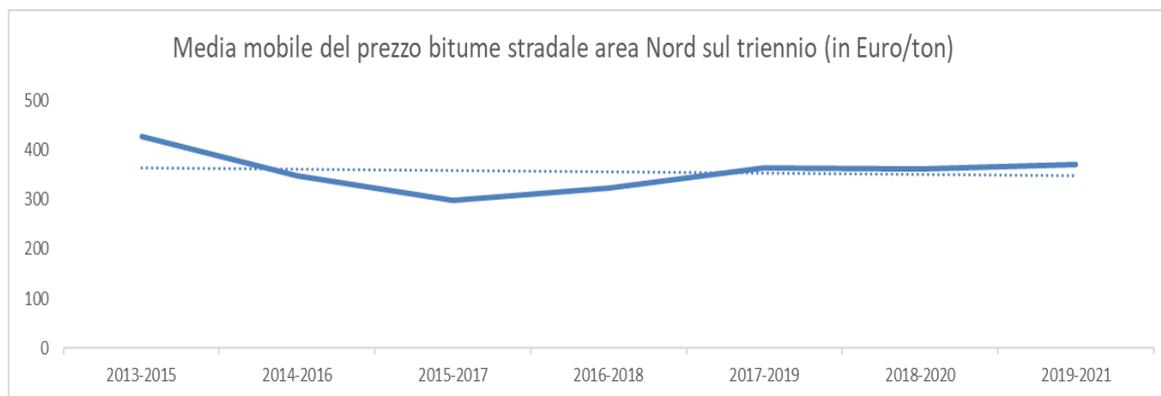
¹³⁰ [Cfr. § III.A Il settore.]

¹³¹ [Si ricorda che SITEB è una associazione che raggruppa circa 200 operatori del settore stradale e delle membrane impermeabilizzanti, tra cui anche produttori e rivenditori di bitume e leganti bituminosi (cat. A) e produttori di conglomerati bituminosi e di inerti- imprese stradali (cat. B), tra i quali vi sono anche Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal.]

¹³² [Dati SITEB relativi alla media aritmetica delle rilevazioni mensili del prezzo del bitume acquistato da i produttori di conglomerato bituminoso (cat. B) in alcune città campione. Per "Nord" si intende la macroregione composta da Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Veneto, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna.]

370 euro e il prezzo medio del bitume nel triennio con termine al 22 marzo 2019 (termine di presentazione delle offerte per la Gare 2016) era di circa 340 euro.

Figura 3



Fonte: Elaborazioni su dati SITEB (DOC354).

84. Anche le dichiarazioni di Sintexcal acquisite in sede ispettiva confermano tale punto. *“Il costo della materia prima [...] non è cambiato in maniera sostanziale tra il 2016 e oggi ed è stato particolarmente basso nel 2020. Solo di recente si è verificato un incremento nei costi della materia prima che non incide comunque sulle commesse in essere”* (sottolineato aggiunto)¹³³.

85. La documentazione agli atti testimonia inoltre che, quantomeno Itinera e Impresa Bacchi ritenevano di poter godere di particolari vantaggi di costo nella Gara Servizi n. 1/2019 che si sarebbero quindi dovuti riflettere, in condizioni di concorrenza, nell’offerta economica. Itinera ha in particolare indicato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell’offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che *“L’attuale dislocamento di cantieri condotti da ITINERA nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, e l’ubicazione dei propri magazzini (Tortona) e depositi temporanei (casello Bereguardo) lungo la tratta autostradale A7 Milano-Serravalle, risulta molto vantaggioso per i trasferimenti dei propri mezzi e personale in termini di tempo e costi, soprattutto nel caso di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di sostituzione delle risorse”* (sottolineato aggiunto)¹³⁴. In senso analogo Impresa Bacchi ha affermato nella “Relazione preliminare”, a corredo della giustificazione della non anomalia dell’offerta, di avere *“diversi cantieri attivi nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, di elevata importanza a carattere nazionale e risulta eccezionalmente favorevole e proficuo ipotizzare il rimpiego di risorse, quali staff di cantiere e parco macchine/attrezzature per il cantiere relativo al bando in oggetto. [...]”* (sottolineato aggiunto)¹³⁵.

d) Sulla identità o similarità delle offerte tecniche

86. Le offerte tecniche presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nei tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019, con particolare riguardo ai criteri di valutazione in termini di mq/h di sostituzione del conglomerato¹³⁶ – sub criteri 1.1 e 1.2 che pesavano 40 dei 70 punti tecnici totali¹³⁷ – sono risultate identiche (per due delle tre imprese) o comunque di entità analoga sui tre lotti (cfr. Tabella 9). Data l’assenza di concorrenza nei tre lotti a gara, a tutti e tre gli operatori è stato attribuito il massimo punteggio tecnico di 40/40 per i sub criteri 1.1 e 1.2¹³⁸.

¹³³ [DOC35.]

¹³⁴ [DOC129.]

¹³⁵ [DOC311.]

¹³⁶ [Cfr. §17.2 del disciplinare di gara “La Stazione Appaltante valuterà l’efficacia, l’efficienza e la reale esperienza dell’organizzazione dell’operatore economico in termini di massimizzazione dell’operatività e minimizzazione dell’impatto delle lavorazioni sul traffico, ferma restando la garanzia di sicurezza degli operatori medesimi e degli utenti autostradali. Particolare rilevanza viene assegnata alla capacità dell’operatore economico di assicurare l’esecuzione dell’intervento nel tempo programmato e quindi viene premiata la maggiore produzione calcolata in mq di pavimentazioni stesa ad ora”.]

¹³⁷ [DOC1 (disciplinare).]

¹³⁸ [DOC6 (“Verbale 4 ris”).]

Tabella 9 – Offerte tecniche – sub criterio 1.1 e 1.2 (peso: 40 dei 70 punti tecnici)

Requisito offerta tecnica	Offerta tecnica		
	Sintexcal	Itinera	Impresa Bacchi¹³⁹
Produzione da eseguire in 1 notte (dalle ore 22:00 alle ore 06) per sostituzione del conglomerato drenante dello spessore di 5 cm, con una squadra di lavoro*	1.078,13 mq/h	1.125 mq/h	1.125 mq/h
Produzione da eseguire in 2 notti (dalle ore 22:00 alle ore 06) per il risanamento profondo, anche con l'utilizzo di conglomerato a tiepido, con una squadra di lavoro*	173,44 mq/h	175,78 mq/h	175,78 mq/h

* Nel "Capitolato speciale – norme tecniche" sono indicate le squadre tipo operative, in termini di numero minimo di persone impiegate per le diverse attività.

Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC6.

87. Si osserva infine che gli altri criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 non risultavano modificabili/migliorabili dalle imprese nel breve periodo in quanto relativi al possesso o meno di certificazioni (criterio 2.1.- possesso di certificazione BS OHSAS 18001 e criterio 3.1. – Possesso del *rating* di legalità) o relativi all'incidenza e gravità degli infortuni sul lavoro (criterio 2.2. – Indicatori di rischio/indice infortuni)¹⁴⁰.

2. Evidenze sui comportamenti delle imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte

88. Dall'analisi delle agende dei rappresentanti delle imprese parti del procedimento e degli ingressi presso Itinera sono emersi ripetuti contatti e diversi incontri tra le tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - nel periodo intercorrente tra la prima pubblicazione del bando (11/02/2019) e la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (22/03/2019).

89. Vi sono stati in particolare almeno tre incontri trilaterali tra figure di vertice (o comunque di rilievo con riguardo alla definizione delle politiche di partecipazione alle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali) di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in data 18/02/2019, 27/02/2019 e 15/03/2019¹⁴¹. Nel periodo considerato vi sono stati anche numerosi incontri e telefonate bilaterali tra le imprese.

90. Nella Tabella 10 che segue sono riportate le evidenze in merito ai contatti trilaterali e bilaterali tra le imprese desumibili: i) dagli appunti di cui alle agende delle figure di vertice o rilevanti delle imprese; ii) dai registri degli ingressi presso le sedi delle imprese.

¹³⁹ [Impresa Bacchi ha argomentato che l'offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe stata calcolata dalla società sulla base della precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016 (cfr. § IV.D Sulle offerte tecniche). In risposta ad una richiesta di informazioni, la società ha dettagliato le modalità di trasformazione dei valori, dall'una all'altra offerta, precisando che nella trasformazione si è tenuto conto dell'andamento del cantiere negli anni 2017-2019 rispetto ai parametri: i) produzioni, risultate inferiori a quelle offerte per cause connesse sia alle finestre temporali concesse dalla stazione appaltante sia alle dimensioni delle superfici di intervento individuate dalla stazione appaltante; ii) esperienza acquisita nel triennio sulla produttività delle squadre e dei mezzi impiegati; iii) perdite economiche. L'offerta del 2019 sarebbe quindi stata formulata a partire dal dato di produttività media effettiva nel triennio 2017 (DOC343).]

¹⁴⁰ [DOC1 (disciplinare).]

¹⁴¹ [DOC15, DOC16, DOC18, DOC38, DOC64, DOC121, DOC209, DOC212, DOC214, DOC217, DOC218, DOC306 e DOC311. Come si vedrà, le tre imprese hanno argomentato che si trattava di incontri attinenti a procedure di gara diverse dalla Gara Servizi n. 1/2019 – fornendo anche documentazione a supporto per quanto riguarda gli incontri del 18/02/19 e del 15/03/19. Si rimanda al riguardo al successivo § IV.E Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.]

Tabella 10 – Evidenze di contatti tra le imprese nel periodo rilevante

Data	Agenda/Ingressi	DOC.
12/02/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.ti imprese terze] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
18/02/19 (13:45)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [Sintexcal]”	DOC16
19/02/2019 (9:00)	Agenda di [Sintexcal] – “Oggetto: Bacchi”	DOC64
22/02/19 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.te impresa terza] [Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
22/02/19 (11:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Gara Serravalle”	DOC16
27/02/19 (16:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [Sintexcal]”	DOC16
4/03/2019 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.ti imprese terze] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
7/3/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.te impresa terza] [Itinera] [rapp.ti imprese terze] [Itinera]”	DOC16
7/3/19 (12:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC15
8/3/19 (14:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Gara Milano”	DOC16
9/3/19 (17:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC16
11/03/19 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
12/3/19 (16:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] ”	DOC15
13/03/19 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.te impresa terza] [Itinera] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
14/03/19 (10:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [rapp.te impresa terza] [Itinera]”	DOC15
15/03/19 (8:00-10:00)	Ingressi Itinera (sede operativa): “[omissis] Sintexcal”	DOC121, pag. 21; DOC308.
	Ingressi Itinera (sede operativa): “[omissis] Imp. Bacchi [...] “[Impresa Bacchi]” “Notaio”	DOC121, pag. 21; DOC308.
	Agenda di [Sintexcal] - “Oggetto: Itinera bacchi Luogo: Tortona”	DOC38
	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Tortona” (sede Itinera)	DOC15
	Agenda di [Impresa Bacchi] - “[Itinera] [Itinera] Sintexcal”	DOC16
	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC16
19/03/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] “[rapp.ti imprese terze] [Sintexcal]”	DOC16
19/03/19 (11:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[omissis] X tortona” (sede Itinera)	DOC15
21/03/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
21/03/19 (13:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Prezzi Itinera A7”	DOC16
21/03/19 (13:45)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Serravalle offerta”	DOC16

* Impresa Bacchi ha indicato che “avuto riguardo alle annotazioni in agenda che riportano come orario le “6:00” si tratta in realtà di annotazioni di tipo “promemoria” che in genere fanno riferimento all’insieme di persone (interne e esterne all’azienda) da contattare nella giornata (per motivi quindi anche diversi tra loro)”, DOC337.

91. Le informazioni in tabella confermano la presenza di numerosi contatti tra le imprese nel periodo rilevante di definizione delle politiche di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019. Si osserva, ad esempio, che all’incontro trilaterale delle imprese del 18/02/2019 e alle successive frequenti occasioni di contatto bilaterale tra le imprese (19/02/2019 e 22/02/2019) fa seguito un appunto della agenda del rappresentante di Impresa Bacchi avente ad oggetto la “Gara Serravalle”¹⁴².

¹⁴² [Nell’agenda, il 22/02/19 alle ore 16:00 si legge “Gara Serravalle”. Al riguardo Impresa Bacchi ha indicato che “trattandosi di una data vicina alla pubblicazione del bando (laddove i bandi di gara sono portati all’attenzione dell’impresa da una società esterna ogni lunedì della settimana, nel caso di specie quindi il 18 febbraio 2019), l’appunto in agenda probabilmente riguardava una riunione interna per valutare la possibilità per l’impresa di soddisfare i requisiti di partecipazione alla gara che, come detto, erano variati rispetto alle analoghe gare per la manutenzione della pavimentazione autostradale indette da Milano Serravalle nel 2016, qualificando la gara, in modo inconsueto per il settore, come di “servizi” piuttosto che di “lavori” (DOC337; cfr. anche DOC444). Per le argomentazioni delle

92. Ancora, Impresa Bacchi risulta avere svolto delle valutazioni in merito alla offerta da presentare nella Gara Servizi n. 1/2019 (il 21/03/19 alle 13:45 "Serravalle Offerta") appena dopo avere avuto un contatto con l'impresa concorrente Itinera, alle ore 13:00, avente ad oggetto i "Prezzi Itinera A7" (che potrebbe essere riferito all'offerta in sede di gara dell'impresa concorrente Itinera per il lotto B/tratta A7 della Gara Servizi n. 1/2019¹⁴³) ed avere avuto contatti nella giornata sia con Itinera che con Sintexcal (appunto del 21/03/19 ore 6:00).

93. Il giorno successivo, 22/03/2019, tutte e tre le imprese hanno presentato le offerte (economiche) per la Gara Servizi n. 1/2019 poco dopo le ore 9:00 (a fronte di un termine ultimo per il deposito fissato per il 22/03/2019 alle ore 12:00)¹⁴⁴. La data e l'ora di deposito sul portale della stazione appaltante dell'ultimo documento di offerta (offerta economica, con chiusura "elettronica" della busta) nella Gara Servizi n. 1/2019 da parte delle tre imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sono state le seguenti:

- i) Sintexcal per il lotto A: ore 9:43 del 22/03/2019;
- ii) Itinera per il lotto B: ore 9:48 del 22/03/2019;
- iii) Impresa Bacchi per il lotto C: ore 9:13 del 22/03/2019¹⁴⁵.

A titolo di confronto, si osserva che in occasione delle Gare 2016 le offerte erano state depositate dalle imprese partecipanti in orari (ed anche giorni) maggiormente differenziati tra loro¹⁴⁶.

94. Una ulteriore evidenza rilevante in merito alle condotte delle imprese, in tale arco temporale, è individuata da uno scambio di email interno a Itinera, del 14 febbraio 2019, che testimonia l'iniziale volontà della società di presentare offerta per tutti e tre i lotti a gara: alla indicazione "Sono usciti tre bandi per le pavimentazioni da parte di Milano Serravalle. Gli importi sono tutti inferiori a 10 mio € la scadenza è ravvicinata **Scadenza 22/03/2019 inoltre I concorrenti possono aggiudicarsi solo 1 lotto**" (enfasi in originale), la decisione interna dell'allora figura di riferimento di Itinera per le pavimentazioni stradali è "Li facciamo con prezzi congrui" (sottolineato aggiunto)¹⁴⁷. Tale valutazione è quindi successivamente mutata, tra il 15 febbraio e il 22 marzo 2019, nel periodo in cui si sono realizzati i predetti tre incontri e i numerosi altri contatti tra le tre imprese.

95. Nel medesimo periodo risulta sintomatica del passaggio da una relazione di potenziale concorrenza a una situazione di concertazione tra le imprese, una e-mail con cui Sintexcal, il 21 febbraio 2019, inoltra a Itinera e Impresa Bacchi (e solo a loro) la risposta trasmessale dalla stazione appaltante in esito a un quesito inerente ai requisiti di partecipazione alla gara ("Vi giro la risposta di Milano Serravalle circa il quesito sulla gara d'appalto pubblicata come Servizi/Lavori")¹⁴⁸; risposta che come si vedrà risulta particolarmente soddisfacente per le imprese. Per quanto le risposte ai quesiti siano anche pubblicate dalla stazione appaltante sul proprio sito internet, lo scambio testimonia la continua e stretta cooperazione tra le tre imprese (e non anche tra e nei confronti delle altre numerose imprese pur interessate da analoghe relazioni di subappalto e/o messa a disposizione di impianti). Rilevante è anche la circostanza che il quesito posto da Sintexcal alla stazione appaltante non riguardasse i subappalti, quanto piuttosto i requisiti di partecipazione alla gara, che interessavano quindi distintamente le tre imprese come potenziali imprese in concorrenza nella partecipazione alla procedura. Con email del 22 febbraio 2019 Itinera ringrazia Sintexcal per la trasmissione della risposta e commenta "Bene!. Grazie [...]"¹⁴⁹.

96. Il giorno successivo alla condivisione dei chiarimenti tra Sintexcal e le altre due imprese (ovvero il 22 febbraio 2019) Sintexcal comunicava internamente, con email delle 15:39, avente ad oggetto "Milano Serravalle-Milano Tangenziali Spa" che "Procediamo a fare la gara del LOTTO A, in ATI con COGEIS, quote 51% loro (Capogruppo) 49% noi. Logicamente la gara dobbiamo prepararla noi, nei prossimi giorni vi comunicherò la terna dei sub.

parti sul punto si rimanda al successivo § IV.E Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.]

¹⁴³ [In merito al riferimento in agenda del 21/03/19 ore 13:00, "Prezzi Itinera A7", Impresa Bacchi e Itinera hanno argomentato in quel periodo Itinera stava valutando l'acquisto da Impresa Bacchi di conglomerato bituminoso (di tipo "base binder") per dei lavori su uno svincolo della A7, con riguardo alla tratta Pavia-Beregardo" (DOC337 e DOC341). Cfr. anche in questo caso il § IV.E Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.]

¹⁴⁴ [DOC26, DOC60 e DOC240.]

¹⁴⁵ [DOC359. Si evidenzia inoltre che, nel caso di specie, l'offerta economica doveva essere direttamente predisposta all'interno del portale online di Milano Serravalle (piuttosto che solo caricata come documento firmato digitalmente), cfr. l'art. 16 ("Contenuto della busta "offerta economica" (sul portale "risposta economica" lotto A, Lotto B, lotto C)) del disciplinare della Gara Servizi n. 1/2019.]

¹⁴⁶ ["Gara Lavori n. 3/2016" (A50): 22/7/2016 ore 11:49, 10:51, 10:11, 11:46, 8:59, 11:08, 10:37, 11:01, 11:42 e 21/07/2016 ore 17:25.; "Gara Lavori n. 4/2016" (A51/52): 22/7/2016 ore 11:48, 11:04, 9:58, 11:45, 11:37, 9:17, 11:53, 10:45, 9:10, 11:07, 11:43 e 21/7/2016 18:18 e 17:34; "Gara Lavori n. 5/2016" (A7): 22/7/2016 11:00, 11:51, 9:30 e 21/07/2016 ore 19:02 e 18:54. Cfr. DOC6.]

¹⁴⁷ [DOC176.]

¹⁴⁸ [DOC69, DOC92 e DOC93. Il quesito inviato da Sintexcal riguardava la qualificazione dell'appalto come "di servizi" piuttosto che come "di lavori" e alcuni chiarimenti sui conseguenti requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti. In particolare, la stazione appaltante ha chiarito che l'appalto era da considerarsi "di servizi" ma che "per servizi analoghi sono da intendersi le attività di manutenzione della pavimentazione [...] anche se questi sono stati banditi come lavori". Sui quesiti per la stazione appaltante cfr. anche DOC98, DOC40, DOC97 e DOC35. Si osserva inoltre che l'informativa sulla gara con una sintesi delle sue caratteristiche risulta essere stata trasmessa internamente a Sintexcal il 13 febbraio 2019 (DOC40).]

¹⁴⁹ [DOC78 e DOC104.]

[subappaltatori]¹⁵⁰. Vale a dire che a seguito dei vari incontri con i propri principali potenziali concorrenti in sede di gara - Itinera e Impresa Bacchi – con i quali si era anche già instaurata una peculiare relazione di collaborazione, Sintexcal è pervenuta alla decisione di presentare offerta per uno solo dei lotti a gara (senza sovrapposizioni rispetto alle offerte delle altre due imprese parti).

97. Come sopra visto, sempre il 22 febbraio 2019, anche il rappresentante di Impresa Bacchi risulta avere svolto delle valutazioni sulla Gara Servizi n. 1/2019, come risulta da un appunto in agenda per il medesimo giorno alle 11:00 avente ad oggetto proprio la "Gara Serravalle"¹⁵¹. L'impresa ha poi presentato offerta per il solo Lotto C.

3. Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili

98. Sono stati acquisiti in sede ispettiva alcuni documenti che testimoniano la concertazione tra le parti con riguardo alle condotte da tenersi nei confronti della stazione appaltante, anche successivamente alla presentazione delle offerte.

99. Di particolare interesse sono i comportamenti tenuti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione delle verifiche di congruità delle offerte svolte dalla stazione appaltante e propedeutiche alla effettiva aggiudicazione dei lotti a gara alle tre imprese.

100. L'attribuzione dei punteggi economici e tecnici alle offerte pervenute da Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi, in seduta pubblica, è intervenuta il 13 maggio 2019 e il 17 maggio 2019 la stazione appaltante risulta avere chiesto alle tre imprese di produrre, entro il successivo 6 giugno 2019, le giustificazioni a supporto dell'offerta economica presentata, per le verifiche di congruità ex. articolo 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016¹⁵².

101. Al riguardo è stata acquisita presso Sintexcal una email interna alla società del 3 giugno 2019, avente ad oggetto "Analisi Bacchi", a cui è allagato un file Excel denominato "ANALISI_rev.03.xls" contenente una bozza dell'analisi che Impresa Bacchi era tenuta a presentare alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta¹⁵³. Nel file Excel allegato alla mail è, tra l'altro, riportato il dettaglio disaggregato dei costi e dei prezzi unitari alla base dell'offerta presentata dal proprio concorrente Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019, la denominazione dei fornitori considerati da Impresa Bacchi ai fini del calcolo, i dati di costo fisso e variabile di produzione dell'impianto di produzione del conglomerato bituminoso di Impresa Bacchi, i costi di approvvigionamento del conglomerato bituminoso da terzi (nel caso di specie quantificati da Impresa Bacchi solo e proprio con riguardo alle proprie concorrenti Itinera e Sintexcal).

102. Il documento reperito presso Sintexcal contiene quindi dati commerciali sensibili del proprio concorrente Impresa Bacchi, afferenti alla gara e più in generale all'attività dell'impresa nel settore.

103. La simmetria nelle condotte delle imprese nei confronti della stazione appaltante, anche a seguito della presentazione delle offerte (ma prima dell'aggiudicazione definitiva), è evidenziata altresì dal contenuto delle risposte trasmesse da Itinera¹⁵⁴, Sintexcal¹⁵⁵ e Impresa Bacchi¹⁵⁶ alla stazione appaltante a giustificazione dell'offerta, nelle quali le tre imprese hanno indicato percentuali di spese generali e di utile di impresa uguali o comunque analoghe tra loro (10-11% per le spese generali e 3% per gli utili di impresa; cfr. Tabella 11)¹⁵⁷.

¹⁵⁰ [DOC40. Si precisa che Sintexcal ha poi partecipato in forma individuale al lotto A, avvalendosi di Cogeis per soddisfare i requisiti relativi ai precedenti servizi prestati.]

¹⁵¹ [DOC16.]

¹⁵² [DOC6, DOC123 e DOC129.]

¹⁵³ [DOC83.]

¹⁵⁴ [DOC129.]

¹⁵⁵ [DOC312.]

¹⁵⁶ [DOC311.]

¹⁵⁷ [Le parti hanno al riguardo anche confermato che: i) i costi "diretti" di cui alla "relazione preliminare alle analisi prezzi" e le relative schede di analisi prezzi e nelle sotto analisi, includono anche le quote di ammortamento dei macchinari e degli impianti e i relativi interessi sul capitale immobilizzato; ii) che le "spese generali e costi indiretti" sono calcolati come una percentuale dei costi "diretti"; iii) che l'"Utile d'impresa" è calcolato come una percentuale del 3% della somma di costi "diretti" e "spese generali e costi indiretti"; iv) che l'"Utile d'impresa" così calcolato è una grandezza logicamente analoga all'utile ante imposte di cui al conto economico (nel caso di specie calcolato, tuttavia, per la singola commessa); cfr. DOC336, DOC337 e DOC342.]

Tabella 11 – Spese generali e utile di cui alle relazioni preliminari

	Spese generarli e costi indiretti (al netto oneri interni di sicurezza)	Utile lordo (comprese imposte e tasse)
Itinera	10%	3%
Sintexcal	circa 10% ¹⁵⁸	3%
Impresa Bacchi	11%	3%

Fonte: DOC129, DOC311 e DOC312.

104. Altra vicenda di interesse riguarda uno scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14/04/2020, avente ad oggetto “[...] *Serravalle tangenziale ovest lotto C: Costi sicurezza-Confronto listino oneri di sicurezza Covid19*”, nel contesto del quale le imprese risultano avere condiviso le proprie stime in merito all’aumento dei costi per la sicurezza in ragione dell’emergenza sanitaria, al fine “*di portare avanti una politica comune con l’Ente Appaltante*” (sottolineato aggiunto)¹⁵⁹. Si sottolinea che i costi per la sicurezza in esame interessano le imprese nella loro qualità di imprese aggiudicatrici - separatamente - di due dei lotti a gara e non, quindi, la loro relazione nel contesto dei subappalti reciproci.

105. Sono infine stati acquisiti in sede ispettiva anche alcuni documenti (relativi a un periodo in cui la gara 2019 era ancora in esecuzione) che testimoniano una relazione tra le imprese (nel caso di specie Itinera e Sintexcal) che appare superare il confine di una mera collaborazione e che evidenzia, piuttosto, una consuetudine allo scambio di informazioni strategiche e sensibili tra le imprese, quali quelle relative alla partecipazione o meno ad una gara futura o al prezzo delle materie prime. In particolare, in una comunicazione *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal dell’8 aprile 2021, il rappresentante di Sintexcal chiede “Ciao, [...], voi la gara di Malpensa la fate?” e quello di Itinera risponde “No Non abbiamo il fatturato”; Sintexcal replica, “Addirittura Annamo beneeee”. Il successivo 21 aprile 2021 il rappresentante di Sintexcal scrive a Itinera “no ti ho detto una cavolata il bitume ai tempi dell’offerta ottobre 2019 era a €/t 450,00 oggi siamo a €/t 480,00 che inciderebbe 8 centesimi a mq sul drenante 0,15 euro metro quadro sui 5 cm”¹⁶⁰.

4. La mancata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 di imprese ulteriori rispetto alle parti

106. In sede istruttoria è stato appurato che la modifica da parte della stazione appaltante della qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come appalto di “servizi” piuttosto che di “lavori” - come nei precedenti appalti per le medesime attività di manutenzione - ha comportato la richiesta di requisiti di partecipazione più stringenti, tali per cui in luogo della attestazione SOA sono stati introdotti requisiti aggiuntivi di capacità economico finanziaria in termini, di fatturato specifico e di esecuzione di servizi con caratteristiche analoghe¹⁶¹. La Gara n. 1/2019 ha visto anche l’introduzione di nuovi requisiti di capacità tecnico professionale.

107. La circostanza che la modifica della qualificazione della gara e dei requisiti di partecipazione abbia inciso sul grado di partecipazione alla procedura emerge anche dalle informazioni acquisite dalle imprese che avevano partecipato alle precedenti Gare 2016 (appalti di “lavori”): 9 su 13 imprese hanno indicato tra i motivi che hanno portato a non presentare una offerta per la Gara Servizi n. 1/2019 la modifica della tipologia della gara da “lavori” a “servizi” e/o la mancanza dei requisiti di partecipazione¹⁶².

108. A ulteriore conferma del fatto che la qualificazione della gara da parte della stazione appaltante come di “servizi” piuttosto che di “lavori” - con quanto ne è conseguito in termini di requisiti di partecipazione - abbia influito sulla concorrenza attesa in sede di gara, militano anche gli esiti di partecipazione alla procedura indetta nel 2021 da Milano Serravalle per il rinnovato affidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione. Come sopra

¹⁵⁸ [Sintexcal ha al riguardo indicato che la percentuale del 13% delle “spese generali e costi indiretti” è al lordo degli oneri aziendali della sicurezza, non ricomprendendo tuttavia gli oneri per la sicurezza diretti (DOC342).]

¹⁵⁹ [Nella seconda email (interna a Sintexcal) si legge “Vi giro un raffronto fatto con l’Impresa Bacchi di maggiori oneri della sicurezza dovuta all’emergenza COVID-19 Il confronto è stato fatto al fine di portare avanti una politica comune con l’Ente Appaltante Non appena possibile gradirei un confronto sull’argomento. Nella precedente email di Impresa Bacchi a Sintexcal si legge: “[...] facendo seguito agli accordi intercorsi con Sig. [Impresa Bacchi], uniamo alla presente quanto in oggetto, confronto maggiori OS per effetto della condizione di emergenza epidemiologica Il raffronto è condotto su base settimanale, considerando il listino che ha inviato settimana u.s. e quello da noi predisposto sulla base dell’esperienza vissuta in queste prime settimane di lavoro”; nella email è riportata una tabella in cui è indicata la stima dei maggiori oneri di sicurezza settimanali per, rispettivamente, Impresa Bacchi e Sintexcal, in qualità di appaltatori; DOC66 e DOC87.]

¹⁶⁰ [DOC213 e DOC219-224.]

¹⁶¹ [Cfr. anche DOC8 e DOC359.]

¹⁶² [Si tratta di Suardi s.p.a., Colombo Severo e C. s.r.l., Ronzoni s.r.l., Vitali s.p.a., Giudici s.p.a., Favini Costruzioni s.r.l., Civelli Costruzioni s.r.l., Platti generali s.r.l., Gini s.p.a. Le altre quattro imprese (I.c.g. s.r.l., Preve Costruzioni s.p.a., Sangalli s.p.a. e Impresa Bergamelli s.r.l.) hanno indicato di non avere partecipato alla Gara n. 1/2019 in ragione di commesse già in corso che assorbono le risorse dell’impresa o della scadenza concomitante dei termini per la partecipazione ad altre procedure di interesse. DOC293-297, DOC300-305, DOC309, DOC313.]

già rilevato, la Gara Lavori n. 4/2021 (ad oggi non ancora aggiudicata) ha visto infatti la partecipazione, con riguardo a tutti e tre i lotti a gara, di più imprese in concorrenza¹⁶³, anche terze rispetto alle parti¹⁶⁴.

109. Si osserva inoltre che le Gare 2016 – pur avendo visto la partecipazione di numerosi concorrenti – sono state poi aggiudicate per due delle tratte a gara all’ATI Itinera/Impresa Bacchi e per la restante tratta a Interstrade, acquisita da Itinera nel 2018¹⁶⁵; Sintexcal aveva partecipato per due delle tratte a gara, dimostrandosi un concorrente temibile¹⁶⁶. Le altre imprese partecipanti sono state escluse o hanno ottenuto punteggi – anche tecnici – troppo bassi¹⁶⁷. Molte delle imprese partecipanti alle Gare 2016 avevano dimensioni e capacità logistica inferiori rispetto a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi. Alcune di tali imprese non sono oggi più attive mentre Interstrade, come appena accennato, è stata acquisita da Itinera.

110. Anche gli esiti, in termini di punteggi tecnici e ribassi economici offerti, nella Gara Lavori n. 4/2021 confermano la circostanza che Sintexcal e Impresa Bacchi (e a maggior ragione Itinera, la più grande e qualificata delle tre imprese) beneficiano di una capacità tecnico-logistica ed economica anche significativamente superiore rispetto alle altre imprese potenziali concorrenti attive nel settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradale¹⁶⁸.

111. Le evidenze complessivamente agli atti confermano quindi quanto dichiarato dalle stesse parti circa il fatto che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi individuavano di gran lunga i principali operatori del settore nel territorio del Nord Italia, cui si affiancano poche imprese di minori dimensioni e meno qualificate¹⁶⁹.

112. In questo contesto Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi rappresentavano quindi i principali – se non gli unici – potenziali concorrenti “qualificati” alla Gara Servizi n. 1/2019, che come appena visto è stata caratterizzata da un significativo innalzamento dei requisiti di partecipazione (in termini di fatturato generale e specifico) sia rispetto alle precedenti edizioni del 2016 e 2013, sia rispetto alla ultima procedura del 2021 (tutte qualificate come affidamenti di “lavori” con richiesta di produzione della sola SOA).

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

113. In termini generali, Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno sostenuto l’assenza di una condotta collusiva delle imprese, l’inidoneità delle evidenze esogene raccolte in sede istruttoria a provare la condotta contestata e il fatto che il presunto parallelismo nei comportamenti delle imprese, anche con riguardo ai subappalti reciproci e alla presentazione dell’offerta per uno solo dei lotti a gara, è dovuto a decisioni lecite e razionali d’impresa che individuano una plausibile e valida spiegazione alternativa a quella della concertazione tra le imprese¹⁷⁰.

A. Sulla presentazione dell’offerta per uno solo dei lotti a gara e sugli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso

114. Quanto alla partecipazione di Itinera al solo lotto B della Gara Servizi n. 1/2019 (tratta A7), Itinera ha affermato che “di norma, Itinera non partecipa a gare di ammontare inferiore a 10 milioni di euro. Nel caso specifico [importo di ciascuno dei tre lotti di circa 9,8 milioni di euro] la società beneficiava di un vantaggio logistico nella partecipazione al secondo lotto (tratta A7) [in ragione della localizzazione degli impianti di produzione del conglomerato] e non era interessata agli altri due lotti”¹⁷¹. Nelle memorie difensive finali Itinera ha ulteriormente affermato che la decisione di partecipare alla Gara Servizi n. 1/2019 per un solo lotto è stata pienamente lecita e logica in quanto determinata da proprie autonome valutazioni imprenditoriali condotte sulla base di parametri di convenienza in termini economici e operativi e in una prospettiva di ottimizzazione e razionalizzazione delle proprie risorse, tenuto anche conto della specifica disciplina posta dalla *lex specialis* di gara (vincolo di aggiudicazione di un solo lotto) nonché delle concrete disponibilità impiantistiche della società e delle relative ubicazioni territoriali. Inoltre, la probabile coincidenza dei tempi di esecuzione e l’eventualità di aggiudicazione di più lotti (nell’ipotesi residuale prevista dall’articolo 3 del disciplinare di gara) avrebbe reso necessaria una frammentazione dell’uso dei mezzi e delle risorse su più lotti con ricadute sulla strutturazione dell’offerta e sulle *chance* reali di aggiudicazione¹⁷².

¹⁶³ [Cfr. § III.C.1.a) Sulla partecipazione ad uno solo dei lotti a gara e sugli impianti di produzione del conglomerato e Tabella 5.]

¹⁶⁴ [Delle cinque imprese terze partecipanti alla Gara lavori n. 4/2021 (Preve Costruzioni s.p.a., CO.GE.FA. s.p.a., Giuggia Costruzioni s.r.l., Ronzoni s.r.l. e Favini Costruzioni s.r.l.) tre avevano già partecipato alle Gare 2016 (Preve Costruzioni s.p.a., Ronzoni s.r.l. e Favini Costruzioni s.r.l.) e una aveva partecipato alle Gare 2013 (CO.GE.FA. s.p.a.).]

¹⁶⁵ [DOC341.]

¹⁶⁶ [Impresa terza classificata sia per la tratta A50 che per la tratta A51/52. Cfr. DOC6.]

¹⁶⁷ [Cfr. DOC6 (verbali delle commissioni di gara) e Tabella 3 – Gare Lavori 2016.]

¹⁶⁸ [Cfr. Tabella 5– Gare Lavori n. 4/2021.]

¹⁶⁹ [Cfr. anche § III.A Il settore.]

¹⁷⁰ [DOC420, DOC423, DOC427, DOC444.]

¹⁷¹ [DOC120.]

¹⁷² [DOC427 e DOC444. Itinera osserva inoltre che anche in una gara ASPI suddivisa in 10 lotti ed in cui era previsto un vincolo di aggiudicazione di al massimo 3 lotti la società ha ritenuto di partecipare ad un solo lotto (in ATI con Sintexcal)]

115. Itinera ha poi osservato che se è vero che la società opera su un territorio multiregionale, che comprende la Lombardia, il Piemonte, la Liguria e l'Emilia-Romagna (limitatamente alle aree di Piacenza e Parma) è anche vero che, con riferimento a talune tratte autostradali – come quelle appunto che si trovano ad una distanza di circa 70/80 km dai suoi impianti e nel caso di specie alla tratta del Lotto B – i lavori di manutenzione delle pavimentazioni risultano “assolutamente più convenienti, da un punto di vista economico e operativo, rispetto a tratte più distanti e consentono, conseguentemente, alla società la presentazione di un’offerta maggiormente competitiva” (sottolineato in originale)¹⁷³.

