

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 22 dicembre 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

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

VISTA la propria delibera adottata in data 8 ottobre 2014, con la quale è stata avviata, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti di CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A. Kuadra S.p.A. ed Exitone S.p.A., volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE e con cui è stato fissato al 31 dicembre 2015 il termine di chiusura del procedimento;

VISTO il provvedimento adottato in data 1° aprile 2015, con il quale il procedimento è stato esteso nei confronti della società Roma Multiservizi S.p.A.;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle Parti in data 16 ottobre 2015;

VISTO il provvedimento adottato in data del 11 novembre 2015 con il quale, su istanza di talune parti, è stato prorogato al 15 gennaio 2015 il termine di chiusura del procedimento;

VISTE le memorie conclusive di CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A., Roma Multiservizi S.p.A., Kuadra S.p.A. ed Exitone S.p.A., pervenute in data 10 dicembre 2015;

SENTITI in audizione finale, in data 15 dicembre 2015, CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A., Kuadra S.p.A. e Roma Multiservizi S.p.A.;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Il CNS - Consorzio Nazionale Servizi Società cooperativa (di seguito CNS) è una società cooperativa senza finalità di lucro, con sede legale in Bologna, Via della Cooperazione n. 3, costituita nel 1977 e aderente alla Lega Nazionale delle Cooperative. Il Consorzio i) acquisisce appalti e commesse di lavoro, stipulando i contratti con le committenze, pubbliche e private, ii) garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali tramite la struttura, le attrezzature ed il personale delle associate alle quali affida in esecuzione il lavoro; iii) fornisce supporto alle associate per il miglioramento dei livelli di qualità dei servizi e dell'organizzazione aziendale. Gli ambiti merceologici in cui opera sono: *facility management*, energia, ecologia, pulizie, ristorazione, logistica, servizi museali e gestioni varie (prestazioni collegate alla gestione degli interventi biomedicali e ai servizi assistenziali). Ad oggi il CNS conta 209 associate dislocate sull'intero territorio nazionale.

Il fatturato realizzato dal CNS nel 2014 è stato pari a 744.315.174 euro.

2. Manutencoop Facility Management S.p.A. (di seguito Manutencoop o anche MFM) è una società, con sede legale in Zola Predosa (Bologna) - Via Ubaldo Poli 4, attiva nel settore dell'*integrated facility management* e in particolare nella gestione e nell'erogazione di servizi integrati rivolti agli immobili, al territorio ed a supporto dell'attività sanitaria. MFM aderisce al Consorzio CNS.

Manutencoop Facility Management S.p.A. fa parte del gruppo guidato dalla società Manutencoop Società Cooperativa. Quest'ultima, a sua volta, è una società partecipata da oltre 700 soci lavoratori e oltre 700 soci sovventori. Sulla base delle rilevanti disposizioni normative con riferimento ai soci lavoratori nonché delle disposizioni statutarie in relazione ai soci sovventori, nessuno dei soci può esercitare il controllo di Manutencoop Società Cooperativa. Il gruppo è attivo nei settori del facility management, nella prestazione di servizi ambientali e nelle attività di vendita immobiliare. Il fatturato realizzato da MFM nel 2014 è stato di 731.142.493 euro.

3. Roma Multiservizi S.p.A. (di seguito Roma Multiservizi o anche RM) è una società, con sede legale a Roma, Via Tiburtina 1072, che svolge attività nel settore dei servizi di pulizia e di servizi ausiliari relativi agli edifici scolastici e altri immobili civili nonché delle aree comunali. Il 51% del capitale di Roma Multiservizi è detenuto da AMA S.p.A. mentre una quota del 45,47% è detenuta da Manutencoop. Il restante 3,53% del capitale è detenuto da La Veneta Servizi S.p.A. (di seguito La Veneta). Le quote di Manutencoop e di La Veneta sono gestite, come si dirà meglio nel prosieguo, in base a un regime giuridico che determina il controllo da parte di Manutencoop della totalità della partecipazione privata in Roma Multiservizi (pari al 49% del capitale sociale).

Il fatturato realizzato da Roma Multiservizi nel 2014 è stato di 79.396.644 euro.

4. Kuadra S.p.A. (di seguito Kuadra) è una società, con sede legale in Genova, Corso Torino 1/10, che svolge attività nel settore dei servizi di pulizia di immobili civili, industriali e commerciali, sia pubblici che privati. Il 68,3% del capitale di Kuadra è detenuto da Esperia S.p.A., mentre le restanti quote sono suddivise tra Impresa Isolabella S.r.l. (22,55%), Telekna S.r.l. (2,86%) e una persona fisica (1,17%).

Il fatturato realizzato da Kuadra riferito al 2014 è stato di 57.638.819 euro.

5. EXITone S.p.A. (di seguito Exitone) è un'azienda, con sede legale in Roma, Via Bissolati 20, attiva nella gestione patrimoni immobiliari, gestione di servizi alla sanità, gestione sistemi energetici, gestione ambientale. Exitone fa parte del gruppo STI, attivo nello sviluppo di modelli di Asset Management orientati alla gestione ed alla valorizzazione del territorio, del costruito e dell'ambiente, nonché ad attività di Project Management in ambito sanitario e di valorizzazione dell'*asset* ospedaliero.

Il gruppo STI è composto dalla Holding Industriale, STI S.p.A., e dalle società controllate operanti nel settore del management (EXITone S.p.A., Poliedra Sanità S.p.A., Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l., Gestione Integrata S.r.l., GEFIntermediazioni S.r.l., IdeaRE S.p.A.) e nel settore dell'*investment* (ITS S.r.l.).

Il fatturato realizzato da Exitone riferito al 2013 è stato di 15.479.875 euro.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

6. In data 11 luglio 2012 Consip S.p.A. (di seguito “Consip”), per conto del Ministero dell’Economia e delle Finanze, ha indetto una gara comunitaria a procedura aperta per l’affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli Istituti Scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della Pubblica Amministrazione (di seguito anche “gara Consip”).

7. Nel luglio 2014 Consip ha trasmesso all’Autorità, su richiesta di quest’ultima, una documentazione descrittiva dell’esito della suddetta gara dalla cui analisi sono emerse alcune anomalie che lasciavano ipotizzare una violazione della normativa a tutela della concorrenza.

8. Pertanto, con delibera n. 21125 dell’8 ottobre 2014, l’Autorità ha disposto l’avvio del presente procedimento nei confronti di CNS, Manutencoop, Kuadra ed Exitone. In pari data sono stati autorizzati accertamenti ispettivi presso le sedi delle originarie parti del procedimento nonché presso le sedi di Roma Multiservizi S.p.A. e di altre tre società partecipanti alla gara Consip; gli accertamenti ispettivi si sono svolti nelle date del 14 e 15 ottobre 2014.

9. Nelle date del 26 e 27 novembre 2014, l’Associazione Nazionale Imprese di Pulizia ANIP (di seguito ANIP) e l’Associazione Nazionale delle Cooperative di Servizi – Legacoop Servizi hanno fatto pervenire rispettive istanze di partecipazione al procedimento istruttorio ai sensi dell’art. 7, comma 1, del D.P.R. n. 217/98. Tali istanze sono state accolte con comunicazioni del 19 dicembre 2014.

10. Con decisione del 1° aprile 2015 il procedimento è stato esteso a Roma Multiservizi S.p.A., in ragione di ulteriori elementi emersi nel corso dell’istruttoria.

11. Le parti del procedimento sono state sentite in audizione; le parti e ANIP hanno più volte esercitato il diritto di accesso agli atti del procedimento e presentato memorie scritte. Inoltre, le Parti e ANIP sono state destinatarie di

richieste di informazioni. Richieste di informazioni sono state, altresì, formulate alla stazione appaltante Consip S.p.A.

12. In data 16 ottobre 2015 è stata inviata alle parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (nel prosieguo “CRI”).

13. Con provvedimento dell’11 novembre 2015 l’Autorità ha prorogato al 15 gennaio 2016 il termine di conclusione del procedimento, originariamente fissato al 31 dicembre 2015, a seguito di richiesta di talune parti, in ragione dell’esigenza, manifestata dalle stesse, di ottenere talune precisazioni in ordine alle modalità di citazione dei documenti richiamati nelle CRI. Tali precisazioni sono state rese dall’Autorità con comunicazione del 13 novembre 2015, inviata a tutte le parti e agli intervenienti.