116. In merito al fatto che Itinera disponesse di un impianto per la produzione di conglomerato localizzato ad Arluno (MI) - a una distanza inferiore rispetto a 70-80 km anche avuto riguardo alle tratte autostradali delle tangenziali di Milano A50 e A51/52, di cui ai lotti A e C della Gara Servizi n. 1/2019 - la società in sede di audizione ha argomentato che *“le attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sono fortemente condizionate dalla presenza degli impianti di produzione del conglomerato e che l’impianto di Arluno (sulla A4 Milano- Torino) non è considerato competitivo per le tratte in questione rispetto ad impianti posizionati a minor distanza dalle tangenziali A50 e A51/52”*¹⁷⁴. Successivamente, in occasione delle memorie finali, Itinera ha indicato che a seguito di alcuni sopralluoghi effettuati a gennaio 2019, la Direzione tecnica Ingegneria Impianti e Gestione Macchinari di Itinera aveva proposto *“lo smontaggio/vendita entro l’anno 2019”* dell’impianto di Arluno; che tale impianto nel febbraio 2019 (mese di pubblicazione del bando della Gara Servizi n. 1/2019) era fermo e bisognoso di *“manutenzione di mantenimento”*; e che l’impianto è poi stato ceduto nel maggio 2020¹⁷⁵. La società quindi, *“pur avendo indicato l’impianto di Arluno nella propria offerta [depositata il 22 marzo 2019] – avendone la disponibilità al momento della presentazione della stessa – non ne ha sostanzialmente tenuto conto”* ai fini della decisione relativa ai lotti della Gara Servizi n. 1/2019 ai quali partecipare¹⁷⁶.

117. Itinera ha anche osservato che le condizioni favorevoli (distanza inferiore a 70-80 km) per la partecipazione al Lotto B (tratta A7) non si riscontrano per le tratte A50 e A51/52, di cui ai lotti A e C, posto che i due impianti di Tortona – *“gli unici utilmente impiegabili”* – si trovano ad una distanza dalle tratte A50 e A51/A52 rispettivamente di 86 km e 110 km. Al fine di *“evidenziare la maggiore convenienza, in termini economici e operativi, della partecipazione al lotto B”* Itinera ha anche prodotto delle analisi sui tempi massimi e medi (intercorrenti tra il carico e la stesa del conglomerato) con riferimento ai tre lotti oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 (sotto determinate ipotesi)¹⁷⁷ e rilevato che:

- i) per il Lotto B si presentavano le condizioni ottimali per eseguire, con profitto, le attività di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni;
- ii) per il Lotto C era possibile produrre il conglomerato bituminoso presso gli impianti Itinera di Tortona con *“elevati rischi”* tuttavia di una cattiva qualità in fase di stesa del conglomerato (in ragione di tempi medi tra carico e stesa in prossimità al limite di 1,5 h) e di costi maggiori (per l’aumento del numero di bilici da impiegare);
- iii) la partecipazione al Lotto A della gara non risultava remunerativa in quanto la società avrebbe dovuto fare ricorso alla fornitura di *“gran parte”* del conglomerato da imprese terze (in ragione di tempi medi tra carico e stesa superiori ad 1,5 h) oppure produrre conglomerato bituminoso a tiepido con l’aggiunta di additivi, con un aumento in entrambi i casi dei costi¹⁷⁸.

118. Con riguardo alla partecipazione di Itinera alle Gare 2016 relative alle tratte A50 e A51/A52, la società ha indicato che in tale occasione aveva partecipato in ATI con Impresa Bacchi (per cui beneficiava degli impianti, delle risorse e dei mezzi anche di quest’ultima), che poteva contare sull’impiego dell’impianto di Arluno (vicino alle tratte in oggetto) e che alla data di tali procedure il portafoglio lavori di Itinera era molto carente ed era quindi necessario

¹⁷³ [DOC427 e DOC444. Itinera ha anche osservato che l’indicazione nelle gare ASPI 2018 e 2017 (cui Itinera ha partecipato in ATI con Sintexal e Impresa Bacchi) *“anche di numerosi impianti di produzione di conglomerato di terzi”* è da ricondursi alla *“considerevole estensione chilometrica delle tratte autostradali interessate dai lavori, e della specifica disciplina di lex specialis, che premiava significativamente la vicinitas degli impianti alla sede di esecuzione delle opere [...] ed era dunque strettamente funzionale ad incrementare le chance di aggiudicazione della commessa”* e che *“i maggiori costi legati al ricorso alla fornitura di impianti di produzione di terzi trovavano adeguata copertura in una base di gara assai capiente [...]”,* avendo entrambe un importo base pari a circa 33,5 milioni di euro, DOC427.]

¹⁷⁴ [DOC336.]

¹⁷⁵ [Itinera ha al riguardo prodotto uno scambio di e-mail interno a Itinera, intervenuto tra il 21 gennaio 2019 e l’8 febbraio 2019, che ha coinvolto anche il Direttore Costruzioni e a cui è allegato un report redatto dalla Direzione tecnica Ingegneria Impianti e Gestione Macchinari di Itinera, avente ad oggetto *“situazione impianti ex Interstrade (sopralluoghi 08/01, 14/01 e 17/01) e situazione impianti Itinera”*, DOC427.]

¹⁷⁶ [DOC427.]

¹⁷⁷ [In particolare - considerando tempi per il carico/scarico di 25 minuti e una velocità media dei camion con bilico di 50 km su strada extraurbana, 75 km in autostrada e 65 km sulle tangenziali - Itinera individua i seguenti tempi e distanze massime per i tre lotti:

	Tempo massimo per carico, trasporto e scarico alla stesa
Lotto A-A50 (distanza massima 110 km)	2 ore e 5 minuti
Lotto B-A7 (distanza massima 71 km)	1 ora e 25 minuti
Lotto C-A51/A52 (distanza massima 86 km)	1 ora e 40 minuti

DOC427.]

¹⁷⁸ [DOC427. Itinera ha quantificato nel [omissis]% l’incremento del costo di produzione del conglomerato all’impianto.]

provare ad incrementarlo "con la partecipazione a diverse procedure di gara e con ribassi più "aggressivi" "per incrementare le chance di vederselo aggiudicare"¹⁷⁹.

119. In merito all'email interna ad Itinera, del 14 febbraio 2019, in cui si legge, in relazione ai lotti della Gara Servizi n. 1/2019, "Li facciamo con prezzi congrui"¹⁸⁰, Itinera ha osservato che l'indicazione iniziale del Direttore Costruzioni al Direttore Commerciale sull'interesse alla procedura (di cui alla email in esame) è, di regola, dato senza avere contezza delle prescrizioni del bando di gara, posto che l'ufficio gare procede solo successivamente ad un'analisi delle regole di gara. Itinera ha poi affermato in sede di audizione che la successiva decisione di partecipare ad uno solo dei lotti a gara è stata dovuta alle limitazioni previste dalle regole di gara che prevedevano la possibilità di acquisire in esito alla procedura uno solo dei lotti a gara. "Itinera si è quindi ovviamente concentrata solo sul lotto che era più conveniente per lei" (lotto B tratta A7), tenuto conto del fatto che dato il "posizionamento degli impianti di Itinera un'offerta per gli altri lotti non sarebbe stata competitiva"¹⁸¹.

120. Sintexcal ha indicato, con riguardo alla decisione della società di presentare offerta solo per il lotto A della Gara Servizi n. 1/2019 (tratte A51/52), che un fattore da prendere in considerazione nel processo decisionale relativo alla partecipazione alle gare è la distanza tra il luogo dove devono essere svolti i lavori e la sede dei propri impianti produttivi, nell'ottica di maggiore convenienza economica, visto che in tali circostanze non bisogna ricorrere ad impianti di altri operatori. Sintexcal ha affermato, in particolare, che "In media risulta economica la percorrenza di 70-80km"¹⁸² e che "**non è possibile utilizzare impianti che si collochino ad una distanza superiore agli 80 km rispetto al luogo interessato manutenzione**" (enfasi e sottolineato in originale)¹⁸³. La scelta della società di presentare un'offerta solo per il lotto A è stata quindi condizionata dall'elemento distanza/tempo degli impianti dalla sede dei lavori e dovuta al fatto che la tratta A51/A52 è la più prossima agli impianti di produzione di conglomerato di Sintexcal, tali da poter in autonomia coprire il fabbisogno relativo alla tratta autostradale A51-A52¹⁸⁴; la società aveva la possibilità di svolgere i servizi in questione, per quanto con più difficoltà, anche avuto riguardo alla tratta A50 (lotto C), mentre non riteneva fattibile lo svolgimento dei servizi con riguardo alla tratta A7 (lotto B), in quanto troppo distante dai propri impianti di produzione ¹⁸⁵. Sintexcal ha inoltre sostenuto che la logica imprenditoriale impone di preferire la partecipazione "con risorse proprie" e che il ricorso a impianti di conglomerato di terzi è più oneroso e incide significativamente sui costi della commessa. Sintexcal quindi tendenzialmente non partecipa, "salvo rare e circostanziate eccezioni", a gare aventi ad oggetto la manutenzione delle pavimentazioni stradali nelle quali non è prevista la fornitura di conglomerato in via "esclusiva o maggioritaria" dai propri impianti di produzione¹⁸⁶. La decisione di Sintexcal di partecipare al lotto A è stata quindi la scelta "più naturale, logica e razionale"¹⁸⁷.

121. In occasione delle memorie finali Sintexcal ha osservato che la società era comunque soggetta a dei "vincoli di partecipazione" in quanto, per soddisfare i requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, ha dovuto ricorrere all'avvalimento di Cogeis, che non era disponibile a concederle per più lotti¹⁸⁸; Sintexcal ha quindi ritenuto di

¹⁷⁹ [DOC427.]

¹⁸⁰ [DOC176.]

¹⁸¹ [DOC336 e DOC427. Itinera ha indicato che il termine "prezzi congrui" faceva riferimento al fatto che l'offerta della società non sarebbe stata particolarmente aggressiva in termine di ribassi rispetto alle basi d'asta (DOC336).]

¹⁸² [DOC35]

¹⁸³ [Sintexcal ha anche richiamato dei bandi di gara delle due principali concessionarie autostradali ASPI e ANAS in cui era richiesto che gli impianti di produzione del conglomerato fossero collocati "preferibilmente, entro un raggio di 80 km dalla zona di stesa" (ASPI, 2018) e "si norma a una distanza non superiore ai 70 km dai luoghi di impiego" (ANAS, 2020); nei bandi ASPI richiamati da Sintexcal erano anche previsti punteggi premiali in base alla distanza degli impianti dal luogo di stesa (con punteggio massimo attribuito agli impianti a una distanza inferiore ai 60 Km; punteggi intermedi agli impianti a una distanza tra 79 e 60 km e tra 99 e 80 km ; punteggio nullo agli impianti agli impianti a distanze superiori ai 100 km). DOC423.]

¹⁸⁴ [DOC338, DOC423 e DOC444.]

¹⁸⁵ [DOC35 come rettificato da DOC338.]

¹⁸⁶ [DOC423. Sintexcal ha ulteriormente precisato che "se è vero che la fornitura di conglomerato da terzi costituisce la regola all'interno di quelle tratte che non permetterebbero la fornitura del materiale da parte di un solo impianto (quale, ad esempio, la gara ASPI sul tronco T7 Pescara nel 2018 ovvero sul tronco T3 nel 2020) ove Sintexcal partecipa generalmente in RTI/ATI con altri operatori, nei casi in cui la Società dispone di impianti di proprietà che si pongono a distanza utile dalla tratta e che sono in grado di soddisfare autonomamente il fabbisogno di conglomerato, Sintexcal non ha interesse a partecipare alla gara rifornendosi di materiale da parte di altri soggetti", (sottolineato in originale, DOC423). Con riguardo alla gara ASPI del tronco A7 Pescara Sintexcal ha anche osservato che, "trattandosi di un'autostrada che attraversa Emilia Romagna, Marche, Abruzzo, Molise e Puglia era necessario indicare [nelle dichiarazioni relative agli impianti depositate in sede di gara] impianti [di terzi] che fossero il più dislocati possibile lungo la tratta oggetto dell'appalto" (DOC423).]

¹⁸⁷ [DOC338 .Sintexcal ha rilevato altresì che la circostanza che la società avesse fin da subito deciso di presentare offerta per il solo lotto A (tratta A51/52 tangenziali nord e est) è confermata anche dal DOC103, individuato da una e-mail interna a Sintexcal del 22 febbraio 2019, non molto successiva alla pubblicazione del bando di gara, in cui è indicata la volontà della Società di partecipare alla gara avuto riguardo solo a tale lotto ("Procediamo a fare la gara del LOTTO A, in ATI con COGEIS, quote 51% loro (Capogruppo) 49% noi"), DOC338 e DOC103.]

¹⁸⁸ [Sintexcal ha in particolare indicato di non essere in grado di soddisfare il requisito relativo all' "esecuzione di un servizio analogo" per un importo minimo del 30% della base d'asta e di avere, pertanto, in data 22/02/2019 - immediatamente a valle dei chiarimenti della stazione appaltante del 21/02/2019 - incontrato Cogeis al fine di sondare la possibilità di una collaborazione, inizialmente

concentrare i propri sforzi sul lotto per il quale sarebbe stata più competitiva, in coerenza *“anche con la lex specialis di gara che [...] prevedeva un **vincolo di aggiudicazione** [...] tale per cui la SA [stazione appaltante] avrebbe assegnato massimo un lotto a ciascun operatore economico”* (enfasi e sottolineato in originale). La società ha poi osservato che la scelta di partecipare al lotto che le avrebbe garantito il minor sforzo logistico era anche giustificata dal portafoglio lavori *“piuttosto consistente”* di Sintexcal al momento della presentazione dell’offerta per la Gara Servizi n. 1/2019¹⁸⁹.

122. Impresa Bacchi ha sostenuto che la scelta della società di partecipare al solo lotto C (tratta A50) della Gara Servizi n. 1/2019 *“per il quale l’impresa aveva tutti i requisiti tecnici richiesti, in particolare la vicinanza dell’impianto ed era più competitiva”* non può essere *“bollata”* quale espressione dell’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza bensì manifestazione di una coerente valutazione della società¹⁹⁰. Secondo Impresa Bacchi, inoltre, il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto previsto delle regole di gara *“rendeva inutile la partecipazione a più di un lotto mentre partecipando in forma individuale avremmo potuto vincere un lotto e allo stesso tempo effettuare, eventualmente, le forniture per gli altri lotti se richiesti da terzi. [...] Le regole di gara erano formulate in modo particolare per cui partecipando a tutti e tre i lotti si sarebbe corso il rischio di aggiudicarsi il lotto meno favorevole”*¹⁹¹, per il quale non sarebbe stato *“sufficientemente performante o particolarmente conveniente”* svolgere i lavori¹⁹². Nella Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi ha invece potuto partecipare concorrendo per tutti e tre i lotti a gara in quanto, pur essendo stato confermato il vincolo di aggiudicazione di uno solo dei lotti a gara, vi era la *“possibilità di indicare il proprio ordine di preferenza in caso di più aggiudicazioni”* e la stazione appaltante si riservava la facoltà di aggiudicare più lotti allo stesso operatore laddove in uno o più lotti vi fosse stata un’unica offerta valida¹⁹³.

123. Impresa Bacchi ha altresì indicato che *“avendo a disposizione un impianto importante per la produzione di conglomerato bituminoso, anche autostradale, nella zona di Milano Sud e considerata l’accessibilità dall’impianto alla rete autostradale [...] ha la possibilità di operare in autonomia nel contesto delle 2 ore di percorrenza”* e che *“con riguardo all’autostrada A7 (con l’impianto a 20 km dall’ingresso dell’autostrada) sarebbe in grado di operare agevolmente su una prima tratta e solo con più difficoltà sulla parte più a sud del tracciato autostradale”*¹⁹⁴.

124. Con riguardo alla indicazione nella relazione tecnica della Gara Servizi n. 1/2019 oltre ai propri tre impianti di produzione di conglomerato bituminoso anche di un impianto di Sintexcal e dell’impianto di Impresa Bacchi, Itinera ha sostenuto che, *“tale decisione dipende dal fatto che il punteggio di gara dipende anche dal numero di impianti, in quanto la disponibilità di più impianti offre maggiori garanzie di operatività in caso di guasto”*¹⁹⁵. Itinera ha ulteriormente argomentato che l’indicazione degli impianti di Sintexcal e Impresa Bacchi assumeva una *“imprescindibile valenza in termini di contenuto dell’offerta tecnica e di attribuzione del punteggio”* di cui ai *“sub-criteri 1.1 e 1.2 essendo questi propri riferiti alla produzione di conglomerato bituminoso”* e che in uno scenario di necessità/urgenza Itinera avrebbe potuto ricorrere anche alla fornitura di conglomerato da tali impianti¹⁹⁶.

125. Sintexcal ha affermato che *“le dichiarazioni [di disponibilità degli impianti] erano funzionali tanto ad integrare il requisito di partecipazione alla gara che a consentire l’utilizzo del conglomerato da soggetti terzi”*, e che tutti gli impianti da cui proviene il conglomerato bituminoso utilizzato nella commessa devono essere *“sia indicati in sede di offerta che in corso d’opera”* alla stazione appaltante al fine di procedere alla qualificazione dei mix utilizzati per la produzione del conglomerato¹⁹⁷.

individuata nella forma di ATI e poi in avvalimento, non essendo Cogeis interessata all’esecuzione materiale della commessa (DOC423).]

¹⁸⁹ [DOC423.]

¹⁹⁰ [DOC14, DOC420 e DOC444.]

¹⁹¹ [DOC14. Impresa Bacchi ha anche affermato che *“i requisiti del bando rendevano inefficiente partecipare in ATI”. E poi di nuovo “ribadisco che per come era strutturato il bando sarebbe stato inefficiente partecipare in ATI [...] in ragione del disegno di gara, che consentiva l’aggiudicazione di un solo lotto”. Cfr. anche DOC420.]*

¹⁹² [DOC420.]

¹⁹³ [DOC420 e DOC444. Con riguardo alla Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi ha anche indicato che *“pur avendo ottenuto l’aggiudicazione per tutti i lotti ha indicato quale lotto di preferenza il lotto C. Anche per mantenere la disponibilità quale fornitore/subappaltatore, qualora richiesto, anche per altri lotti, per i quali sarebbe stato, comunque, molto concorrenziale anche se in misura minore (per maggior distanza), come verificatosi frequentemente in appalti simili nei decenni precedenti”* (DOC444).]

¹⁹⁴ [DOC337.]

¹⁹⁵ [DOC120.]

¹⁹⁶ [DOC427 e DOC444. Itinera ha altresì precisato che *“In base alle disposizioni della lex specialis e alle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016, l’indicazione di disponibilità degli impianti di operatori terzi non costituiva nessun motivo di preclusione per questi ultimi alla partecipazione alla gara né tantomeno al lotto cui partecipava l’impresa in favore della quale tale disponibilità era stata accordata, non essendo posto nessun motivo escludente in tal senso”* e che pertanto *“L’indicazione da parte di Itinera degli impianti di Impresa Bacchi e di Sintexcal in luogo di impianti di operatori terzi così come l’indicazione di disponibilità degli impianti della stessa Itinera da parte di Impresa Bacchi non ha dunque comportato nessuna limitazione alla possibilità delle Società di partecipare ai vari lotti della Gara Servizi n. 1/2019”.]*

¹⁹⁷ [Sintexcal ha anche confermato di avere dichiarato in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 solo i propri due impianti di produzione di conglomerato bituminoso e di avere poi acquisito delle forniture (marginali) di conglomerato da Impresa Bacchi a causa di un’avaria al proprio impianto di produzione (DOC423).]

126. Impresa Bacchi ha osservato, con riguardo alla indicazione nella relazione tecnica della Gara Servizi n. 1/2019 anche degli impianti di Itinera e Sintexcal (oltre al proprio impianto e ad un ulteriore impianto di Ecoasfalti), che *"l'autostrada Milano - Genova arriva fino all'ingresso della tangenziale ovest di Milano e che in eventuali situazioni di emergenza ci si sarebbe quindi potuti avvalere anche degli impianti di Itinera localizzati a Tortona, nonché di quelli di Sintexcal (anch'essi indicati nell'offerta tecnica)"*¹⁹⁸.

127. Sintexcal ha poi sostenuto che nelle regioni Lombardia e Piemonte vi sono pochi impianti di terzi *"oltre a quelli di Itinera e Impresa Bacchi, ai quali Sintexcal si rivolgerebbe con fiducia"* e che *"il rapporto fiduciario della Società nei confronti di un operatore terzo va al di là della disponibilità da parte di tali operatori di impianti per la produzione di conglomerato autostradale che pure dispongono di tutte le autorizzazioni e certificazioni CE di impianto e di prodotto necessarie"*¹⁹⁹. Con riguardo agli impianti indicati da Milano Serravalle come potenzialmente idonei alla produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione autostradale delle tratte autostradali di cui alla Gara Servizi n. 1/2019²⁰⁰, nonché agli ulteriori impianti indicati dalle imprese terze che avevano partecipato alle Gare 2016²⁰¹, Sintexcal ha indicato di averli esaminati e di ritenere, che nessuno di essi – ad eccezione di quelli di Itinera e Impresa Bacchi – sia idoneo alle forniture di cui alla Gara Servizi n. 1/2019, i) per distanza (*"non [le] avrebbero permesso di partecipare agli altri lotti"*), ii) per tipo di conglomerato prodotto/certificazioni di impianto, iii) per *"rapporti commerciali pregressi con la Società titolare dell'impianto"*²⁰² o perché *"comunque non avevano fornito disponibilità per la fornitura o che sono solite richiedere una contropartita eccessivamente onerosa"* oppure ancora iv) perché si tratta di impianti con un'area di operatività pressoché sovrapponibile a quella di Sintexcal²⁰³.

128. Similmente Impresa Bacchi ha argomentato che gli impianti in grado di produrre conglomerato autostradale sono pochi (*"tra cui quelli di COBIT, di Sintexcal e di Itinera"*²⁰⁴) e che molti degli impianti indicati dalla stazione appaltante non erano idonei alla produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione autostradale delle tratte autostradali di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 per distanza dal luogo dei lavori (rispetto al Lotto C), capacità produttiva, operatività notturna o perché nella disponibilità di operatori con cui l'impresa non ha mai collaborato²⁰⁵.

B. Sui subappalti

129. Itinera ha indicato in sede ispettiva, quanto ai motivi che hanno portato ad individuare proprio Impresa Bacchi e Sintexcal quali subappaltatori per le attività di fresatura e di stesa del conglomerato bituminoso, che *"si tratta di imprese serie, con cui si è più volte collaborato, e che sono pochi coloro che fanno conglomerati bituminosi in autostrada"*²⁰⁶. Con riguardo alla circostanza che né Sintexcal né Impresa Bacchi erano presenti nell'elenco dei fornitori qualificati dalla società per le attività fresatura e di stesa del conglomerato (categoria *"subappalti edifici civili e industriali"*) Itinera ha precisato che Sintexcal è comunque presente nell'elenco dei fornitori di Itinera (per la diversa attività di fornitura di conglomerato bituminoso) e che Impresa Bacchi, pur non essendo presente nell'elenco dei fornitori, sovente ha collaborato con Itinera. Itinera ha poi anche sottolineato che l'indicazione di imprese subappaltatrici non adeguatamente qualificate avrebbe esposto Itinera stessa al rischio di esclusione, alla luce del disposto normativo di cui all'articolo 80, commi 1 e 5, che all'epoca sanzionava con l'esclusione dalla gara l'operatore economico il cui subappaltatore fosse incorso nei motivi di esclusione di cui a tali commi²⁰⁷.

¹⁹⁸ [DOC337.]

¹⁹⁹ [Sintexcal ha altresì indicato che *"in caso di anomalia del proprio impianto di produzione, sarà possibile rifornirsi solo da un impianto che risulti già essere "qualificato" dalla stazione appaltante, così come il proprio prodotto, a meno che non si intenda chiedere un'ulteriore qualificazione in corso di appalto, procedura che richiede comunque del tempo"*, DOC338.]

²⁰⁰ [DOC6.]

²⁰¹ [DOC293-297, DOC300-305, DOC309, DOC313.]

²⁰² [DOC338.]

²⁰³ [In particolare 4 impianti sarebbero fuori zona; 3 inidonei e 10 idonei ma dichiarati da Sintexcal come non adeguati per rapporti pregressi e/o altri motivi commerciali, e 6 opererebbero in un'area analoga a quella degli impianti propri di Sintexcal (DOC423).]

²⁰⁴ [DOC337. Impresa Bacchi ha anche affermato che *"Molti di questi impianti sono anche obsoleti. Nel territorio di Milano e provincia, ad esempio, gli impianti idonei alla produzione di conglomerato per uso autostradale sono 5 o 6, con un raggio di operatività piuttosto ampio"* e che gli impianti di Itinera e Sintexcal, tipicamente, lavorano (sono accesi) anche in orario notturno e, quindi, in caso di emergenza possono dare la disponibilità alla fornitura di conglomerato senza richiedere costi aggiuntivi (laddove se un impianto è spento ci possono invece volere anche 4 ore per ottenere la fornitura di conglomerato).]

²⁰⁵ [DOC420. Itinera e Impresa Bacchi hanno anche osservato, in termini più generali, che ai fini dell'utilizzo degli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso per uso autostradale rileva, oltre alla vicinanza, anche la capacità produttiva degli impianti (nell'ordine o superiore a circa 150-200 tonnellate/h, con possibilità di utilizzare più impianti di minori dimensioni) e la possibilità di produzione in orario notturno, DOC336 e DOC337 (Impresa Bacchi: *"Pur essendovi circa 650 impianti di produzione di conglomerato bituminoso sul territorio nazionale, meno di 400 sono in concreto operativi e di questi molti hanno una produttività inferiore alle 150 tonnellate/h e sono quindi poco utilizzabili per la produzione di conglomerato per uso autostradale (se non abbinando più impianti)"*).]

²⁰⁶ [DOC120. In senso analogo DOC427 (*"la scelta di Itinera di indicare Impresa Bacchi e Sintexcal nella terna dei propri subappaltatori trova obiettive ragioni nella circostanza che entrambe vantano solida e radicata esperienza nello specifico settore di riferimento, hanno un personale adeguato, macchinari idonei e sono in possesso dell'impianto di produzione di conglomerati bituminosi, il che garantisce livelli prestazionali assai elevati sotto il profilo tecnico-qualitativo. Godono, inoltre, di un'indubbia affidabilità professionale: sono, infatti, tra le poche imprese sul mercato in grado di soddisfare le produzioni e le qualità richieste"*).]

²⁰⁷ [DOC427 e DOC444.]

130. In merito ai subappalti, Sintexcal ha rilevato di avere indicato per le attività di fresatura e stesa del conglomerato quattro subappaltatori e, quindi, anche imprese diverse e ulteriori (Tecnofrese e Cogeis) rispetto alle altre parti del procedimento (Itinera e Impresa Bacchi). La società ha altresì affermato che nel caso di una commessa quale quella in esame - che era considerata importante per Sintexcal in ragione sia dell'importo a base di gara sia del fatto che si tratta di una stazione appaltante che realizza appalti ripetuti nel tempo - la scelta di individuare tra le imprese subappaltate anche Itinera e Impresa Bacchi è stata guidata dall'esperienza e dalla affidabilità che caratterizza tali imprese, delle quali Sintexcal ha consapevolezza anche in ragione delle precedenti collaborazioni nell'esecuzione di diverse commesse in RTI "che è alla base del rapporto fiduciario che si è creato tra le tre imprese"²⁰⁸.

131. Impresa Bacchi ha osservato che "[...] i nomi dei subappaltatori avevano un peso in quanto bisognava comunque scegliere soggetti in grado di svolgere il lavoro con requisiti molto stringenti. Per questo sicuramente abbiamo scelto Itinera e Sintexcal. Rilevano, inoltre, le caratteristiche dei materiali utilizzati [il conglomerato bituminoso], che devono essere analoghe a quelle utilizzate nelle tratte oggetto dell'appalto. Non tutti hanno a disposizione tali materiali [...]"²⁰⁹. La coincidenza tra soggetti subappaltatori per le attività di fresatura e stesa del conglomerato e soggetti fornitori di conglomerato bituminoso (non soggetto di subappalto) rappresenta, inoltre, secondo Impresa Bacchi un aspetto "marcatamente importante" per la massimizzazione delle performance, specie in caso di guasto/malfunzionamento degli impianti propri e ricorso a un subappaltatore che abbia già in essere una produzione notturna. Secondo Impresa Bacchi è quindi logica e coerente la scelta di individuare quali subappaltatori società, quali Itinera e Sintexcal, che disponevano di impianti di produzione non distanti dal luogo di esecuzione dei lavori, nonché operativi in orario notturno, in grado di fornire in caso di emergenza il conglomerato bituminoso come da capitolato della Gara n 1/2019 con un limitatissimo preavviso²¹⁰.

132. Le tre imprese hanno inoltre tutte evidenziato come, in base alla disciplina di cui all'articolo 105 del d.lgs. n. 50/2016 al tempo vigente, la dichiarazione *ex ante* della terna dei subappaltatori era "obbligatoria" (a pena di non potersene poi avvalere in sede di esecuzione dell'appalto) e che l'impresa beneficiaria del subappalto avrebbe comunque potuto partecipare al lotto per il quale si era resa disponibile al subappalto, posto che la norma non prevedeva un'ipotesi di incompatibilità assoluta tra subappaltatore e concorrente, a pena di esclusione, ma solo un divieto di subappalto in sede di esecuzione²¹¹. Le tre imprese hanno sostenuto che i subappalti non garantivano quindi la certezza per l'impresa appaltante che l'operatore subappaltato non avrebbe partecipato al lotto a gara, né la trasparenza *ex ante* delle condotte in sede di gara delle imprese subappaltate²¹².

133. Secondo Sintexcal inoltre non emergerebbero profili di responsabilità civile in caso di partecipazione al medesimo lotto a gara sia dell'impresa appaltante che dell'impresa subappaltata (con conseguente divieto di subappalto per l'impresa appaltante), in quanto "non solo tale ipotesi non è disciplinata *inter partes*, ma, come spiegato, la Società ha indicato Itinera e Bacchi come subappaltatori in via del tutto prudentiale alla luce della specifica disciplina al tempo vigente"²¹³. In senso analogo Itinera ritiene che la partecipazione in proprio al lotto a gara per il quale ci si era resi disponibili al subappalto non comporterebbe "alcuna conseguenza pregiudizievole nei rapporti con la stazione appaltante o nei rapporti con l'impresa designate"²¹⁴.

134. Con riferimento alla mancata attivazione nella fase esecutiva dei subappalti reciproci dichiarati *ex ante*, Itinera ha affermato che l'indicazione dei subappaltatori (tra cui Sintexcal e Impresa Bacchi) è stata effettuata in una prospettiva prudentiale, per l'ipotesi di situazioni impreviste o di emergenza; Itinera ha invece dato la sua disponibilità al subappalto a Sintexcal e a Impresa Bacchi poiché, "nel caso in cui non fosse risultata aggiudicatrice del Lotto B avrebbe almeno avuto la possibilità di lavorare sugli altri due lotti in qualità di subappaltatore"²¹⁵.

135. Similmente, Sintexcal ha indicato che la scelta di dichiarare i subappalti è dipesa anche da ragioni di prudenza, connesse al fatto che l'impresa è tipicamente impegnata contemporaneamente su più commesse. Sintexcal ha rilevato, inoltre, che non è da considerarsi un'anomalia il fatto che successivamente i subappalti possano anche non essere attivati.

²⁰⁸ [DOC338. Cfr. anche DOC423 e DOC444]

²⁰⁹ [DOC14.]

²¹⁰ [DOC420, DOC444. Impresa Bacchi ha anche prodotto in allegato alla memoria difensiva una comunicazione di SITEB in cui quest'ultima osserva che "c'è sempre maggiore garanzia avendo un secondo impianto disponibile ed è ovvio che le aziende coinvolte abbiano indicato quello relativo agli altri lotti in quanto contemporaneamente impegnati nelle stesse attività con i medesimi prodotti. Diversamente impossibile un servizio di pronto intervento!" (DOC420)]

²¹¹ [DOC420, DOC423, DOC427, DOC444.]

²¹² [DOC420 e DOC423. Sintexcal richiama *ex multis* - a testimonianza del fatto che vi sono casi in cui il soggetto subappaltato partecipa poi in proprio alla procedura di gara - la sent. 2317/2018 del Consiglio di Stato in cui uno dei motivi di ricorso riguardava la richiesta di esclusione dalla procedura di gara del soggetto appaltatore in ragione della presentazione di una offerta in sede di gara anche ad opera del soggetto destinatario del subappalto.]

²¹³ [DOC423.]

²¹⁴ [DOC427.]

²¹⁵ [DOC427.]

136. Impresa Bacchi ha sostenuto che la mancata attivazione dei servizi di subappalto nei confronti di Itinera e Sintexcal non può essere indicativa di alcuna intesa in quanto l'intervento dei subappaltatori è previsto solo "in caso di emergenza", che "il coinvolgimento del subappaltatore è meramente eventuale", dato che la società "può contare sulle proprie risorse tecniche che sono ampiamente idonee ad assicurare lo svolgimento regolare di lavori di manutenzione [...]", e che "è lo stesso capitolato che tende a richiedere la ridondanza delle attrezzature [...] di talché, anche in assenza del subappaltatore è richiesto che la società disponga, anche in eccesso, della strumentazione necessaria [...]". Come noto le imprese partecipanti dovevano dichiarare la disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato [...] avere la disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e stesa", immediatamente usufruibili in caso di necessità²¹⁶.

C. Sui ribassi offerti

137. Tutte e tre le imprese hanno sostenuto che la riduzione dello sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/ 2019, rispetto alle Gare 2016, dipenderebbe anche dall'aumento del costo della materia prima bitume tra il 2016 e il 2019. L'intesa presuntivamente contestata non avrebbe quindi avuto effetti pregiudizievoli per la concorrenza, i consumatori o la stazione appaltante²¹⁷.

138. Itinera ha indicato che la diminuzione del ribasso offerto nella Gara Servizi n. 1/2019 rispetto ai ribassi offerti nelle Gare 2016 è dipesa sia dalle oscillazioni del prezzo del bitume (che aveva subito un ribasso nel periodo 2015-2016 in ragione della contrazione della domanda), sia dall'andamento del prezzo del gasolio per autotrazione, sia dal grado di utilizzo degli impianti e del personale della società al momento della formulazione dell'offerta²¹⁸. Itinera ha anche osservato che la situazione della società era molto diversa nel 2016 rispetto al 2019 in quanto, a seguito di un periodo di domanda bassa nel 2015-2016 (anche influenzata dall'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti pubblici) la società si trovava nel 2016 in una situazione critica e con un portafoglio di lavori quasi a zero, mentre nel 2019 vi è stato un incremento delle commesse acquisite²¹⁹. Secondo Itinera, inoltre, l'utilizzo di una media mobile non è rappresentativa delle effettive oscillazioni in aumento del prezzo del bitume, in un contesto in cui l'operatore, ai fini della formulazione dell'offerta economica "fa riferimento ai prezzi correnti reali e non certamente alla media aggregata di lungo periodo"²²⁰. Itinera ha altresì affermato "che le modalità di partecipazione alle gare e i ribassi offerti da Itinera non sono influenzati dalla concorrenza attesa in sede di gara ma dalla localizzazione degli impianti e dalla logistica della società rispetto all'appalto"²²¹.

139. Sintexcal ha dichiarato in occasione dell'attività ispettiva che "Il costo della materia prima rappresenta circa il 70% del costo complessivo dell'opera²²² e non è cambiato in maniera sostanziale tra il 2016 e oggi ed è stato particolarmente basso nel 2020. Solo di recente si è verificato un incremento nei costi della materia prima che non incide comunque sulle commesse in essere" (sottolineato aggiunto)²²³. La società ha poi sostenuto, in occasione delle

²¹⁶ [DOC420.]

²¹⁷ [DOC420, DOC423, DOC427 e DOC444.]

²¹⁸ [Itinera ha, in particolare, osservato che "nel mese di luglio 2016, in cui andava a scadere il termine di presentazione delle offerte per le Gare Lavori nn. 3 e 4 2016 il prezzo medio del bitume [nel nord Italia] si attestava tra un valore compreso tra i 250 €/t e i 300 €/t laddove nel mese di marzo 2019, in cui andava a scadere il termine per la presentazione delle offerte per la Gara Servizi n. 1/2019, il prezzo medio del bitume si attestava tra un valore di 350 €/t e i 400 €/t" e che anche "prendendo in esame l'arco temporale ottobre - marzo, periodo in cui si effettuano la maggior parte dei lavori di pavimentazioni stradale, degli anni 2018 e 2019 si registra un prezzo medio in costante aumento rispetto all'analogo periodo dell'anno 2017 per poi registrare un significativo calo nel 2020, in coincidenza con la pandemia". Itinera ha altresì prodotto le rilevazioni del prezzo medio annuale del bitume realizzate dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità che "dimostrano un reale aumento a livello nazionale nettamente superiore ai dati indicati da SITEB" (il prezzo medio annuale nazionale è pari a 460 euro/ton nel 2016 e 496 euro/ton nel 2019) e quelle della Camera di Commercio di Genova, DOC427. Itinera ha al riguardo anche sostenuto che i dati di cui alla Tabella 1 - incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all'offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019 non sarebbero corretti, per quanto riguarda Itinera, in quanto l'incidenza del "costo diretto" del conglomerato bituminoso sulla componente del servizio relativa alla stesa è del [90-95]%. Itinera quantifica inoltre l'incidenza del costo del bitume rispetto al "costo diretto" del conglomerato bituminoso nel [45-50]%, DOC427. Cfr. anche DOC120, DOC336 e DOC444.]

²¹⁹ [DOC336.]

²²⁰ [DOC423.]

²²¹ [DOC336.]

²²² [Sintexcal ha al riguardo anche contestato il dato relativo all' "Incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto al totale offerta economica" ad essa relativo (cfr. Tabella 1 - incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all'offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019) in quanto si tratta di calcoli svolti in maniera autonoma dagli Uffici secondo metodologie non note sulla base di dati che sono stati trasmessi dalla società alla stazione appaltante per finalità diverse (giustificazione della non anomalia dell'offerta) e che non avrebbero poi trovato riscontro nei resoconti a consuntivo (non prodotti da Sintexcal e dai quali risulterebbe una incidenza del costo del conglomerato bituminoso sul servizio di manutenzione del [60-70]%).]

²²³ [DOC35. Sintexcal ha altresì indicato - sempre in sede di attività ispettiva - che lo sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/2019 è uno "sconto medio non particolarmente basso" e che la gara ha poi dato luogo a una marginalità effettiva "più che soddisfacente (circa [omissis]%) per una serie di ragioni, tra cui la scarsa complessità dei servizi richiesti (non si prevedono migliorie) e il basso costo della materia prima. Sintexcal ha poi precisato che con tale espressione intendeva riferirsi [omissis] (DOC342) e che "si è trattato di un esito inatteso e più positivo del previsto, in ragione del fatto che nel 2020 si è avuto un calo inaspettato del prezzo delle materie prime ed, in particolare, del prezzo del bitume, dovuto a una contrazione della domanda dei prodotti petroliferi (da cui è derivato il bitume) in ragione dell'emergenza da Covid-19" (DOC338).]

memorie finali, che l'ufficio gare deve tenere in considerazione sia del costo del bitume al momento dell'offerta sia del possibile andamento prospettico del prezzo del bitume; che il prezzo del bitume ha subito nel periodo 2013-2021 notevoli oscillazioni, con una dinamica strettamente decrescente tra il 2013 e il 2016 e un andamento fortemente crescente tra il 2016 e il 2021 (in ragione dell'andamento della domanda del settore dell'edilizia in genere e della manutenzione autostradale in particolare); e che tra il luglio 2016 e il marzo 2019 il prezzo del bitume nell'area di Milano ha segnato un incremento dell'82% che si è riflesso sui ribassi offerti da Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019²²⁴. Sintexcal ha rilevato inoltre che utilizzando una media mobile su nove mesi, piuttosto che su tre anni, si ottiene un andamento del prezzo del bitume estremamente variabile nel tempo²²⁵.

140. Impresa Bacchi ha indicato che la riduzione dello sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/2019, rispetto alle Gare 2016, dipenderebbe dall'aumento del costo della materia prima bitume e di altre materie prime (tra cui il gasolio), a fronte invece di un crollo della domanda pubblica nel periodo 2015/2016²²⁶. In particolare, nel contesto della definizione dell'offerta economica in sede di gara la società considera l'andamento del costo del bitume dei mesi immediatamente precedenti e la tendenza di mercato pervista per l'immediato futuro e nel periodo "marzo/maggio 2019 la tendenza è assolutamente tesa ad aumentare mentre [...] nel 2016 il prezzo del bitume era ai minimi"²²⁷. Impresa Bacchi ha rilevato di essersi "accorta, inoltre, che negli anni precedenti ci sono stati contratti che sono andati in perdita. Se si analizzano i bandi precedenti sconti nell'ordine del 30/40% erano la regola. A partire dal 2019 invece gli sconti sono diminuiti assestandosi intorno al 20/25%"²²⁸.

141. Sintexcal ha altresì argomentato che la Gara Servizi n. 1/2019 prevedeva una diversa articolazione del peso dei punteggi tra l'offerta economica e l'offerta tecnica (30/70) rispetto alle precedenti Gare del 2016 (50/50), tale per cui si premiava di più l'offerta tecnica; circostanza anche questa che, secondo la società, si è riflessa sui ribassi offerti. Secondo Impresa Bacchi non sarebbe poi corretto realizzare un paragone tra la Gara Servizi n. 1/2019 e le Gare 2016 trattandosi di una gara di "servizi" e non di "lavori"²²⁹.

142. Secondo Sintexcal la competitività dell'offerta presentata da Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe anche confermata dalla media dei ribassi offerti nella Gara Lavori n. 4/2021, che non si sono scostati eccessivamente da quelli della Gara Servizi n. 1/2019 e sono invece risultati ben lontani da quelli delle Gare 2016²³⁰. Impresa Bacchi ha similmente osservato che il ribasso del 29,7% offerto dalla società nella Gara Lavori n. 4/2021 è assolutamente prossimo a quello della Gara Servizi n. 1/2019.

143. Itinera e Impresa Bacchi hanno infine affermato che i ribassi economici offerti dalle tre imprese nella Gara Servizi n. 1/2019 sono competitivi e posizionati una forbice considerevole; la forbice tra i ribassi delle Gare 2016 (tra il 42% e il 46%) è poi stata ancora più esigua²³¹.

D. Sulle offerte tecniche

144. Itinera ha indicato - con riguardo alla riscontrata identità delle offerte tecniche relative ai sub criteri 1.1. e 1.2 depositate da Itinera e Impresa Bacchi nella Gara servizi n. 1/2019 - che l'offerta tecnica non è un elemento di differenziazione tra le imprese; che, nel caso di specie, l'identità tra le offerte è dovuta al fatto che si tratta di dati di produttività desunti dalla capacità produttiva dei mezzi di stesa (finitrici), tendenzialmente uguali per tutte le imprese ("Se si usano le stesse macchine, con le stesse caratteristiche e alla stessa velocità alla fine si ottiene una produttività standardizzata (che fa riferimento alla capacità produttiva di una squadra tipo)"; e che in considerazione dei criteri premianti della Gara Servizi n. 1/2019 è inevitabile in sede di offerta tecnica l'indicazione da parte dei concorrenti della

²²⁴ [DOC423. Sintexcal ha anche spiegato, che la partecipazione di Sintexcal alle Gare 2016 con la previsione di subappalto a Interstrade era motivata da "una più limitata disponibilità di squadre, mezzi e capacità produttiva. Da allora Sintexcal ha effettuato investimenti che l'anno resa più autonoma nell'esecuzione del servizio. Quanto alla modalità di partecipazione alla gara del 2019, [...]. I valori di cui all'offerta economica del Lotto A della gara del 2019 riflettono lo scenario in cui i servizi sono resi in autonomia da Sintexcal, non contemplano l'ipotesi di subappalto poiché si tratta di una eventualità", DOC35.]

²²⁵ [DOC423 e DOC444.]

²²⁶ [DOC14, DOC420 e DOC444. Impresa Bacchi ha al riguardo indicato che "Fatto 100 il prezzo di offerta, utilizzando i dati di riferimento anche della stazione appaltante, l'80% è riferito ai soli conglomerati bituminosi stesi. Di questo 80% il 20% è riferito a costi di trasporto e stesa, rimangono quindi per la sola produzione del conglomerato circa il 64%. Su questo dato il prezzo del bitume incide a sua volta per almeno il 60% [...]" e quindi se la variazione del bitume tra i 2016 e il 2019 si attesta sul 50% (da 250 euro nel 2016 a 375 nel 2019), l'incidenza dell'aumento del prezzo del bitume sul prezzo finito è di circa il 20%, DOC444.]

²²⁷ [DOC444 e DOC420.]

²²⁸ [DOC14. Cfr. anche DOC420. Similmente Itinera ha indicato che "il ribasso offerto da Itinera risulta del tutto in linea con il ribasso proposto in gare analoghe a quella che ci occupa, nel medesimo periodo", DOC427.]

²²⁹ [DOC420.]

²³⁰ [I ribassi medi della Gara Lavori n. 4/2021 ("di durata quadriennale e con una base d'asta lievemente inferiore") sono stati "rapportati su base annua" come pari al 19,29% per la tratta A51-A52, al 17,19% per la tratta A7 e al 18,58% per la tratta A50 (DOC423 e DOC444).]

²³¹ [DOC420 e DOC427. Itinera ha anche osservato che la circostanza che uno dei fattori preponderanti nell'ambito della formulazione dell'offerta economica è costituito dal costo di mercato del bitume rende del tutto fisiologica la presenza di offerte economiche non marcatamente differenziate (DOC427).]

massima produzione ragionevolmente sostenibile che discende da tre fattori: disponibilità materia prima, velocità di stesa, ragionevole qualità finale²³².

145. Itinera ha altresì contestualmente affermato che nell'ambito dei sub criteri 1.1. e 1.2 "è stata attribuita rilevanza premiale alla capacità dell'operatore economico di offrire – in base alla propria organizzazione imprenditoriale, alle proprie conoscenze ed attrezzature, al numero e alla capacità dei mezzi di trasporto e alla dislocazione degli impianti che avrebbe inteso utilizzare nell'appalto - una maggior produzione media per una notte di lavoro, calcolata mq/ora"; che la dislocazione dei propri impianti in stretta prossimità dell'autostrada A7 "ha consentito alla stessa di ottenere un elevato punteggio nei riferiti sub criteri di valutazione dell'offerta tecnica 1.1 e 1.2"²³³ e che la dichiarazione di disponibilità anche degli impianti di Sintexcal e Impresa Bacchi assumeva una "imprescindibile valenza in termini di contenuto dell'offerta tecnica e di attribuzione del punteggio" di cui ai "sub-criteri 1.1 e 1.2 essendo questi propri riferiti alla produzione di conglomerato bituminoso"²³⁴.

146. Anche Impresa Bacchi e Sintexcal hanno sostenuto che le offerte tecniche delle imprese tendono ad essere molto simili tra loro in considerazione del fatto che nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali i lavori da eseguire sono simili e abbastanza ripetitivi (l'orario di lavoro è analogo, le macchine utilizzate sono standard e hanno più o meno le stesse capacità produttive, il numero delle macchine che possono essere utilizzate è abbastanza codificato, il processo e la sequenza e tempistica degli interventi è più o meno la medesima)²³⁵. Impresa Bacchi ha precisato che "Le differenze potrebbero essere quindi nell'ordine del 10 mq in più o in meno; non si tratta di parametri fissi ma quasi obbligati se un'impresa ottimizza gli interventi; un'impresa meno efficiente potrebbe fornire mq/ora diversi che non soddisferebbero, tuttavia, la stazione appaltante"²³⁶. Sintexcal ha poi anche affermato che il tema della similarità delle offerte tecniche presentate in sede di gara "interessa solo Itinera e Impresa Bacchi", posto che Sintexcal avrebbe, in realtà, presentato un'offerta tecnica che "si differenzia in misura non irrilevante da quella delle altre due imprese"²³⁷.

147. Itinera ha rilevato che "è anche chiaro che nel caso di specie ci sono delle collaborazioni in corso tra Itinera e Impresa Bacchi e Sintexcal e che, anche per tale ragione, si conoscono e si riscontrano le stesse capacità produttive tra le imprese"²³⁸ e che le offerte tecniche di cui ai sub-criteri 1.1 e 1.2 della Gara Servizi n. 1/2019 corrispondono a quanto era già stato indicato dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016 e costituiscono il riflesso del know how proprio di entrambe le società²³⁹. Impresa Bacchi ha indicato che l'offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019 è stata calcolata dalla società sulla base della precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016 e delle esperienze produttive di cantiere maturate nell'esecuzione del lavoro in ATI²⁴⁰.

148. Impresa Bacchi ha altresì sostenuto di avere ottenuto un elevatissimo punteggio tecnico (68/70) e che l'eventuale differenziazione della propria offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019, con la previsione di più squadre e di mezzi più numerosi "non determina come risultato automatico l'aumento della produttività"²⁴¹.

E. Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte

149. Con riguardo agli incontri e contatti trilaterali e bilaterali tra Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte, le tre imprese hanno, in linea generale, affermato che si trattava di incontri e contatti che avevano ad oggetto tematiche legittime e estranee alla Gara Servizi n. 1/2019 - producendo in alcuni casi anche della documentazione a supporto - e che, in assenza di riscontri che provino il contrario, non è possibile ritenere che tali incontri e contatti abbiano avuto ad oggetto la definizione dell'accordo collusivo oggetto di contestazione.

150. Impresa Bacchi osserva che in base alla giurisprudenza amministrativa affinché i contatti tra imprese possa assumere rilievo ed essere considerati "qualificati" è necessario che gli stessi riguardino "incontri nei quali emerga

²³² [DOC336, DOC427 e DOC444.]

²³³ [DOC427.]

²³⁴ [DOC427.]

²³⁵ [DOC337, DOC420e DOC338. Sintexcal ha anche fornito dei dati a testimonianza del fatto che l'offerta tecnica della società dipende dalla capacità dell'attrezzatura di fresatura e dalle assunzioni dell'impresa (cautelative e basate su precedenti esperienze lavorative) circa l'effettiva velocità di fresatura nell'unità di tempo, DOC423.]

²³⁶ [DOC337.]

²³⁷ [DOC338. Cfr. anche DOC423 ("vi è una differenza di quasi il 6% rispetto all'offerta di Itinera e Bacchi, una percentuale tutt'altro che irrilevante"). Sintexcal ha anche osservato di non avere utilizzato una squadra "minima" e di avere indicato nella Relazione tecnica sia un numero di persone per la posa e rimozione del cantiere più consistente rispetto a quello minimo richiesto dal disciplinare sia un numero di mezzi anche superiore rispetto a quello ordinariamente richiesti per l'esecuzione dell'appalto, differenziandosi dai propri competitor e offrendo la migliore combinazione di uomini e mezzi.]

²³⁸ [DOC336.]

²³⁹ [DOC427.]

²⁴⁰ [DOC337 e DOC420.]

²⁴¹ [DOC420.]

chiaramente che le parti intendessero concertare pratiche contrarie alla concorrenza" (richiamando la sentenza Tar Lazio n. 4730/2014) e che, nel caso in esame, Impresa Bacchi, anche attraverso adeguata documentazione, ha fornito una ricostruzione plausibile alternativa dei riscontrati contatti che trova conforto anche nelle allegazioni delle altre imprese coinvolte²⁴². Analogamente Sintexcal sostiene che non è possibile realizzare un'inversione dell'onere della prova, attribuendo alle imprese l'onere di provare che gli incontri non avessero ad oggetto la Gara Servizi n. 1/2019²⁴³.

151. In merito al riferimento, di cui all'agenda di [Impresa Bacchi], del 18 febbraio 2019 ore 13:45 ("[Itinera] [Sintexcal]"²⁴⁴) le tre imprese hanno argomentato quanto segue:

- Impresa Bacchi ha prodotto una email interna del 12 febbraio 2019 avente ad oggetto "appuntamento del 18.02.19" in cui si legge che "si ricordi per favore che lunedì prossimo vengono sia [Itinera] che [Sintexcal] e dobbiamo discutere sia per la fornitura di materiale che Itinera ci ha chiesto per la Tangenziale Est [A51] che per la fornitura che Sintexcal vorrebbe per il cantiere Valtidone, ed inoltre sarà necessario pianificare gli attuativi futuri di Aspi e fare un punto della situazione sui primi 3 attuativi che sono in fase di contabilizzazione"²⁴⁵;

- Itinera ha affermato che "il 18.2.2019 ha avuto luogo un incontro presso la sede di Impresa Bacchi cui hanno partecipato per Itinera S.p.A." due impiegati tecnici-amministrativi riconducibili alla squadra che faceva capo al Responsabile delle manutenzioni e pavimentazioni autostradali (e non figure di vertice di Itinera) e che l'incontro "ha riguardato l'appalto aggiudicato da Autostrade per l'Italia S.p.A. (ASPI) all'ATI Itinera S.p.A. (mandataria), Impresa Bacchi S.r.l. e Sintexcal S.p.A. (mandanti) nel 2018. In particolare l'incontro ha avuto ad oggetto profili concernenti la contabilità (SAL) dei lavori in esecuzione di tale appalto, relativi al 1°, al 2° e al 3° atto attuativo del contratto [...] per la manutenzione delle pavimentazioni [...]"²⁴⁶;

- Sintexcal ha indicato che "sicuramente si trattava di questioni relative all'accordo attuativo dell'appalto ASPI [...], considerato che il sig. [omissis] è un dipendente di Itinera che si occupa delle attività di cantiere" e che l'incontro non rappresentava una riunione di "vertice" avendo coinvolto figure che si occupano di attività operative di cantiere²⁴⁷.

152. Quanto al riferimento all'agenda di [Impresa Bacchi], del 22 febbraio 2019 ore 6:00 (con elenco di nomi " [rapp.te impresa terza] [Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]"²⁴⁸):

- Impresa Bacchi ha indicato che "probabilmente nella giornata era previsto un colloquio telefonico con Itinera [omissis], Sintexcal [omissis] e con i rappresentanti di SEA [omissis] in relazione ai lavori di manutenzione della pavimentazione aeroportuale su Malpensa, aggiudicati in ATI a Impresa Bacchi e Itinera e per i quali Itinera si riforniva di conglomerato bituminoso anche da Sintexcal"²⁴⁹;

- Sintexcal che "probabilmente avrà ricevuto una telefonata da Bacchi in relazione all'appalto per l'aeroporto di Montichiari"²⁵⁰;

- Itinera che, "A quanto è stato possibile ricostruire, il 22.2.2019 ha avuto luogo un colloquio telefonico tra il Geom. [Itinera] e [Impresa Bacchi], avente ad oggetto i lavori di pavimentazione dell'aeroporto di Malpensa [...]"²⁵¹.

153. Con riguardo al riferimento nell'agenda di [Impresa Bacchi] del 27 febbraio 2019 ore 16:00 (" [Itinera] [Sintexcal]"²⁵²):

- Impresa Bacchi ha osservato che "si trattava presumibilmente di questioni attinenti ai lavori [...] nei confronti di SEA sull'aeroporto di Malpensa (svolti in ATI da Impresa Bacchi e Itinera con Sintexcal coinvolto in qualità di fornitore di conglomerato di Itinera) e presumibilmente anche di lavori di Impresa Bacchi relativi agli aeroporti di Trieste e Verona, nel contesto dei quali Impresa Bacchi aveva inizialmente chiesto la disponibilità di Sintexcal alla fornitura di calcestruzzo [...]. È possibile che si sia trattato di un incontro o di un giro di telefonate"²⁵²;

- Itinera che "A quanto è stato possibile ricostruire, il 27.2.2019 ha avuto luogo un colloquio telefonico tra il Geom. [Itinera] e [Impresa Bacchi], avente ad oggetto i riferiti lavori di pavimentazione dell'aeroporto di Malpensa, di

²⁴² [DOC420 e DOC444.]

²⁴³ [DOC423.]

²⁴⁴ [DOC16.]

²⁴⁵ [Cfr. DOC306 e DOC311. Impresa Bacchi ha inoltre depositato: i) otto fatture a riscontro forniture di conglomerato bituminoso intervenute - successivamente all'incontro del 18/02/2019 - da Impresa Bacchi a Itinera (per lavori di manutenzione autostradale sulle tangenziali est e nord di Milano A51 e A52) e da Impresa Bacchi a Sintexcal (Cantiere TE.VIA- Città metropolitana di Milano) e da Sintexcal a Impresa Bacchi (ASPI); ii) copia dell'accordo quadro del 26 ottobre 2018 per l'esecuzione di lavori di manutenzione autostradale di ASPI da parte dell'RTI tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, nonché copia dei successivi nove contratti attuativi.]

²⁴⁶ [DOC336 e DOC427.]

²⁴⁷ [DOC342. Vedi anche DOC338 e DOC423.]

²⁴⁸ [DOC16.]

²⁴⁹ [DOC337.]

²⁵⁰ [DOC338 e DOC423.]

²⁵¹ [DOC341 e DOC427.]

²⁵² [DOC337.]

cui alla gara indetta da SEA e aggiudicata a RTI/ATI Itinera S.p.A. Impresa Bacchi S.r.l., con indicazione, nella terna dei subappaltatori, anche di Sintexcal S.p.A.”²⁵³.

- Sintexcal che “probabilmente si trattava di valutare congiuntamente questioni attinenti all’appalto relativo all’aeroporto di Montichiari”²⁵⁴, “fermo restando che nel medesimo periodo la Società aveva in corso diverse commesse con Itinera e Bacchi, che avrebbero potuto anch’esse essere interessate dalle suddette discussioni”²⁵⁵; Sintexcal ha in merito anche osservato che la presenza di due spiegazioni dell’incontro (quella di Itinera e Bacchi relativa ai lavori presso l’aeroporto di Malpensa e quella da Sintexcal relativa ai lavori presso l’aeroporto di Brescia Montichiari) non deve essere letta come un’incoerenza nella tesi difensiva, ma dimostra piuttosto che le parti, avendo diverse commesse in corso, avevano una pluralità di occasioni di confronto, ciò che rende non agevole a distanza di anni ricostruire il contenuto effettivo di ogni singolo incontro.

154. Con riferimento all’incontro tra le tre imprese presso Itinera del 15 marzo 2019²⁵⁶, Itinera ha prodotto una email a supporto del fatto che l’incontro riguardava la firma di un atto notarile di modifica di un’ATI tra Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel contesto di un Accordo Quadro con ASPI²⁵⁷; all’incontro hanno partecipato per Itinera il procuratore [omissis], per Impresa Bacchi il presidente del consiglio di amministrazione [omissis] e per Sintexcal il consigliere delegato [omissis]²⁵⁸. Anche Impresa Bacchi e Sintexcal hanno indicato che si è trattato di un incontro per la sottoscrizione del contratto di ATI tra le tre imprese nel contesto dell’appalto ASPI partecipato dall’ATI nel 2018 e successivamente aggiudicato all’ATI nel dicembre 2019²⁵⁹.

155. Quanto al riferimento in agenda del 21/03/19 ore 13:00, “Prezzi Itinera A7”, Impresa Bacchi e Itinera hanno indicato che in quel periodo Itinera era interessata ad un acquisto da Impresa Bacchi di conglomerato per dei lavori su uno svincolo della A7, con riguardo alla tratta Pavia-Beregardo²⁶⁰. Quanto al riferimento in agenda immediatamente successivo del 21/03/19 delle ore 13:45, “Serravalle offerta”, Impresa Bacchi ha poi osservato che “di regola il giorno prima del deposito dell’offerta per una gara si svolge una riunione interna con l’ufficio tecnico in cui viene definito l’importo del ribasso definitivo di cui all’offerta economica”²⁶¹.

156. Con riguardo al riferimento, di cui all’agenda di [Impresa Bacchi], del 21/03/19 ore 6:00 (“[Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”²⁶²), Sintexcal ritiene che anche in questo caso si trattasse di una telefonata di Impresa Bacchi in relazione all’appalto per l’aeroporto di Montichiari²⁶³ e Itinera ha ribadito che “in quel periodo Itinera S.p.A. aveva chiesto a Impresa Bacchi una proposta di fornitura di conglomerato di tipo base binder per lavori da eseguire su uno svincolo della A7, tratta Pavia-Beregardo”²⁶⁴.

F. Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019

157. In merito alla email con cui Sintexcal, il 21 febbraio 2019, ha inoltrato a Itinera e Impresa Bacchi la risposta trasmessale dalla stazione appaltante in esito a un quesito presentato da Sintexcal alla stazione appaltante e inerente ai requisiti di partecipazione alla gara (“Vi giro la risposta di Milano Serravalle circa il quesito sulla gara d’appalto pubblicata come Servizi/Lavori”²⁶⁵), Sintexcal ha indicato che si è trattato di uno scambio di email riconducibile alla qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come di “servizi” piuttosto che di “lavori” e che “sempre per un discorso di correttezza, Sintexcal aveva ritenuto di girare la risposta della stazione appaltante anche alle imprese Itinera e Impresa Bacchi con cui si era parlato della qualificazione della gara e con cui si collabora abitualmente”. Sintexcal ha al riguardo anche osservato che questo aspetto delle regole di gara costituiva un elemento di novità, rispetto al passato e

²⁵³ [DOC341 e DOC427.]

²⁵⁴ [DOC338. Sintexcal ha anche precisato che l’oggetto dell’appalto consisteva nel rifacimento di pavimentazioni dell’aeroporto “Gabriele D’Annunzio” di Brescia Montichiari (CIG 73670856DC), aggiudicato nel 2018 ad un RTI composto da Interstrade S.p.A., Cogeis S.p.A., Sintexcal S.p.A., Impresa Bacchi S.r.l., Del Bono S.p.A. ed Euroimpianti S.p.A., DOC342.]

²⁵⁵ [DOC342.]

²⁵⁶ [Vedi anche DOC16, DOC121 e DOC38.]

²⁵⁷ [DOC308. Itinera ha allegato sia l’atto notarile sottoscritto dalle tre imprese in data 15/03/2019, sia degli scambi di email intervenuti tra l’11 e il 12 marzo 2019 tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, aventi ad oggetto “ASPI CA022/MODIFICA ATI 1278/742”, che indicano quale data dell’appuntamento per la firma del documento, alla presenza del notaio, il 15 marzo alle 9:30 (“Presenzieranno Ing. [Itinera], [Impresa Bacchi] e Ing. [Sintexcal]”). Cfr. anche DOC427.]

²⁵⁸ [DOC341.]

²⁵⁹ [DOC338, DOC420 e DOC423.]

²⁶⁰ [DOC337 e DOC427. Impresa Bacchi ha anche precisato che “[...] la tratta in questione è a una distanza dall’impianto di produzione tale per cui Impresa Bacchi è ancora competitiva e l’autostrada è facilmente raggiungibile tramite viabilità esterna”, DOC337.]

²⁶¹ [DOC337.]

²⁶² [DOC16.]

²⁶³ [DOC338 e DOC423.]

²⁶⁴ [DOC341.]

²⁶⁵ [Vd. anche DOC69.]

alla prassi del settore, ed ha comportato degli stringenti requisiti di fatturato e una "chiusura sotto il profilo della platea dei concorrenti": "È in questo contesto che tale elemento è stato oggetto di confronto sotto il profilo tecnico con le altre imprese con cui abitualmente Sintexcal collabora" ²⁶⁶. Sintexcal ha rilevato inoltre che la risposta della stazione appaltante alla richiesta di chiarimenti di Sintexcal "non costituisce un'informazione riservata e che anzi, di regola, i chiarimenti sono pubblicati dalle stazioni appaltanti sui propri siti internet"²⁶⁷.

158. Secondo Sintexcal e Itinera la risposta della stazione appaltante non creava uno scenario favorevole alle tre imprese dal momento che consentiva di considerare ai fini del requisito di fatturato relativo al "servizio con caratteristiche analoghe" (almeno il 30% della base d'asta) anche le attività di "lavori", ampliando quindi la platea dei potenziali partecipanti²⁶⁸. Sintexcal osserva contestualmente che la società, "pur collocandosi tra i principali player nazionali nel settore pavimentazioni", era carente del requisito relativo all'esecuzione di un servizio con caratteristiche analoghe per l'importo richiesto dalla *lex specialis* (anche a valle dell'interpretazione estensiva della stazione appaltante) e ha dovuto quindi fare ricorso all'istituto dell'avvalimento da Cogeis²⁶⁹.

159. Con riguardo allo scambio di email del 3 giugno 2019 interno a Sintexcal con oggetto "Analisi Bacchi" a cui risulta allegato un file Excel denominato "ANALISI_rev.03.xls", contenente una bozza dell'analisi che Impresa Bacchi era tenuta a presentare alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta, Sintexcal ha osservato che nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante a Sintexcal per la verifica della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019 c'erano delle incongruenze e che "in un contesto di cortesia reciproca, gli uffici gare delle imprese hanno ritenuto di scambiarsi dei pareri al riguardo", sottolineando che "lo scambio di pareri tra le imprese è avvenuto comunque in un periodo successivo al deposito delle offerte, post aggiudicazione" e che la presenza di tali incongruenze nella documentazione della stazione appaltante "aveva stimolato un confronto tecnico tra le imprese partecipanti"²⁷⁰. Ancora, Sintexcal ha affermato che si è trattato di "un confronto sul punto con le altre Parti, evidentemente giustificato dalla peculiarità della situazione (tenuto conto che anche per gli altri lotti erano stati rilevati analoghi errori)"²⁷¹; che, in ragione della partecipazione a due lotti differenti, "nessuna delle due imprese ha comprensibilmente ritenuto che lo scambio potesse essere problematico sotto il profilo antitrust"; che "la sensibilità del dato si esaurisce nel momento in cui viene presentata l'offerta"; e che "non a caso le imprese che hanno preso parte alla procedura possono accedere senza limitazioni all'offerta dei concorrenti, ciò che consente loro di poter meglio calibrare la propria partecipazione nella gara successiva"²⁷².

160. Impresa Bacchi ha, similmente, indicato che a fronte della presenza di un errore nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta ("nella sommatoria delle voci di costo inviata dalla stazione appaltante alcuni addendi non venivano sommati") e sapendo che anche le altre imprese aggiudicatrici erano nella stessa situazione ("dal documento trasmesso dalla stazione appaltante si capiva infatti che l'errore riguardava tutti e tre gli appalti"), la società "si è confrontata con le altre aggiudicatrici per capire come giustificare la variazione"²⁷³.

161. Con riguardo alle percentuali attribuite alle spese generali e agli utili di impresa nel contesto della giustificazione della non anomalia dell'offerta nella Gara Servizi n. 1/2019, Sintexcal e Itinera hanno indicato che si tratta di valori del tutto fisiologici, frutto in parte dei vincoli regolamentari cui sono soggette le società (che, al tempo, prevedeva una forcella di valori tra il 13% e il 17% per le spese generali) e in parte dell'esperienza maturata negli anni²⁷⁴.

162. Quanto allo scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020, avente ad oggetto "[...] Serravalle tangenziale ovest lotto C: Costi sicurezza-Confronto listino oneri di sicurezza Covid19" Sintexcal ha indicato che il documento fa riferimento "ad uno scambio di opinioni tra le imprese relativamente ai costi incrementali di sicurezza dovuti all'emergenza da Covid-19", intervenuto nel periodo in cui le stazioni appaltanti chiedevano di fornire un aggiornamento degli oneri di sicurezza in ragione dei nuovi costi connessi all'emergenza sanitaria: "lo scambio di vedute tra le imprese avveniva quindi in un contesto in cui non era chiaro quali dispositivi e costi considerare e come calcolare questi costi aggiuntivi [...] Come indicato anche nelle email, le imprese cercavano di pervenire ad un ragionamento unificato nei confronti della concessionaria". Sintexcal ha inoltre evidenziato come, nel caso di specie, si era in presenza di una situazione inedita, dovuta a un fattore di shock esogeno, e che si è trattato di un "confronto

²⁶⁶ [DOC338. Cfr. anche DOC423.]

²⁶⁷ [DOC338 e DOC423.]

²⁶⁸ [DOC423 e DOC427.]

²⁶⁹ [DOC423 e DOC444.]

²⁷⁰ [DOC338.]

²⁷¹ [DOC342.]

²⁷² [DOC423.]

²⁷³ [DOC337 e DOC420.]

²⁷⁴ [DOC423 e DOC427. Sintexcal ha anche allegato i giustificativi prodotti in occasione di altre procedure di gara in cui le spese generali e l'utile sono stati quantificati dalla società nel 13% e nel 3% e rilevato che "tale valore - oltre a essere spesso ritenuto dalla SA [stazione appaltante] una soglia minima al di sotto della quale l'offerta è per definizione anomala - è il frutto della policy interna della Società [...]"] (DOC423).]

tecnico tra operatori che collaborano tra loro in molti ambiti”, senza interferenze rispetto alla Gara Servizi n. 1/2019²⁷⁵. Impresa Bacchi ha, similmente, indicato che l'emergenza Covid si è ripercossa sugli oneri di sicurezza degli appalti, richiedendo una modifica dei relativi importi e che in questo contesto “si è posto il problema di quali costi e quali dispositivi di sicurezza individuare. [...]. Lo scambio di email riguardava quindi un confronto di vedute con Sintexcal per valutare quali misure e dispositivi di sicurezza considerare nel nuovo contesto di emergenza Covid”²⁷⁶.

163. Sintexcal e Itinera hanno infine osservato che lo scambio *whatsapp* dell'8 aprile 2021 tra Sintexcal e Itinera, si riferiva alla procedura di gara indetta da SEA per la manutenzione della pavimentazione dell'aeroporto di Milano Malpensa; Sintexcal ha indicato che l'interesse della società alla partecipazione di Itinera alla gara derivava dal fatto che in occasione della edizione precedente della procedura Sintexcal aveva fornito del conglomerato bituminoso Itinera, che si era aggiudicata la gara in ATI con Impresa Bacchi e aveva la finalità commerciale di rinnovare il rapporto di fornitura. Lo scambio *whatsapp* del 21 aprile 2021 secondo Sintexcal era invece relativo ad una gara ASPI a cui Sintexcal aveva partecipato in ATI con Itinera²⁷⁷.

164. Con riguardo alle *email* Sintexcal del 3 giugno 2019, allo scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020 e agli scambi *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal del 2021, Sintexcal afferma che la circostanza che tali evidenze si riferiscano ad un momento successivo rispetto alla presentazione delle offerte esclude la loro rilevanza i fini probatori, in quanto non può avere inciso sulle strategie di gara²⁷⁸.

G. Sulla limitata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019

165. Avuto riguardo alla riscontrata limitata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, Impresa Bacchi ha osservato che la modifica della qualificazione dell'appalto delle attività di manutenzione autostradale, tra il 2016 e il 2019, da di “lavori” a di “servizi”, ha comportato la previsione nelle regole di gara e di requisiti di partecipazione “sicuramene elevati, tanto che la stessa Impresa Bacchi ha svolto più di una riunione interna per valutare se la società fosse effettivamente in grado di soddisfarli”²⁷⁹, e che “il bando alla Gara Servizi n. 1/2019 era in tale senso molto selettivo e che tale considerazione trova conforto anche nelle risposte trasmesse agli Uffici dalle imprese che avevano partecipato alle precedenti Gare del 2016, tra cui anche l'impresa Vitali”²⁸⁰. Impresa Bacchi ha altresì osservato che la ricostruzione accusatoria è illogica nella misura in cui non riesce a spiegare in che modo l'intesa sia stata conclusa e attuata senza il coinvolgimento di altre società, la cui mancata partecipazione alla gara non era prevedibile con un grado di certezza tale da consentire di organizzare una strategia collusiva, anche considerato che - secondo Impresa Bacchi - le imprese potenziali concorrenti che hanno risposto alla richiesta di informazioni degli uffici hanno giustificato la mancata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 in ragione di concomitanti commesse precedentemente aggiudicate e/o gare di maggior interesse in corso²⁸¹ (ovvero di circostanza non note a Impresa Bacchi). In tal senso la società rileva anche “l'esistenza di altri impianti, diretti concorrenti della società, che avrebbero potuto partecipare per l'aggiudicazione dei Lotti di cui al Bando di Gara”²⁸².

166. Anche Sintexcal ha indicato che la qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come di “servizi” piuttosto che di “lavori” - in difformità sia con l'orientamento della generalità delle stazioni appaltanti sia con la precedente prassi della stazione appaltante - ha avuto delle “conseguenze sui requisiti di partecipazione richiesti” e che “risulta d'altronde che almeno 8 delle 13 imprese che hanno risposto alla richiesta di informazioni degli Uffici hanno denunciato di non avere partecipato alla procedura [Gare del 2016] per carenza dei requisiti”; “la riscontrata bassa partecipazione alla procedura” sarebbe quindi “una conseguenza delle regole di gara”²⁸³. Successivamente Sintexcal ha (diversamente) argomentato che le risposte alle richieste di informazioni degli Uffici hanno evidenziato come “in molti casi le imprese

²⁷⁵ [DOC338.]