14. Il 15 dicembre 2015, successivamente al deposito delle deduzioni e delle memorie finali delle parti, sono stati sentiti in audizione dinanzi al Collegio dell’Autorità i rappresentanti degli uffici nonché i rappresentanti delle società CNS, Manutencoop, Kuadra e Roma Multiservizi.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

III.1 LE DINAMICHE DEL SETTORE

15. Dall’attività istruttoria svolta è emerso che nel settore in esame sussiste la forte propensione degli operatori dei servizi di pulizia a garantirsi il mantenimento del portafoglio clienti, in prima istanza in termini di rinnovo dei contratti relativi alle commesse in essere (c.d. contratti storici) e, in seconda battuta, laddove sussistano ostacoli al mantenimento del posizionamento territoriale, in termini di salvaguardia dei livelli di fatturato detenuti. La logica del mantenimento del portafoglio comune al CNS e alle altre parti del procedimento si inserisce, peraltro, in un contesto in cui i rapporti tra gli operatori del settore appaiono caratterizzati da uno spirito collaborativo e di condivisione di interessi comuni.

16. Al riguardo, si segnala una mail interna al CNS datata 7 febbraio 2014 in cui si rappresenta l’opportunità di concedere subappalti in alcune scuole di Torino in ragione del fatto che un altro Consorzio (Confcooperative) “*ha chiesto spazi per le proprie associate che svolgono attualmente il servizio*”, precisando altresì “*a noi viene bene per i rapporti con CONF che si manterrebbero fluidi e collaborativi per le prossime vicende ‘rifiuti’*” (cfr. doc. I.37.4.2).

17. Più in generale, le imprese del settore, anche al di fuori dei consorzi, si incontrano per “*condividere obiettivi e modalità delle iniziative da intraprendere*” e “*discutere delle problematiche connesse al bando tipo per il servizio pulizia*”, come ad esempio, avvenuto in occasione dell’incontro organizzato da CNS in data 20 novembre 2013 “*tra i cinque maggiori player di mercato (MFM, Manital, Coopservice, Dussmann e CNS)*” che, “*vista l’importanza ma anche la delicatezza*” degli argomenti da trattare, si è deciso di svolgere presso un hotel e non presso la sede del Consorzio come inizialmente ipotizzato (cfr. doc. I.37.4.60).

18. Risulta anche che il Consorzio talora partecipa alle gare per fungere da “*schermo utile*” per consorziate che vi partecipano autonomamente (tra cui Manutencoop), nell’ottica di favorire la continuità dei contratti in essere (cfr. doc. I.37.4.70).

19. Venendo ai fatti direttamente oggetto di istruttoria, dagli atti è emerso che l’obiettivo di mantenimento del portafoglio è risultato essere comune a tutte le parti del procedimento attive nel settore ed è stato, nel contesto della gara Consip, dalle stesse perseguito tramite modalità più o meno formalizzate di collaborazione.

20. Nel corso dell’audizione con gli uffici, i rappresentanti del CNS hanno affermato che per il Consorzio la difesa della territorialità ha una valenza cruciale ai fini della scelta delle consorziate con cui partecipare alle gare e che la tutela del portafoglio di ciascuna costituisce uno dei criteri guida nella scelta dei lotti in cui presentare offerta (cfr. doc. IV.231).

21. A questa logica risponde la procedura di individuazione di un’impresa associata per conto della quale il Consorzio partecipa alla gara (c.d. preassegnazione). In particolare, ai sensi dell’art. 1.4 del Regolamento del CNS denominato “*Regolamento dei rapporti contrattuali ed economici di pre-assegnazione ed esecuzione di servizi e lavori alle associate*”, la preassegnazione “*avviene su iniziativa del Consigliere con delega commerciale, previa richiesta formale esplicita dell’interessata nonché su indicazione del responsabile territoriale*” (cfr. doc. I.13). Rispetto a tale disposizione, i rappresentanti del CNS hanno chiarito che sono sempre le consorziate a richiedere al CNS di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica per loro conto e che il responsabile territoriale assume un ruolo principalmente nell’ambito di gare di dimensione locale.

22. Ancorché il regolamento disciplini una procedura specifica al riguardo, secondo quanto riferito dai rappresentanti del CNS, non sempre rimane evidenza documentale delle richieste di preassegnazione, le quali spesso

vengono formulate oralmente.

La richiesta di partecipazione viene pertanto valutata dal CNS al fine di accertare *a)* la sussistenza dei requisiti di qualificazione; *b)* la capacità delle cooperative che chiedono la preassegnazione (in termini di requisiti di carattere generale, di capacità tecnico-finanziaria, *know how*, ecc.); *c)* la competitività che avrebbe l'offerta del CNS ove accettasse di indicare quella consorziata tra le partecipanti¹.

I rappresentanti del CNS hanno anche chiarito che, quando tali verifiche danno esito positivo, il Consorzio inoltra una formale lettera di preassegnazione alla consorziata, mentre il rigetto dell'istanza può assumere forma scritta od orale a seconda dei casi.

23. Tuttavia, se, con riferimento ad una data gara, una consorziata risulta essere titolare "uscente" della commessa (c.d. commessa "di portafoglio"), è prassi del CNS partecipare alla gara indicando quella consorziata per la medesima commessa nell'area geografica di riferimento.

Per tale motivo, le consorziate "di portafoglio" ottengono di *default* lo status di preassegnatarie (fatta salva l'eventuale rinuncia a partecipare con il Consorzio e ferma restando la sussistenza, ove richiesti dal bando anche per le singole consorziate, dei requisiti di partecipazione alla gara, oltreché delle capacità tecniche e finanziarie della consorziata stessa).

Risulta altresì che anche le consorziate fanno valere presso il Consorzio pretese di mantenimento del proprio portafoglio (si veda, doc. I.37.4.44, in cui Coop2001, in occasione delle assegnazioni delle scuole di propria spettanza per dare seguito alle attribuzioni della gara Consip, lamenta la mancata concordanza con il fatturato realizzato in precedenza).

24. I passaggi della procedura così descritta dal CNS sono stati solo parzialmente confermati dalla sua consorziata Manutencoop, la quale, in sede di audizione (cfr. doc. IV.230), ha affermato che la richiesta formale al CNS per la partecipazione ad una gara d'appalto deve necessariamente assumere veste formale e che l'iniziativa proviene sempre dalle consorziate ("*Tale richiesta formale è indispensabile*"), senza menzionare l'ipotesi della preassegnazione di *default* riconosciuta dal CNS alle consorziate "di portafoglio" (e, dunque, alla stessa Manutencoop, come nel caso della gara in esame).

25. Manutencoop ha affermato, anche in relazione alla propria attività, che l'ambito territoriale in cui storicamente essa opera è uno dei principali criteri a cui far riferimento nella scelta delle gare (e/o dei lotti) cui partecipare. Ciò

¹ Cfr. doc. IV.231.

in quanto nel settore è prassi comune tentare di confermare la propria presenza nei territori in cui si è già attivi e, dunque, si dispone già del personale adibito ai servizi di pulizia e, in generale, di un'organizzazione più strutturata e capillare in relazione ai servizi messi a bando.

26. Quanto a Roma Multiservizi, nel corso dell'audizione con gli uffici e i rappresentanti dell'impresa hanno riferito che quest'ultima opera esclusivamente nel territorio della città di Roma e che, in occasione della gara in esame, Roma Multiservizi aveva “*un forte interesse di continuare a svolgere il servizio sugli istituti scolastici già serviti, al fine di mantenere il portafoglio clienti*” (cfr. doc. IV.226). Nella medesima direzione, depongono le negoziazioni finalizzate alla conclusione dell'accordo concluso da CNS e Roma Multiservizi (v. *infra*) in cui, nello stabilire l'importo che sarebbe dovuto derivare dalle commesse oggetto di subappalto, si fa riferimento alla necessità che tale importo rispecchi il portafoglio già detenuto da Roma Multiservizi (docc. II.139, II.151.4 e II.151.10).