²⁷⁶ [DOC337.]

²⁷⁷ [DOC423, DOC427 e DOC444.]

²⁷⁸ [DOC423.]

²⁷⁹ [Cfr. anche DOC420 (“I suddetti requisiti [...] erano particolarmente rigorosi e intrinsecamente selettivi”).]

²⁸⁰ [DOC337. Impresa Bacchi ha altresì in tale contesto conclusivamente indicato che “le imprese attive nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali non sono molte e che i principali concorrenti di Impresa Bacchi sono individuabili in Itinera, Sintexcal e, in misura minore, Vitali. Rispetto a Impresa Bacchi sia Itinera che Sintexcal hanno una dimensione e una capacità logistica maggiore. Vitali, pur avendo dimensioni maggiori rispetto a Impresa Bacchi, non aveva tuttavia i requisiti di esperienza pregressa per partecipare alla Gara n. 1/2019 [...]”.]

²⁸¹ [Impresa Bacchi richiama in particolare le risposte delle tre imprese (rispetto alle 13 risposte pervenute dalle 14 imprese complessivamente intervistate): Costruzioni Edili Stradali Fognature s.r.l., Suardi s.p.a. e Preve Costruzioni s.p.a. e i DOC293, DOC303 e DOC304.]

²⁸² [DOC420 e DOC444. Impresa Bacchi ha altresì sostenuto che il ribasso offerto in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 è stato competitivo anche in considerazione della potenziale partecipazione di altri concorrenti e che, per il caso in cui la società avesse avuto la convinzione che alcuna delle società concorrenti avesse partecipato alla gara avrebbe realizzato una scontistica decisamente meno aggressiva.]

²⁸³ [DOC338. Cfr. anche DOC423 (“[...] l'anomalia della qualificazione della gara - circostanza della quale si era naturalmente parlato nel settore - era stata una novità assoluta e che aveva spinto molti operatori a non partecipare, come d'altronde emerso chiaramente dalle risposte al market Test [le risposte alle richieste di informazioni pervenute dagli operatori che avevano partecipato alle Gare 2016]”).]

non avevano partecipato perché avevano **gli impianti già saturi** (e non perché sprovviste dei requisiti)" (enfasi e grassetto in originale)²⁸⁴. Sintexcal ha sostenuto in ogni caso che la società non aveva "alcun elemento" per confidare che nella Gara Servizi n. 1/2019 la concorrenza sarebbe stata tale da renderla l'unica partecipante al Lotto A. Infatti, per quanto i requisiti del bando fossero "piuttosto stringenti", le precedenti Gare 2016 avevano registrato una significativa partecipazione e le imprese singolarmente sprovviste dei requisiti di partecipazione avrebbero comunque potuto fare ricorso all'avvalimento o alla partecipazione in RTI²⁸⁵.

167. Itinera ha argomentato il basso tasso di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 è dipeso da autonome valutazioni di altri operatori economici non prevedibili da Itinera; che in considerazione del più elevato tasso di partecipazione nelle precedenti edizioni della gara era ragionevole attendersi la partecipazione di numerosi operatori; e che i requisiti di capacità economico/finanziaria richiesti dal disciplinare potevano essere soddisfatti attraverso la partecipazione congiunta con altri operatori ovvero mediante avvalimento²⁸⁶.

H. Sull'imputabilità della condotta di Sintexcal a General Beton

168. General Beton e Sintexcal non ritengono configurabile un'influenza determinante della controllante General Beton sulla controllata Sintexcal, in quanto, alla luce della recente giurisprudenza amministrativa nazionale del Consiglio di Stato (sentenze n. 6214/2021 e 1101/2021), non ci si può limitare a presumere l'influenza determinante dal mero dato di controllo dovendosi verificare la presenza di indizi, gravi precisi e concordanti in merito al coinvolgimento dell'illecito od anche l'esercizio dell'influenza²⁸⁷. Poiché, nel caso di specie, la documentazione in atti non chiama mai in causa General Beton ed è anzi indicativa del fatto che Sintexcal determina in autonomia il proprio comportamento sul mercato e di partecipazione alle gare, General Beton ritiene che vi siano i presupposti per ribaltare la presunzione di responsabilità. General Beton sostiene inoltre che l'Autorità dovrebbe considerare comunque superata la presunzione di responsabilità a fronte del fatto che, nel caso in esame, ricorrono gli indici di autonomia decisionale e operativa valorizzati dalla giurisprudenza amministrativa per escludere la *parental liability*²⁸⁸: i) General Beton non dispone di personale, uffici o funzioni preposte alla partecipazione a gare di appalto e non fornisce informazioni né è consultata da Sintexcal con riguardo alla partecipazione alle gare; ii) General Beton e Sintexcal non condividono sedi, uffici, infrastrutture, sistemi logistici e informatici, siti produttivi né vi sono funzioni centralizzate comuni; iii) General Beton e Sintexcal operano in mercati diversi; iv) Sintexcal gode della più ampia autonomia decisionale anche ai sensi dello Statuto e il Consiglio di Amministrazione ha la più ampia potestà su tutti gli atti di amministrazione ordinaria e straordinari. General Beton ritiene infine che l'imputazione di una *parental liability* in assenza di qualsiasi traccia di ingerenza della controllante nella strategia commerciale della controllata equivarrebbe ad affermare il carattere assoluto e insuperabile della presunzione, in spregio alla giurisprudenza amministrativa anche comunitaria che ha più volte ribadito la necessità di ammettere e considerare la prova contraria²⁸⁹.

I. Sulla sanzione e il mercato rilevante

169. Itinera e Sintexcal argomentano che nel caso di specie il valore delle vendite ai fini del calcolo della sanzione dovrebbe essere individuato nell'utile d'impresa, piuttosto che nell'importo oggetto di aggiudicazione, in considerazione del fatto che l'espressione "in linea di principio" di cui al punto 18 delle Linee guida sulle sanzioni²⁹⁰ legittimerebbe l'Autorità a discostarsi da tale regola e della circostanza che l'importo oggetto di aggiudicazione sovrastimerebbe di gran lunga i vantaggi potenzialmente conseguiti dalla violazione contestata, in ragione dei costi sostenuti dalle società per l'esecuzione dell'appalto, portando ad un ammontare della sanzione sproporzionato rispetto all'obiettivo di produrre un "effetto sufficientemente dissuasivo".

170. Secondo Sintexcal non è poi in ogni caso possibile assumere a parametro di riferimento l'importo di aggiudicazione previsto dal bando in considerazione del fatto che (trattandosi di un appalto a misura) l'importo di aggiudicazione non è ancora stato raggiunto dalla stazione appaltante²⁹¹.

171. Con riguardo all'applicazione di un coefficiente di gravità non inferiore al 15%, Sintexcal argomenta che l'asserita intesa non può essere qualificata come segreta sia in quanto i contatti, incontri e gli scambi di email sono stati ricondotti dalle parti a interlocuzioni lecite; sia in quanto - proprio per questa ragione - non si rinviene alcuna cautela volta a rendere non conoscibili tali contatti, sia infine in considerazione del fatto che l'elemento essenziale sul quale è

²⁸⁴ [DOC444.]

²⁸⁵ [DOC423 e DOC444.]

²⁸⁶ [DOC427.]

²⁸⁷ [DOC425, DOC423 e DOC444.]

²⁸⁸ [General Beton ritiene applicabile al caso di specie anche la sentenza della Corte di Giustizia del 6 ottobre 2021, sentenza C-882/19 Sumal in materia di risarcimento del danno antitrust.]

²⁸⁹ [General Beton richiama in particolare le sentenze Corte di Giustizia, 29 settembre 2011, sentenza C-520/09 P, Arkema §41 e Corte di Giustizia, 29 settembre 2011, sentenza C-521/09, Elf Aquitaine 152-153.]

²⁹⁰ ["Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.]

²⁹¹ [La società richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 3016 del 21 giugno 2017.]

ricostruita l'intesa, ovvero i subappalti reciproci, sono stati comunicati alla stazione appaltante in sede di offerta. Sintexcal sostiene inoltre che, anche a voler ritenere che l'asserita intesa configuri una restrizione "grave" le Linee guida sanzioni precisano che la percentuale del valore delle vendite considerata sarà "di regola" non inferiore al 15% e che nel caso di specie ci sono motivi per individuare un coefficiente di gravità inferiore in ragione delle condizioni di elevata pressione competitiva con riguardo all'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel Nord Italia; della circostanza che l'intesa ha avuto una rilevanza e impatto economico limitato, interessando una sola gara; e del fatto che non ha prodotto effetti pregiudizievoli per la concorrenza e i consumatori²⁹².

172. Itinera e Sintexcal ritengono inoltre che non vi sia stato, e non sia stato dimostrato, alcun pregiudizio per la stazione appaltante e i consumatori. In particolare, le offerte sono state ritenute congrue dalla stazione appaltante e i ribassi offerti nella Gara Servizi n. 1/2019 sono in linea con quelli della Gara Lavori n. 4/2021, anche in ragione della concorrenza potenziale attesa in sede di gara. In ogni caso la circostanza che gli altri operatori possano essere stati scoraggiati dal partecipare Gara Servizi n. 1/2019 e le ipotizzate offerte poco aggressive delle parti sarebbero da ricondursi alla scelta della stazione appaltante di qualificare la gara come di "servizi" piuttosto che di "lavori". Non vi può inoltre essere stato pregiudizio in termini di qualità del servizio in quanto i lavori di manutenzione autostradale devono essere eseguiti secondo precise e vincolanti prescrizioni tecniche imposte dalla *lex specialis* e dalla Direzione Lavori della stazione appaltante²⁹³.

173. In ragione di quanto osservato in merito alla gravità della violazione e al carattere comunque deterrente della sanzione (prossima, se non pari, al massimo edittale), Sintexcal ritiene altresì che l'applicazione di una maggiorazione a titolo di *entry fee* sarebbe iniqua e ingiustificata. Per le medesime ragioni sarebbe altresì manifestamente contrario al principio di proporzionalità applicare a Sintexcal l'ulteriore fattore di deterrenza fino al 50% di cui al punto 25 delle Linee guida sulle sanzioni, anche considerata l'eccezionalità dell'istituto ad oggi applicato solo in otto casi e a gruppi multinazionali di dimensioni economiche enormemente superiori a General Beton/Sintexcal²⁹⁴.

174. Sintexcal e General Beton argomentano che dall'assenza dei presupposti per contestare l'illecito a General Beton discende anche l'inapplicabilità del punto 22 delle Linee guida sulle sanzioni in materia di recidiva e la possibilità di valutare il programma di compliance di Sintexcal come circostanza attenuante. Secondo Sintexcal e General Beton le conseguenze derivanti dall'eventuale imputazione della condotte anche a General Beton si porrebbero in contrasto con il principio di personalità della pena, in quanto pur non essendovi alcuna prova di un coordinamento fra General Beton e Sintexcal, quest'ultima si troverebbe ad essere destinataria di una sanzione molto più elevata di quella che sarebbe determinata con gli ordinari criteri di calcolo in ragione dell'aggravante per recidiva in capo a General Beton e del mancato riconoscimento dell'attenuante del programma di *compliance*. Sarebbero inoltre lesi i diritti di difesa di Sintexcal in quanto la società – pur non avendo mai potuto partecipare e difendersi nell'ambito del procedimento I780 chiuso con l'accertamento di una infrazione in capo a General Beton – sarebbe soggetto a tutte le conseguenze negative discendenti dalla qualificazione di General Beton come impresa "recidiva", come riconosciuto dall'orientamento consolidato della Corte di Giustizia²⁹⁵ e anche confermato dalla sentenza Sumal della Corte di Giustizia in materia di risarcimento del danno antitrust²⁹⁶. Sintexcal e General Beton sostengono inoltre che, alla luce del tenore letterale del §22 delle Linee guida sulle sanzioni, la recidiva non potrebbe poi in ogni caso essere applicata alla vicenda in esame, essendo applicabile solo al caso di infrazioni commesse dalla stessa impresa ed essendo trascorsi più di cinque anni dalla data di commissione della prima violazione (cessata il 20 giugno 2013²⁹⁷); il coefficiente per recidiva dovrebbe in ogni caso essere estremamente contenuto in considerazione della prassi decisionale dell'Autorità e della circostanza che l'illecito contestato è stato posto in essere in un mercato diverso rispetto al precedente I780 e da una società controllata (Sintexcal) che non opera sul medesimo mercato di General Beton²⁹⁸.

175. Sintexcal e General Beton ritengono poi dovrebbe essere riconosciuta una circostanza attenuante ai sensi delle Linee guida *compliance*²⁹⁹ anche in quanto la valutazione del programma di General Beton (al tempo non esteso

²⁹² [La società richiama la sentenza del Tar Lazio n. 10309/2016, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 928/2017.]

²⁹³ [DOC423 e DOC444.]

²⁹⁴ [DOC423 e DOC444.]

²⁹⁵ [Sintexcal richiama sul §319 della sentenza T-144/07 ("non si può ammettere che la [Autorità di concorrenza] possa ritenere, nell'ambito della valutazione della circostanza aggravante della recidiva, che un'impresa debba essere considerata responsabile di una precedente infrazione per la quale non è stata sanzionata da una decisione della Commissione e non è stata destinataria di una comunicazione degli addebiti, cosicché detta impresa non è stata messa in condizione, nell'ambito del procedimento conclusosi con l'adozione della decisione che constata la precedente infrazione, di presentare i propri argomenti al fine di contestare, per quanto la riguarda, l'eventuale esistenza di un'unità economica con altre imprese") osservando che, benché un simile orientamento sia generalmente invocato per escludere che la società capogruppo (controllante) possa essere ritenuta recidiva per infrazioni poste in essere dalle sue controllate e per le quali non era stata coinvolta nel relativo procedimento sanzionatorio, è evidente che il principio può trovare applicazione anche in relazione all'impresa controllata.]

²⁹⁶ [Caso C-882/19, Sumal.]

²⁹⁷ [Prov. n. 25801 del 22 dicembre 2015, I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto, §88.]

²⁹⁸ [DOC423, DOC425 e DOC444.]

²⁹⁹ [Linee Guida sulla compliance antitrust" deliberate dall'Autorità il 25 settembre 2018.]

anche a Sintexcal in quanto non implementato a livello di gruppo) è stata effettuata prima dell'entrata in vigore delle citate Linee guida compliance (e pertanto non includeva nel suo perimetro Sintexcal e le altre controllate) e General Beton ha provveduto successivamente, nel 2021, ad aggiornare a modificare il programma di compliance: sia il programma di Sintexcal che quello di General Beton sono quindi "nuovi" e non in quanto tali non hanno mai formato oggetto di valutazione da parte dell'Autorità. Secondo le società, inoltre, la previsione di cui al punto 43 delle Linee guida compliance si limita in ogni caso a dare delle indicazioni finalizzate a valutare l'adeguatezza del programma della capogruppo, e non anche delle controllate³⁰⁰.

176. Da ultimo Sintexcal chiede l'applicazione del §34 delle Linee guida sulle sanzioni in ragione del rischio di sovra deterrenza derivante per Sintexcal dall'utilizzo degli ordinari criteri di calcolo della sanzione e al fine di rendere la sanzione proporzionata rispetto alla rilevanza dell'infrazione contestata³⁰¹.

177. Itinera ritiene che l'eventuale sanzione dovrà essere contenuta nel minimo, in considerazione della condotta ampiamente collaborativa mantenuta dalla società nei confronti degli Uffici nel corso del procedimento istruttorio³⁰². Anche Impresa Bacchi ha chiesto che l'importo della eventuale sanzione sia ridotto ai minimi non solo per effetto del comportamento collaborativo manifestato da Impresa Bacchi ma anche in considerazione del ruolo assolutamente marginale nella partecipazione alla violazione e del fatto che la paventata intesa non ha prodotto alcun effetto.

178. Impresa Bacchi ha altresì chiesto che l'importo della sanzione sia determinato avendo in considerazione la capacità contributiva dell'impresa, producendo al riguardo un apposito elaborato in allegato alle memorie finali³⁰³.

179. Secondo Itinera, infine, non sarebbe possibile individuare un mercato rilevante a sé stante coincidente con la Gara Servizi n. 1/2019, considerate: *i*) la limitazione della presunta pratica concordata ad un'unica gara; *ii*) la durata esigua dell'appalto oggetto di affidamento; *iii*) il ridotto ambito esecutivo della gara, attinente ad un'area geografica limitata (l'area di Milano); *iv*) il limitato importo della gara in oggetto rispetto ai valori nazionali³⁰⁴.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE SEGNALANTE

180. Milano Serravalle ha indicato che nella Gara Servizi n. 1/2019 non era previsto un progetto esecutivo *ex ante* e che la programmazione delle attività è stata quindi via via predisposta dal direttore dell'esecuzione dell'appalto (nominato dal RUP della procedura) nel corso dell'appalto. La programmazione delle attività di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni autostradali – ivi inclusi quelli della Gara Servizi n. 1/2019 – è in particolare svolta con un certo anticipo rispetto all'esecuzione dei lavori e prevede tipicamente l'esecuzione dei lavori in estate (dalla tarda primavera fino all'autunno). Non è inoltre possibile, per motivi di sicurezza, attivare cantieri troppo vicini tra loro e, di regola, nell'ambito di ciascun lotto, si prevede l'apertura di un solo cantiere nel medesimo arco temporale³⁰⁵.

181. In merito alla eventuale presenza di autorizzazioni e/o qualificazioni *ex ante* degli impianti e/o dei materiali utilizzati, tra cui in particolare il conglomerato bituminoso, Milano Serravalle ha affermato che gli operatori affidatari degli appalti – sia nella Gara Servizi n. 1/2019 sia più in generale nelle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali – hanno la possibilità di utilizzare gli impianti di produzione di conglomerato di terzi (al di là anche delle dichiarazioni di disponibilità presentate in sede di gara), così come di acquisire forniture di materiale e di conglomerato da terzi, senza che sia richiesta alcuna autorizzazione preventiva da parte della stazione appaltante. Si tratta inoltre di un rapporto di fornitura che esula dalla disciplina dei subappalti e subaffidamenti. È in tal senso responsabilità dell'impresa assicurarsi che i materiali acquisiti e utilizzati in sede di esecuzione dell'appalto siano conformi alle specifiche di cui al capitolato speciale. La stazione appaltante, nella persona del direttore lavori, esegue poi delle verifiche a campione in cantiere circa la conformità dei materiali e dei lavori rispetto ai requisiti tecnici di cui alle regole di gara; si tratta tuttavia di verifiche che prescindono dall'identità del fornitore della materia prima e/o dell'impianto di provenienza del conglomerato bituminoso³⁰⁶.

182. Quanto all'entità dei ribassi offerti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019, rispetto ai ribassi di aggiudicazione riscontrati nella pregressa edizione dell'appalto del 2016 (Gare 2016), la stazione appaltante ha, tra l'altro, osservato che prezzi stabiliti dai listini ANAS relativi agli anni 2016 e 2018, presi come riferimento per le gare esperite nel 2016 e 2019, sono pressoché identici per le voci relative alle lavorazioni e che, a fronte di un capitolato che sostanzialmente prevede le medesime attività del passato e di importi a base d'asta sostanzialmente identici, nella Gara Servizi n. 1/2019 è stata riscontrata una diminuzione dei ribassi offerti dagli operatori rispetto a quelli offerti in passato³⁰⁷. Relativamente alla Gara Lavori n. 4/2021, considerato che la scadenza per la

³⁰⁰ [DOC423, DOC425 e DOC444.]

³⁰¹ [DOC423 e DOC444.]

³⁰² [DOC427.]

³⁰³ [DOC420.]

³⁰⁴ [DOC427.]

³⁰⁵ [DOC359.]

³⁰⁶ [DOC359.]

³⁰⁷ [DOC4.]

presentazione delle offerte era fissato alla fine del mese di gennaio 2022, è verosimile che gli operatori abbiano tenuto conto dell'andamento fortemente inflattivo dei prezzi dell'ultimo periodo³⁰⁸.

183. Con riguardo alla riscontrata identità o similarità delle offerte tecniche presentate da Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019, Milano Serravalle ha indicato che le offerte tecniche di cui ai *sub* criteri 1.1. e 1.2. pervenute dalle società Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sono state quantificate dalle tre imprese sulla base di una composizione della squadra e dei mezzi minima rispetto a quanto richiesto dalle regole di gara. Vi era quindi certamente la possibilità per le imprese di differenziare le proprie offerte tecniche prevedendo una diversa organizzazione dei lavori con una più ampia composizione sia della squadra che dei mezzi, ad esempio prevedendo l'utilizzo di più frese e mezzi operativi (e quindi anche di una squadra più numerosa)³⁰⁹.

184. Quanto al riscontrato errore materiale nel Computo Metrico Estimativo di cui alle regole di gara della Gara Servizi n. 1/2019, per tutti e tre i lotti a gara, Milano Serravalle ha indicato che si trattava di un errore materiale nel computo delle diverse voci del servizio, facilmente individuabile, in merito al quale tuttavia le imprese partecipanti non hanno presentato richieste di chiarimenti alla stazione appaltante né prima del deposito delle offerte né successivamente. La problematica è emersa durante un'interlocuzione con un'impresa in occasione della verifica di congruità delle offerte. Milano Serravalle ha altresì precisato come sulla piattaforma dedicata alla Gara Servizi n. 1/2019 è sempre stato disponibile, fino all'aggiudicazione definitiva delle offerte, anche un apposito sistema di messaggistica che consentiva l'interlocuzione con la stazione appaltante (prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte i quesiti posti a chiarimento della procedura di gara vengono pubblicati in forma anonima con la risposta della stazione appaltante in forma integrale). Milano Serravalle ha anche osservato che non si trattava di un elemento particolarmente rilevante poiché ciò che contava erano gli sconti indicati, mentre la composizione del computo non era essenziale³¹⁰.

VI. VALUTAZIONI

A. Il mercato rilevante

185. Secondo costante orientamento giurisprudenziale in materia di intese, 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 tra imprese. Tale definizione è logicamente successiva rispetto all'individuazione dell'intesa - atteso che l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima individuano il mercato - ed è funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale e alla individuazione del suo grado di offensività³¹¹. In coerenza con tale principio giurisprudenziale, in caso di gare di pubblico appalto, l'ambito merceologico e geografico rilevante è da considerarsi come circoscritto alla/e procedura/e in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale, caratterizzato dall'incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto agli altri ambiti anche contigui³¹².

186. Nel caso in esame, il complesso degli elementi sopra descritti consente di ritenere che Itinera, Sintexcal e la sua controllante General Beton, e Impresa Bacchi abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo nella Gara Servizi n. 1/2019 per l'affidamento di attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali.

187. Le argomentazioni di Itinera, secondo cui non sarebbe possibile individuare un mercato rilevante a sé stante coincidente con la Gara Servizi n. 1/2019 in ragione della limitazione della presunta pratica concordata ad un'unica gara - di durata esigua, importo limitato e ridotto ambito geografico esecutivo -, non risultano condivisibili, in quanto, come appena osservato, ciò che determina la dimensione del mercato e la sua estensione ad una singola gara o a più gare non è né la "dimensione" della gara in questione, né la circostanza che le imprese (come è la regola) partecipino ordinariamente a molteplici procedure di gara, quanto piuttosto le evidenze in merito all'ampiezza e all'oggetto dell'intesa contestata. Nel caso in esame il comportamento che si assume illecito riguarda la ripartizione dei tre lotti in cui era articolata la Gara Servizi n. 1/2019 anche tramite il descritto sistema di subappalti reciproci tra le tre imprese e la presentazione da parte di ciascuna delle tre imprese dell'offerta per uno solo dei tre lotti a gara, senza sovrapposizioni, come corroborato anche dalle ampie evidenze raccolte. Si tratta di una condotta che ha specificamente interessato la Gara Servizi n. 1/2019, in via distinta rispetto alle altre gare, pure partecipate dalle tre imprese (in forma individuale o in ATI tra loro o con altre imprese), delle quali è stata anche svolta una ricognizione a seguito di apposita richiesta di informazioni alle parti³¹³.

³⁰⁸ [DOC444.]

³⁰⁹ [DOC359.]

³¹⁰ [DOC359.]

³¹¹ [Cfr. anche Consiglio di Stato 15 aprile 2021, n. 3566 (1806 - Affidamento appalti per attività di antincendio boschivo).]

³¹² [Cfr. Consiglio di Stato, VI, 12 ottobre 2017, n. 4733 (1782 - Gare per i servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia e Augusta).]

³¹³ [Cfr. DOC290, DOC291, DOC292 e le risposte trasmesse dalle parti in ordine alle gare per la manutenzione di pavimentazioni autostradali partecipate da Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel triennio 2018-2020 nel territorio del Nord Italia (DOC306, DOC311, DOC307 e DOC308).]

188. Il mercato può quindi circoscriversi all'ambito merceologico e geografico individuato dalla procedura di Gara Servizi n. 1/2019, articolata su tre lotti, afferenti il servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali delle Tangenziali Est A51 e Nord A52; del raccordo e le pertinenze dell'autostrada A7 e della Tangenziale Ovest A50.

B. La qualificazione dell'intesa

1. L'intesa di ripartizione dei lotti della gara servizi n. 1/2019

189. L'insieme delle evidenze raccolte nel corso del procedimento conferma l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza segreta e restrittiva per oggetto, nella forma di un accordo o pratica concordata³¹⁴ tra le imprese Itinera, Sintexcal e la sua controllante General Beton³¹⁵, e Impresa Bacchi, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo nella "Gara Servizi n. 1/2019 – Procedura aperta ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per il servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull'intera rete in concessione di Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A." (la Gara Servizi n. 1/2019).

190. La procedura di appalto pubblico condizionata dalle condotte in esame - Gara Servizi n. 1/2019 - era articolata in tre lotti, di analogo valore a base d'asta (circa 9,8 milioni di euro) per un importo complessivo oggetto di appalto di valore rilevante (circa 30 milioni di euro) e ha avuto ad oggetto l'appalto dei servizi di manutenzione ordinaria dell'intera rete autostradale in concessione a Milano Serravalle, per la durata di tre anni. La procedura è stata caratterizzata da un grado di partecipazione e concorrenza molto basso, considerato che per ciascun lotto è pervenuta una sola offerta da parte, rispettivamente, di Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi.

191. L'attività istruttoria ha dimostrato, in questo contesto, che le tre imprese partecipanti e aggiudicatrici, parti del procedimento, hanno posto in essere un'intesa anticoncorrenziale di ripartizione dei lotti a gara, assistita da un sistema di subappalti reciproci, strumentale alla concertazione, tale per cui ciascuna impresa risulta avere indicato le altre due imprese nell'ambito della terna di imprese subappaltate³¹⁶ (cfr. Tabella 12 – Gara Servizi n. 1/2019). I subappalti reciproci non sono poi stati attivati da nessuna delle tre imprese in sede di esecuzione dell'appalto.

Tabella 12 – Gara Servizi n. 1/2019

Lotto/tratta	Importo base*	Unico partecipante e aggiudicatario	Dichiarazioni reciproche di subappalto
LOTTO A (tangenziali A51/A52)	9,85 milioni di euro	Sintexcal	- Fresatura: Itinera, Impresa Bacchi , Tecnofrese, Cogeis - Stesa conglomerati: Itinera, Impresa Bacchi , Tecnofrese, Cogeis
LOTTO B (autostrada A7)	9,80 milioni di euro	Itinera	- Fresatura: Sintexcal , Tecnofrese e Italfrese - Stesa conglomerati: Sintexcal, Impresa Bacchi , Cogepi
LOTTO C (tangenziale A50)	9,75 milioni di euro	Impresa Bacchi	- Fresatura: Itinera, Sintexcal , Tecnofrese - Stesa conglomerati: Itinera, Sintexcal , Tecnofrese

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC1 e DOC4.

192. Per costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, perché si abbia un accordo è sufficiente che le imprese raggiungano una qualsiasi forma di consenso, anche privo di veste formale e non produttivo di specifici obblighi

³¹⁴ [Cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza C-49-92 P Anic Partecipazioni, §131 e ss. e Consiglio di Stato, 12 ottobre 2017, n. 4733 (1782 - Gare per i servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia e Augusta).]

³¹⁵ [La tematica della imputabilità della condotta di Sintexcal alla sua controllante General Beton sarà trattata nel successivo § VI.B.4. Si anticipa ad ogni modo che le condotte di Sintexcal descritte nel seguito sono da ritenersi sempre imputate anche alla controllante General Beton.]

³¹⁶ [L'art. 105, comma 6, (nel testo in vigore dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019) prevedeva che "E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta [...]. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara [...].]

giuridici³¹⁷, circa l'adozione di determinate condotte che limitano reciprocamente la propria politica commerciale sul mercato. L'esistenza di un accordo tra le parti può, in tal senso, desumersi anche da contatti diretti o indiretti aventi lo scopo di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente effettivo o potenziale ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso o prevede di tenere egli stesso sul mercato³¹⁸.

193. Nel caso di specie, il consenso tra le parti circa la condotta spartitoria da tenersi in occasione della partecipazione alla procedura di Gara n. 1/2019, con la presentazione di offerte per uno solo dei lotti a gara e non sovrapposte, è stato confermato e consolidato tramite le richieste incrociate di subappalto di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e le relative e reciproche dichiarazioni di disponibilità. Con tali richieste e dichiarazioni di disponibilità è stata, di fatto, confermata ai concorrenti la strategia da adottarsi in gara.

194. Come sopra osservato, le offerte presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 evidenziano, infatti, la presenza di subappalti reciproci tra le medesime imprese, tali per cui ciascuna impresa risulta avere indicato le altre due imprese quali subappaltatori per una parte delle prestazioni di fresatura e/o posa del conglomerato.

195. Data l'incompatibilità tra subappalto e partecipazione alla gara dell'impresa destinataria del subappalto (per ciascun lotto)³¹⁹, ciascuna delle tre imprese, in ragione delle disponibilità al subappalto accordate alle altre due imprese e della parallela richiesta di subappalto alle medesime altre due imprese in relazione ad uno specifico lotto ha, di fatto, confermato l'accordo con tali potenziali imprese concorrenti circa la sua intenzione di partecipare solo allo specifico lotto (oggetto della ripartizione), consolidando l'impegno delle altre due imprese a non partecipare in concorrenza allo stesso.

196. Ne deriva che la manifestazione di volontà di ciascuna delle tre imprese – Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi – ha richiesto il consenso delle altre due imprese in un gioco a incastro che, laddove anche non contestuale, ha comportato la consapevole eliminazione dell'incertezza sul reciproco comportamento in termini di partecipazione ai tre lotti a gara e la chiusura di ogni spazio di concorrenza tra le imprese parti dell'intesa. In tal modo Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno sostituito una consapevole collaborazione tra loro al rischio della concorrenza reciproca, a danno della competitività della procedura pubblica di affidamento oggetto del procedimento.

197. Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi hanno, infatti, poi presentato offerta ciascuna per uno solo dei lotti a gara – senza sovrapporsi – risultando aggiudicatari ciascuna del lotto di competenza. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sono risultate altresì le uniche partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019.

a) Sulla concorrenza attesa nella Gara Servizi n. 1/2019

198. Le tre imprese hanno sostenuto che la mancata partecipazione alla gara di altre imprese non era prevedibile con un grado di certezza tale da consentire di organizzare una strategia collusiva e che per quanto i requisiti del bando fossero "piuttosto stringenti" (Sintexcal), le precedenti Gare 2016 avevano registrato una significativa partecipazione e le imprese singolarmente sprovviste dei requisiti di partecipazione avrebbero comunque potuto fare ricorso all'avvalimento o alla partecipazione in RTI³²⁰.

199. L'attività istruttoria ha tuttavia evidenziato che le tre imprese erano nelle condizioni di poter più che ragionevolmente ritenere che la concorrenza da parte di imprese terze rispetto alle parti in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe stata del tutto assente o comunque limitata e poco competitiva.

200. La modifica della qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 (rispetto alla precedente edizione del 2016) come di "servizi" piuttosto che di "lavori" e l'esito delle precedenti Gare 2016 (anche avuto riguardo agli operatori che vi avevano, senza successo, partecipato) erano infatti elementi idonei a consentire alle tre imprese di attendersi l'assenza di concorrenza o, comunque, una concorrenza limitata e poco qualificata (sotto il profilo tecnico e di capacità economica) in sede di gara ad opera di imprese terze.

201. Si è in particolare provveduto, in sede istruttoria, a chiedere alle imprese che avevano partecipato alle Gare 2016 di indicare i motivi alla base della decisione di non presentare offerta nella Gara Servizi n. 1/2019: nove su tredici imprese hanno indicato tra i motivi che hanno portato a non presentare una offerta per la Gara Servizi n. 1/2019 proprio la modifica della tipologia della gara da "lavori" a "servizi" e la mancanza dei requisiti di partecipazione³²¹.

³¹⁷ [Cfr. anche Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3047 (I765 - Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte).]

³¹⁸ [Cfr. anche Tribunale, sentenza T-7/89 Hercules Chemicals, §242 e Consiglio di Stato, 29 maggio 2018, n. 3197 (I723 - Intesa nel mercato delle barriere stradali).]

³¹⁹ [Le regole di gara prevedevano al riguardo, in conformità alla disciplina al tempo vigente di cui all'art. 105, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, che l'operatore fosse tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascun lotto al quale intendeva partecipare e il divieto di poter utilizzare lo strumento del subappalto in caso di indicazione di un subappaltatore che avesse, contestualmente, concorso in proprio alla gara.]

³²⁰ [Cfr. §IV.G Sulla limitata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019.]

³²¹ [A ulteriore testimonianza del fatto che la qualificazione della gara da parte della stazione appaltante come di "servizi" piuttosto che di "lavori" - con quanto ne è conseguito in termini di requisiti di partecipazione - abbia influito sulla concorrenza attesa in sede di gara, militano anche gli esiti di partecipazione alla procedura indetta nel 2021 da Milano Serravalle per il rinnovato affidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione. La Gara Lavori n. 4/2021 ha visto infatti la partecipazione, con riguardo a tutti e tre i lotti a gara, di più imprese in concorrenza, anche terze rispetto alle parti (e la presentazione di una offerta da parte di Impresa Bacchi per tutti e tre i lotti a gara e di Sintexcal per due dei lotti a gara).]

202. Al riguardo, le stesse Impresa Bacchi e Sintexcal hanno d'altronde affermato che *"il bando della Gara Servizi n. 1/2019 era in tale senso molto selettivo e che tale considerazione trova conforto anche nelle risposte trasmesse agli Uffici dalle imprese che avevano partecipato alle precedenti Gare del 2016"* e che i requisiti di partecipazione erano *"sicuramente elevati, tanto che la stessa Impresa Bacchi ha svolto più di una riunione interna per valutare se la società fosse effettivamente in grado di soddisfarli"* (Impresa Bacchi)³²²; che *"risulta d'altronde che almeno 8 delle 13 imprese che hanno risposto alla richiesta di informazioni degli Uffici hanno denunciato di non avere partecipato alla procedura [Gare del 2016] per carenza dei requisiti"*, che *"la riscontrata bassa partecipazione alla procedura"* è *"una conseguenza delle regole di gara"* (sottolineato aggiunto)³²³ e che *"[...] l'anomalia della qualificazione della gara – circostanza della quale si era naturalmente parlato nel settore – era stata una novità assoluta e che aveva spinto molti operatori a non partecipare, come d'altronde emerso chiaramente dalle risposte al market Test [le risposte alle richieste di informazioni pervenute dagli operatori che avevano partecipato alle Gare 2016]"*³²⁴ (Sintexcal).

203. La circostanza che le tre imprese parti rappresentavano i più diretti concorrenti nella Gara Servizi n. 1/2019, a fronte di un rischio di una competizione "qualificata" ad opera di imprese terze del tutto marginale, trova conferma anche negli esiti delle Gare 2016.

204. È stato infatti appurato che le Gare 2016, pur avendo visto la partecipazione di numerosi concorrenti (data la qualificazione della gara come di "lavori"), sono comunque state aggiudicate per due delle tratte a gara all'ATI Itinera/Impresa Bacchi e per la restante tratta a Interstrade, oggi parte integrante di Itinera³²⁵, mentre Sintexcal aveva partecipato per due delle tratte a gara, dimostrandosi un concorrente temibile³²⁶. Le altre imprese partecipanti alle Gare 2016 - perlopiù di dimensioni e capacità logistica ben inferiori rispetto alle parti e spesso raggruppate in ATI - hanno infatti ottenuto punteggi (anche tecnici) troppo bassi o sono state escluse; alcune di tali imprese non sono peraltro più attive³²⁷.

205. Anche gli esiti della Gara Lavori n. 4/2021 confermano il fatto che le imprese parti hanno una capacità logistica ed economica tale da consentire loro di presentare offerte tecniche ed economiche migliori rispetto alle altre imprese del settore loro potenziali concorrenti: le offerte sia economiche che tecniche di Sintexcal e Impresa Bacchi e i relativi punteggi sono infatti risultati significativamente più elevati rispetto a quelli delle altre imprese partecipanti (Itinera non ha invece ritenuto di partecipare alla nuova edizione della gara)³²⁸.

206. Itinera Sintexcal e Impresa Bacchi individuano, infatti, per loro stessa indicazione, i principali operatori attivi nel nord-Italia nell'offerta delle attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, in un settore anche più concentrato rispetto al 2016 e caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese medio grandi, cui si affiancano (poche) imprese di minori dimensioni e capacità logistica, prevalentemente attive a livello locale: *"nel territorio [del nord-Italia] le imprese attive sono di fatto solo Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e un operatore di minori dimensioni (Vitali)"* (Itinera)³²⁹; *"le imprese attive nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali non sono molte e [...] i principali concorrenti di Impresa Bacchi sono individuabili in Itinera, Sintexcal e, in misura minore, Vitali"* (Impresa Bacchi)³³⁰; *"È un mercato non molto concentrato in cui sono 5 o 6 gli operatori maggiori"* (Sintexcal)³³¹. Itinera ha inoltre osservato che: *"la situazione e la struttura dell'offerta è mutata dal 2016 ad oggi, risultando il settore più concentrato in ragione del fatto che numerose imprese, sia medie sia piccole, attive nell'offerta di servizi/lavori di pavimentazione autostradale hanno cessato l'attività"*³³².

207. Itinera è, in particolare, il principale operatore del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali, sia a livello sia nazionale che nel nord-Italia³³³; Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori a livello nazionale e tra

³²² [DOC337.]

³²³ [DOC338.]

³²⁴ [DOC423.]

³²⁵ [Interstrade è stata infatti acquisita da Itinera nel 2018.]

³²⁶ [Impresa terza classificata sia per la tratta A50 che per la tratta A51/52. Cfr. DOC6.]

³²⁷ [Cfr. § III.C.4 La mancata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 di imprese ulteriori rispetto alle parti.]

³²⁸ [Cfr. Tabella 5- Gare Lavori n. 4/2021.]

³²⁹ [DOC336. E ancora: "si tratta di un settore molto specializzato in cui operano poche imprese" (DOC336).]

³³⁰ [Impresa Bacchi ha altresì precisato che "Rispetto a Impresa Bacchi sia Itinera che Sintexcal hanno una dimensione e una capacità logistica maggiore. Vitali, pur avendo dimensioni anche maggiori rispetto a Impresa Bacchi, non aveva tuttavia i requisiti di esperienza pregressa per partecipare alla Gara n. 1/2019, [...]" e che "le imprese che svolgono attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali devono disporre di un particolare know how [...]" (DOC337).]

³³¹ [DOC338.]

³³² [DOC336.]

³³³ [Itinera è, in particolare, l'impresa di maggiori dimensioni per questo tipo di attività, sia nelle richiamate regioni sia nel contesto nazionale [...]" (DOC336).]

i primi tre nella regione Lombardia³³⁴; Impresa Bacchi è riconosciuta dalle altre due imprese come il loro principale concorrente nel territorio della regione Lombardia e del nord-Italia³³⁵.

208. In questo contesto Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi si sono dimostrate le sole in grado di soddisfare gli "elevati" requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019³³⁶ e di partecipare alla procedura (senza sovrapposizione delle offerte sui tre lotti a gara e con contestuale adozione del sistema di subappalti reciproci).

209. Si ritiene quindi che le evidenze agli atti siano idonee a provare che le tre imprese erano consapevoli di individuare i principali e più qualificati e diretti potenziali concorrenti nella Gara Servizi n. 1/2019; della circostanza che la concorrenza ad opera di altre imprese in sede di gara era un'ipotesi del tutto remota; nonché del fatto che, in ogni caso, le eventuali imprese terze ammesse alla procedura (anche ove raggruppate in ATI o ammesse grazie ad avvalimento) sarebbero ragionevolmente state in grado di presentare offerte significativamente meno competitive rispetto a quelle delle tre imprese.

210. L'intesa di ripartizione dei lotti a gara in esame ha quindi consentito a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi di sterilizzare l'unica, qualificata, concorrenza possibile nella Gara Servizi n. 1/2019, ovvero quella tra le tre imprese.

211. A conferma della valutazione soggettivamente positiva delle regole di gara da parte di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - in termini di possibilità per le tre imprese di soddisfare i requisiti richiesti e partecipare alla gara - è stato inoltre acquisito in sede ispettiva uno scambio di email del 21 febbraio 2019 tra Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi sui requisiti di partecipazione e sui chiarimenti relativi alla qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come gara di "servizi" ("Vi giro la risposta di Milano Serravalle circa il quesito sulla gara d'appalto pubblicata come Servizi/Lavori")³³⁷ da cui risulta che le risposte della stazione appaltante (circa la possibilità di soddisfare i requisiti di partecipazione anche grazie a precedenti appalti qualificati come di "lavori") erano favorevoli alle tre imprese (Itinera infatti commenta: "Bene!"³³⁸).

212. Lo scambio di email tra le tre imprese del 21 febbraio 2019, di cui sopra, costituisce inoltre una rilevante evidenza a supporto della concertazione delle condotte delle tre imprese nel contesto della Gara Servizi n. 1/2019. Da un lato, infatti, Sintexcal si è preoccupata di informare immediatamente della risposta al quesito pervenuta dalla stazione appaltante solo Itinera e Impresa Bacchi, e non anche le altre imprese terze poi indicate da Sintexcal nella terna di imprese subappaltate; dall'altro, il quesito posto da Sintexcal alla stazione appaltante non riguardava in ogni caso i subappalti, quanto piuttosto i requisiti di partecipazione alla gara, che interessavano quindi (in un contesto non collusivo) distintamente le tre imprese come potenziali imprese in concorrenza nella partecipazione alla procedura.

213. L'interesse di Sintexcal a informare tempestivamente le altre due imprese parti si ritiene quindi riconducibile al fatto che la risposta "positiva" della stazione appaltante confermava la possibilità di raggiungere un accordo di spartizione dei lotti a gara tra le tre imprese e la possibilità per ciascuna impresa di partecipare individualmente al lotto di competenza. È per contro di tutta evidenza che, in un contesto genuinamente concorrenziale, Sintexcal non avrebbe avuto alcun interesse a riferire immediatamente agli altri sui principali potenziali concorrenti nella Gara Servizi n. 1/2019 (Itinera e Impresa Bacchi) i chiarimenti della stazione appaltante a loro favorevoli.

214. Il giorno successivo (il 22/02/2019) Sintexcal comunicava internamente, con email avente ad oggetto "Milano Serravalle-Milano Tangenziali Spa" che "Procediamo a fare la gara del LOTTO A, [...] nei prossimi giorni vi comunicherò la terna dei sub. [subappaltatori]"³³⁹. Condotta questa perfettamente in linea con il prospettato quadro collusivo di spartizione dei lotti a gara messo in atto in sede di offerta dalle tre imprese: Sintexcal lotto A; Itinera lotto B e Impresa Bacchi lotto C.

b) Sulla funzione strumentale del subappalto rispetto all'accordo di ripartizione dei lotti a gara

215. Data l'incompatibilità tra subappalto e partecipazione alla gara dell'impresa destinataria del subappalto (per singolo lotto)³⁴⁰, ciascuna delle tre imprese, in ragione delle disponibilità al subappalto accordate alle altre due imprese e della parallela richiesta di subappalto alle medesime altre due imprese ha, di fatto: i) informato ciascuna delle altre due imprese della sua intenzione di non partecipare in concorrenza ai lotti ai quali queste ultime erano interessate (non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto); ii) contestualmente ottenuto dalle altre due

³³⁴ ["A livello nazionale, Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori [...] mentre a livello regionale in Lombardia rientra tra le prime tre imprese del settore" (DOC35).]

³³⁵ [Cfr. DOC35, DOC336, DOC338 cit. Cfr. anche § III.A Il settore.]

³³⁶ [Sintexcal ricorrendo all'avvalimento di Cogeis.]

³³⁷ [DOC69, DOC92 e DOC93. Il quesito inviato da Sintexcal riguardava la qualificazione dell'appalto come "di servizi" piuttosto che come "di lavori" e alcuni chiarimenti sui requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti. In particolare, la stazione appaltante ha chiarito che l'appalto era da considerarsi "di servizi" ma che "per servizi analoghi sono da intendersi le attività di manutenzione della pavimentazione [...] anche se questi sono stati banditi come lavori".]

³³⁸ [DOC104.]

³³⁹ [DOC40.]

³⁴⁰ [L'art. 105, comma 4, (nel testo in vigore dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019) prevedeva che "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; [...]".]

imprese l'informazione relativa alla loro condotta in sede di gara con riguardo a tutti e tre i lotti a gara (ovvero, parteciperò poiché ti chiedo la disponibilità al subappalto oppure non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto).

216. Ciascuna delle tre imprese ha poi partecipato solo al lotto di competenza, aggiudicandosi la relativa commessa come unico partecipante. Come già osservato, il descritto sistema di subappalti reciproci non è poi stato attivato da nessuna delle tre imprese in sede di esecuzione dell'appalto³⁴¹.

217. La comune volontà delle parti di procedere ad un perfetto – e quantomeno peculiare – sistema di subappalti reciproci ha quindi consentito, grazie alla comunicazione e al coordinamento *ex ante* della reciproca strategia di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, la piena attuazione e il consolidamento dell'accordo di spartizione dei tre lotti oggetto di affidamento.

218. Si ritiene pertanto che lo strumento del subappalto, di per sé lecito e neutro sotto il profilo *antitrust*, sia stato nel caso di specie utilizzato da Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi in modo strumentale al coordinamento delle proprie condotte di impresa in occasione della partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, costituendo un sicuro indice dell'accordo spartitorio.

219. Quanto alle difese delle parti circa il fatto che i subappalti non impedivano in senso assoluto all'operatore subappaltato di presentare offerta nel lotto in questione (non essendo previsto dal codice dei contratti al tempo vigente un divieto di partecipazione alla gara in capo all'operatore subappaltato ma solo il divieto di poter utilizzare il subappalto in caso di indicazione di un subappaltatore che avesse, contestualmente, concorso in proprio alla gara) e, quindi, non garantivano con certezza la mancata partecipazione alla gara degli operatori subappaltati e la trasparenza *ex ante* delle condotte, si ricorda che la giurisprudenza in materia di accordi/pratiche concordate non richiede per il raggiungimento del consenso la presenza di specifici obblighi giuridici (in termini di impegni vincolanti e/o penali in caso di deviazione dall'accordo), né una veste formale, essendo sufficiente l'adozione di una qualsivoglia condotta (anche unilaterale e/o tacita per fatti concludenti) tale da ridurre l'incertezza strategica del comportamento competitivo delle imprese o da incidere anche, solo in potenza, sulla concorrenza tra le imprese³⁴².

220. Si osserva peraltro che, nel caso di specie, sia le richieste di subappalto (e quindi la comunicazione della volontà di partecipare allo specifico lotto a gara), sia le manifestazioni di consenso al subappalto (e la conseguente indicazione dell'intenzione di non partecipare allo specifico lotto a gara), sono state esplicitate e hanno assunto una veste formale. Le dichiarazioni di subappalto rese alla stazione appaltante dalle imprese partecipanti alle procedure di appalto non sono, infatti, iniziative unilaterali ma presuppongono l'intervenuto consenso tra le imprese e la produzione da parte delle imprese subappaltate all'impresa subappaltante (e da questa alla stazione appaltante) della documentazione necessaria ai fini del valido deposito dell'offerta³⁴³.

221. Pur non essendo poi l'accordo di subappalto vincolante in senso "assoluto", la presentazione di un'offerta in concorrenza da parte dell'impresa subappaltata avrebbe comportato - a differenza di quanto sostenuto dalle parti - l'impossibilità per l'impresa subappaltante di fare ricorso al subappalto e quindi possibili conseguenze anche per l'impresa subappaltata sotto un profilo sia di responsabilità civile sia di rottura del rapporto fiduciario tra le imprese. Con riguardo a questo ultimo aspetto, le tre imprese hanno più volte affermato di essere storicamente legate da collaborazioni commerciali su una pluralità di gare e commesse, passate ed in corso, che hanno consentito la creazione di un rapporto fiduciario tra le imprese³⁴⁴.

c) Sulla corrispondenza interna e tra le imprese e le altre evidenze sulle condotte delle imprese nel periodo rilevante per la definizione della strategia di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019

222. L'attività istruttoria ha consentito di acquisire ulteriori significative e solide evidenze documentali, nella forma di corrispondenza interna e tra le imprese, e indizi seri, precisi e concordanti, a testimonianza del contestato disegno spartitorio posto in essere da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione della Gara Servizi n. 1/2019.

³⁴¹ [Cfr. in ultimo DOC372.]

³⁴² [Cfr. anche Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3047 (1765 - Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte: "[...] la circostanza che i progetti via via discussi dalle parti siano o meno stati infine sottoscritti non rileva sotto il profilo antitrust posto che per accordo deve intendersi qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti, che può estrinsecarsi anche nell'attuazione di fatto di una semplice lettera d'intenti, oppure ad un'acquiescenza tacita ad una proposta altrui, a prescindere dalla circostanza che abbia dato luogo ad obbligazioni giuridicamente vincolanti alla stregua di un vero e proprio contratto").]

³⁴³ [Cfr. anche l'art. 14.2 del disciplinare di gara ("Documento di gara unico europeo"), con richiesta in caso di ricorso al subappalto del deposito in sede di offerta anche del DGUE a firma del subappaltatore (DOC1).]

³⁴⁴ [La scelta delle tre imprese di dichiarare nella terna delle imprese subappaltate le altre due imprese parti dipenderebbe, in particolare, dal fatto che "si tratta di imprese serie, con cui si è più volte collaborato, e che sono pochi coloro che fanno conglomerati bituminosi in autostrada" (Itinera, DOC120); dal "[...] rapporto fiduciario che si è creato tra le tre imprese" (Sintexcal, DOC338) e dalla circostanza che "bisognava comunque scegliere soggetti in grado di svolgere il lavoro con requisiti molto stringenti. Per questo sicuramente abbiamo scelto Itinera e Sintexcal" (Impresa Bacchi, DOC14). Cfr. anche DOC338 laddove Sintexcal osserva che "sempre per un discorso di correttezza, Sintexcal aveva ritenuto di girare la risposta della stazione appaltante anche alle imprese Itinera e Impresa Bacchi con cui si era parlato della qualificazione della gara [Servizi n. 1/2019] e con cui si collabora abitualmente".]

223. Risulta, in particolare che, nel periodo rilevante intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara (11/02/2019)³⁴⁵ e il termine per il deposito delle offerte (22/03/2019) - in concomitanza con ripetuti incontri e contatti tra le tre imprese³⁴⁶ - si sia determinato il passaggio da una relazione di iniziale di potenziale concorrenza tra le imprese, a una situazione di concertazione delle condotte e cooperazione nella definizione della strategia di partecipazione alla gara.

224. È stato al riguardo reperito in sede ispettiva uno scambio di email interno a Itinera, del 14 febbraio 2019, che testimonia l'iniziale volontà della società di presentare offerta (concorrenziale) per tutti e tre i lotti a gara: all'indicazione "Sono usciti tre bandi per le pavimentazioni da parte di Milano Serravalle. Gli importi sono tutti inferiori a 10 mio € la scadenza è ravvicinata **Scadenza 22/03/2019** inoltre **I concorrenti possono aggiudicarsi solo 1 lotto**" (enfasi in originale), la decisione dell'allora figura di riferimento di Itinera per le pavimentazioni stradali (Direttore costruzioni) è stata "Li facciamo con prezzi congrui"³⁴⁷ (sottolineato aggiunto).

225. Si tratta di una valutazione iniziale di partecipazione competitiva alla procedura successivamente mutata - tra il 15 febbraio e il 22 marzo 2019 - avendo Itinera poi presentato offerta solo per il lotto B (con contestuale disponibilità al subappalto rilasciata alle altre due imprese parti).

226. Sul punto non risulta condivisibile quanto osservato da Itinera circa il fatto che la citata email non rilevarebbe in quanto si tratterebbe di una mera indicazione iniziale data dal Direttore costruzioni senza la piena contezza di tutti gli elementi della procedura e che la successiva decisione di partecipare ad uno solo dei lotti a gara sarebbe stata poi dovuta alle limitazioni di cui alle regole di gara, che "prevedevano la possibilità di acquisire in esito alla procedura uno solo dei lotti a gara"³⁴⁸. L'indicazione interna data dal Direttore costruzioni era infatti chiara e assertiva ("Li facciamo con prezzi congrui") e rispondeva a una email del Direttore commerciale dell'ufficio gare di Itinera che già indicava chiaramente, sottolineato in grassetto, che "**I concorrenti possono aggiudicarsi solo 1 lotto**"³⁴⁹.

227. Nel medesimo periodo rilevante risulta poi sintomatica del passaggio da una relazione di possibile concorrenza a una situazione di concertazione tra le imprese, la già richiamata email con cui Sintexcal, il 21 febbraio 2019, inoltra a Itinera e Impresa Bacchi (e solo a loro) i chiarimenti ricevuti dalla stazione appaltante in esito a un quesito inerente ai requisiti di partecipazione alla gara³⁵⁰ (anomala in quanto Sintexcal non avrebbe dovuto avere interesse a preoccuparsi della possibilità di partecipazione alla gara di imprese sue dirette concorrenti, se non nel contesto dell'accordo di ripartizione dei lotti a gara).

228. A conferma dell'atipico rapporto di collaborazione tra le tre imprese potenziali concorrenti nel periodo rilevante e della circostanza che le tre imprese abbiano anche discusso tra loro della Gara Servizi n. 1/2019, milita poi quanto argomentato dalla stessa Sintexcal in merito al fatto che la società avrebbe inoltrato i chiarimenti ricevuti dalla stazione appaltante "per un discorso di correttezza, [...] anche alle imprese Itinera e Impresa Bacchi con cui si era parlato della qualificazione della gara e con cui si collabora abitualmente" e che "tale elemento è stato oggetto di confronto sotto il profilo tecnico con le altre imprese con cui abitualmente Sintexcal collabora" (sottolineato aggiunto)³⁵¹.

229. Non risulta poi significativo il fatto che, come argomentato da Sintexcal³⁵², i chiarimenti siano anche pubblicati sul sito della stazione appaltante, posto che ciò che lo scambio di email testimonia è la collaborazione tra Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi nel contesto del raggiungimento di un accordo collusivo tra imprese concorrenti e non lo scambio di informazioni sensibili³⁵³.

230. Il giorno successivo alla condivisione dei chiarimenti tra Sintexcal e le altre due imprese (ovvero il 22/02/2019, in cui peraltro si è realizzato anche uno dei tre incontri tra le tre imprese) Sintexcal comunicava internamente, come visto, la partecipazione al solo lotto A. Sempre il 22/02/2019, anche il rappresentante di Impresa Bacchi risulta avere

³⁴⁵ [Il bando è stato pubblicato in GUUE. l'11 febbraio 2019 e in GURI il 13 febbraio 2019, nonché sul sito della committente e su due testate giornalistiche nazionali.]

³⁴⁶ [Vi sono stati in particolare almeno tre incontri trilaterali tra figure di vertice delle tre imprese (o comunque di rilievo con riguardo alla definizione delle strategie di partecipazione alle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali) in data 18/02/2019, 27/02/2019 e 15/03/2019 e numerose occasioni di contatto bilaterale tra le imprese. Cfr. Tabella 10 - Evidenze di contatti tra le imprese nel periodo rilevante.]

³⁴⁷ [DOC176.]

³⁴⁸ [DOC336.]

³⁴⁹ [DOC176.]

³⁵⁰ [DOC69, DOC92 e DOC93.]

³⁵¹ [Cfr. § IV.F Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.]

³⁵² [Cfr. § IV.F Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.]

³⁵³ [Cfr. anche Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252 e 23 giugno 2014, n. 3168 (I722 - Logistica Int.). Si ricorda inoltre che, prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte, i quesiti posti a chiarimento della procedura di gara vengono pubblicati in forma anonima (con solo la risposta della stazione appaltante accessibile in forma integrale), in considerazione del fatto che l'identità e il contenuto dei quesiti può comunque distorcere i meccanismi competitivi di gara rendendo accessibili delle informazioni sulle imprese interessate alla procedura e sulle loro caratteristiche. Vedi anche DOC359.]

svolto delle valutazioni sulla Gara Servizi n. 1/2019, come risulta da un appunto nell'agenda di una figura di vertice della società per il medesimo giorno alle 11:00 avente ad oggetto proprio la "Gara Serravalle"³⁵⁴ (l'impresa ha poi presentato offerta solo per il lotto C).

231. Ancora, Impresa Bacchi risulta avere realizzato delle valutazioni in merito alla offerta da presentare nella Gara Servizi n. 1/2019 (il 21/03/19 alle 13:45 "Serravalle Offerta"³⁵⁵) appena dopo avere avuto un contatto con l'impresa concorrente Itinera (alle ore 13:00 sempre del 21/03/19) avente ad oggetto i "Prezzi Itinera A7" ed avere avuto contatti nella giornata sia con Itinera che con Sintexcal (appuntamento del 21/03/19 ore 6:00³⁵⁶). Il 22 marzo 2019, tutte e tre le imprese hanno presentato le offerte economiche poco dopo le ore 9:00 (laddove il termine ultimo per il deposito fissato per il 22 marzo 2019 alle ore 12:00)³⁵⁷.

232. Impresa Bacchi e Itinera hanno indicato che in quel periodo Itinera era interessata ad un acquisto da Impresa Bacchi di conglomerato per dei lavori su uno svincolo della A7, con riguardo alla tratta Pavia-Beregualdo³⁵⁸. Ciò non toglie che vi è comunque stato un contatto tra Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal (il 21/03/2021) a stretto ridosso della presentazione delle offerte economiche da parte delle imprese nella Gara Servizi n. 1/2019 (intervenuta il giorno successivo) e che l'appunto potrebbe in realtà essere anche interpretato come riferito a un confronto tra Impresa Bacchi e Itinera sull'offerta in sede di gara dell'impresa concorrente Itinera per il lotto B/tratta A7 della Gara Servizi n. 1/2019.

233. Più in generale le tre imprese hanno indicato che gli incontri e i contatti intervenuti tra le parti nel periodo rilevante erano legittimi e attinenti a procedure di gara o tematiche diverse dalla Gara Servizi n. 1/2019 (fornendo anche documentazione a supporto per quanto riguarda gli incontri del 18/02/19 e del 15/03/19) e che, in assenza di riscontri che provino il contrario, non è possibile ritenere che tali incontri e contatti abbiano avuto ad oggetto la definizione dell'accordo collusivo oggetto di contestazione e possano quindi essere utilizzati come prova dell'infrazione.

234. Non contestando le osservazioni delle parti circa il fatto che le evidenze documentali raccolte non consentono di provare che gli incontri e contatti in esame abbiano riguardato la concertazione delle condotte nella Gara n. 1/2019, si osserva al riguardo che si è trattato in ogni caso di plurimi contatti (quasi quotidiani) tra le imprese nel periodo rilevante per la definizione delle strategie di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, valorizzati dalla giurisprudenza anche solo in quanto tali - ovvero non necessariamente come contatti "qualificati" - nel contesto del complesso degli ulteriori elementi probatori acquisiti in merito alla intervenuta concertazione delle condotte³⁵⁹.

d) Sui ribassi e le offerte tecniche

235. I ribassi economici offerti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 - caratterizzata dalla presenza di una sola offerta per ciascuno dei tre i lotti a gara - sono risultati non troppo distanti tra loro (tra il 20% e il 26%) e, soprattutto, su livelli ampiamente inferiori rispetto ai ribassi di aggiudicazione riscontrati nelle precedenti edizioni della procedura del 2016 (tra il 42% e il 46%) e del 2013 (tra il 27% e il 43%) qualificate come di "lavori" e a cui hanno partecipato numerose imprese in concorrenza, tra cui anche le imprese parti³⁶⁰ Tabella 8.

236. Anche nella successiva Gara Lavori n. 4/2021 (che ha visto la partecipazione di più operatori per ciascuno dei lotti posti a gara e la presenza di offerte in concorrenza tra Impresa Bacchi e Sintexcal in due dei lotti a gara) i ribassi massimi offerti nei tre lotti a gara sono risultati superiori rispetto a quelli presentati dalle tre imprese nella Gara Servizi n. 1/2019: Impresa Bacchi ha infatti offerto un ribasso del 29,7% in tutti e tre i lotti a gara.

237. Si tratta anche in questo caso di evidenze che attestano il fatto che le tre imprese abbiano assunto comportamenti non competitivi nella Gara Servizi n. 1/2019 e che supportano l'accertamento della condotta di intesa contestata. Le tre imprese, infatti - grazie all'eliminazione del rischio di concorrenza reciproca nella Gara Servizi n. 1/2019 e a fronte di una concorrenza attesa ad opera di imprese terze del tutto assente o comunque limitata e poco qualificata (in ragione della indizione della gara come di "servizi" piuttosto che di "lavori") - avevano la possibilità di presentare offerte economiche meno aggressive rispetto alle precedenti (e successive) edizioni della gara,

³⁵⁴ [DOC16.]

³⁵⁵ [Impresa Bacchi ha al riguardo osservato che "di regola il giorno prima del deposito dell'offerta per una gara [nel caso di specie il 21 marzo 2019] si svolge una riunione interna con l'ufficio tecnico in cui viene definito l'importo del ribasso definitivo di cui all'offerta economica", cfr. § IV.E Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.]

³⁵⁶ [DCO16.]

³⁵⁷ [DOC359. In occasione delle Gare 2016 le offerte erano state depositate dalle imprese partecipanti in orari (ed anche giorni) maggiormente differenziati tra loro, cfr. nota 146.]

³⁵⁸ [DOC337 e DOC427. Impresa Bacchi ha anche precisato che "[...] la tratta in questione è a una distanza dall'impianto di produzione tale per cui Impresa Bacchi è ancora competitiva e l'autostrada è facilmente raggiungibile tramite viabilità esterna", DOC337.]

³⁵⁹ [Cfr. anche Consiglio di Stato, 27 aprile 2020, n. 2673, 2674 (1775 - Procedure di affidamento dei servizi ristoro su rete autostradale ASPI:)] "Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi soggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti, l'esistenza di incontri tra le imprese, [...]".]

³⁶⁰ [Cfr. Tabella 8 - Ribassi di aggiudicazione .]

caratterizzate invece da una partecipazione competitiva e da offerte in concorrenza anche tra le medesime imprese parti.

238. A differenza di quanto osservato da Itinera e Impresa Bacchi³⁶¹ si osserva poi che la forbice dei ribassi riscontrata nella Gara Servizi n. 1/2019 (circa 6 punti percentuali) non è particolarmente ampia, anche considerato che sia nelle precedenti Gare 2016 che nella Gara lavori n. 4/2021, le offerte nel complesso pervenute sono risultate tra loro anche molto più differenziate³⁶². Per le repliche alle osservazioni delle parti in merito alla entità dei ribassi di aggiudicazione rispetto alle altre edizioni della gara si rimanda invece al successivo § VI.B.3, sugli effetti dell'intesa.

239. Un ulteriore indizio dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra le parti è poi rinvenibile nel fatto che le offerte tecniche relative alla sostituzione del conglomerato (sub-criteri 1.1. e 1.2.) presentate da Itinera e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 siano risultate addirittura identiche tra loro al secondo decimale. Meno palese, ma comunque sintomatica della volontà di non differenziare in misura sostanziale la propria condotta da quella delle altre due imprese nei confronti della stazione appaltante (anche considerato che i lotti a gara erano analoghi per entità e tipologia di lavori previsti), è poi la circostanza che anche le offerte tecniche di Sintexcal relative alla sostituzione del conglomerato siano risultate di entità analoga a quelle di Itinera e Impresa Bacchi³⁶³.

240. Tutte e tre le imprese hanno sostenuto che le offerte tecniche sono risultate simili tra loro in considerazione del fatto i lavori da eseguire sono standard e abbastanza ripetitivi³⁶⁴; Itinera ha anche indicato che *"è anche chiaro che nel caso di specie ci sono delle collaborazioni in corso tra Itinera e Impresa Bacchi e Sintexcal e che, anche per tale ragione, si conoscono e si riscontrano le stesse capacità produttive tra le imprese"*³⁶⁵; Itinera e Impresa Bacchi hanno, inoltre, osservato che l'offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019 relativa ai sub-criteri 1.1. e 1.2. è stata calcolata sulla base della precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016.

241. Le difese delle parti non risultano tuttavia, anche in questo caso, condivisibili. Con riguardo alla argomentazione secondo cui la similarità tra le offerte tecniche deriverebbe dall'esistenza di capacità produttive standard per squadra di lavoro, risulta infatti convincente quanto contro dedotto dalla stazione appaltante, circa il fatto che in realtà le offerte tecniche sono state quantificate da parte di tutte e tre le imprese sulla base di una composizione della squadra e dei mezzi minima, rispetto a quanto richiesto dalle regole di gara, e vi era quindi la possibilità di differenziare le offerte tecniche prevedendo una diversa organizzazione dei lavori con una più ampia composizione sia della squadra che dei mezzi³⁶⁶.

242. Si osserva in proposito che per stessa indicazione di Impresa Bacchi - su richiesta di chiarimenti degli Uffici - l'offerta tecnica di Impresa Bacchi in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 non è direttamente derivabile con mero calcolo matematico dalla precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016, ma ha piuttosto richiesto aggiustamenti per tenere conto *"dell'andamento dei cantieri negli anni 2017-2019"* in termini di produttività, esperienza acquisita e perdite economiche³⁶⁷. Similmente anche Itinera ha affermato che le offerte tecniche dei sub criteri 1.1. e 1.2 non dipendevano solo dalla capacità produttiva delle attrezzature di fresatura e stesa posto che *"è stata attribuita rilevanza premiale alla capacità dell'operatore economico di offrire - in base alla propria organizzazione imprenditoriale, alle proprie conoscenze ed attrezzature, al numero e alla capacità dei mezzi di trasporto e alla dislocazione degli impianti che avrebbe inteso utilizzare nell'appalto - una maggior produzione media per una notte di lavoro, calcolata mq/ora"*³⁶⁸ (sottolineato aggiunto).

e) *Sulle dichiarazioni di disponibilità degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso*

243. Come dettagliato in fatto, inoltre, le regole di gara prevedevano tra i *"requisiti di capacità tecnica e professionale"* anche la richiesta di disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso da rendersi tramite apposita dichiarazione e, dalle dichiarazioni depositate, risulta che le tre imprese partecipanti - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre al proprio/propri impianto/i anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura³⁶⁹.

³⁶¹ [Cfr. § IV.C Sui ribassi offerti.]

³⁶² [Cfr. DOC6 e Tabella 5- Gare Lavori n. 4/2021.]

³⁶³ [I criteri di valutazione in termini di mq/h di sostituzione del conglomerato - sub criterio 1.1 e 1.2 pesavano 40 dei 70 punti tecnici totali, laddove gli altri criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica non risultavano modificabili/migliorabili dalle imprese nel breve periodo in quanto relativi al possesso o meno di certificazioni (criterio 2.1.- possesso di certificazione BS OHSAS 18001 e criterio 3.1. - Possesso del rating di legalità) o relativi all'incidenza e gravità degli infortuni sul lavoro (criterio 2.2. - Indicatori di rischio/indice infortuni). Cfr. § III.C.1.d) Sulla identità o similarità delle offerte tecniche.]

³⁶⁴ [Ad esempio Itinera ha indicato che *"Se si usano le stesse macchine, con le stesse caratteristiche e alla stessa velocità alla fine si ottiene una produttività standardizzata (che fa riferimento alla capacità produttiva di una squadra tipo)"*, DOC336. Cfr. anche § IV.D Sulle offerte tecniche.]

³⁶⁵ [DOC336.]

³⁶⁶ [Cfr. § V LE ARGOMENTAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE SEGNALANTE.]

³⁶⁷ [DOC343.]

³⁶⁸ [DOC427]

³⁶⁹ [Cfr. § 0.]

244. L'attività istruttoria ha tuttavia evidenziato che le dichiarazioni di disponibilità degli impianti tra le parti non erano necessarie ai fini di soddisfare i requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019³⁷⁰, né ad aumentare il punteggio tecnico attribuito dalla stazione appaltante) né, di fatto, sono risultate poi funzionali all'esecuzione dell'appalto aggiudicato.

245. A differenza di quanto osservato da Itinera³⁷¹, le dichiarazioni di disponibilità di impianti ulteriori rispetto ai due richiesti dalla stazione appaltante, non incidevano sul punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'impresa, con particolare riguardo ai sub criteri 1.1. e 1.2. Le regole di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica non prevedevano, infatti, un requisito relativo al numero degli impianti disponibili. L'offerta tecnica relativa ai sub criteri 1.1 e 1.2 riguardava inoltre la produzione ordinaria in termini mq/h di sostituzione del conglomerato (in una notte) ad opera di una squadra tipo, in un contesto in cui, come emerso in istruttoria, un impianto (peraltro di dimensioni significative quali quelli delle parti) era tipicamente sufficiente all'offerta del servizio. La richiesta di dichiarazione di disponibilità dei due impianti di cui alle regole di gara aveva, in tal senso, una funzione di ridondanza (per il caso, ad esempio, di temporaneo disservizio dell'impianto principale)³⁷², in un contesto in cui era altresì sempre possibile acquisire forniture di conglomerato anche da impianti terzi non "dichiarati" in sede di gara³⁷³.

246. Sia Itinera che Impresa Bacchi hanno d'altronde, utilizzato solo forniture provenienti da impianti propri (laddove Impresa Bacchi disponeva di un solo impianto proprio), mentre Sintexcal - pur avendo dichiarato solo i propri due impianti - ha poi acquisito limitate forniture di conglomerato da Impresa Bacchi. Le medesime evidenze istruttorie consentono quindi anche di confutare anche quanto osservato da Impresa Bacchi circa la presunta rilevanza di indicare più di due impianti di produzione di conglomerato al fine di fare fronte a eventuali situazioni di emergenza/guasto.

247. Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti tra le parti testimoniano quindi, di nuovo, la presenza di un anomalo rapporto di collaborazione tra le tre imprese - tra loro potenzialmente in più diretta concorrenza - nel contesto della Gara Servizi n. 1/2019 e la creazione di un ulteriore (non necessario) legame tra le medesime.

f) Sulla concertazione delle condotte nei confronti della stazione appaltante

248. A conferma del quadro collusivo sopra delineato, sono state poi acquisite in sede istruttoria alcune significative evidenze che testimoniano la concertazione tra le parti con riguardo alle condotte da tenersi nei confronti della stazione appaltante in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019 anche successivamente alla presentazione delle offerte.

249. Di particolare interesse probatorio sono i comportamenti tenuti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione delle verifiche di congruità delle offerte svolte dalla stazione appaltante e propedeutiche alla effettiva aggiudicazione dei lotti a gara alle tre imprese.

250. E' stata sul punto acquisita presso Sintexcal una email interna alla società del 3 giugno 2019, con oggetto "Analisi Bacchi", a cui è allagato un file Excel denominato "ANALISI_rev.03.xls" contenente una bozza dell'analisi che l'impresa concorrente Impresa Bacchi era tenuta a presentare alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta³⁷⁴, inclusiva di dati commerciali sensibili circa il dettaglio disaggregato dei costi alla base dell'offerta economica presentata nella Gara Servizi n. 1/2019 da Impresa Bacchi³⁷⁵.

251. La condivisione tra Impresa Bacchi e Sintexcal della documentazione a supporto della non anomalia dell'offerta costituisce oltretutto un elemento di anomalia in sé - data la natura sensibile delle informazioni oggetto di scambio tra concorrenti - anche una evidenza significativa a comprova della contestata concertazione tra le imprese parti del procedimento.

³⁷⁰ [Itinera, pur disponendo di ben tre impianti propri di produzione di conglomerato ha dichiarato anche la disponibilità anche di un impianto di Impresa Bacchi e di un impianto di Sintexcal; Impresa Bacchi avrebbe potuto soddisfare le richieste della stazione appaltante indicando, oltre al proprio impianto, solo quello di Ecoasfalti (e non anche gli ulteriori impianti di Itinera e Sintexcal); Sintexcal ha invece dichiarato solo i propri due impianti ma messo a disposizione i propri impianti sia ad Itinera che a Impresa Bacchi.]