27. I rappresentanti di Kuadra hanno affermato che, con riferimento all'appalto in discorso – che prevedeva che gli aggiudicatari dei diversi lotti provvedessero a riassorbire il personale operante in precedenza alle dipendenze dei prestatori “uscenti” del servizio – per la società risultava poco rilevante partecipare in un lotto piuttosto che in un altro (cfr. doc. IV.234).

III.2 LA GARA

Il disegno della gara

28. La gara Consip per l'affidamento dei servizi di pulizia nelle scuole è suddivisa in 13 lotti, definiti con un criterio geografico. L'importo totale della base d'asta ammonta a circa 1,63 miliardi di euro, per un periodo di due anni, rinnovabili per un altro anno. Il valore approssimativo di ciascun lotto è mediamente intorno ai 100.000 euro, ma raggiunge, per i lotti 4, 6 e 11, un importo pari a quasi 200 milioni di euro, come rappresentato nella seguente Tabella.

Tabella 1

Lotto	Valore	Area di riferimento
1	110,6 mln	Valle d'Aosta, Piemonte e Liguria
2	95,2 mln	Emilia Romagna
3	83,8 mln	Toscana
4	192,2 mln	Sardegna e Lazio
5	95,1 mln	Lazio
6	196,8 mln	Campania
7	91,2 mln	Campania
8	105 mln	Lombardia e Trentino
9	93,8 mln	Friuli Venezia Giulia e Veneto
10	112,5 mln	Umbria, Marche, Abruzzo e Molise
11	194,3 mln	Puglia
12	89,8 mln	Calabria e Basilicata
13	172,3 mln	Sicilia

29. L'aggiudicatario di ciascun lotto stipula una Convenzione per l'affidamento dei servizi di pulizia e, qualora richiesti, di ausiliariato, ripristino della funzionalità degli immobili, giardinaggio e disinfestazione presso le scuole e le amministrazioni beneficiarie di tali servizi. In particolare, l'aggiudicatario si impegna a svolgere i servizi oggetto della Convenzione per le amministrazioni che, aderendo alla Convenzione stessa, facciano richiesta di tali servizi tramite degli appositi ordinativi di fornitura, fino al raggiungimento degli importi riportati in Tabella 1.

Ai sensi del bando di gara, le convenzioni avrebbero avuto durata di due anni prorogabili di uno.

30. Inoltre, nel caso in cui prima della scadenza del termine di durata della Convenzione (eventualmente prorogato) venga raggiunto il limite massimo stabilito per il lotto interessato, il fornitore ha l'obbligo di continuare la fornitura dei servizi oggetto della Convenzione alle medesime condizioni stabilite nella stessa, fino a concorrenza del valore del *plafond* aggiuntivo previsto per il lotto stesso. L'ammontare di tali ulteriori importi previsti per ciascun lotto varia dai 16,8 ai 39,4 milioni di euro.

31. Il criterio di aggiudicazione adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, le offerte si articolano in offerta tecnica e offerta economica. Il punteggio massimo associato all'offerta tecnica è di 60 punti, mentre il punteggio massimo conseguibile tramite l'offerta economica ammonta a 40 punti. Il punteggio dell'offerta economica dipende dall'entità dei ribassi offerti dai partecipanti sull'importo a base d'asta.

32. Per ciascuna voce di prezzo, tali ribassi vengono convertiti in un punteggio economico per mezzo di una formula matematica. La suddetta formula è tale per cui il punteggio economico generato dipende anche dallo

sconto medio e dallo sconto massimo offerto per la voce di prezzo considerata².

33. I valori posti come base d'asta sono stati generalmente ottenuti a partire dal costo del personale interno delle scuole che, in precedenza, svolgeva il medesimo servizio, ma che successivamente non è stato riconfermato dalle strutture (le quali hanno pertanto dovuto affidare il servizio a soggetti terzi).

34. A ciascun concorrente che risulti primo in graduatoria provvisoria per più lotti, potranno essere aggiudicati al massimo tre lotti, da selezionare sulla base di un criterio di rilevanza economica³.

35. Il disciplinare di gara prevede la possibilità di partecipazione per i consorzi, precisando che questi sono tenuti a indicare le consorziate per le quali essi concorrono. A queste ultime, è fatto divieto di partecipare alla gara in qualsiasi altra forma, individuale o associata.

36. Lo stesso disciplinare riconosce la possibilità di partecipare nella forma di raggruppamenti temporanei di imprese. A riguardo è stato precisato che, sebbene la composizione del raggruppamento debba rimanere la stessa per tutti i lotti per cui il raggruppamento stesso decida di partecipare, sia possibile variare nei diversi lotti la percentuale di esecuzione per le imprese raggruppate. È altresì data possibilità ai raggruppamenti di designare, per ciascuno dei lotti a cui questi intendano partecipare, una diversa impresa mandataria all'interno di quelle appartenenti al raggruppamento stesso.

I risultati di gara

37. La data di scadenza per la presentazione delle offerte relative alla gara Consip è stata fissata al 15 ottobre 2012. Le aggiudicazioni dei primi lotti, tuttavia, sono intervenute solo a partire dal settembre 2013 (mese nel quale sono stati aggiudicati nove dei tredici lotti messi a gara), per poi completarsi nei mesi successivi per i lotti rimanenti.

² In particolare, la formula utilizzata per il calcolo del punteggio economico è la seguente:

$$PE_i = PE_{i_{max}} * \begin{cases} 0,85 * \frac{R_i}{R_{i_{med}}}, & R_i \leq R_{i_{med}} \\ \left[0,85 + (0,15) * \frac{R_i - R_{i_{med}}}{R_{i_{max}} - R_{i_{med}}} \right], & R_i > R_{i_{med}} \end{cases}$$

ove:

PE_i e $PE_{i_{max}}$ rappresentano rispettivamente il punteggio economico attribuito e il punteggio economico massimo attribuibile per la i-esima voce di prezzo;

R_i , $R_{i_{med}}$ e $R_{i_{max}}$ rappresentano rispettivamente il ribasso offerto dal concorrente considerato, la media del totale dei ribassi e il ribasso massimo tra quelli offerti dai concorrenti, in relazione alla i-esima voce di prezzo.

³ Tale limite di tre lotti può essere derogato in alcune ipotesi: si tratta, ad esempio, del caso in cui il concorrente che si sia già aggiudicato tre lotti (individuati con il criterio della rilevanza economica), in relazione a ulteriori lotti sia l'unico a presentare un'offerta o comunque a essere presente nella graduatoria provvisoria, o sia l'unico a presentare un'offerta valida.

38. Come premesso, otto dei tredici lotti in cui si è articolata la gara Consip sono stati vinti dall'ATI 1 (di cui fa parte il CNS) e da Manutencoop, soggetti che, in particolare, sono risultati vincitori di quattro lotti ciascuno. Tali otto lotti corrispondono, in termini geografici, alla totalità dell'Italia centro-settentrionale. Degli otto lotti complessivamente vinti da tali due soggetti, tre sono stati assegnati all'ATI 1 e tre a Manutencoop, per via del limite massimo di lotti aggiudicabili previsto dal disciplinare di gara.

39. Né l'ATI 1 né Manutencoop hanno, invece, partecipato alle procedure per l'aggiudicazione dei rimanenti cinque lotti, riferiti alle regioni dell'Italia meridionale. Questi ultimi lotti sono stati aggiudicati ad altri soggetti (Manital, CICLAT, Team Service e Dussmann).

40. Con riferimento agli otto lotti dell'Italia centro-settentrionale, sia la ATI 1 che Manutencoop in ciascuno dei lotti per cui hanno concorso hanno conseguito un punteggio tecnico piuttosto elevato, pari o di poco inferiore al punteggio tecnico massimo (60 punti) previsto dal disciplinare di gara e sempre superiore a quello degli altri partecipanti.

41. Riguardo a tali 8 lotti, il CNS ha presentato offerta quale mandataria di ATI 1 in cui figuravano come mandanti Kuadra ed Exitone su sei dei tredici lotti di gara; in particolare, l'offerta è stata avanzata per i lotti 1 (Valle d'Aosta, Piemonte e Liguria), 3 (Toscana), 4 (Sardegna e Lazio), 5 (Lazio), 9 (Friuli Venezia Giulia e Veneto) e 10 (Umbria, Marche, Abruzzo e Molise). Nella domanda di partecipazione il Consorzio ha indicato per l'esecuzione dell'appalto 19 consorziate, 6 delle quali con sede legale nel Lazio, 4 con sede legale in Piemonte, 3 con sede legale in Emilia Romagna, le restanti 6 con sede legale rispettivamente in Sardegna, Puglia, Umbria, Friuli Venezia Giulia e Toscana. Delle cooperative designate, quella di maggiori dimensioni risultava essere Coopservice Soc. coop. p.a. di Reggio Emilia.

42. L'ATI 1 si è aggiudicata i lotti 1, 4 e 10. Il lotto 5, per cui l'ATI 1 pure era risultata vincitrice, è stato assegnato al secondo classificato per il raggiungimento del numero massimo di lotti spuntabili da parte dell'ATI stessa.

Sui lotti in cui l'ATI 1 è risultata vincitrice, MFM non ha presentato offerta. Sui due lotti 3 e 9, gli unici in cui si è registrata una sovrapposizione tra i due concorrenti, l'ATI 1 ha presentato un ribasso decisamente meno aggressivo rispetto a quello formulato sugli altri lotti.

43. MFM, pur essendo una consorziata di CNS, ha partecipato autonomamente alla gara, presentando offerta sui seguenti quattro lotti: 2 (Emilia Romagna), 3 (Toscana), 8 (Lombardia e Trentino) e 9 (Friuli Venezia Giulia e Veneto).

Anche MFM, al pari dell'ATI guidata dal CNS, è risultata aggiudicataria del massimo numero di lotti assegnabili ad un unico concorrente ai sensi della *lex specialis* di gara, ovverosia tre lotti; trattasi, segnatamente, dei lotti 2, 8 e 9. Il lotto 3, per cui MFM pure era risultata vincitrice, è stato assegnato al secondo classificato per il raggiungimento del numero massimo di lotti acquisibili dalla società. Per ciascun lotto su cui ha presentato offerta, MFM ha formulato ribassi economici di uguale entità.

44. Quanto a RM, la stessa non ha partecipato alla gara Consip nonostante fosse interessata quantomeno ai lotti del Lazio (lotti 4 e 5) ed, in particolare, al lotto n. 4, comprendente gli istituti scolastici di cui RM era gestore "uscente" dei servizi di pulizia.

Come vedremo, le evidenze istruttorie hanno permesso di ricostruire la negoziazione e stipula, nell'arco temporale che si colloca tra il bando di gara Consip e la scadenza del termine per presentare offerta, di un accordo tra RM e CNS avente ad oggetto, da un lato, l'impegno di RM a non partecipare alla gara Consip e, dall'altro, il corrispondente obbligo di CNS a richiedere, una volta aggiudicatosi il lotto 4, l'autorizzazione al subappalto in favore di RM della quota parte del lotto comprendente il portafoglio pregresso detenuto da RM.

45. Una sintesi dei risultati di gara, con particolare riguardo alle offerte economiche presentate per ciascun lotto, è fornita nella Tabella 2. In particolare, si riporta per ciascun lotto il numero di soggetti partecipanti alle procedure di aggiudicazione dello stesso, il soggetto che è risultato vincitore del lotto stesso, lo sconto medio offerto dai partecipanti e lo sconto medio ponderato offerto dall'ATI 1 e da Manutencoop.

Tabella 2

Lotto	Regioni e valore	Partecipazione ATI 1 e sconto offerto	Partecipazione Manutencoop e sconto offerto	Media sconti offerti	Numero partecipanti	Vincitore
1	Valle d'Aosta, Piemonte e Liguria 110,6 mln	42,88%	–	38,11%	3	ATI 1
2	Emilia Romagna 95,2 mln	–	48,81%	52,8%	5	Manutencoop
3	Toscana 83,8 mln	39,71%	48,81%		11	Manutencoop*
4	Sardegna e Lazio 192,2 mln	46,06%	–	47,51%	2	ATI 1
5	Lazio 95,1 mln	46,06%	–	45,09%	3	ATI 1**
6	Campania (NA-SA) 196,8 mln	–	–	65,65%	1	Manital***
7	Campania (CE-BN-AV) 91,2 mln	–	–	33,95%	2	CICLAT****
8	Lombardia e Trentino 105 mln	–	48,81%	46,01%	8	Manutencoop

Lotto	Regioni e valore	Partecipazione ATI 1 e sconto offerto	Partecipazione Manutencoop e sconto offerto	Media sconti offerti	Numero partecipanti	Vincitore
9	<i>Friuli Venezia Giulia e veneto 93,8 mln</i>	39,71%	48,81%	42,46%	10	<i>Manutencoop</i>
10	<i>Umbria, Marche, Abruzzo e Molise 112,5 mln</i>	43,52%	–	42,44%	4	<i>ATI 1</i>
11	<i>Puglia 194,3 mln</i>	–	–	55,42%	1	<i>Dussmann</i>
12	<i>Calabria e Basilicata 89,8 mln</i>	–	–	48,73%	2	<i>Team Service</i>
13	<i>Sicilia 172,3 mln</i>	–	–	56,89%	3	<i>Manital*****</i>

*Il partecipante che ha conseguito il punteggio complessivo più alto è stata Manutencoop, la quale ha tuttavia raggiunto il numero massimo di lotti aggiudicabile. Il lotto è quindi stato assegnato al partecipante successivo in graduatoria.

**Il partecipante che ha conseguito il punteggio complessivo più alto è stato l'ATI 1, la quale ha tuttavia raggiunto il numero massimo di lotti aggiudicabile. Il lotto è stato quindi assegnato al partecipante successivo in graduatoria.

***Tale lotto, tuttavia, risulta ancora non aggiudicato in via definitiva dalla Consip.

****Il lotto risulta tuttavia assegnato all'altro partecipante, ossia il Consorzio Servizi Integrati.

*****Il lotto risulta tuttavia assegnato al partecipante successivo in graduatoria, ossia la ATI "l'Operosa".

III.3 LE MODALITÀ PARTECIPATIVE ALLA GARA CONSIP DELLE PARTI

La strategia partecipativa adottata da CNS nella gara Consip

46. In merito alla strategia di gara adottata e, in particolare, ai criteri di scelta adottati dal CNS per individuare i lotti su cui presentare offerta e per selezionare le consorziate con cui partecipare all'appalto, i rappresentanti del Consorzio hanno fornito le seguenti ricostruzioni fattuali.

47. Anzitutto, il CNS ha dichiarato di aver svolto, per la partecipazione alla gara in questione, talune considerazioni preliminari concernenti il numero dei lotti conseguibili, i costi diretti e indiretti di partecipazione a ciascun lotto (progettazione, fideiussione, analisi, saturazione dei castelletti). Tale analisi ha condotto il Consorzio – analogamente a quanto accaduto in altre gare simili - a decidere di presentare offerta su un numero di lotti pari a circa il doppio di quelli aggiudicabili, ovverosia sei lotti, per un massimo di tre lotti aggiudicabili. Così individuato il numero massimo di lotti su cui presentare offerta, il Consorzio ha selezionato i lotti su cui concretamente gareggiare seguendo il criterio guida di difesa del portafoglio specifico delle consorziate.

48. Quanto alla scelta dei lotti in cui presentare offerta, rispetto ai lotti localizzati nel sud Italia, il CNS ha dichiarato di aver deciso di non presentarvi offerta poiché il valore posto a base di gara risultava fuori mercato, anche per la presenza di un numero elevato di ex-LSU e dell'elevato delta tra valore convenzionabile e valore storico (il primo copriva solo la metà del secondo).

In ogni caso, per le consorziate che detenevano un portafoglio storico nelle Regioni del Sud, il Consorzio si è adoperato per garantire il mantenimento del valore riconducibile a tale portafoglio storico, tentando di garantire a tali consorziate, traslandone il portafoglio, valori il più possibile equivalenti di commesse in regioni ubicate nei lotti per i quali ha presentato offerta.