³⁷¹ ["tale decisione dipende dal fatto che il punteggio di gara dipende anche dal numero di impianti, in quanto la disponibilità di più impianti offre maggiori garanzie di operatività in caso di guasto" (DOC120) e aveva una "imprescindibile valenza in termini di contenuto dell'offerta tecnica e di attribuzione del punteggio" di cui ai "sub-criteri 1.1 e 1.2 essendo questi propri riferiti alla produzione di conglomerato bituminoso" (DOC427).]

³⁷² [Cfr. anche DOC420 (Impresa Bacchi: "è lo stesso capitolato che tende a richiedere la ridondanza delle attrezzature [...] di talché, anche in assenza del subappaltatore è richiesto che la società disponga, anche in eccesso, della strumentazione necessaria [...]). Come noto le imprese partecipanti dovevano dichiarare la disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato [...e] avere la disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e stesa").]

³⁷³ [Itinera, Sintexcal e la stazione appaltante hanno infatti anche chiarito che l'acquisto di conglomerato bituminoso da terzi ai fini del soddisfacimento dell'appalto era comunque sempre possibile e nella piena disponibilità delle imprese, al di là della previa dichiarazione di disponibilità dell'impianto. DOC307, DOC308 e DOC359.]

³⁷⁴ [DOC83.]

³⁷⁵ [Nel file Excel allegato alla mail è infatti, tra l'altro, riportato il dettaglio disaggregato dei costi e dei prezzi unitari alla base dell'offerta presentata dal proprio concorrente Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019, la denominazione dei fornitori considerati da Impresa Bacchi ai fini del calcolo, i dati di costo fisso e variabile di produzione dell'impianto di produzione del conglomerato bituminoso di Impresa Bacchi, i costi di approvvigionamento del conglomerato bituminoso da terzi (nel caso di specie quantificati da Impresa Bacchi solo e proprio con riguardo alle proprie concorrenti Itinera e Sintexcal). Cfr. anche § III.C.3 Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili.]

252. La collaborazione e il supporto reciproco tra le imprese al fine di dare adeguata risposta alla stazione appaltante nel contesto della giustificazione della non anomalia delle offerte appare, infatti, funzionale sia al mantenimento della simmetria delle condotte delle imprese nei confronti della stazione appaltante sia alla tenuta dell'esito dell'accordo collusivo.

253. In tal senso, lo scambio della documentazione tra imprese è da leggersi come propedeutico a far sì che le tre imprese non sottoponessero alla stazione appaltante giustificazioni contraddittorie o troppo difformi tra loro, data la sostanziale identità dei tre lotti a gara e la relativa vicinanza delle offerte economiche presentate. Dalla corretta giustificazione della non anomalia delle tre offerte, separatamente presentate, dipendeva inoltre l'aggiudicazione definitiva a ciascuna impresa del lotto a essa assegnato e quindi l'effettiva attuazione dell'accordo ripartitorio raggiunto, per tutte e tre le imprese³⁷⁶.

254. Sintexcal ha al riguardo rilevato che nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante c'erano delle incongruenze e che *"in un contesto di cortesia reciproca, gli uffici gare delle imprese hanno ritenuto di scambiarsi dei pareri al riguardo"*, sottolineando che *"lo scambio di pareri tra le imprese è avvenuto comunque in un periodo successivo al deposito delle offerte, post aggiudicazione"* e che si sarebbe trattato di *"un confronto tecnico tra le imprese partecipanti"*³⁷⁷. Impresa Bacchi ha, similmente, indicato che a fronte della presenza di un errore nella documentazione prodotta dalla stazione appaltante, la società *"si è confrontata con le altre aggiudicatrici per capire come giustificare la variazione"*³⁷⁸. Le argomentazioni delle parti risultano, tuttavia, prive di pregio poiché il confronto tra le imprese concorrenti non è stato di natura tecnica ma ha comportato lo scambio di informazioni sensibili tra concorrenti; il confronto tra le imprese non era comunque necessitato posto che era sempre possibile rivolgersi direttamente alla stazione appaltante per avere indicazioni su come, se del caso, sanare l'errore materiale in sede di giustificazione della non anomalia dell'offerta³⁷⁹; il sopra richiamato errore materiale interessava solo la tabella del Computo Metrico Estimativo predisposta dalla stazione appaltante e non riguardava quindi comunque (né richiedeva lo scambio di) informazioni commerciali sensibili e di dettaglio alla base dell'offerta economica di cui al file Excel *"ANALISI_rev.03.xls"* condiviso tra le imprese.

255. Altra vicenda che testimonia la concertazione delle condotte delle imprese nell'interazione con la stazione appaltante - in questo caso post-aggiudicazione della Gara Servizi n. 1/2019 - riguarda la quantificazione dei costi incrementali della sicurezza in ragione della sopravvenuta emergenza sanitaria da Covid-19. È stato in particolare acquisito uno scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020, avente ad oggetto *"[...] Serravalle tangenziale ovest lotto C: Costi sicurezza-Confronto listino oneri di sicurezza Covid19"*, nel contesto del quale le imprese hanno condiviso le proprie stime in merito all'aumento dei costi per la sicurezza in ragione dell'emergenza sanitaria, *"al fine di portare avanti una politica comune con l'Ente Appaltante"* (sottolineato aggiunto)³⁸⁰. Si sottolinea che i costi per la sicurezza in esame interessano le imprese nella loro qualità di imprese aggiudicatrici - separatamente - di due dei lotti a gara e non, quindi, la loro relazione nel contesto delle dichiarazioni reciproche in materia di subappalti.

256. Anche in questo caso le giustificazioni addotte dalle imprese alla riscontrata condivisione delle informazioni e alla concertazione delle condotte nei confronti della stazione appaltante non risultano condivisibili e, semmai, confermano la prassi collaborativa tra le imprese. E' la stessa Sintexcal infatti a rilevare, di fatto, che non si trattava di un confronto *"tecnico"* considerato che hanno formato oggetto di condivisione tra le imprese variabili economiche relative ai costi (*"lo scambio di vedute tra le imprese avveniva quindi in un contesto in cui non era chiaro quali dispositivi e costi considerare e come calcolare questi costi aggiuntivi [...]"*); che l'obiettivo era quello di presentare una posizione comune alla stazione appaltante (*"Come indicato anche nelle email, le imprese cercavano di pervenire ad un ragionamento unificato nei confronti della concessionaria"*); e che si è trattato di un confronto *"tra operatori che*

³⁷⁶ *[La sostanziale simmetria nelle condotte delle imprese nei confronti della stazione appaltante, anche a seguito della presentazione delle offerte (ma prima dell'aggiudicazione definitiva) è tra l'altro anche evidenziata dal fatto nelle risposte trasmesse alla stazione appaltante a giustificazione dell'offerta tutte e tre le imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - abbiano indicato percentuali di spese generali e di utile di impresa uguali o comunque analoghe tra loro (10-11% per le spese generali e 3% per gli utili di impresa). Cfr. § III.C.3 Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili, Tabella 11.]*

³⁷⁷ *[DOC338.]*

³⁷⁸ *[DOC337. Cfr. anche § IV.F Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.]*

³⁷⁹ *[Milano Serravalle ha precisato come sulla piattaforma dedicata alla Gara Servizi n. 1/2019 è sempre stato disponibile, fino all'aggiudicazione definitiva delle offerte, anche un apposito sistema di messaggistica che consentiva l'interlocuzione con la stazione appaltante.]*

³⁸⁰ *[Nella seconda email (interna a Sintexcal) si legge "Vi giro un raffronto fatto con l'Impresa Bacchi di maggiori oneri della sicurezza dovuta all'emergenza COVID-19 Il confronto è stato fatto al fine di portare avanti una politica comune con l'Ente Appaltante Non appena possibile gradirei un confronto sull'argomento". Nella precedente email di Impresa Bacchi a Sintexcal si legge: "[...] facendo seguito agli accordi intercorsi con [Impresa Bacchi], uniamo alla presente quanto in oggetto, confronto maggiori OS per effetto della condizione di emergenza epidemiologica Il raffronto è condotto su base settimanale, considerando il listino che ha inviato settimana u.s. e quello da noi predisposto sulla base dell'esperienza vissuta in queste prime settimane di lavoro"; nella email è riportata una tabella in cui è indicata la stima dei maggiori oneri di sicurezza settimanali per, rispettivamente, Impresa Bacchi e Sintexcal, in qualità di appaltatori; DOC66 e DOC87. Cfr. anche § III.C.3 Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili.]*

collaborano tra loro in molti ambiti”³⁸¹. Considerazioni analoghe valgono con riguardo a quanto sostenuto da Impresa Bacchi (“si è posto il problema di quali costi e quali dispositivi di sicurezza individuare. [...]. Lo scambio di email riguardava quindi un confronto di vedute con Sintexcal per valutare quali misure e dispositivi di sicurezza considerare nel nuovo contesto di emergenza Covid”³⁸²).

257. Sono, infine, stati acquisiti in sede ispettiva anche alcuni documenti (relativi a un periodo in cui la Gara Servizi n. 1/2019 era ancora in esecuzione) che confermano la presenza di una relazione tra le imprese che appare superare il confine di una mera collaborazione e la una consuetudine allo scambio di informazioni strategiche e sensibili tra le imprese, quali quelle relative alla partecipazione o meno ad una gara futura. Ci si riferisce in particolare ad una comunicazione *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal dell’8 aprile 2021, in cui il rappresentante di Sintexcal chiede “Ciao, [...], voi la gara di Malpensa la fate?” e quello di Itinera risponde “No Non abbiamo il fatturato”; Sintexcal replica, “Addirittura Annamo beneeee”³⁸³. La circostanza, avanzata in sede di difesa sia da Itinera che da Sintexcal³⁸⁴, relativa al fatto che in data antecedente alla pubblicazione del bando della “gara Malpensa” (indetta da SEA per la manutenzione della pavimentazione dell’aeroporto di Milano Malpensa) vi fosse stato un rapporto di fornitura di conglomerato bituminoso tra le due imprese relativo alla precedente edizione della gara non giustifica la condivisione *ex ante* tra operatori concorrenti delle proprie strategie di partecipazione ad una gara; essendo per contro sempre possibile *ex post* (una volta depositate le offerte in sede di gara e noti gli esiti) contattare l’aggiudicatario al fine di proporre una fornitura commerciale di conglomerato bituminoso³⁸⁵.

258. In replica a quanto osservato da Sintexcal circa il fatto che alcune delle evidenze sopra descritte (ci si riferisce in particolare alla email interna a Sintexcal del 3 giugno 2019 con oggetto “Analisi Bacchi”, allo scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020 sul “[...] Confronto listino oneri di sicurezza Covid19 e agli scambi *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal del 2021) non avrebbero rilevanza ai fini probatori, in quanto riferite ad un momento successivo rispetto alla presentazione delle offerte (e alla definizione delle strategie di gara)³⁸⁶, si osserva che si tratta in realtà di documenti rilevanti ai fini della ricostruzione delle condotte d’impresa oggetto di accertamento, come sopra già ampiamente descritto, in quanto idonei a confermare un contesto di ampia e anomala collaborazione tra le tre imprese, anche al fine di pervenire alla effettiva aggiudicazione delle commesse oggetto di spartizione nella Gara Servizi n. 1/2019 a seguito della positiva verifica delle non anomalie delle offerte da parte della stazione appaltante e/o al mantenimento anche nel corso della commessa di una condotta comune nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019.

259. In linea con la consolidata giurisprudenza in materia³⁸⁷, si ritiene pertanto che il complesso delle evidenze esogene e endogene raccolte in sede istruttoria, sopra illustrate e analizzate, siano sufficienti a dimostrare in modo univoco l’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza contestata. Il parallelismo delle condotte con riguardo alla presentazione da parte delle tre imprese dell’offerta per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni, assistita dal ricorso a un anomalo sistema di subappalti reciproci è infatti qualificato da una pluralità di elementi di prova, anche in termini di indizi seri, precisi e concordanti, in merito alla presenza di un coordinamento illecito delle condotte di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella partecipazione alla Gara n. 1/2019.

260. Nel successivo paragrafo si dimostrerà anche l’infondatezza delle spiegazioni alternative avanzate dalle parti a giustificazione delle condotte contestate e si replicherà puntualmente alle difese addotte dalle parti in merito alla riconducibilità dei subappalti reciproci, e della presentazione dell’offerta per uno solo dei lotti a gara, a decisioni lecite e razionali d’impresa.

g) Sulle spiegazioni alternative alle condotte contestate

261. L’attività istruttoria ha consentito di accertare che le spiegazioni alternative alle condotte contestate fornite dalle parti non risultano plausibili, o anche solo attendibili, in quanto in contraddizione con gli elementi fattuali e informativi raccolti (anche presso le parti) e/o prive dei necessari elementi di logicità, concordanza e coerenza narrativa³⁸⁸.

³⁸¹ [DOC338.]

³⁸² [DOC337. Cfr. anche § IV.F Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.]

³⁸³ [DOC213.]

³⁸⁴ [DOC423, DOC427 e DOC444.]

³⁸⁵ [Cfr. anche Consiglio di Stato, 21 giugno 2017, nn. 3057 e 3016 (1782 - Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia ed Augusta: “In un contesto probatorio caratterizzato da una pluralità di evidenze, anche di natura indiziaria, una prova esogena assume sicura rilevanza nel processo di prova di un’intesa allorquando, pur non svelando contatti tra concorrenti relativi alla specifica ipotesi di concertazione oggetto di indagine, dia comunque conto di un contesto concertativo abituale tra le parti dell’intesa oggetto di indagine”).]

³⁸⁶ [DOC423.]

³⁸⁷ [Consiglio di Stato, 9 maggio 2022, n. 3570 (1808 - Gara Consip FM4) e Consiglio di Stato, 21 marzo 2019, n. 1900, 1551, 1160, 1883 (1793 - Aumento prezzi cemento)]

³⁸⁸ [Cfr. anche Consiglio di Stato, 12 febbraio 2020, n. 1046, 1792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia (“Le cd. spiegazioni lecite alternative alla concertazione devono essere esaminate non solo nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate e nel confronto con la documentazione acquisita in istruttoria e con i fatti che tale documentazione attesta e

I subappalti reciproci

262. A fronte di dichiarazioni di ciascuna impresa parte circa il fatto che la scelta di dichiarare nella terna delle imprese subappaltate proprio le altre due imprese dipenderebbe dal fatto che *“si tratta di imprese serie, con cui si è più volte collaborato, e che sono pochi coloro che fanno conglomerati bituminosi in autostrada”* (Itinera)³⁸⁹; dal *“rapporto fiduciario che si è creato tra le tre imprese”* (Sintexcal)³⁹⁰; piuttosto che dalla circostanza che *“bisognava comunque scegliere soggetti in grado di svolgere il lavoro con requisiti molto stringenti. Per questo sicuramente abbiamo scelto Itinera e Sintexcal”* (Impresa Bacchi)³⁹¹, è stato riscontrato in sede istruttoria che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avrebbero potuto indicare nella terna dei possibili subappaltatori solo imprese terze rispetto alle parti (e non interessate a partecipare ad alcuno dei lotti a gara), come infatti avvenuto in occasione della partecipazione delle tre imprese ad altre gare nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna)³⁹², nonché alle Gare 2016³⁹³. Le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati bituminosi sono d'altronde ampiamente diffuse sul territorio anche nel contesto della pavimentazione e della manutenzione stradale, oltretutto autostradale.

263. Itinera ha anche osservato che l'indicazione di imprese subappaltatrici non adeguatamente qualificate avrebbe esposto la società stessa al rischio di esclusione alla luce del disposto normativo di cui all'articolo 80 del codice dei contratti che, all'epoca, sanzionava con l'esclusione dalla gara l'operatore economico il cui subappaltatore fosse incorso nei motivi di esclusione di cui a tali commi³⁹⁴. Al riguardo si osserva tuttavia che l'impresa subappaltata era tenuta - in base alle regole di gara (articolo 14.2 del disciplinare) - alla consegna all'impresa appaltante per il suo deposito in sede di offerta del c.d. DGUE (Documento di Gara unico Europeo) che consiste proprio in una dichiarazione formale dell'operatore sul soddisfacimento dei requisiti di idoneità e sull'assenza di situazioni di esclusione di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, a garanzia sia della stazione appaltante sia dell'impresa appaltante che partecipa in proprio alla procedura di gara. Inoltre, la disciplina di cui all'articolo 105 del codice dei contratti al tempo vigente prevedeva, testualmente, la possibilità per l'affidatario di *“sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposta verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”*³⁹⁵.

264. La stessa Itinera ha peraltro dichiarato di disporre *“di un albo fornitori (opere di fresatura e di posa di conglomerato [categoria “subappalti edifici civili e industriali”] e impianti di produzione di conglomerato) di cui fanno parte imprese che rispondono a requisiti specifici”*³⁹⁶ alla cui sezione relativa alle opere di fresatura e posa del conglomerato (oggetto di subappalto) non risultavano tuttavia iscritte proprio Sintexcal e Impresa Bacchi³⁹⁷. La società, non contestando tale dato fattuale, ha fornito al riguardo spiegazioni non conferenti circa il fatto che Sintexcal era comunque presente nell'elenco dei fornitori di Itinera per la - diversa - prestazione di fornitura di conglomerato e che Impresa Bacchi, pur non essendo presente nell'elenco dei fornitori qualificati, sovente aveva collaborato con Itinera.

265. Impresa Bacchi ha invece sostenuto che l'indicazione di Itinera e Sintexcal nella terna delle imprese subappaltate dipende anche dal fatto che la coincidenza tra subappaltatori (per le attività di fresatura e stesa del conglomerato in cantiere) e fornitori della materia prima conglomerato bituminoso rappresenta un aspetto *“marcatamente importante”* per la massimizzazione delle *performance*, specie in caso di gusto/malfunzionamento degli impianti proprie³⁹⁸, laddove Itinera e Sintexcal *“disponevano di impianti di produzione non distanti dal luogo di esecuzione dei lavori,*

cessano di risultare attendibili quando la loro plausibilità rimane tale solo alla luce di un ragionamento generale ed astratto e sia in concreto non confermata dalla documentazione acquisita in istruttoria che ne contraddice la credibilità in concreto”.)]

³⁸⁹ [DOC120. Itinera ha anche affermato che *“Il numero dei subappaltatori offre maggiori garanzie di riuscita in quanto più squadre danno diritto a un punteggio maggiore”, si tratta tuttavia di una valutazione poco comprensibile posto che né l'indicazione (o meno) della terna dei subappaltatori né le prestazioni dei subappaltatori (solo eventuali), sono in realtà valutate ai fini dell'attribuzione dei punteggi tecnici.*]

³⁹⁰ [DOC338.]

³⁹¹ [DOC14. Cfr. anche § IV.B Sui subappalti.]

³⁹² [Cfr. nota 120 e § III.C.1.b) Sui subappalti.]

³⁹³ [Nella precedente procedura di gara del 2016, sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (aggiudicataria di due dei lotti a gara) sia Sintexcal (che ha partecipato a due dei lotti a gara) hanno in effetti individuato una terna di imprese terze subappaltate diverse dalle parti. La presenza di numerose imprese terze rispetto alle parti in grado di svolgere in regime di subappalto le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati è altresì avvalorato dall'elenco dei fornitori per le attività di posa del conglomerato e fresatura acquisito presso Itinera in sede ispettiva (DOC122).]

³⁹⁴ [DOC427 e DOC444.]

³⁹⁵ [Si vedano in particolare l'art. 105, comma 7, del codice dei contratti al tempo vigente. (“L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 [...]”) e comma 12 (“L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposta verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”).]

³⁹⁶ [DOC120.]

³⁹⁷ [DOC122.]

³⁹⁸ [DOC14.]

nonché operativi in orario notturno”, di idonea capacità/performance e in grado di fornire conglomerato bituminoso come da capitolato della Gara n. 1/2019 e di prestare la disponibilità richiesta, in caso di emergenza, con un limitatissimo preavviso³⁹⁹.

266. Si tratta tuttavia di affermazioni che non trovano riscontro nelle evidenze istruttorie, posto che, da un lato, la fornitura di conglomerato bituminoso è una prestazione ben distinta dalle attività oggetto dei subappalti reciproci, che riguardano solo la fresatura (rimozione del precedente strato di asfalto con macchine fresatrici) e la stesa del conglomerato (il conglomerato bituminoso trasportato in cantiere con i camion con bilico viene riversato nelle macchine finitrici per la stesa del nuovo strato di asfalto); dall'altro, che in caso di guasto di uno degli impianti propri è sempre possibile, oltretutto economicamente razionale e tecnicamente efficiente, acquisire da impianti di soggetti terzi (indicati in sede di gara nella apposita dichiarazione di disponibilità degli impianti⁴⁰⁰ o di ulteriori terzi fornitori) esclusivamente la fornitura della materia prima conglomerato⁴⁰¹, come è peraltro prassi nel settore⁴⁰². Sintexcal ha ad esempio proceduto a realizzare alcuni limitati acquisti di conglomerato bituminoso da Impresa Bacchi nel contesto della esecuzione dei lavori di cui alla Gara Servizi n. 1/2019⁴⁰³, senza certamente procedere alla contestuale (onerosa) acquisizione degli ulteriori, ben distinti e non necessari, servizi di fresatura e stesa del conglomerato.

267. Con riferimento al dato di fatto che nessuna delle tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - ha poi avuto la necessità di attivare, in fase di esecuzione dell'appalto, i subappalti concordati con le altre imprese parti in sede di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019⁴⁰⁴, le tre imprese hanno indicato che tale circostanza non è da considerarsi come una anomalia posto che l'indicazione dei subappaltatori è stata effettuata in una prospettiva prudenziale, per l'ipotesi di situazioni imprevedute o di emergenza, e che l'effettiva attivazione dei subappalti tra le tre imprese era, nel caso di specie, da considerarsi un'ipotesi eccezionale e meramente eventuale⁴⁰⁵ considerata sia l'esperienza e la capacità logistica delle tre imprese (come anche dichiarata in sede difensiva⁴⁰⁶ e/o nelle relazioni a supporto della non anomalia delle offerte presentate in sede di gara)⁴⁰⁷, sia la circostanza che le regole di gara richiedevano una ridondanza nella capacità produttiva (disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e di stesa)⁴⁰⁸.

268. Si evidenzia tuttavia al riguardo che la decisione di ciascuna impresa di rendersi disponibile al subappalto nei confronti delle altre due imprese per due dei lotti a gara (la cui attivazione era solo ipotetica e, nel caso di specie, come visto, prevedibilmente assai remota) aveva un significativo costo opportunità implicito per l'impresa, ossia quello di impegnarsi a non presentare offerta per gli altri due lotti a gara e di avere quindi una minore possibilità (in un contesto concorrenziale) di riuscire ad aggiudicarsi uno dei lotti a gara.

³⁹⁹ [DOC420, DOC444.]

⁴⁰⁰ [Si ricorda che Impresa Bacchi ha dichiarato la disponibilità di 6 impianti per l'esecuzione dell'affidamento di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 (1 proprio, 1 di Ecoasfalti, 3 di Itinera e 2 di Sintexcal), cfr. §0 Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti.]

⁴⁰¹ [Itinera, Sintexcal e la stazione appaltante hanno infatti chiarito che l'acquisto di conglomerato bituminoso da terzi ai fini del soddisfacimento dell'appalto era comunque sempre possibile e nella piena disponibilità delle imprese, anche al di là della previa dichiarazione di disponibilità dell'impianto, e non rientra nelle prestazioni oggetto di subappalto. Sintexcal ha in particolare precisato che "chi fornisce il conglomerato è un "fornitore" e non un subappaltatore, con la conseguenza che la Società non è vincolata ad utilizzare gli impianti che sono indicati al momento dell'offerta, ma potrà rifornirsi anche da altri operatori, ferma restando la necessità che questi ultimi dispongano dei requisiti richiesti dal bando (i.e. certificazione tecnica come impianti industriale e come ricetta di produzione)"(DOC307); Itinera che "La fornitura non è subappalto [...]"(DOC308); per le dichiarazioni della stazione appaltante vedi DOC359. Si precisa altresì che la stazione appaltante ha chiarito come - a differenza di quanto argomentato da Sintexcal (DOC423) - non fosse in alcun caso richiesta una autorizzazione e/o qualificazione ex ante degli impianti e/o del conglomerato bituminoso di terzi, se del caso, utilizzati dall'affidatario in corso d'opera, essendo sufficiente che i materiali utilizzati siano conformi alle specifiche di cui al capitolato speciale (DOC359).]

⁴⁰² [Cfr. § III.A Il settore. Ad esempio Itinera ha indicato che "la procedura interna prevede il ricorso all'ufficio acquisti e, in funzione delle necessità produttive, si procede all'acquisizione di forniture di conglomerato da impianti di terzi. [...] i lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulla autostrada A7 (oggetto della Gara servizi n. 1/2019 di cui al procedimento I845), così come quelli relativi all'autostrada A4 Milano-Torino e alla A33 Asti Cuneo, sono svolti facendo ricorso solo a impianti di proprietà. Per le altre tratte (infragruppo e non) vi può essere anche il ricorso a forniture di conglomerato da impianti di terzi. Ciò avviene in particolare per le aree di Piacenza e Parma" (DOC336).]

⁴⁰³ [DOC35 (Sintexcal: "In maniera marginale Sintexcal ha acquistato conglomerato da Bacchi"). Vd. anche DOC423.]

⁴⁰⁴ [Cfr. in ultimo DOC372 e § III.C.1.b) Sui subappalti.]

⁴⁰⁵ [Cfr. § IV.B Sui subappalti.]

⁴⁰⁶ [Cfr. § IV.B Sui subappalti. Sintexcal ha in particolare dichiarato che "Sintexcal disponeva al momento dell'offerta (e dispone tutt'oggi) di tutte le attrezzature e l'esperienza per eseguire le attività subappaltate in prima persona" e che l'effettivo ricorso al subappalto è "un'eccezione" funzionale ad acquisire quelle attività che fuoriescono da quelle della società (ad esempio il trasporto, il servizio di guardiania e la segnaletica) o dovuta all'impegno della società e dei suoi impianti su un numero consistente di cantieri (DOC423). Impresa Bacchi che "il coinvolgimento del subappaltatore è meramente eventuale", dato che la società "può contare sulle proprie risorse tecniche che sono ampiamente idonee ad assicurare lo svolgimento regolare di lavori di manutenzione [...]" (DOC420).]

⁴⁰⁷ [DOC129, DOC312 (Sintexcal: "Le maestranze a disposizione consentono di eseguire i lavori minimizzando le attività assegnate in subappalto [...]"); DOC311. Vd. anche DOC6, con particolare riguardo alle relazioni tecniche a supporto delle offerte.]

⁴⁰⁸ [Cfr. anche le dichiarazioni di Impresa Bacchi: "è lo stesso capitolato che tende a richiedere la ridondanza delle attrezzature [...] di talché, anche in assenza del subappaltatore è richiesto che la società disponga, anche in eccesso, della strumentazione necessaria [...]. Come noto le imprese partecipanti dovevano dichiarare la disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato [...] avere la disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e stesa", immediatamente usufruibili in caso di necessità (DOC420).]

269. L'accordo collusivo di spartizione dei lotti a gara raggiunto anche grazie al sistema dei subappalti reciproci, consentiva di compensare tale costo opportunità in ragione dell'impegno anche "formale" di ciascuna impresa a non presentare offerte in concorrenza con quelle delle altre due imprese, in un contesto in cui, come sopra già argomentato, il rischio di una concorrenza qualificata ad opera di imprese terze rispetto alle parti era remoto se non del tutto assente. In tale senso, il sistema di subappalti reciproci ha anche favorito la stabilità dell'accordo e ridotto il rischio di deviazioni, dato l'impegno sostanziale di ciascuna impresa a non fare offerte per gli altri lotti. Come visto, ciascuna impresa ha poi, in fatto, rispettato l'accordo collusivo presentando offerta solo per il lotto di competenza (in assenza di concorrenza) e i subappalti reciproci – mai attivati – hanno esercitato la loro funzione strumentale all'accordo e propedeutica anche ad evitare possibili deviazioni dallo stesso.

270. La disponibilità al subappalto da parte di un'impresa interessata a partecipare alla gara, era quindi una scelta palesemente irrazionale: a fronte di un guadagno atteso dai subappalti (meramente eventuale e di importo limitato), in un contesto genuinamente concorrenziale si aumentava esponenzialmente il rischio per l'impresa di non aggiudicarsi nessuno dei lotti a gara⁴⁰⁹.

271. La presenza del suddetto costo opportunità e la circostanza che un agire competitivo avrebbe comportato la presentazione di una offerta da parte delle imprese per più di un lotto a gara è poi d'altronde confermata – in termini di controfattuali – dalle condotte assunte dalle parti in occasione sia dell'ultima procedura di gara indetta da Milano Serravalle per il riaffidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione (Gara Lavori n. 4/2021) sia delle precedenti Gare 2016 e Gare 2013. Nella Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi ha, infatti, presentato offerta per tutti e tre i lotti a gara e Sintexcal per due dei tre lotti a base di gara; nelle Gare 2016 sia Sintexcal che l'ATI Itinera/Impresa Bacchi avevano presentato offerta per più di un lotto a gara e nelle Gare 2013 Itinera e Impresa Bacchi avevano presentato offerta individuale (in concorrenza tra loro) per tutti e tre i lotti a gara⁴¹⁰.

272. Si tratta d'altronde di commesse che erano considerate importanti per le imprese parti in ragione sia dell'importo a base di gara, sia del fatto si tratta di una stazione appaltante che realizza appalti ripetuti nel tempo⁴¹¹, come anche testimoniato dalla partecipazione delle tre imprese alle varie edizioni della gara, appena sopra richiamato (con la unica eccezione per Itinera della ultima Gara Lavori n. 4/2021, bandita successivamente e in pendenza del presente procedimento istruttorio).

273. Il descritto sistema di subappalti reciproci proprio tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, tutte partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019 (ciascuna ad un lotto distinto) - piuttosto che solo ad imprese terze non interessate a partecipare alla procedura - risulta poi poco convincente anche sotto un profilo di efficienza. Posto che si trattava di appalti paralleli da realizzarsi nel medesimo arco temporale e con cantieri anche temporalmente sovrapposti, ciascuna impresa, dando la propria disponibilità al subappalto su due dei lotti a gara alle altre due imprese, ha in potenza (nella denegata ipotesi di effettiva attivazione dei subappalti, poi mai intervenuta) ridotto la propria capacità produttiva per poter riuscire a soddisfare in autonomia l'appalto sul "proprio" lotto. Si tratta, peraltro, di subappalti reciproci che, se attivati contestualmente, tenderebbero ad elidersi a vicenda. Al riguardo si evidenzia che lo stesso vincolo di aggiudicazione di uno solo lotto dei tre a gara era stato previsto dalla stazione appaltante proprio in considerazione del fatto che *"il periodo di esecuzione delle attività manutentive può essere il medesimo per ogni lotto funzionale, con possibile coincidenza temporale"*⁴¹².

274. In merito a quanto sostenuto dalle tre imprese circa il fatto che non è da considerarsi un'anomalia la circostanza che i subappalti possano anche non essere attivati - come nel caso dei subappalti reciproci tra le tre imprese nella Gara Servizi n. 1/2019 - si osserva quindi conclusivamente che ciò che risulta anomalo nel caso in esame non è, solo e tanto, la mancata attivazione dei subappalti concordati con le altre due imprese parti, quanto la circostanza che tale dato fattuale ulteriormente conferma come la scelta di procedere al descritto sistema dei subappalti reciproci, per le ragioni sopra esposte, non era né necessitata né rispondente alle logiche e dinamiche di un mercato concorrenziale, né efficiente .

La presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara e senza sovrapposizioni

275. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno inoltre sviluppato una serie di argomentazioni a giustificazione della scelta delle tre imprese di presentare offerta per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni.

⁴⁰⁹ [Le argomentazioni ora sviluppate valgono quindi anche a confutare quanto argomentato da Itinera circa il fatto che la società avrebbe dato la sua disponibilità al subappalto a Sintexcal e a Impresa Bacchi poiché, "nel caso in cui non fosse risultata aggiudicatrice del Lotto B avrebbe almeno avuto la possibilità di lavorare sugli altri due lotti in qualità di subappaltatore" (DOC427).]

⁴¹⁰ [Cfr. § III.C.1.a) Sulla partecipazione ad uno solo dei lotti a gara e sugli impianti di produzione del conglomerato.]

⁴¹¹ [Per Sintexcal vedi anche DOC338.]

⁴¹² [Nel disciplinare di gara era al riguardo indicato che "Considerato che il periodo di esecuzione delle attività manutentive può essere il medesimo per ogni lotto funzionale, con possibile coincidenza temporale, si evidenzia che il numero massimo di lotti che Milano Serravalle aggiudicherà al medesimo operatore economico è 1", DOC1. Vd. anche DOC 8, laddove la stazione appaltante ha precisato, con riguardo al limite di aggiudicazione di un solo lotto, che questo ha il vantaggio di "evitare che l'impresa non riesca a rispettare i tempi di intervento imposti dal capitolato e/o dalla offerte presentate in sede di gara in casi di interventi simultanei su più tratte; laddove l'aggiudicatario infatti è il medesimo su tratte diverse e la Stazione Appaltante richiede interventi manutentivi contestuali le imprese hanno mostrato in passato difficoltà a rendere la prestazione".]

276. Le tre imprese hanno in particolare sostenuto che la decisione di partecipare unicamente allo specifico lotto a gara prescelto (lotto A per Sintexcal, lotto B per Itinera e lotto C per Impresa Bacchi) è dovuta a ragioni di convenienza economica e vantaggio logistico - in termini di vicinanza degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso al luogo di esecuzione del servizio - tali per cui le tre imprese avrebbero ciascuna autonomamente deciso di presentare offerta (senza sovrapposizioni) solo per lo specifico lotto per il quale si trovavano nella condizione più favorevole⁴¹³.

277. Le argomentazioni delle tre imprese non trovano, tuttavia, conferma nelle evidenze acquisite agli atti e non risultano coerenti con i comportamenti concreti tenuti dalle medesime imprese nel settore.

278. In primo luogo, e in termini generali, l'attività istruttoria ha evidenziato che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi non limitavano e non limitano la propria area di operatività e di partecipazione concorrenziale alle gare ai territori strettamente limitrofi ai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso (ad una distanza massima di 80 km, che individua l'ipotesi più restrittiva di operatività sostenuta da Itinera e Sintexcal).

279. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi risultano infatti operare efficacemente su un territorio che ricomprende più regioni del nord-Italia⁴¹⁴. Itinera è una delle principali imprese del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali ed opera, come dalla stessa anche affermato, su un territorio multiregionale (Lombardia Piemonte, Liguria e Emilia Romagna, quest'ultima limitatamente alle province di Parma e Piacenza)⁴¹⁵. Anche Sintexcal è uno dei principali operatori nazionali del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali e ha indicato che l'operatività della società è estesa al territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio⁴¹⁶. Quanto infine a Impresa Bacchi, la società ha osservato che l'area di attività dell'impresa interessa le regioni Piemonte, Lombardia e Emilia-Romagna⁴¹⁷.

280. La circostanza che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi siano tutte attive, storicamente e efficacemente, in un territorio ampio che comprende anche le regioni Lombardia e Piemonte - interessato dalle tratte in concessione a Milano Serravalle oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 - è confermato anche dalle informazioni trasmesse dalle tre imprese sulla partecipazione alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna), da cui risulta che tutte e tre le società hanno partecipato e si sono aggiudicate numerose e/o importanti gare (sia in forma individuale sia in ATI, anche con imprese terze rispetto alle parti) per la manutenzione di estese tratte autostradali, certamente non solo limitrofe ai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso⁴¹⁸.

281. L'attività istruttoria ha d'altronde anche evidenziato che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avevano e hanno anche la possibilità - come è prassi del settore - di acquisire forniture di conglomerato bituminoso da imprese terze, così come di avvalersi anche di impianti di produzione di conglomerato bituminoso di imprese terze, ad eventuale completamento della propria offerta e al fine di ampliare la propria area di operatività al di là dello stretto raggio di capacità tecnica dei propri impianti.

282. La circostanza che le società operino abitualmente sui territori estesi, anche avvalendosi di forniture di conglomerato da imprese terze, è stato confermato dalle stesse parti anche in occasione delle memorie difensive. Itinera ha indicato che **"è vero che la società opera su un territorio multiregionale, che comprende la Lombardia, il Piemonte, la Liguria e l'Emilia-Romagna [...], ma è anche vero che, con riferimento a talune tratte autostradali - come quelle appunto che si trovano ad una distanza di circa 70/80 km dai suoi impianti [...] - i lavori di manutenzione delle pavimentazioni risultano assolutamente più convenienti, [...] rispetto a tratte più distanti e consentono, conseguentemente, alla società la presentazione di un'offerta maggiormente competitiva"** (sottolineato in originale, enfasi aggiunta)⁴¹⁹. Sintexcal che **"se è vero che la fornitura di conglomerato da terzi costituisce**

⁴¹³ [Cfr. § IV.A Sulla presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara e sugli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso.]