49. In merito alle strategie partecipative poste in essere dal CNS, rileva la mail interna al Consorzio del 6 novembre 2012, nel cui allegato, poche settimane dopo la prima seduta pubblica della gara Consip, vengono formulate talune osservazioni sul mantenimento della territorialità dei vari concorrenti nei lotti poi effettivamente aggiudicati a ciascuno di essi. Il tenore semantico del documento è privo di incertezze sull'esito della gara in relazione ai vari lotti (in particolare, si utilizza la dizione "*mantiene la territorialità ed incrementa significativamente il portafoglio*", nonostante la procedura fosse in corso di svolgimento e sulla maggior parte dei lotti figurassero più partecipanti - doc. I.37.4.53).

In relazione al CNS, nel riferito documento vengono menzionati i soli lotti 1, 4 e 10, nonostante il Consorzio avesse presentato offerta anche su altri tre lotti. I lotti menzionati nel documento risultano essere quelli che il CNS si è effettivamente aggiudicato. Anche gli altri lotti citati vengono esattamente associati all'impresa poi risultata aggiudicataria (ad eccezione di un caso). Singolarmente, l'unica impresa partecipante non espressamente menzionata è Manutencoop (ancorché nel documento si legga: "*i restanti lotti ben possono rappresentare espressione dei rimanenti player di mercato*") .

50. Quanto alle consorziate individuate per partecipare con il Consorzio alla gara in esame, risulta in atti che, in data 18 luglio - trascorsi 7 giorni dalla pubblicazione del bando - (cfr. doc. I.30.24.72), il CNS aveva già individuato 18 delle 19 consorziate successivamente indicate in sede di offerta (cfr. doc. I.20).

51. In particolare, tramite tale mail interna al CNS del 18 luglio 2012, il vice presidente del Consorzio trasmette al direttore generale copia del portafoglio suddiviso per cooperative e "*l'ipotesi di assegnazione per cooperativa*". Il vice presidente del CNS dichiara di voler verificare "*se c'è un minimo di proporzione tra quanto abbiamo ipotizzato come assegnazione e il loro portafoglio; appena lo finisco te lo faccio avere*".

In allegato alla mail vi è la suddivisione delle cooperative da preassegnare per l'appalto. In tale allegato il portafoglio delle cooperative emiliane e delle associate stabilite nelle regioni del sud Italia risulta già traslato e riallocato nei lotti su cui le stesse consorziate sarebbero state effettivamente destinate.

52. Nonostante, come visto, il regolamento consortile concernente le modalità di preassegnazione richiedesse la piena formalizzazione di ogni fase della relativa procedura, il CNS ha potuto fornire evidenza della richiesta di preassegnazione esclusivamente di 4 consorziate, due delle quali rigettate senza formalizzare né motivare il provvedimento di diniego benché peraltro le stesse risultassero, per i lotti richiesti, associate di portafoglio.

Dalle documentazione acquisita in ispezione risultano, inoltre, altre due istanze formali di preassegnazione, avanzate da P&V Global Service (che ha inviato due email, a distanza di due mesi l'una dall'altra, per manifestare il proprio interesse ad essere indicata come preassegnataria per il lotto 13 - Sicilia) e Servizi Associati Soc. Coop (interessata al lotto 10 - Umbria, Marche e Abruzzo e Molise). Benché, anche queste due imprese fossero consorziate di portafoglio, in entrambi i casi il CNS non ha accolto le loro richieste (cfr. doc. II.95 e I.37.4.63).

53. In merito alle motivazioni sottese alla scelta delle consorziate esecutrici in occasione della procedura Consip, i rappresentanti del CNS hanno riferito che il Consorzio disponeva, rispetto ai servizi messi a gara, di un portafoglio di commesse pregresse di cui era affidatario "uscente" unitamente alle proprie consorziate (ivi inclusa Manutencoop) di 78 milioni di euro annui circa.

Pertanto, il CNS ha dapprima interpellato le consorziate "di portafoglio" - ossia le affidatarie "uscenti" delle commesse pregresse nell'area geografica di riferimento. A dire del Consorzio, alcune di queste hanno rappresentato di voler partecipare singolarmente, altre (individuabili tra le consorziate aventi minori dimensioni) hanno deciso di attendere l'aggiudicazione al fine di proporsi all'affidatario come imprese subappaltatrici.

Quanto alle consorziate non "di portafoglio", per la gara in esame, il CNS ha indicato, quali preassegnatarie, alcune cooperative torinesi e alcune cooperative del Nord Est, titolari di appalti storici per circa 10 milioni di euro in Piemonte e più di 1 milione di euro in Friuli, le quali avevano fatto istanza al Consorzio di difendere il portafoglio acquisito autonomamente (non in qualità di consorziate).

Poiché il Consorzio aveva deciso di non partecipare per i lotti coincidenti con le regioni del Sud, per le consorziate che detenevano un portafoglio storico nelle regioni meridionali il Consorzio si è adoperato per garantire il mantenimento del valore riconducibile a tale portafoglio storico. In particolare, si è scelto di traslare detti portafogli in regioni ubicate nei lotti per i quali CNS ha presentato offerta.

54. In relazione alla scelta di non presentare offerta sul lotto dell'Emilia Romagna, il CNS ha fornito, in sede ispettiva e in audizione, le seguenti motivazioni.

Il Consorzio ha affermato che tale scelta è stata oggetto di discussione. Si è deciso di non presentare offerta su tale lotto poiché le 3 cooperative detentrici nella regione di appalti storici che avevano manifestato la volontà di partecipare alla gara nell'ambito del Consorzio, Coopservice, Copura e Coopma (che nella medesima regione risultavano anche avere la sede legale), avevano espresso interesse a partecipare in lotti diversi da quello includente l'Emilia Romagna; ciò poiché tali cooperative risultavano essere in tale regione già assegnatarie dell'appalto di pulizie in istituti scolastici bandito da Intercent.er (una centrale di committenza regionale)⁴. Si tratta di consorziate aventi dimensioni considerevoli e che detenevano un portafoglio in quell'area geografica (pari a circa 8/9 milioni di euro).

La peculiarità della scelta del CNS di non presentare offerta sul lotto dell'Emilia Romagna è messa in evidenza nella mail acquisita in sede ispettiva avente ad oggetto "*CNS scuole appalti storici*"⁵, intercorsa tra dipendenti di MFM e riguardante una riunione indetta dal CNS cui aveva partecipato, fra l'altro, anche MFM. Dalla descritta mail risultava che tra gli argomenti trattati nel corso della riunione figurasse anche il seguente: "*CNS non ha partecipato al lotto Emilia Romagna*".

55. Rispetto a detto appalto Intercent.er, dalla documentazione acquisita in atti risulta che l'esecuzione di tale convenzione - di importo iniziale pari a 90 milioni di euro e successivamente ampliato sino ad un valore di 126 milioni - si sarebbe dovuta concludere il mese di giugno 2013, quindi in un ambito temporale in cui l'appalto Consip difficilmente avrebbe potuto già avere inizio (di fatto, le aggiudicazioni dei primi lotti si situano proprio in tale frangente cronologico) (cfr. doc. IV.238, lettera E). Soltanto nel mese di giugno 2013 (e quindi quasi un anno dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte per la gara in oggetto), la stazione appaltante ha prorogato l'esecuzione della commessa Intercent.er sino al mese di giugno 2014.

Inoltre, tra le consorziate indicate dal CNS per l'esecuzione dell'appalto Intercent.er figurava anche Manutencoop che, come visto, ha considerato conveniente partecipare, addirittura senza l'intermediazione del Consorzio, alla gara Consip relativamente al lotto dell'Emilia Romagna, nonostante la

⁴ Cfr. doc. IV.231.

⁵ Cfr. II.93.6.15.

propria previa presenza in regione per effetti della aggiudicazione del bando Intercent.er.

56. La consorziata Manutencoop, sempre secondo quanto riferito dai rappresentanti del CNS, è stata contattata dal Consorzio ai fini dell'appalto in questione, trattandosi di una consorziata "di portafoglio". In particolare, Manutencoop era affidataria uscente, con intermediazione del CNS, di commesse pregresse su alcuni lotti per un valore di circa 18 milioni di euro, di cui una parte, pari a circa 4,7 milioni di euro, in Emilia Romagna (da ricondurre anche alla gara Intercent.er)⁶.

Manutencoop, a detta di CNS, ha però manifestato al Consorzio l'intenzione di partecipare singolarmente, analogamente a quanto fatto in occasione di altre gare Consip (ad esempio, quelle sul *facility management*).

Sul punto, i rappresentanti di Manutencoop hanno invece affermato che il CNS non l'avrebbe contattata per verificare la sua intenzione di partecipare alla gara nell'ambito del Consorzio, ciò in ragione del fatto che la procedura consortile prevede che siano le consorziate a chiedere al CNS di essere rappresentate dal Consorzio nella partecipazione ad appalti pubblici e non viceversa⁷.

57. Quanto alla mancata partecipazione sul lotto 8 (Lombardia e Trentino), il CNS ha rappresentato in sede di audizione che tale lotto era stato escluso fin da subito poiché, da un lato, in Trentino non sono presenti consorziate attive nel settore delle pulizie, e, dall'altro, in Lombardia non c'erano cooperative lombarde con portafoglio da difendere.

58. La partecipazione del Consorzio sul lotto 10 (Umbria, Marche, Abruzzo e Molise) risultava, invece, sempre a detta del CNS, preordinata a tutelare una cooperativa (Cosp) "di portafoglio" presente in zona e a consentire la traslazione in tali aree geografiche dei portafogli da difendere ascrivibili a consorziate stabilite in altre regioni, posto che nel centro Italia è più agevole far operare cooperative provenienti da altre regioni.

59. Dall'analisi dei dati acquisiti, emerge, in relazione all'annualità 2012, che l'Emilia Romagna risulta la prima regione per fatturato dei portafogli intermediati delle associate e, in relazione agli appalti "storici", la seconda regione per fatturato dopo la Campania (cfr. doc. IV.238, lettere A, all.ti. 3 e 6, e B).

Tali dati dimostrano, altresì, come la Lombardia risultasse una piazza operativa importante per il Consorzio, visto che, sempre nel 2012, il

⁶ Cfr. doc. IV.231.

⁷ Cfr. doc. IV.230.

portafoglio regionale lombardo detenuto dalle associate per servizi di pulizia nel settore pubblico risultava il quinto per controvalore su quelli ove si registrava l'operatività del Consorzio. I riferiti dati restituiscono anche la presenza di portafogli per servizi di pulizia nel settore pubblico in capo a consorziate localizzate in Trentino Alto-Adige⁸. In Lombardia erano altresì presenti, per un importo più ridotto, appalti storici affidati ad associate. Dagli stessi dati emerge altresì che in Toscana il CNS non vantava, per il tramite delle consorziate, alcun appalto storico, mentre cospicui erano i portafogli localizzati in Sicilia e riconducibili a consorziate CNS (cfr. doc. IV.238, lettera B).

60. Svariate consorziate di portafoglio sulle regioni dell'Emilia Romagna e della Lombardia che non sono state riallocate in altri lotti dal CNS come preassegnatarie in seno al Consorzio, sono risultate, successivamente, affidatarie per importi di non trascurabile entità in ragione di subappalti concessi da Manutencoop sul lotto dell'Emilia Romagna (in particolare, si tratta delle consorziate emiliane con maggior portafoglio, non indicate dal CNS in sede di gara: CILS Coop Soc., Zerocento Soc. Coop. Sociale e Coop Sociale Il Cerchio) e da Kuadra, mandante dell'ATI 1, sul lotto del Piemonte e Liguria (per la consorziata lombarda Il Faro e la consorziata Multiservice, che deteneva appalti storici sia in Emilia Romagna che in Lombardia)⁹.

La strategia partecipativa di Manutencoop

61. In sede ispettiva e nel corso della audizione, MFM ha illustrato le motivazioni che hanno indotto la stessa a partecipare singolarmente alla gara Consip e i criteri seguiti per selezionare i lotti su cui presentare offerta.

62. Quanto alla scelta di partecipare singolarmente, MFM ha affermato di partecipare, in genere, singolarmente alle gare Consip, anche perché la società è in grado di organizzare autonomamente l'offerta su tali procedure ad evidenza pubblica.

MFM ha, in particolare, dichiarato di presentare offerta nell'ambito del CNS solamente nel caso di gare in cui si trovi, singolarmente, sprovvista dei requisiti o nei casi in cui ritenga opportuno disporre di un'alleanza strategica per poter avere maggior presenza e posizionamento sul territorio, ad esempio per appalti localizzati in area geografica ove MFM non è presente o è presente solo marginalmente e in cui, invece, il CNS può fruire di un miglior posizionamento.

⁸ Cfr. doc. IV.238, lettera A.

⁹ Cfr. doc. IV.238, lettera B e doc. IV.239, all. b.

Altro motivo che aveva indotto MFM a partecipare autonomamente consisteva nel non dover riconoscere al CNS la percentuale consortile che quest'ultimo richiedeva alle associate per conto delle quali presentava offerta¹⁰.

63. Secondo quanto riferito da Manutencoop, la scelta dei lotti su cui presentare offerta ha seguito i seguenti criteri: la minor presenza di LSU e il contesto territoriale ove MFM risultava storicamente presente e dotata di un'organizzazione più strutturata e capillare in relazione ai servizi messi a bando. Ciò in quanto non era fattibile partecipare a tutti i lotti in cui era articolato l'appalto.

In relazione al primo criterio, la parte ha affermato che gli appalti c.d. "exLSU", alcuni dei quali erano presenti nel portafoglio di MFM, si caratterizzavano per una prestazione basata sulle "teste", sul numero di persone da contrattualizzare per realizzare la commessa. L'appalto Consip, invece, si basava sulle prestazioni da fornire; in tal senso, l'appalto Consip risultava più competitivo e richiedeva maggior efficienza prestazionale. Pertanto, ha dichiarato MFM, l'esecuzione dell'appalto in regioni caratterizzate da LSU avrebbe comportato molte problematiche organizzative in punto di relazioni con i sindacati e con le istituzioni locali.

A sostegno di quanto affermato, MFM evidenzia come nel lotto 2 non vi fossero LSU mentre negli altri tre lotti in cui MFM ha presentato offerta gli LSU erano quantificabili nei seguenti valori: 26 (per il Lotto 3), 22 (per il Lotto 8) e 13 (per il Lotto 9), cifre decisamente più ridotte rispetto alla presenza di tali lavoratori sugli altri lotti¹¹.

64. Le evidenze rinvenienti dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria fanno emergere, quanto al pregresso posizionamento territoriale di MFM sui lotti prescelti, che, se si esclude il territorio dell'Emilia Romagna, MFM nelle regioni comprese negli altri lotti su cui ha presentato offerta non vantava alcun tipo di appalto storico. Per contro, MFM deteneva cospicui portafogli "storici" negli istituti scolastici localizzati nelle regioni del centro e del sud (Abruzzo, Napoli, Marche, Molise, Puglia e Sardegna) (doc. IV.238, all. B).

Nel lotto 4 (Lazio e Sardegna) – per il quale la società non ha inteso presentare offerta - MFM avrebbe potuto contare sul cospicuo portafoglio

¹⁰ In proposito, si evidenzia come il CNS, in sede di audizione, abbia chiarito che la percentuale consortile viene corrisposta al Consorzio a remunerazione dell'attività amministrativa e commerciale svolta per le consorziate ed è determinata dall'assemblea dei soci ogni anno. Si tratta di un valore costante che tuttavia per particolari ragioni tecniche può elevarsi o ridursi. Attualmente l'entità di tale valore si attesta da circa 10 anni al 2%.

¹¹ Cfr. doc. IV.230.

storico facente capo a RM.

65. In ragione dei rapporti societari intercorrenti tra Manutencoop e Roma Multiservizi (su cui v. *infra*), in un verbale relativo alla riunione di kick-off tenutasi in data 1 agosto 2012 tra MFM ed una società di consulenza in merito alla gara Consip, si legge, tra i punti da approfondire, la verifica dei “servizi aggiuntivi proposti da Roma Multiservizi” (doc. II.93.6.23).

66. In effetti, nel piano di sviluppo strategico-industriale di Roma Multiservizi predisposto da MFM al momento della sua entrata in RM nel 1999, si precisava come l’operazione avrebbe dovuto perseguire la finalità di consentire a MFM un’espansione operativa ed una maggiore aggressività commerciale nella Regione Lazio in generale e nel territorio del Comune di Roma in particolare (doc. IV.239, all. d.2).