⁴¹⁴ [Cfr. § 0

L'area geografica di operatività delle tre imprese e le evidenze relative alla partecipazione ad altre gare.]

⁴¹⁵ [Cfr. § III.A Il settore. Cfr. anche DOC129 (nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019 Itinera ha sostenuto che "La società esegue tutt'ora così come in passato interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A4 - A5 - A6 - A7 - A8 - A9 - A10 - A12 - A21 - A32 - A33 - A35)".]

⁴¹⁶ [Cfr. § III.A Il settore. Cfr. DOC312 (Sintexcal ha dichiarato nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019, che "Sintexcal si occupa di progettare, produrre, testare e costruire infrastrutture stradali in buona parte del territorio italiano [...] può contare su una rete capillare di siti produttivi [...] dispone di un ampio parco macchine" e che "controlla direttamente o tramite proprie controllate 11 impianti di produzione siti in Piemonte [3 impianti], Lombardia [2 impianti], Emilia Romagna [2 impianti], Marche [2 impianti] e Lazio [12 impianti]).]

⁴¹⁷ [Cfr. § III.A Il settore. Cfr. anche DOC311 (Impresa Bacchi ha affermato nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che "L'impresa è attualmente leader nel settore delle costruzioni infrastrutturali stradali, aeroportuali e ferroviarie", ricopre una "posizione di rilievo nel contesto attuale del mercato nazionale" e "possiede una vasta attrezzatura e vanta un parco macchine di proprietà [...] che le consente di operare in modo autonomo in tutti i cantieri. Impresa Bacchi ha eseguito interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A1-A4-A7-A8-A9-A50-A50-A52)".]

⁴¹⁸ [DOC308 (Itinera), DOC307 e DOC323 (Sintexcal), DOC306 e DOC311 (Impresa Bacchi).]

⁴¹⁹ [DOC427 e DOC444. Itinera ha anche osservato che l'indicazione nelle gare ASPI 2018 e 2017 (cui Itinera ha partecipato in ATI con Sintexcal e Impresa Bacchi) "anche di numerosi impianti di produzione di conglomerato di terzi" è da ricondursi alla "considerevole

la regola all'interno di quelle tratte che non consentirebbero la fornitura del materiale da parte di un solo impianto [...] ove Sintexcal partecipa generalmente in RTI/ATI con altri operatori, nei casi in cui la Società dispone di impianti di proprietà che si pongono a distanza utile dalla tratta e che sono in grado di soddisfare autonomamente il fabbisogno di conglomerato, Sintexcal non ha interesse a partecipare alla gara rifornendosi di materiale da parte di altri soggetti” (sottolineato in originale, enfasi aggiunta)⁴²⁰.

283. A differenza di quanto sostenuto dalle parti è stata poi riscontrata la presenza di numerosi e adeguati impianti di terzi di produzione di conglomerato bituminoso anche nel territorio interessato dalla Gara Servizi n. 1/2019⁴²¹, se del caso utilizzabili dalle parti a completamento della propria offerta. Circostanza questa d'altronde, di fatto, suffragata anche da Sintexcal nelle proprie memorie difensive, laddove numerosi impianti di produzione di conglomerato bituminoso localizzati nel territorio interessato dalla Gara Servizi n. 1/2019 non sono stati considerati fruibili dalla società non per ragioni tecniche, quanto piuttosto per motivi di “gradimento” legati ai “rapporti commerciali pregressi con la Società titolare dell'impianto” o indimostrate (“comunque non avevano fornito disponibilità per la fornitura o che sono solite richiedere una contropartita eccessivamente onerosa”) oppure ancora perché si tratta di impianti con un'area di operatività pressoché sovrapponibile a quella di Sintexcal (ma comunque idonei e utilizzabili se del caso dalle altre imprese parti)⁴²².

284. Da quanto sopra risulta quindi che la localizzazione degli impianti produttivi rispetto ai lotti a gara non rappresenta un vincolo assoluto nel contesto della decisione di partecipare ad una gara ed è, anzi, prassi nel settore fare ricorso anche a impianti/forniture di conglomerato da terzi a completamento dell'offerta (considerata anche la notevole estensione delle tratte autostradali che tipicamente formano oggetto di appalto).

285. Le evidenze istruttorie hanno, ad ogni modo, consentito di appurare che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi si trovavano nella condizione di partecipare a più di un lotto della Gara Servizi n. 1/2019 anche solo avvalendosi di impianti propri, di tal che - in assenza dell'accordo collusivo contestato - vi sarebbe stato per le stesse l'elevato rischio di almeno due offerte sovrapposte e in concorrenza per ogni lotto a gara.

286. In particolare, dal complesso degli elementi in fatto raccolti è risultato che il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato bituminoso può essere ragionevolmente individuato tra 1 ora e mezza e 2 ore e la corrispondente distanza di trasporto massima del conglomerato bituminoso nell'ordine di almeno di 90 km⁴²³ (laddove la distanza massima di 80 km individua l'ipotesi più restrittiva sostenuta dalle parti).

287. In questo contesto, l'analisi delle distanze massime delle tratte autostradali oggetto dei tre lotti a gara rispetto agli impianti di produzione di conglomerato bituminoso nella disponibilità di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi⁴²⁴ (come indicati nelle dichiarazioni di disponibilità depositate in sede di offerta nella Gara Servizi n. 1/2019⁴²⁵) evidenzia che:

- tutte e tre le imprese disponevano di almeno un impianto proprio a distanze massime inferiori a 90 km (ed anche inferiori a 80 km) dalle tratte A50 e A51/A52 e avrebbero, pertanto, potuto presentare offerte in concorrenza per i lotti A e C della Gara Servizi n. 1/2019; Itinera disponeva inoltre di ulteriori due impianti (a Tortona) a una distanza di circa 90 km (86 km) dalla tratta A50 (lotto A);

- quanto alla tratta A7 (lotto B): *i*) Itinera disponeva di impianti propri a una distanza inferiore a 90 km (ed anche inferiore a 80 km) rispetto all'intera tratta autostradale; *ii*) l'impianto di Impresa Bacchi era a una distanza di soli 75 km avuto riguardo alla più ampia porzione del tracciato dell'autostrada A7 (tra Milano e Tortona) e inferiore a 90 km anche avuto riguardo alla limitata porzione di rete della A7 a sud di Tortona⁴²⁶.

288. Le tre imprese avrebbero quindi potuto presentare offerte competitive e in concorrenza tra loro per almeno due dei lotti a gara anche utilizzando solo impianti propri. Vi sarebbero in particolare potute essere tre offerte per i lotti A

estensione chilometrica delle tratte autostradali interessate dai lavori, e della specifica disciplina di lex specialis, che premiava significativamente la vicinitas degli impianti alla sede di esecuzione delle opere [...] ed era dunque strettamente funzionale ad incrementare le chance di aggiudicazione della commessa” e che “i maggiori costi legati al ricorso alla fornitura di impianti di produzione di terzi trovavano adeguata copertura in una base di gara assai capiente [...]”, DOC427.]

⁴²⁰ [DOC423. Con riguardo alla gara ASPI del tronco A7 Pescara Sintexcal ha anche osservato che, “trattandosi di un'autostrada che attraversa Emilia Romagna, Marche, Abruzzo, Molise e Puglia era necessario indicare [nelle dichiarazioni relative agli impianti depositate in sede di gara] impianti [di terzi] che fossero il più dislocati possibile lungo la tratta oggetto dell'appalto” (DOC423).]

⁴²¹ [Cfr. § 0La presenza di impianti di terzi di cui le parti si sarebbero potute avvalere.]

⁴²² [In particolare 4 impianti sarebbero fuori zona; 3 inidonei e 10 idonei ma dichiarati da Sintexcal come comunque non adeguati per rapporti pregressi e/o altri motivi commerciali, e 6 opererebbero in un'area analoga a quella degli impianti propri di Sintexcal (DOC423).]

⁴²³ [Cfr. § III.A Il settore.]

⁴²⁴ [Cfr. Figura 1 e Tabella 6 – distanza degli impianti delle parti dalle tratte autostradali.]

⁴²⁵ [Cfr. Tabella 7 – dichiarazioni di disponibilità impianti di produzione di conglomerato nella Gara Servizi n. 1/2019.]

⁴²⁶ [Gli impianti di Sintexcal erano invece posizionati ad una distanza massima di 120 Km rispetto al punto più distante della tratta A7 (Serravalle Scrivia).]

(A50) e C (A51/A52) da parte di Itinera, Sintexcal e Impresa e Bacchi e due offerte per il lotto B (A7) da parte di Itinera e Impresa Bacchi⁴²⁷.

289. La stessa presenza dell'asserito significativo "vantaggio logistico" di ciascuna impresa per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni – che giustificherebbe la decisione unilaterale di ciascuna impresa presentare offerta per il singolo e specifico lotto preferito – non è in realtà suffragata dai dati raccolti in sede istruttoria.

290. In particolare, Impresa Bacchi e Sintexcal disponevano entrambe di impianti propri molto vicini sia alla tratta A50 che alla tratta A51/52 (a distanze inferiori o uguali a 45 km) e avrebbero quindi certamente – anche secondo i canoni restrittivi sostenuti dalle parti – potuto presentare offerte parimenti competitive sui entrambi i lotti. Non considerando l'impianto di Itinera di Arluno (localizzato in provincia di Milano e che, come si vedrà oltre, Itinera sostiene non fosse in realtà utilizzabile per la Gara Servizi n. 1/2019) anche l'asserito vantaggio logistico di Itinera su Impresa Bacchi per la tratta A7 si riduce significativamente (la distanza massima degli impianti dalla tratta è di 70 km per Itinera e 90 km per Impresa Bacchi).

291. E' poi evidente una certa contraddittorietà nelle argomentazioni delle parti, riscontrabile anche nel fatto che, da un alto, le tre imprese sostengono che in ragione della localizzazione dei propri impianti ciascuna di esse poteva operare efficacemente solo su uno specifico lotto (senza sovrapposizioni) e, dall'altro, nelle dichiarazioni di disponibilità degli impianti, Impresa Bacchi e Itinera, hanno indicato come funzionali allo svolgimento del servizio (e quindi a distanza idonee) anche gli impianti delle altre due imprese. Impresa Bacchi ha al riguardo anche precisato che "l'autostrada Milano - Genova [A7] arriva fino all'ingresso della tangenziale ovest di Milano [A50] e che in eventuali situazioni di emergenza ci si sarebbe quindi potuti avvalere [per l'esecuzione dei lavori relativi al Lotto C/tratta A50 della Gara Servizi n. 1/2019 partecipato da Impresa Bacchi] anche degli impianti di Itinera localizzati a Tortona [in prossimità della A7], nonché di quelli di Sintexcal [in provincia di Milano e Biella] (anch'essi indicati nell'offerta tecnica)"⁴²⁸.

292. Ancora, la possibilità per Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi di presentare offerte competitive per più di un lotto a gara in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 e la circostanza che il vantaggio logistico non fosse strettamente connesso al singolo lotto sono - in termini controfattuali - ulteriormente confermate dalle già richiamate condotte tenute dalle parti in occasione della partecipazione alla Gara Lavori n. 4/2021, nonché nelle Gare 2016 e 2013 (con analoghe basi d'asta e per le medesime tratte autostradali).

293. Nella Gara Lavori n. 4/2021, infatti, Impresa Bacchi ha presentato offerta per tutte e tre le tratte a gara (senza peraltro differenziare l'entità del ribasso offerto tra i diversi lotti e ottenendo il medesimo punteggio tecnico su tutti i lotti) e Sintexcal per le tratte A50 e A51/52 (differenziando in ribasso di circa 3 punti percentuali e ottenendo il medesimo punteggio tecnico su entrambi i lotti), a testimonianza della possibilità, sotto il profilo tecnico e economico, di presentare offerte competitive e in concorrenza tra loro per più lotti a gara (Intera non ha invece ritenuto di partecipare alla nuova edizione della gara). In senso analogo, nelle Gare 2016 l'ATI Itinera/Impresa Bacchi e Sintexcal avevano presentato offerta sia per la tratta A50 che per la tratta A51/A52⁴²⁹; la tratta A7 era stata aggiudicata da Interstrade, successivamente acquisita da Itinera. Nelle Gare Lavori del 2013 Itinera e Impresa Bacchi avevano presentato offerta (individualmente) per tutti e tre i lotti a gara.

294. In occasione delle memorie finali, Itinera ha indicato che a seguito di alcuni sopralluoghi effettuati a gennaio 2019 era stato proposto dalla propria Direzione tecnica, sentito anche il Direttore costruzioni, "lo smontaggio/vendita entro l'anno 2019" dell'impianto di Arluno (localizzato a meno di 90 km sia dalla tratta A50 che dalla tratta A51/A52); che tale impianto nel febbraio 2019 (mese di pubblicazione del bando della Gara Servizi n. 1/2019) era fermo e bisognoso di "manutenzione di mantenimento"; e che l'impianto è poi stato ceduto nel maggio 2020. La società quindi, "pur avendo indicato l'impianto di Arluno nella propria offerta [depositata il 22 marzo 2019] – avendone la disponibilità al momento della presentazione della stessa – non ne ha sostanzialmente tenuto conto" ai fini della decisione relativa ai lotti della Gara Servizi n. 1/2019 ai quali partecipare⁴³⁰. Le stesse argomentazioni difensive della società e le evidenze agli atti consentono, tuttavia, di sollevare dei ragionevoli dubbi in merito alla credibilità delle affermazioni di Itinera circa la concreta indisponibilità dell'impianto di Arluno. Non risulta, infatti, contestato da Itinera il fatto che nella dichiarazione di disponibilità degli impianti depositata da Itinera in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 - ed anche in quella depositata da Impresa Bacchi⁴³¹ - tale impianto era stato indicato come "disponibile" e quindi idoneo e

⁴²⁷ [In merito a quanto osservato da Sintexcal circa il fatto che la partecipazione al Lotto B della gara non sarebbe risultata fattibile (DOC427), si rileva che la distanza massima degli impianti di Sintexcal rispetto a tale tratta è di 120 Km e pertanto (assumendo la trasportabilità del conglomerato fino ad almeno 90 km di distanza dall'impianto) l'eventuale fornitura di conglomerato da imprese terze non sarebbe comunque stata maggioritaria. Considerazioni analoghe valgono per Itinera con riguardo alla tratta A51/A52 e agli impianti della società localizzati a Tortona.]

⁴²⁸ [DOC337.]

⁴²⁹ [DOC35. Sintexcal ha peraltro sostenuto che "da allora [gara del 2016] Sintexcal ha effettuato investimenti che l'hanno resa più autonoma nell'esecuzione del servizio"]

⁴³⁰ [DOC427.]

⁴³¹ [Si ricorda che Impresa Bacchi ha dichiarato la disponibilità, oltretutto del proprio impianto, anche di 1 impianto di Ecoasfalti, di 3 impianti di Itinera (due a Tortona e uno ad Arluno), e 2 impianti di Sintexcal.]

operativo⁴³². Analogamente, nella già citata email interna ad Itinera del 14 febbraio 2019 il Direttore costruzioni - pure pienamente a conoscenza dello stato e localizzazione degli impianti della società, della proposta di smontaggio/vendita di cui era stato anche destinatario, nonché della localizzazione delle tratte oggetto di gara anche in qualità di gestore uscente - aveva espressamente dato l'indicazione di partecipare a tutte e tre i lotti della Gara Servizi n. 1/2019 ("Li facciamo con prezzi congrui")⁴³³.

295. Sintexcal ha invece argomentato, nelle memorie finali, che la società era comunque soggetta a dei "vincoli di partecipazione" in quanto, per soddisfare i requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, aveva dovuto ricorrere all'avvalimento di Cogeis, che non era disponibile a concederlo per più lotti⁴³⁴. Si osserva sul punto che Sintexcal non ha prodotto alcuna documentazione a comprova della indisponibilità di Cogeis alla concessione dell'avvalimento per più di un lotto a gara, in un contesto in cui le regole di gara si caratterizzavano proprio per la presenza di un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto a gara⁴³⁵, risultando del tutto residuale l'ipotesi di aggiudicazione di più di un lotto alla medesima impresa (in caso di unica offerta valida della stessa impresa su più lotti) e, quindi, anche l'eventuale "rischio" per Cogeis di dover (in concreto) prestare le garanzie connesse all'avvalimento su due o più offerte.

296. Ad ogni modo, si sottolinea al riguardo che anche assecondando ampiamente le difese di Itinera (indisponibilità dell'impianto di Arluno) e Sintexcal (accesso all'avvalimento per un solo lotto) e assumendo l'utilizzo solo di impianti propri, vi sarebbe stata comunque la possibile presenza - in un contesto concorrenziale - di almeno due offerte, sovrapposte e competitive, per ciascuno dei lotti a gara: Impresa Bacchi avrebbe potuto presentare offerta per tutti e tre i lotti a gara; Itinera almeno per lotto B (A7) e il lotto C (A50); Sintexcal per il lotto A (A51/A52) o per il lotto C (A50).

297. Non convince poi quanto osservato dalle parti circa il fatto che la decisione di presentare offerta per uno solo dei lotti della Gara Servizi n. 1/2019 dipenderebbe dal portafoglio lavori (Sintexcal⁴³⁶) e dal "rischio" che l'aggiudicazione di più di un lotto - nell'ipotesi residuale di cui all'articolo 3 del disciplinare di presenza di una unica offerta della medesima impresa per più di un lotto a gara - avrebbe comportato una frammentazione di mezzi/risorse con ricadute sulla strutturazione dell'offerta e sulle *chance* di aggiudicazione (Itinera⁴³⁷).

298. Itinera e Sintexcal sono infatti due dei principali operatori del settore, sia nel Nord Italia che a livello nazionale, con ampie disponibilità impiantistiche e di risorse, in un contesto in cui le attività di manutenzione oggetto di appalto con la Gara Servizi n. 1/2019 erano comunque di entità piuttosto limitata. Ciascun lotto della Gara Servizi n. 1/2019 era infatti considerato da Itinera "piccolo" e addirittura inferiore alla soglia minima di interesse della società (10 milioni di euro di importo a base di gara)⁴³⁸. Tant'è che nella recente Gara Lavori n. 4/2021 (che parimenti prevedeva un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto gara a ciascuna impresa con possibilità di deroga in caso di unica offerta valida su più lotti della medesima impresa) imprese di dimensioni ben minori rispetto a Itinera e Sintexcal (tra cui Impresa Bacchi, ma anche Preve e l'RTI Ronzoni S.r.l./Favini Costruzioni), a parità di "rischio", hanno presentato offerta per più di un lotto a gara. Ancora, nelle Gare 2016, in cui non vi era il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto per impresa (essendo i lavori di manutenzione per le tratte A50, A51/A52 e A7, banditi con procedure di gara separate), sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi che Sintexcal avevano partecipato a più di una gara, ritenendo pertanto un esito positivo, piuttosto che un "rischio", quello di aggiudicarsi più di una delle tratte a gara. In senso analogo, Itinera (così come Impresa Bacchi) aveva partecipato a tutte e tre le Gare 2013. Si tratta poi di argomentazioni difensive che evidenziano una certa incoerenza anche rispetto alle contestuali decisioni di Itinera e Sintexcal di rendersi disponibili, con riguardo agli altri due lotti non partecipati, sia allo svolgimento in subappalto delle attività di fresatura e stesa del conglomerato (fino al 30% dell'importo dei relativi contratti e con impegno delle relative risorse e mezzi), sia alla fornitura di conglomerato (in forza delle dichiarazioni di messa a disposizione degli impianti di produzione, senza alcun limite di fornitura).

⁴³² [Cfr. §0 Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti.]

⁴³³ [DOC176. Si ricorda inoltre che Itinera era, insieme a Impresa Bacchi (in ATI), l'operatore uscente delle precedenti edizioni della Gara 2016 (sempre di durata triennale) per i lotti relativi alle tratte A50 e A51/A52 e ha quindi ragionevolmente utilizzato o il proprio impianto di Arluno (indicato come fermo almeno dal febbraio 2019) o i due impianti di Tortona (asseritamente troppo distanti) per soddisfare le commesse.]

⁴³⁴ [Sintexcal ha in particolare indicato di non essere in grado di soddisfare il requisito relativo all' "esecuzione di un servizio analogo" per un importo minimo del 30% della base d'asta e di avere, pertanto, in data 22/02/2019 - immediatamente a valle dei chiarimenti della stazione appaltante del 21/02/2019 - incontrato Cogeis al fine di sondare la possibilità di una collaborazione, inizialmente individuata nella forma di ATI e poi in avvalimento, non essendo Cogeis interessata all'esecuzione materiale della commessa (DOC423).]

⁴³⁵ [Si ricorda inoltre che in caso di partecipazione a più di un lotto a gara l'operatore doveva dichiarare e comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria (anche tramite avvalimento) solo per il lotto di importo maggiore. Cfr. l'art. 7.2.2 del disciplinare ("Requisiti di capacità economica e finanziaria").]

⁴³⁶ [DOC423.]

⁴³⁷ [DOC427.]

⁴³⁸ [DOC120 ("[...] di norma, Itinera non partecipa a gare di ammontare inferiore a 10 milioni di euro [...]).]

299. Impresa Bacchi ha affermato, in occasione dell'attività ispettiva, che il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 "rendeva inutile la partecipazione a più di un lotto" e che "[...] Le regole di gara erano formulate in modo particolare per cui partecipando a tutti e tre i lotti si sarebbe corso il rischio di aggiudicarsi il lotto meno favorevole"⁴³⁹ e, successivamente in occasione delle memorie finali, che nella Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi avrebbe invece potuto partecipare concorrendo per tutti e tre i lotti a gara in quanto, pur essendo stato confermato il vincolo di aggiudicazione di uno solo dei lotti a gara, vi era la "possibilità di indicare il proprio ordine di preferenza in caso di più aggiudicazioni"⁴⁴⁰.

300. Di nuovo, si tratta di argomentazioni che non possono essere condivise, in quanto, la presenza di un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto non rendeva "inutile" la partecipazione a più di uno dei lotti a gara posto che, come sopra già osservato, questa risulta la migliore strategia per una impresa efficiente che voglia massimizzare la probabilità di aggiudicazione di uno dei lotti a gara, in un contesto, quale quello in esame, in cui è stato appurato che per le tre imprese – e in particolare per Impresa Bacchi – era possibile presentare offerte competitive anche da un punto di vista economico e logistico per più di una delle tratte oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 prima, e della Gara Lavori n. 4/2021.

301. Ugualmente non è fondato quanto osservato da Impesa Bacchi circa il fatto che il cambiamento della strategia di partecipazione dell'impresa alla Gara Lavori n. 4/2021 (offerta per tutti e tre i lotti a gara), rispetto alla Gara Servizi n. 1/2019 (offerta per il solo lotto C), sarebbe giustificato dalla possibilità di cui alle regole di gara di presentare un "ordine di preferenza".

302. In presenza di una procedura di gara competitiva a cui a ciascun lotto partecipano più operatori in concorrenza tra loro la possibilità di presentare un ordine di preferenza non assicura infatti, in ogni caso, la circostanza che all'impresa sia aggiudicato il lotto "preferito". La regola di aggiudicazione dei lotti premia, infatti, in primo luogo la convenienza economica dell'offerta per la stazione appaltante e asseconda solo in seconda battuta e ove possibile, le preferenze dell'impresa. Questo in un contesto in cui la partecipazione a più lotti con eventuale aggiudicazione del lotto non "preferito" (ma comunque profittevole) è una evenienza migliore per l'impresa a quella di assenza di aggiudicazione. Con riguardo alla Gara Lavori n. 4/2021 (le cui tratte a gara sono identiche a quelle della Gara Servizi n. 1/2019) è poi la stessa Impresa Bacchi ad affermare che "pur avendo ottenuto l'aggiudicazione per tutti i [tre] lotti ha indicato quale lotto di preferenza il lotto C. Anche per mantenere la disponibilità quale fornitore/subappaltatore, qualora richiesto, anche per altri lotti, per i quali sarebbe stato, comunque, molto concorrenziale anche se in misura minore (per maggior distanza), come verificatosi frequentemente in appalti simili nei decenni precedenti" (sottolineato aggiunto)⁴⁴¹.

303. Si ritiene quindi dimostrata l'infondatezza delle spiegazioni alternative avanzate dalle parti a giustificazione delle condotte contestate e la circostanza che la scelta di presentare offerta per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni, sia stata l'esito della concertazione illecita contestata, anche grazie al sistema dei subappalti reciproci, piuttosto che di valutazioni autonome delle imprese.

304. In base alle evidenze sopra illustrate è altresì, e per contro, possibile concludere che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avevano la possibilità - sotto il profilo tecnico, logistico e economico di ordinaria attività – di presentare offerte competitive tra loro sovrapposte e che in un normale contesto di mercato, con dinamiche competitive non invalidate dalle condotte collusive oggetto del procedimento, la migliore strategia di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 per ciascuna delle tre imprese avrebbe comportato la presenza di più offerte in concorrenza per ciascuno dei lotti a gara.

2. La segretezza

305. L'intesa contestata può considerarsi segreta posto che una parte significativa del supporto probatorio relativo al coordinamento delle condotte è costituito da scambi di *email*, contatti e documenti non conoscibili all'esterno e non palesati al pubblico.

306. Sul punto non risulta fondato quanto argomentato da Sintexcal circa il fatto che l'asserita intesa non sarebbe qualificabile come segreta in quanto l'elemento essenziale sul quale è ricostruita l'intesa, ovvero i subappalti reciproci, sono stati comunicati alla stazione appaltante in sede di offerta, nonché in ragione della circostanza che le evidenze sui contatti, incontri e gli scambi di email sono stati ricondotte dalle parti a interlocuzioni lecite senza che sia rinvenibile alcuna cautela volta a renderli non conoscibili.

⁴³⁹ [DOC14. Impresa Bacchi ha anche affermato che "i requisiti del bando rendevano inefficiente partecipare in ATI". E poi di nuovo "ribadisco che per come era strutturato il bando sarebbe stato inefficiente partecipare in ATI. [...] in ragione del disegno di gara, che consentiva l'aggiudicazione di un solo lotto". Vale a dire che se Impresa Bacchi, Itinera, e Sintexcal avessero, in ipotesi, partecipato in ATI alla Gara Servizi n. 1/2019 (come avvenuto in occasione di altre gare) - piuttosto che separatamente con il sistema dei subappalti reciproci - si sarebbero potute aggiudicare uno solo dei lotti a gara, piuttosto che tutti e tre separatamente, come poi avvenuto.]

⁴⁴⁰ [DOC420 e DOC444.]

⁴⁴¹ [DOC444. In merito a quanto sostenuto da Impresa Bacchi circa il fatto che la decisione di partecipare a tutti e tre i lotti della Gara Lavori n. 4/2021 (piuttosto che ad un solo lotto come nella Gara Servizi n. 1/2019) dipenderebbe anche dal fatto che nella Gara Lavori n. 4/2021 la stazione appaltante si riservava la facoltà di aggiudicare più lotti allo stesso operatore laddove in uno o più lotti vi fosse stata un'unica offerta valida, ci si limita ad osservare che tale previsione era parimenti contenuta anche nelle regole della Gara Servizi n. 1/2019.]

307. In linea con la giurisprudenza in materia, non è infatti necessario che siano segreti tutti gli aspetti del cartello affinché sussista tale requisito⁴⁴². Nel caso di specie, la parte visibile della condotta illecita, ossia la partecipazione di ciascuna parte ad un solo lotto di gara (senza sovrapposizioni) con il contestuale ricorso ai subappalti reciproci, cela la vera finalità delle modalità partecipative e l'accordo spartitorio segreto raggiunto fra le parti.

308. Inoltre, la corrispondenza interna alle imprese (quali lo scambio di *email* interno a Itinera del 14 febbraio 2019 e le *email* interne a Sintexcal del 22 febbraio 2019 e del 3 giugno 2019) e la corrispondenza tra le imprese coinvolte (quali le *email* tra Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi del 21 e 22 febbraio 2019 e la *email* tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020), che formano parte integrante del quadro probatorio, sono state acquisite solo grazie all'attività ispettiva presso le imprese, non erano note o pubblicamente conoscibili all'esterno delle imprese, né sono ascrivibili a interlocuzioni tra le parti lecite e "neutre" sotto il profilo concorrenziale, come sopra già argomentato.

309. Del resto, la stazione appaltante ha potuto rinvenire negli esiti di gara solo anomalie indiziarie di una possibile concertazione, rimettendo alla Autorità e ai suoi poteri investigativi il compito di far emergere l'illiceità della condotta.

3. Gli effetti dell'intesa

310. Per consolidata giurisprudenza nei casi di intese restrittive della concorrenza di ripartizione del mercato e fissazione dei prezzi, quale quella in esame, non è necessario quantificare gli effetti tangibili del comportamento sul mercato, posto che l'obiettivo del cartello è la prevenzione, la restrizione o la distorsione della concorrenza. Il fatto che le imprese adottino tali comportamenti lesivi della concorrenza indica quindi, di per sé, che le stesse hanno l'aspettativa di ottenere vantaggi significativi dalle proprie azioni, prevedendo cioè che il cartello abbia degli effetti sul mercato⁴⁴³.

311. Nel caso di specie, ad ogni modo, le evidenze raccolte mostrano come la Gara Servizi n. 1/2019 sia stata interessata, in ragione dell'intesa, da prezzi di aggiudicazione del servizio e da offerte tecniche non competitive.

312. Le parti del procedimento risultano infatti essere state in grado di distorcere il funzionamento del mercato – eliminando la concorrenza reciproca in sede di gara - in modo tale da potersi aggiudicare le procedure di gara con ribassi (nel range 20-26%) di molto inferiori rispetto a quelli riscontrati nelle precedenti edizioni della gara indette da Milano Serravalle nel 2016 (Gare 2016) e nel 2013 (Gare 2013), analoghe alla Gara Servizi n. 1/2019 per importi a base di gare, tratte autostradali oggetto di appalto e tipologia dei lavori di manutenzione affidati.

313. Le Gare 2016 e 2013 hanno, in particolare, visto la partecipazione di un numero elevato di concorrenti per ciascun lotto, l'aggiudicazione dei servizi con ribassi anche significativi (tra il 42-46% nelle Gare 2016, e tra il 27-43% nelle Gare 2013) e offerte in concorrenza tra Sintexcal e l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (nelle Gare 2016) e tra Itinera e Impresa Bacchi (nelle Gare 2013)⁴⁴⁴.

314. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno al riguardo sostenuto che la riduzione dello sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/ 2019, rispetto alle Gare 2016, dipenderebbe anche dall'aumento del costo della materia prima bitume tra il 2016 e il 2019 e che l'intesa presuntivamente contestata non avrebbe quindi, secondo le parti, avuto effetti pregiudizievoli per la concorrenza, i consumatori o la stazione appaltante⁴⁴⁵.

315. È stato tuttavia verificato in sede istruttoria che variazioni di breve periodo (anche significative) del prezzo del bitume stradale sono un aspetto tipico del settore, lungo una linea di tendenza di lungo periodo di sostanziale stabilità e leggera decrescita (tra il 2013 e il 2021), con oscillazione che tendono a compensarsi tra loro nel tempo. Anche le dichiarazioni di Sintexcal acquisite in sede ispettiva confermano tale punto: "*Il costo della materia prima [...] non è cambiato in maniera sostanziale tra il 2016 e oggi [giugno 2021] ed è stato particolarmente basso nel 2020. Solo di recente si è verificato un incremento nei costi della materia prima che non incide comunque sulle commesse in essere*" (sottolineato aggiunto)⁴⁴⁶.

316. La circostanza che, al di là di oscillazioni di breve periodo, il prezzo del bitume stradale non sia cambiato in misura sostanziale nel tempo – e tra il 2013, 2016 e 2019 - è anche confermata laddove si prenda a riferimento un arco temporale di tre anni, corrispondente alla durata dell'appalto della Gara Servizi n. 1/2019 e delle precedenti analoghe procedure indette da Milano Serravalle nel 2013 e 2016⁴⁴⁷. Si sottolinea al riguardo che l'utilizzo di una media su tre anni, è giustificato dal fatto che, tipicamente, il periodo temporale rilevante su cui analizzare l'andamento storico di una variabile al fine di stimarne l'andamento futuro atteso (quale un prezzo, un tasso di interesse o altra variabile economica) è tipicamente direttamente connesso all'arco temporale rispetto al quale si ha interesse a

⁴⁴² [Cfr., tra l'altro, Consiglio di Stato, 21 marzo 2019, n. 1900 (I793 - Aumento prezzi cemento) e Consiglio di Stato, 6 ottobre 2020, nn. 5885, 5898, 5900, 5884, 5897, 5899 (I796 - Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA).]

⁴⁴³ [Cfr. Corte di Giustizia C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB)* §49 e Consiglio di Stato, 27 agosto 2020, n. 5258 (I780 - Mercato del calcestruzzo in Veneto).]

⁴⁴⁴ [Cfr. § III.C.1.c) *Sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 anche rispetto alle altre gare.*]

⁴⁴⁵ [DOC420, DOC423, DOC427, DOC444 e § IV.C Sui ribassi offerti.]

⁴⁴⁶ [DOC35. Si ricorda inoltre che gli importi a base d'asta sono stati oggetto di periodica rivalutazione da parte della stazione appaltante anche alla luce dei prezzi stabiliti dai listini ANAS, cfr. V LE ARGOMENTAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE SEGNALANTE.]

⁴⁴⁷ [Cfr. § III.C.1.c) *Sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 anche rispetto alle altre gare, Figura 2 e Figura 3.*]

stimarne l'andamento (nel caso di specie la durata triennale della commessa). Questo peraltro a maggior ragione ove la variabile, come nel caso di specie, sia soggetta a frequenti fluttuazioni, anche stagionali.

317. Si ritiene quindi di non poter condividere quanto argomentato dalle parti circa il fatto che la modalità corretta di previsione dell'andamento atteso della variabile prezzo del bitume lungo l'arco temporale triennale di durata della commessa sarebbe invece individuabile in un dato erratico quale il prezzo del bitume al momento dell'offerta e dalla sua tendenza nell'immediato futuro (per Impresa Bacchi⁴⁴⁸ e Sintexcal⁴⁴⁹), da medie mobili su archi temporali più brevi (di 9 mesi, sempre per Sintexcal⁴⁵⁰) o, addirittura, dalla mera osservazione dei soli "prezzi correnti reali" (per Itinera⁴⁵¹).

318. L'incidenza di eventuali variazioni nel prezzo del bitume sul livello delle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 è inoltre inferiore rispetto a quella sostenuta dalle parti del procedimento, considerato che il peso del costo della materia prima bitume sull'offerta offerta economica (esclusi gli oneri di sicurezza) è comunque relativamente limitato e nell'ordine del 25-30%⁴⁵².

319. Il dato di incidenza del costo della materia prima bitume è stato calcolato a partire dalle informazioni trasmesse dalle stesse imprese parti alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia delle offerte economiche depositate nella Gara Servizi n. 1/2019 e differisce dai dati di incidenza proposti dalle parti in quanto queste ultime hanno ritenuto di quantificare il peso del costo della materia prima bitume rispetto ai soli costi diretti della commessa (piuttosto che rispetto all'offerta economica), senza considerare quindi le spese generali e gli utili. Si tratta tuttavia di un approccio metodologico evidentemente non condivisibile posto che ciò che le tre imprese vogliono dimostrare è proprio il presunto effetto dell'incremento del costo del bitume sul ribasso offerto in termini di offerta economica (al netto dei soli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), rispetto alla quale i costi diretti dell'impresa ne costituiscono solo una quota parte.

320. Secondo Sintexcal la competitività dell'offerta presentata da Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe anche confermata dalla media dei ribassi offerti nella Gara lavori n. 4/2021, che non si sarebbero discostati eccessivamente da quelli della Gara Servizi n. 1/2019, risultando invece ben lontani da quelli delle Gare 2016⁴⁵³. Impresa Bacchi ha similmente osservato che il ribasso del 29,7% offerto dalla società nella Gara Lavori n. 4/2021 è assolutamente prossimo a quello della Gara Servizi n. 1/2019⁴⁵⁴.