67. Come detto, nonostante MFM abbia partecipato alla gara singolarmente e al di fuori del CNS, considerato “*un concorrente a pieno titolo*” per la procedura Consip, la società, una volta aggiudicatosi il lotto dell’Emilia Romagna, su cui il CNS ha rinunciato a concorrere, ha affidato subappalti ad alcune consorziate del CNS che detenevano nel territorio emiliano appalti storici. Si fa, in particolare, riferimento ai già menzionati subappalti in favore di C.I.L.S. Coop. Sociale, Zerocento Soc. Coop. Sociale e Coop Sociale Il Cerchio, per un valore complessivo di circa 7,5 milioni di euro¹².

L’accordo tra CNS e Roma Multiservizi

68. In sede ispettiva sono state raccolte molteplici evidenze concernenti la negoziazione, stipula ed attuazione di un accordo intercorso tra CNS e RM riguardante la partecipazione e l’esecuzione dell’appalto Consip relativamente al lotto 4 – Sardegna e Lazio.

In particolare, in forza del riferito accordo, RM si è impegnata a rinunciare a partecipare alla gara Consip al fine di ottenere, come contropartita, l’impegno di CNS a richiedere – una volta aggiudicatasi la gara – l’autorizzazione al subappalto in proprio favore nella misura massima consentita dalla legge sì da proteggere la quota di mercato originariamente posseduta dalla società stessa, detentrici “uscente” di un portafoglio storico sul territorio del Comune di Roma che sarebbe confluito nella convenzione Consip in esito alla gara in oggetto.

69. Del riferito accordo sono state rinvenute, in sede ispettiva, anzitutto evidenze concernenti le interlocuzioni di negoziazione tra le varie parti,

¹² Cfr. doc. IV.239, all. b e doc. IV.240, all. “Pulizia scuole – lotto 2”.

consistenti in scambi di mail e diverse stesure del testo volte a limarne e perfezionarne il contenuto. Si è poi acquisita anche la versione finale del documento, sottoscritta dalle parti. Infine, le risultanze ispettive danno atto anche della piena esecuzione di tale accordo, consistente nella mancata partecipazione alla gara di RM, nonostante la sua iniziale intenzione a parteciparvi con riferimento ai lotti del Lazio (4 e 5) e all'affidamento del subappalto relativo al lotto n. 4 da parte di CNS a Roma Multiservizi in termini conformi a quanto concordato nel riferito accordo.

70. Al fine di inquadrare l'accordo nel corretto contesto temporale, occorre rappresentare come già in data 2 agosto 2012, quindi poche settimane dopo la pubblicazione del bando di gara (diffuso l'11 luglio 2012), il *board* di Roma Multiservizi avesse deliberato di partecipare alla gara, come risulta dal relativo verbale acquisito in ambito ispettivo¹³. In tale sede, il consiglio di amministrazione della società, dopo aver premesso che *“tale gara d'interesse nazionale comprende la quota parte del portafoglio di Roma Multiservizi (appalti storici ed ex LSU Regione Lazio)”* e che *“le potenzialità di partecipazione dell'azienda, visti i limiti di fatturato richiesti, sono limitate a due lotti in caso di partecipazione in forma singola”*, delibera *“la partecipazione della Roma Multiservizi S.p.A. alla gara comunitaria a procedura aperta indetta dalla Consip S.p.A.”*, conferendo all'amministratore delegato i più ampi poteri per rappresentare la società nell'ambito della gara in discorso, anche al fine di costituire eventuali raggruppamenti temporanei di imprese in cui Roma Multiservizi possa rivestire, se del caso, il ruolo di mandataria.

71. Tale decisione viene comunicata, una volta deliberata, anche a MFM – che, come si vedrà, rappresenta il socio privato e partner industriale di RM. Al riguardo, con mail del 3 agosto 2012, la responsabile dell'ufficio gare di RM, comunica all'ufficio gare di MFM che RM è interessata a partecipare ad una serie di procedure ad evidenza pubblica indicate in una tabella allegata, ove figura anche la gara Consip¹⁴. Il successivo 8 agosto l'ufficio gare di MFM replica inserendo talune note nel documento allegato. In particolare, in corrispondenza della gara in oggetto viene apposto il seguente commento: *“A questa partecipa MFM non ho notizia se in ATI con voi)”*. Infine, a quest'ultima mail l'ufficio gare di RM chiosa in questi termini: *“Su Consip parteciperemo anche noi, essendo il Lazio una commessa di portafoglio. Attendiamo riscontro dal nostro AD che sta conducendo delle trattative*

¹³ Cfr. doc. II.144.

¹⁴ Cfr. doc. II.115.

anche con ... [il rappresentante legale di Manutencoop, n.d.r.]¹⁵”.

72. Nel contempo, però, le risultanze ispettive mostrano, sin dall’8 agosto 2012, l’avvio di un’attività di interlocuzione tra CNS e Roma Multiservizi volta a negoziare l’accordo in esame. In particolare, la documentazione acquisita fa emergere come gli esponenti di RM abbiano valutato ipotesi alternative. In particolare, ad alcune mail del 29 agosto e del 3 settembre 2012 è allegato un file *excel* recante le stime del valore del lotto n. 4 e talune simulazioni sui ribassi di gara da offrire¹⁶. In tale file *excel*, in particolare, è presente un foglio privo di calcoli matematici contenente stringhe di testo dal seguente tenore: *“Possibile riferimento per accordi/patti. Tutte le richieste di attivazione convenzione nella città di Roma dovranno essere trattate dalla Roma Multiservizi, che procederà alla stipula dei contratti fino al valore della competenza concordata (circa 20 mil Iva esclusa). Fino alla concorrenza di tale importo RM non riconoscerà alcun Fee al Consorzio. Nel caso il Consorzio dovesse incaricare RM di procedere nel perfezionare ulteriori contratti che conseguissero ricavi aggiuntivi ai 20 mil/annui di imponibile, per tali valori eccedenti sarà determinato un compenso a favore del Consorzio”*.

In una mail interna del 29 agosto 2012 si legge *“noi saremo dei subappaltatori”* [con riferimento alla partecipazione alla gara in discorso], *“voglio sperare che questa decisione, che sembra la più conveniente, ci porti almeno ad ottenere la stessa quota di ricavi”¹⁷*.

73. La prima stesura dell’accordo risulta allegata alla mail dell’8 agosto 2012 interna a CNS (intercorsa tra il responsabile della direzione legale e il vice presidente)¹⁸. Il *draft* di accordo allegato ha, nell’intestazione, la dicitura “scrittura privata” tra CNS e RM.

74. Nelle premesse della richiamata bozza di accordo è dato leggersi, per quanto è qui d’interesse:

“[...] e) che Roma Multiservizi S.p.A. attualmente svolge parte dei servizi di pulizia presso alcuni Istituti Scolastici ubicati nella Regione Lazio che sono perciò interessati alla procedura di cui alle premesse;

f) che Roma Multiservizi S.p.A. non parteciperà alla procedura bandita da Consip, ma è interesse della stessa continuare ad eseguire i servizi di pulizia presso gli Istituti Scolastici nei quali presta attualmente il servizio;

g) che le parti sono addivenute alla volontà di avviare una collaborazione

¹⁵ Cfr. doc. II.88.

¹⁶ Docc. II.151.4 e II.151.10.

¹⁷ Cfr. Doc. II.113.

¹⁸ Cfr. doc. I.30.24.79.

commerciale, nei limiti di seguito descritti e ferma ogni inderogabile disposizione di legge, e ciò a fronte della aggiudicazione del lotto 4 al Consorzio Nazionale Servizi indipendentemente dalle modalità scelte da quest'ultimo per la partecipazione alla gara;

e) che con la presente scrittura le parti intendono perfezionare le intese raggiunte in merito; [...]".

75. Nell'articolato della bozza di accordo così si dispone, per quanto è qui di rilievo:

"1. Rinuncia

1.1 ROMA MULTISERVIZI S.p.A. si impegna a non partecipare alla procedura indetta da Consip, impegnandosi altresì a non intraprendere alcuna ulteriore iniziativa volta a contestare la procedura di gara di cui in premessa.

2. Partecipazione alla gara

2.1. CNS secondo modalità ancora non definite parteciperà alla gara e presenterà offerta anche per il lotto 4 ed in caso di aggiudicazione provvederà a richiedere autorizzazione al sub appalto, nella misura massima consentita dalla Legge, dei servizi richiesti dagli Istituti Scolastici che attualmente sono gestiti da Roma Multiservizi e che attivino la convenzione Consip.

[...]

I subappalti avranno la medesima durata degli Ordinativi principali sottoscritti con gli Istituti scolastici interessati, comprese proroghe o rinnovi"¹⁹.

76. Successivamente, RM propone talune modifiche ai subappalti che le dovrebbero essere affidati come partita compensativa^{20 21}, i quali non venivano più limitati al solo lotto 4 ma concernevano, potenzialmente, tutti i lotti di gara fino alla concorrenza dell'importo di euro 20 mln. La *ratio* sottesa all'individuazione di tale limite veniva esplicitata nella proposta

¹⁹ Ed ancora, a chiusura della bozza di accordo: "*Gli impegni assunti mediante il presente accordo da parte di CNS nei confronti di Roma Multiservizi sono da intendersi a saldo, stralcio, transazione e completa tacitazione di ogni e qualsiasi pretesa di Roma Multiservizi riguardo l'aggiudicazione della gara di cui in premessa*". Vi è poi una clausola di riservatezza apposta al patto, da cui emerge la natura segreta dello stesso "*4. Clausola di riservatezza - 4.1 Fatte salve le esigenze giudiziali e di esecuzione del presente accordo, il presente atto e le intese in esso contenute non potranno in alcun modo essere divulgati, neppure parzialmente, a terzi estranei allo stesso, salvo diverso accordo tra le parti*".

²⁰ Cfr. doc. II.142.

²¹ Il tentativo di estendere la linea di demarcazione applicativa dell'accordo è tradito sin dalla modifica proposta alla stessa denominazione del documento, che si voleva mutare in "accordo quadro". Parimenti a tal fine, la proposta di modifica delle premesse prevedeva che l'oggetto dell'accordo dovesse ricomprendere in particolare - ma non in via esclusiva - i servizi di pulizia non solo in ambito pubblico ma anche in ambito privato.

riformulazione delle premesse h) ed i), a tenore della quale “h) *Roma Multiservizi attualmente svolge servizi di pulizia presso istituti scolastici ubicati nella Regione Lazio, per un fatturato di circa 20.000.000 annui, che sono perciò interessati alla procedura di cui alle premesse; i) al fine di mantenere l’attuale fatturato nello specifico mercato e nel rispetto comunque delle prescrizioni relative al subappalto [...] è interesse della Roma Multiservizi S.p.A. non presentare offerta*”.

L’intento di RM di proteggere il controvalore del proprio portafoglio storico anche ricevendo subappalti a valere su altri lotti appare esplicitato nella mail del 26 settembre 2012²², con cui il responsabile dell’ufficio legale di RM trasmette la riferita proposta di modifica “ampliativa” dell’accordo a CNS, ove è dato leggersi quanto segue: “*l’estensione agli altri lotti partecipati è stata condivisa con il vostro commerciale e copre la differenza tra l’attuale fatturato scuole Lazio (20 mil) ed il fatturato affidato in subappalto nel rispetto dei limiti di legge (importo che potrebbe essere garantito anche attraverso altri appalti)*”²³.

77. Nelle versioni successive venivano proposti ulteriori cambiamenti. Così, a titolo esemplificativo, l’inciso “*Roma Multiservizi S.p.A. si impegna a non partecipare alla procedura indetta da Consip, impegnandosi altresì a non intraprendere alcuna ulteriore iniziativa volta a contestare la procedura di gara*”, contenuto nell’articolo 1 dell’accordo, viene, nella stesura finale, barrato e riformulato nei seguenti termini: “*Roma Multiservizi non ritiene opportuno partecipare, in qualità di offerente, alla procedura aperta indetta da Consip [...] suddivisa in 13 lotti geografici*”; rimane in ogni caso inalterata la rubrica dell’articolo, che, anche nella stesura sottoscritta, recita: “*1. Rinuncia*”.

La proposta suggerita da RM di ampliare l’ambito del subappalto anche ad altri lotti non viene accolta dal CNS²⁴; tuttavia, nel corso delle negoziazioni viene individuato un compromesso sul punto, limitando il subappalto al lotto

²² Cfr. doc. II.140.

²³ Tale asserzione viene ribadita nella bozza allegata ad una mail del 27 settembre 2012 (doc. n. I.30.24.36), ove nel corpo dell’articolato – e segnatamente nella disposizione relativa all’impegno di subappaltare le commesse a Roma Multiservizi - viene inserito un commento tra parentesi del seguente tenore “*copre l’eventuale carenza dei 20 mil discussa con il commerciale CNS*”. Nelle bozze dell’accordo recanti la proposta formulata da RM in tal senso, vengono elisi tutti i riferimenti al lotto 4 prima presenti.

L’intento di RM di estendere il subappalto anche ad altri lotti viene rilevato anche dall’esponente del CNS con cui RM si interfaccia per la negoziazione dell’accordo, che, in una mail interna, trasmettendo la nuova versione del documento proposta dalla controparte, evidenzia come “*questo è il nuovo documento elaborato da Roma Multiservizi che ci chiedono di condividere. Fanno riferimento a degli accordi commerciali riguardanti ricavi annui di euro 20.000.000 (sarebbero stati garantiti). Inoltre tolgono il riferimento al solo lotto della Regione Lazio*”.

²⁴ Come può evincersi dai seguenti documenti agli atti: docc. nn. I.9, I.11, I.12 e I.30.24.36.

n. 4 ma estendendolo anche a ulteriori istituti scolastici non ricompresi nel bacino di operatività della società capitolina.

78. Le evidenze ispettive offrono anche il testo definitivo del descritto accordo tra CNS e RM, completo della sottoscrizione delle parti e datato 1° ottobre 2012, due settimane prima della scadenza del termine per presentare offerta.

Il testo finale dell'accordo recepisce le ultime proposte di mediazione avanzate da CNS sui contrapposti suggerimenti di Roma Multiservizi, mantenendo intatto l'ordito transattivo e compensativo ravvisato sin nella sua stesura originaria (doc. I.30.67).

In particolare, anche in tale versione definitiva, sottoscritta dalle due parti, l'accordo si incentra sul meccanismo compensativo intercorrente tra la rinuncia di Roma Multiservizi a partecipare alla gara Consip (esplicitata dall'art. 1 dell'accordo, denominato "Rinuncia", a mente del quale "*Roma Multiservizi non ritiene opportuno partecipare in qualità di offerente alla procedura aperta indetta da Consip S.p.A.*") e l'impegno del CNS di "*provvedere, in caso di aggiudicazione [...] a designare quale subappaltatrice Roma Multiservizi e a richiedere autorizzazione al subappalto in suo favore, affidando, nella misura massima consentita dalla legge, alla medesima Roma Multiservizi le attività oggetto della Convenzione richieste dagli istituti scolastici ubicati nella Regione Lazio*" (art. 2 dell'accordo definitivo, rubricato "Partecipazione alla gara").

79. Poiché il riferito accordo è stato siglato da CNS per conto proprio, nel regolamento interno all'ATI 1 viene inserito il paragrafo 5.5. dal seguente tenore: "*Le imprese mandanti sono a conoscenza dell'impegno di CNS, nell'ambito della propria quota, ad affidare in subappalto a Roma Multiservizi le attività riguardanti l'esecuzione delle attività degli istituti scolastici del lotto 4 che richiederanno l'attivazione della convenzione, utilizzando per il calcolo della quota di legge del subappalto anche altri lotti oltre al lotto 4, se normativamente possibile*"²⁵.

80. I documenti acquisiti nel corso dell'ispezione dimostrano come MFM sia stata tenuta al corrente della negoziazione sia in fase di avvio che prima della stipula dell'accordo risultante dalle trattative intercorse tra RM e CNS. Si vedano, al riguardo la mail del 30 agosto 2012 con cui l'amministratore delegato di RM (che ha curato la negoziazione dell'accordo e che è designato, secondo le regole di *corporate governance* della società capitolina, proprio dal socio industriale MFM) trasmette a MFM il *draft*

²⁵ Cfr. doc. I.8.

dell'accordo ricevuto da CNS²⁶. Parimenti, in data 1 ottobre 2