321. Si osserva, tuttavia, che la media dei ribassi offerti da tutte le imprese partecipanti non è un dato rappresentativo della competitività di una procedura di gara, rilevando piuttosto il livello del ribasso massimo offerto (miglior prezzo) e la presenza di offerte in concorrenza (indicativa del fatto che l'osservato livello del ribasso massimo è l'esito di un processo competitivo)⁴⁵⁵. Ciò premesso, nella Gara Lavori n. 4/2021 le migliori offerte presentate (in un contesto genuinamente competitivo con rischio di concorrenza effettiva e qualificata tra le tre imprese parti del procedimento, poi avvenuta in concreto tra Impresa Bacchi e Sintexcal per i lotti relativi alle tratte A50 e A51/A52) sono risultate comunque superiori, in misura anche piuttosto significativa, rispetto ai ribassi riscontrati nella Gara Servizi n. 1/2019 (cfr. Tabella 13). Questo peraltro in un situazione in cui è verosimile, come anche osservato dalla stazione appaltante, che gli operatori abbiano dovuto tenere conto, nel calibrare il ribasso offerto, dell'andamento fortemente inflattivo dei prezzi delle materie prime che ha caratterizzato il 2021 e che ha reso addirittura necessario un intervento d'urgenza del Governo⁴⁵⁶ e la revisione in via eccezionale dei listini ANAS (alla base del calcolo degli importi base anche per le gare di manutenzione delle pavimentazioni autostradali quali quelle in esame)⁴⁵⁷.

448 [DOC444.]

449 [DOC427.]

450 [DOC427.]

451 [DOC423.]

452 [Esclusi i costi di trasporto (dati Sintexcal e Impresa Bacchi). Cfr. Tabella 1 – incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all'offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019.]

453 [DOC423 e DOC444.]

454 [DOC420.]

455 [Il dato relativo alla media dei ribassi offerti dalle imprese partecipanti ad una procedura di gara può essere peraltro soggetto a significative variazioni anche a fronte della partecipazione di una sola impresa poco competitiva (con offra un ribasso estremamente contenuto).]

456 [Decreto Legge 17 marzo 2022 n. 50, "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese a attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e crisi Ucraina", con particolare riguardo all'art. 26 "Disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori" (che prevede tra l'altro l'aggiornamento dei prezzari utilizzati nelle procedure di gara in considerazione dell'incremento dei costi dei materiali e della materia prime) e all'art. 27 "Disposizioni urgenti in materia di concessioni di lavori" (che riconosce come gli "aumenti eccezionali dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici" si riflettono anche sui costi dei lavori delle concessionarie autostradali).]

457 [Cfr. <https://www.stradeanas.it/it/elenco-prezzi>, dove si legge che "La terza emissione dell'Elenco Prezzi 2022 Rev.2 [cd. listino prezzi ANAS] è rilasciata a seguito del Decreto Legge n.50 del 17 maggio 2022, per far fronte agli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, dei carburanti e dei prodotti energetici connessi alla crisi ucraina".]

Tabella 13 – Ribassi massimi offerti

Tratta a gara	Gara Servizi n.1/2019	Gara Lavori n. 4/2021	Delta ribasso tra 2019 e 2021
A51/ A52	22,93%	29,7%	6,77%
A7	20,00%	29,7%	9,70%
A50	25,65%	29,7%	4,05%

322. In merito a quanto argomentato da Sintexcal, circa il fatto che il confronto tra gli sconti offerti in occasione di gare realizzate a una distanza di tre anni non sarebbe corretto, anche in quanto la Gara Servizi n. 1/2019 prevedeva una diversa articolazione del peso dei punteggi tra l'offerta economica e l'offerta tecnica (30/70) rispetto alle precedenti Gare del 2016 (50/50), tale per cui si premiava di più l'offerta tecnica, si osserva che il differente peso dei punteggi economici e tecnici tra la Gara n. 1/2019 e le Gare 2016 è contenuto e che si tratta comunque di un parametro che - a fronte di una sostanziale identità dei lavori oggetto dell'appalto e degli importi a base di gara⁴⁵⁸ - non appare essersi riflesso in misura significativa sui ribassi di aggiudicazione tra le Gare del 2016 e quelle del 2013 (laddove queste ultime prevedevano l'aggiudicazione sulla base del solo criterio del prezzo).

323. Parimenti non si ritiene fondato quanto osservato da Impresa Bacchi circa il fatto che non sarebbe corretto realizzare un paragone tra la Gara Servizi n. 1/2019 e le Gare 2016, trattandosi di una gara di "servizi" e non di "lavori"⁴⁵⁹. La modifica della qualificazione della gara come di "servizi" piuttosto che di "lavori" ha infatti inciso solo (per quanto in misura rilevante) sui requisiti di partecipazione, senza che sia invece riscontrabile alcuna variazione significativa tra la Gara Servizi n. 1/2019 e le Gare 2016 con riguardo alla convenienza relativa dall'appalto per le imprese, posto che la tipologia di lavori oggetto di appalto e il relativo importo a base di gara erano pressoché identici⁴⁶⁰.

324. Le parti hanno anche indicato che i ribassi offerti nella Gara Servizi n. 1/2019 risultano in linea con i ribassi che si riscontrano in altre gare analoghe nel medesimo periodo (Itinera⁴⁶¹) e che a partire dal 2019 i ribassi offerti sono diminuiti "assecondosi intorno al 20/25%" (Impresa Bacchi⁴⁶²). Si deve tuttavia osservare che le gare portate ad esempio non costituiscono un valido controfattuale rispetto alla Gara Servizi n. 1/2019 in ragione delle loro diverse caratteristiche - in particolare in termini di basi d'asta, estensione delle tratte oggetto di appalto, caratteristiche dei lavori di manutenzione e anche localizzazione delle tratte rispetto agli impianti di produzione di conglomerato delle parti - e del fatto che si tratta di gare in cui non si è realizzata una concorrenza tra le parti⁴⁶³ (come invece avvenuto della Gare 2016, nelle Gare 2013 e nella Gara Lavori n. 4/2021).

325. È altresì controintuitivo il fatto che l'asserito significativo vantaggio logistico e economico che giustificherebbe - a detta delle tre imprese - la scelta di ciascuna impresa di presentare offerta per uno solo dei lotti di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 (senza sovrapposizioni) abbia poi portato alla presentazione di ribassi relativamente contenuti e ampiamente inferiori a quelli delle procedure del 2016. La documentazione agli atti testimonia inoltre che, quantomeno Itinera⁴⁶⁴ e Impresa Bacchi⁴⁶⁵, ritenevano di poter godere di particolari ulteriori vantaggi di costo nella Gara Servizi n. 1/2019; vantaggi anche questi che non appaiono essersi riflessi nelle offerte economiche presentate in sede di gara. Con specifico riguardo a Sintexcal, la stessa società ha rilevato che l'offerta economica in occasione della Gara n. 1/2019 riflette "lo scenario [più favorevole all'impresa] in cui i servizi sono resi in autonomia da Sintexcal, non

⁴⁵⁸ [La stazione appaltante ha al riguardo osservato che prezzi stabiliti dai listini ANAS relativi agli anni 2016 e 2018, presi come riferimento per le gare esperite nel 2016 e 2019, sono pressoché identici per le voci relative alle lavorazioni rilevanti per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali, DOC359.]

⁴⁵⁹ [DOC420.]

⁴⁶⁰ [Cfr. anche nota 458.]

⁴⁶¹ [DOC427.]

⁴⁶² [DOC14. Cfr. anche DOC420.]

⁴⁶³ [Si tratta di gare a cui le tre imprese parti hanno partecipato in ATI tra loro, di gare a cui hanno partecipato due delle imprese parti in ATI tra loro senza che la terza impresa partecipasse alla medesima procedura e di gare a cui ha partecipato solo una delle tre imprese (in forma individuale o in ATI con imprese terze). Cfr. DOC306, DOC307, DOC308 e DOC311.]

⁴⁶⁴ [Itinera ha indicato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che "L'attuale dislocamento di cantieri condotti da ITINERA nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, e l'ubicazione dei propri magazzini (Tortona) e depositi temporanei (casello Bereguardo) lungo la tratta autostradale A7 Milano-Serravalle, risulta molto vantaggioso per i trasferimenti dei propri mezzi e personale in termini di tempo e costi, soprattutto nel caso di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di sostituzione delle risorse" (sottolineato aggiunto), DOC129.]

⁴⁶⁵ [Impresa Bacchi ha affermato che di avere "diversi cantieri attivi nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, di elevata importanza a carattere nazionale e risulta eccezionalmente favorevole e proficuo ipotizzare il rimpiego di risorse, quali staff di cantiere e parco macchine/attrezzature per il cantiere relativo al bando in oggetto. [...] (sottolineato aggiunto), DOC311.]

contemplano l'ipotesi di subappalto poiché si tratta di una eventualità⁴⁶⁶, rispetto alle Gare del 2016, in relazione alle quali "la partecipazione di Sintexcal con la previsione di subappalto di parte del servizio a Interstrade era motivata da una più limitata disponibilità di squadre, mezzi e capacità produttiva"⁴⁶⁷; di nuovo dunque ci si sarebbe aspettata la possibilità per Sintexcal di presentare un'offerta economica più competitiva nella Gara Servizi n. 1/2019.

326. Con riguardo alle offerte tecniche presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, si è già pocanzi osservato che secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante le offerte tecniche relative alla sostituzione delle pavimentazioni autostradali sono state quantificate dalle tre imprese sulla base di una composizione della squadra e dei mezzi minima. Si ritiene quindi che, in un contesto competitivo, le imprese avrebbero potuto presentare offerte non solo differenziate tra loro ma anche migliorative, con un impatto ad esempio sulla durata dei cantieri dei lavori autostradali.

327. Si ricorda poi che la circostanza che alla gara abbia partecipato una sola impresa per ciascun lotto ha consentito alle tre imprese di vedersi assegnare dalla stazione appaltante il massimo punteggio possibile per l'offerta relativa ai sub criteri 1.1. e 1.2, in ragione dell'assenza di offerte comparative.

328. Conclusivamente, la neutralizzazione del confronto competitivo tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione della partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 ha quindi determinato sia un danno patrimoniale connesso all'ingiustificato maggior costo della commessa pubblica a carico ultimo della collettività, sia una perdita di efficienza e qualità prestazionale per i cittadini utenti del servizio autostradale.

4. L'imputazione soggettiva delle condotte di Sintexcal a General Beton

329. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria, esiste una presunzione relativa secondo cui una società controllante che detenga, direttamente o indirettamente, la totalità o la quasi totalità del capitale sociale di una società controllata può esercitare ed esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento e la politica commerciale della propria controllata⁴⁶⁸. Nel caso di specie il comportamento di Sintexcal può quindi essere imputato anche alla società controllante al 100% General Beton⁴⁶⁹, solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla controllata.

330. Le argomentazioni difensive avanzate sul punto da General Beton e Sintexcal⁴⁷⁰ non possono essere accolte in quanto non sono idonee a dimostrare che l'impresa controllata Sintexcal si comporta in maniera autonoma sul mercato, senza essere soggetta alla influenza determinante della propria controllante General Beton, laddove l'influenza determinante non si misura rispetto alla specifica condotta oggetto di contestazione ma, più in generale, rispetto alla possibilità per l'impresa controllante di influenzare la condotta economica e commerciale dell'impresa controllata sul mercato.

331. Non è infatti, necessario dimostrare l'implicazione personale della controllante nell'infrazione, ai fine dell'imputazione della condotta anche a quest'ultima, essendo sufficiente che impresa controllante e impresa controllata costituiscano un'unica unità economica⁴⁷¹.

332. La presunzione si fonda inoltre sulla constatazione secondo la quale, "salvo circostanze del tutto eccezionali, una società che detenga la totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata può, in considerazione di questa sola detenzione, esercitare un'influenza determinante sul comportamento di detta controllata"⁴⁷².

333. La presenza di una influenza determinante della controllante sul comportamento di detta controllata non è in tal senso scalfita da meri dati logistici in ordine alla condivisione di sedi, uffici, infrastrutture, sistemi e siti produttivi⁴⁷³, né dalla circostanza che le due imprese operino in mercati diversi⁴⁷⁴, né infine dal fatto che General Beton non impartirebbe direttive a Sintexcal in ordine alla partecipazione alle gare. L'autonomia decisionale di cui gode Sintexcal ai sensi dello Statuto è inoltre quella ordinaria di una impresa con personalità giuridica distinta ma soggetta al

⁴⁶⁶ [DOC35.]

⁴⁶⁷ [DOC35.]

⁴⁶⁸ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza C-97/08 P Akzo Nobel e altri, §§ 60-62 e Cfr. Tribunale, sentenze T-413/10 e T-414/10 Socitrel and Companhia Previdente, §§ 231, 256.]

⁴⁶⁹ [General Beton risulta detenere il controllo della totalità del capitale sociale di Sintexcal dal 1996.]

⁴⁷⁰ [Cfr. §IV.H Sull'imputabilità della condotta di Sintexcal a General Beton.]

⁴⁷¹ [Cfr. Tribunale, sentenza T-523/15 Italmobiliare, §44 (...) non è necessariamente una relazione di istigazione all'infrazione tra la società controllante e la controllata né, a maggior ragione, un'implicazione della prima in detta infrazione che consente alla Commissione di adottare, nei confronti della società controllante, la decisione che infligge ammende, ma il fatto che le società in questione costituiscano un'unica impresa ai sensi dell'articolo 101 TFUE (...).]

⁴⁷² [Cfr. Tribunale, sentenza T-523/15 Italmobiliare, §71.]

⁴⁷³ [Cfr. Tribunale, sentenza T-523/15 Italmobiliare, §59 (...) l'indipendenza operativa non prova, di per sé, che una controllata definisca il suo comportamento sul mercato in modo indipendente rispetto alla sua società controllante. (...)]

⁴⁷⁴ [Cfr. Tribunale sentenza T-523/15 Italmobiliare §57 (...) per quanto riguarda l'argomento delle ricorrenti secondo cui la prima ricorrente non si è occupata della gestione diretta delle controllate a causa dello scarso interesse che l'attività di imballaggio alimentare presentava per essa, occorre sottolineare, sotto tale profilo, che il fatto che quest'ultima fosse attiva in un settore commerciale completamente diverso da quello delle sue controllate non esclude l'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento di queste ultime (...).]

controllo totalitario di un'altra impresa – General Beton – che nel caso di specie ha il potere di nominare il consiglio di amministrazione di Sintexcal nella sua interezza.

334. Inoltre il gruppo Impresa Tonon S.p.A., a cui sono riconducibili General Beton e Sintexcal, è caratterizzato dalla presenza di rappresentanti della famiglia [T.] sia nella proprietà che nei ruoli direttivi di gestione delle varie società, tra cui anche General Beton e la sua controllata Sintexcal.

335. In particolare [T. Roberto] ricopre contestualmente il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione di Sintexcal (con data di prima iscrizione al consiglio di amministrazione nel luglio 2015), di socio di General Beton (dal 2003)⁴⁷⁵, nonché di amministratore unico di Impresa Tonon S.p.A. (dal 2020) e di socio di Impresa Tonon S.p.A. (dal 1994)⁴⁷⁶, mentre [T. Gianfranco] è stato consigliere di Sintexcal tra il luglio 1996 e il dicembre 2020, consigliere di General Beton tra il giugno 1998 e il dicembre 2021 e procuratore di General Beton dal 1989 al 2022⁴⁷⁷.

336. Si tratta di elementi di significativa rilevanza che testimoniano l'unitarietà della gestione di General Beton e Sintexcal ad opera dei rappresentanti della medesima famiglia e la presenza di significativi legami e vincoli anche personali, oltre che economici e giuridici tra le due società.

337. Quanto sopra osservato in ordine alla presenza in concreto e nel caso di specie di una influenza determinata di General Beton su Sintexcal, consente altresì di superare i rilievi sollevati da tali imprese con riguardo alla recente giurisprudenza amministrativa nazionale del Consiglio di Stato⁴⁷⁸ che sottolinea il carattere non assoluto della presunzione e la necessità di valutarne la presenza nel caso concreto, al di là del mero vincolo di controllo.

338. Il principio della responsabilità personale e della personalità della pena, così come le disposizioni sanzionatorie in materia di recidiva dell'impresa e programmi di *compliance* adottati a livello di gruppo societario, si applicano quindi al caso di specie tenendo conto del fatto che General Beton e Sintexcal costituiscono un'unica impresa in senso antitrust. In particolare, nulla osta all'applicazione di una aggravante per recidiva all'unica impresa individuata da Sintexcal e General Beton (con responsabilità solidale al pagamento della sanzione) in ragione della precedente commissione di una violazione della normativa antitrust accertata nei confronti della sola General Beton.

339. Si rileva infine che quanto sopra risulta conforme alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di unica entità economica e recidiva, come in ultimo anche richiamata anche nella sentenza C-882/19 Sumal al §49: *"il rapporto di solidarietà che unisce i membri di un'unità economica giustifica in particolare l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva nei confronti della società madre sebbene quest'ultima non sia stata oggetto di precedenti procedimenti, che hanno dato luogo a una comunicazione degli addebiti e a una decisione. In una situazione del genere, appare determinante il precedente accertamento di una prima infrazione derivante dal comportamento di una società figlia con la quale detta società madre, coinvolta nella seconda infrazione, formava già all'epoca della prima infrazione, una sola impresa ai sensi dell'articolo 101 TFUE"*.

340. Nel caso in esame ciò vale evidentemente, se del caso a maggior ragione, posto che l'infrazione attuale è imputata (in solido con la controllata Sintexcal) alla medesima società madre (General Beton) già coinvolta nella precedente infrazione.

341. General Beton e Sintexcal hanno inoltre avuto la possibilità, nel presente procedimento, di confutare sia la presunzione dell'influenza determinante sia la presenza delle condizioni per contestare una recidiva⁴⁷⁹.

342. Ciò in un contesto in cui l'obiettivo di reprimere i comportamenti contrari alle norme in materia di concorrenza e di prevenirne e il ripetersi mediante sanzioni dissuasive sarebbe compromesso se un'impresa, modificando ad esempio la propria struttura giuridica con la creazione di nuove controllate, per definizione non perseguibili a titolo della prima infrazione, ma implicate nella commissione della nuova infrazione, fosse in grado di evitare la sanzione della recidiva⁴⁸⁰.

343. Si osserva infine, a meri fini tuzioristici, che nel caso di specie vi era altresì la presenza di una sola impresa anche all'epoca dell'accertamento della prima infrazione nel dicembre 2015⁴⁸¹. General Beton risulta infatti detenere il

⁴⁷⁵ [Il capitale sociale di General Beton è detenuto da Impresa Tonon S.p.A. (63% circa del capitale sociale) e da quattro membri della famiglia [T.] (con quote paritetiche del 9% circa), tra cui [T. Roberto].]

⁴⁷⁶ [Il capitale sociale di Impresa Tonon S.p.A. è detenuto da [T. Roberto] (25%), da altri due membri della famiglia [T.] (sempre con quote del 25%) e da Across Fiduciaria S.r.l.]

⁴⁷⁷ [Analoghe considerazioni, su periodi temporali diversi, valgono per altri membri della famiglia [T.]. Ad esempio [T. Giovanni] è stato consigliere Sintexcal tra il luglio 1996 e il luglio 2016, consigliere di General Beton tra il 1989 e il dicembre 2015 e procuratore di General Beton dal giugno 2016 al maggio 2021. [T. Walter] è invece procuratore speciale di Sintexcal dal 2021, amministratore delegato di General Beton (con data di prima iscrizione al consiglio di amministrazione nel 2004), nonché socio di General Beton e Impresa Tonon S.p.A.]

⁴⁷⁸ [Consiglio di Stato, 5 febbraio 2021, n. 1101 (A436 – Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri) e Consiglio di Stato, 6 settembre 2021, n. 6214 (1806 – Accordi tra operatori del settore dei servizi con elicottero).]

⁴⁷⁹ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza su cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, Eni SpA e Versalis SpA, già Polimeri Europa, §93 ("Indubbiamente [...] i diritti della difesa della persona giuridica alla quale si contesta la recidiva devono essere rispettati. Tuttavia, questo rispetto non impone [...] che questa persona giuridica sia stata in grado, nell'ambito delle procedure espletate a titolo di una prima infrazione, di negare che essa formasse con altri enti parimenti perseguiti una stessa unità economica. È importante semplicemente che sia garantito che detta persona giuridica sia in grado di difendersi nel momento in cui la recidiva le è contestata".)]

⁴⁸⁰ [Cfr. Corte di Giustizia sentenza su cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P cit., §92]

⁴⁸¹ [Prov. n. 25801 del 22 dicembre 2015, 1780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto.]

controllo della totalità del capitale sociale di Sintexcal dal 1996, in un contesto già caratterizzato nel 2015 dalla sovrapposizione di rappresentanti della medesima famiglia nelle proprietà e gestione delle due società e dai significativi legami e vincoli che ne derivano.

C. Il pregiudizio al commercio intraeuropeo

344. Il concetto di pregiudizio al commercio intraeuropeo deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri. La valutazione in base al criterio del pregiudizio al commercio dipende da una serie di fattori, che possono essere non decisivi se considerati singolarmente, e che comprendono la natura dell'accordo e della pratica, la natura dei prodotti a cui si applicano l'accordo o la pratica e la posizione e l'importanza delle imprese interessate⁴⁸².

345. In considerazione della rilevanza comunitaria della procedura di gara in questione e della posizione delle imprese parti nel settore della manutenzione delle pavimentanti autostradali nel nord-Italia, l'intesa ipotizzata risulta idonea ad influenzare in misura sensibile il commercio tra Stati membri ed è pertanto suscettibile di integrare una violazione dell'articolo 101 del TFUE.

VII. CONCLUSIONI

346. Sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria si conclude che l'intesa orizzontale segreta, restrittiva della concorrenza per oggetto, nella forma di un accordo o pratica concordata tra Itinera, Sintexcal e la sua controllata General Beton, e Impresa Bacchi, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo nella Gara Servizi n. 1/2019, costituisce una restrizione sensibile della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE.

A. Gravità dell'intesa

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

348. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte.

349. Quanto alla natura dell'intesa in esame, sulla base delle risultanze istruttorie, è stato accertato che le imprese Itinera, Sintexcal e la sua controllata General Beton, e Impresa Bacchi, hanno posto in essere una intesa che si sostanzia in un cartello orizzontale segreto avente ad oggetto il condizionamento di una procedura di gara pubblica individuata dalla Gara Servizi n. 1/2019, con l'obiettivo di ripartirsi i lotti a gara e eliminare la concorrenza reciproca.

350. Si tratta di una condotta considerata tra le violazioni più gravi della normativa antitrust in quanto, per sua stessa connotazione, risulta idonea e destinata ad alterare in caso di aggiudicazione della procedura di gara pubblica come poi avvenuto nel caso di specie, per tutta la durata dell'affidamento, il normale gioco della concorrenza.

351. La gravità della condotta va inoltre qualificata alla luce del fatto che la procedura di gara condizionata è una gara di dimensione comunitaria con importi a base d'asta e aggiudicati di entità rilevante.

352. L'intesa ha avuto piena attuazione e ciò ha determinato - a differenza di quanto sostenuto dalle parti - effetti pregiudizievoli sul mercato e sui consumatori, in termini di maggior costo della commessa pubblica e di perdita di efficienza e qualità prestazionale, a danno ultimo della collettività e dei cittadini utenti del servizio autostradale.

353. L'intesa raggiunta è inoltre segreta e quindi ulteriormente pregiudizievole in quanto gli elementi della concertazione risultano difficili da rilevare anche nella loro piena portata.

354. Quanto al ruolo e alla rappresentatività delle imprese coinvolte, si osserva che la concertazione ha coinvolto i principali operatori del settore della pavimentazione autostradale nel territorio del nord-Italia.

355. L'analisi istruttoria ha inoltre consentito di appurare - diversamente da quanto argomentato da Sintexcal - che il settore delle pavimentazioni autostradali nel nord-Italia è concentrato e caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese medio grandi, cui si affiancano (poche) imprese di minore dimensioni e capacità logistica, prevalentemente attive a livello locale.

356. Il comportamento anticoncorrenziale accertato costituisce quindi un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE.

B. Quantificazione della sanzione

357. Al fine di quantificare la sanzione occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate

⁴⁸² [Cfr. Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004.]

dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" (di seguito, Linee guida), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

358. Seguendo i punti 7 e seguenti delle Linee guida, l'importo di base della sanzione si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione.

359. Con particolare riferimento alla collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, in base al punto 18 delle Linee guida, "in generale, anche nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti".

360. Nel caso di specie, per ciascuna delle parti, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde all'importo oggetto di aggiudicazione (inclusivo degli oneri di sicurezza) nella Gara servizi n. 1/2019 interessata dalla collusione.

361. Non vi è motivo di derogare alle regole di individuazione del valore delle vendite di cui alle Linee guida, atteso che l'importo di aggiudicazione - piuttosto che all'utile derivato dalla commessa come richiesto da due della parti - costituisce il parametro di riferimento più idoneo a riflettere l'importanza economica dell'infrazione e rileva anche ai fini della certezza della sanzione, evitando che i dati possano essere viziati da comportamenti elusivi che non consentirebbero di raggiungere lo scopo dissuasivo della sanzione. L'importo di aggiudicazione rispecchia inoltre in modo competo l'ammontare delle vendite che le parti ritenevano di poter ricavare dall'illecito, senza quindi che sia necessaria alcuna correzione in ragione della natura "a misura" dell'appalto⁴⁸³.

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

363. Nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione (punto 12 delle Linee guida). In relazione al caso di specie, va considerato che le intese orizzontali segrete di ripartizione dei mercati e fissazione coordinata dei prezzi, ai sensi del punto 12 delle Linee guida, la percentuale del valore delle vendite considerata ai fini del calcolo dell'importo base "sarà di regola non inferiore al 15%".

364. Ulteriori criteri di qualificazione della gravità, ai fini della scelta della percentuale da applicare al valore delle vendite, secondo il punto 14 delle Linee guida, sono: *i)* le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali ad esempio, il livello di concentrazione, l'esistenza di barriere all'entrata); *ii)* la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all'innovazione; *iii)* l'attuazione o meno della pratica illecita; *iv)* la rilevanza dell'effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi.

365. In considerazione della gravità dell'infrazione contestata- come più sopra declinata avuto riguardo in particolare alla sua natura ed effettiva attuazione - ai fini del calcolo dell'importo base della sanzione è applicato un coefficiente di gravità del 15%.

366. Le osservazioni di Sintexcal circa il fatto che l'intesa in esame interessa una sola procedura di gara e avrebbe avuto una rilevanza e impatto economico limitato, anche sotto il profilo degli effetti, sono da considerarsi assorbite dal fatto che il coefficiente di gravità del 15% è quello minimo di norma applicato alle intese orizzontali segrete di ripartizione dei mercati⁴⁸⁴.

Tabella 14 – Calcolo dell'importo base

Parti	Fatturato specifico	Coefficiente di gravità	Importo base
Itinera	€ 7.910.341	15%	€ 1.186.551
Sintexcal/General Beton	€ 7.695.143	15%	€ 1.154.271
Impresa Bacchi	€ 7.363.172	15%	€ 1.104.476

367. Ai sensi dei punti 19 e 21 delle Linee guida, l'importo di base della sanzione, determinato come descritto nei paragrafi che precedono, potrà essere incrementato per tener conto di specifiche circostanze che aggravano (circostanze aggravanti) o attenuano (circostanze attenuanti) la responsabilità dell'autore della violazione.

368. Avuto riguardo alle circostanze aggravanti, l'importo di base potrà essere ulteriormente aumentato fino al 100% nel caso in cui la stessa impresa abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia,

⁴⁸³ [Cfr. anche Tar Lazio, 24 aprile 2018, sentenza n. 4486, confermata da Consiglio di Stato, 23 novembre 2020, n. 7320 (1792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia).]

⁴⁸⁴ [Cfr. anche Consiglio di Stato, 21 marzo 2018, n. 1821 (1776 - Mercato della produzione di poliuretano espanso flessibile).]

in relazione all'oggetto o agli effetti, accertata/e dall'Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria (punto 22 delle Linee guida⁴⁸⁵).

369. Nel caso di specie rileva la partecipazione di General Beton ad una infrazione della stessa tipologia, accertata dall'Autorità con provvedimento n. 25081 del 22 dicembre 2015 caso (I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto) e relativa ad una fattispecie di intesa orizzontale segreta di ripartizione della clientela, assistita da fissazione dei prezzi di riferimento, in ragione della quale l'importo base della sanzione applicata in solido a General Beton e Sintexcal è aumentato del 20%⁴⁸⁶. Non si possono sul punto accogliere le argomentazioni difensive di Sintexcal e General Beton essendo il tenore letterale del punto 22 delle Linee guida inequivoco, nonché giustificato dalla circostanza che il *dies a quo* a partire dal quale l'impresa è tenuta ad essere consapevole di un rischio di recidiva coincide con la data di accertamento della condotta.

370. Tra le circostanze attenuanti, le Linee guida citano: "*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 (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)*".

371. Le "Linee Guida sulla compliance antitrust" (di seguito, Linee guida compliance), deliberate dall'Autorità il 25 settembre 2018, prevedono tra l'altro che, nessuna attenuante potrà essere concessa a un'impresa recidiva che abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di compliance, anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l'avvio del procedimento (punto 41) e che, con riferimento ai gruppi di società, nell'ambito di procedimenti antitrust che coinvolgono anche la controllante, affinché il programma di compliance di quest'ultima possa ritenersi adeguato, esso deve essere adottato e implementato a livello di gruppo (punto 43).

372. Al riguardo si rappresenta che Sintexcal ha comunicato il 3 dicembre 2021 l'adozione di un programma di compliance⁴⁸⁷ e che General Beton ha comunicato il 7 dicembre 2021 di avere aggiornato, rafforzato e modificato il programma di compliance già adottato dalla società nel 2015⁴⁸⁸ sia effettuando una nuova mappatura delle aree di possibile rischio antitrust e del livello di rischio antitrust sia adottando un nuovo programma, aggiornato e rafforzato con riguardo ai meccanismi di *audit* e *due diligence*, e con meccanismi di raccordo rispetto ai programmi di compliance delle società controllate. General Beton ha inoltre rappresentato l'adozione di programmi di compliance antitrust anche da parte delle società controllate operative in Italia (ivi inclusa Sintexcal). Entrambe le società hanno allegato la documentazione relativa al contenuto e all'adozione dei citati programmi e chiesto il riconoscimento di una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante in misura anche superiore al 5% (Sintexcal) o al 10% (General Beton), in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee guida.

373. Il programma adottato dalla controllante General Beton nel 2015 ha tuttavia già formato oggetto di valutazione da parte dell'Autorità in occasione del caso I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto, con il riconoscimento di una circostanza attenuante specifica del 5%⁴⁸⁹. Non si ritiene pertanto di poter riconoscere una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante a General Beton e alla controllata Sintexcal in relazione all'adozione o modifica di un programma di *compliance* a livello di gruppo.

374. In replica alle difese di Sintexcal e General Beton sul punto, si rileva che l'eventuale riconoscimento di una attenuante per l'adozione dei programmi di *compliance* ad opera delle società è effettuata in base alle previsioni di cui alle Linee guida *compliance*, già in vigore al momento della notifica alle parti della comunicazione delle risultanze istruttorie, laddove queste testualmente prevedono che nessuna attenuante possa essere concessa a un'impresa recidiva che abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di *compliance*, anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l'avvio del procedimento. Non rileva pertanto né la circostanza che il precedente programma di *compliance* di General Beton sia stato valutato dall'Autorità (con riconoscimento di una attenuante) in un tempo precedente alla entrata in vigore delle Linee guida *compliance*, né la circostanza che General Beton abbia provveduto a modificare il proprio programma di *compliance* nel 2021, dopo l'avvio del procedimento.

⁴⁸⁵ [Testualmente "[...] l'importo di base potrà essere ulteriormente aumentato fino al 100% nel caso in cui la stessa impresa abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti, accertata/e dall'Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria. Per determinare il livello appropriato dell'incremento dell'importo di base da applicare nel caso di recidiva, l'Autorità terrà conto della natura e della relativa affinità sostanziale tra le violazioni accertate".]

⁴⁸⁶ [Nel caso di specie l'inizio dell'infrazione è da ricondursi al periodo intercorrente tra la prima pubblicazione del bando (11/02/2019) e la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (22/03/2019) nella Gara Servizi n. 1/2019.]

⁴⁸⁷ [DOC334.]

⁴⁸⁸ [DOC335.]

⁴⁸⁹ [Cfr. il provvedimento n. 25081 del 22 dicembre 2015, § 103.]

375. Nessuna delle parti ha collaborato con l’Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge, pertanto, tale attenuante, prevista nelle linee guida, non può essere applicata a nessuno dei soggetti che ne ha fatto richiesta. Non è inoltre meritevole di accoglimento l’istanza di Impresa Bacchi in ordine al riconoscimento di una circostanza attenuante per il ruolo marginale nella partecipazione all’infrazione, in quanto tutte le imprese parti sono risultate parimenti coinvolte nel condizionamento della Gara Servizi n. 1/2019.

376. La sanzione così definita è irrogata in solido a Sintexcal e General Beton (punto 32 delle Linee guida).

377. Per nessuna delle parti la sanzione supera il limite edittale di cui all’articolo 15 della legge n. 287/90, individuato nel 10% del dal fatturato totale realizzato a livello mondiale dall’impresa nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

378. In ragione di quanto sopra esposto in ordine alla gravità delle condotta, all’applicazione di un coefficiente di gravità sul livello minimo del 15% e alla circostanza che la sanzione da irrogarsi in solido a General Beton e Sintexcal è anche ampiamente inferiore al massimo edittale⁴⁹⁰, non si ritiene che vi siano le condizioni per applicare il punto 34 delle Linee guida come richiesto da Sintexcal, risultando in particolare ingiustificato quanto osservato dalla società in merito al fatto che l’utilizzo degli ordinari criteri di calcolo comporterebbe l’applicazione di una sanzione eccessivamente afflittiva e non proporzionata rispetto alla rilevanza dell’infrazione contestata.

379. Le specifiche circostanze del caso concreto giustificano invece una deroga alle Linee guida ai sensi del punto 34 delle medesime, per quanto riguarda Impresa Bacchi, di dimensioni economiche significativamente inferiori rispetto alle altre parti del procedimento e per la quale il necessario effetto deterrente può essere conseguito irrogando una sanzione pari a 552.238 euro.

Tabella 15 – sanzione

Parti	Importo base	Aggravanti	Attenuanti	Sanzione	Sanzione finale post punto 34	Fatturato totale mondiale
Itinera	€ 1.186.551	-	-	€ 1.186.551	€ 1.186.551	€ 1.199.746.000
Sintexcal/General Beton	€ 1.154.271	20%	-	€ 1.385.126	€ 1.385.126	[omissis]
Impresa Bacchi	€ 1.104.476	-	-	€ 1.104.476	€ 552.238	€ 24.560.649

380. Si rileva infine che Impresa Bacchi ha presentato istanza di riconoscimento di incapacità contributiva ai sensi del punto 31 delle Linee guida, motivandola sulla base del deterioramento delle condizioni reddituali e finanziarie che verrebbe determinato dall’applicazione della sanzione. Dall’analisi dei dati di bilancio di Impresa Bacchi risulta, tuttavia, che dall’applicazione della sanzione non deriva una sostanziale modifica delle condizioni di solvibilità dell’impresa, che rimarrebbero nel complesso buone. Infatti, il patrimonio netto rimarrebbe ampiamente positivo ad esito dell’applicazione della sanzione e gli indicatori che esprimono il rapporto mezzi propri/totale attività, mezzi propri/passività nette e mezzi propri/debiti totali, continuerebbero ad assumere valori non critici. Con riferimento alla situazione di liquidità dell’impresa, si osserva che anche a valle della sanzione, il capitale circolante netto della società risulterebbe ampiamente positivo e altri indicatori di liquidità, che esprimono il rapporto tra attività e passività correnti (i.e. il *current ratio* ed il *quick ratio*⁴⁹¹) continuerebbero a rappresentare una situazione di equilibrio. Peraltro, l’impresa si trova in una situazione di redditività adeguata, nella misura in cui sia l’EBITDA che il risultato di esercizio sono stati positivi negli ultimi tre anni. Per tali motivi, non si ritiene giustificato l’accoglimento dell’istanza di riconoscimento di incapacità contributiva presentata da Impresa Bacchi.

RITENUTO, pertanto, che le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A. in solido con la controllante General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. abbiano posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza in violazione all’articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) consistente in un’intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019;

Tutto ciò premesso e considerato;

⁴⁹⁰ [Nonché inferiore al 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale da Sintexcal nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.]

⁴⁹¹ [Il *quick ratio* considera le attività correnti al netto delle rimanenze.]

DELIBERA

- a) che le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019;
- b) Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui al punto a);
- c) che, in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a) alle società riportate nella tabella che segue siano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente e complessivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella:

Parte	SANZIONI
Itinera S.p.A.	€ 1.186.551
Sintexcal S.p.A. in solido con General Beton Triveneta S.p.A.	€ 1.385.126
Impresa Bacchi S.r.l.	€ 552.238

Le sanzioni amministrative di cui alla precedente lettera c) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 241.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo. Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato. Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

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

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli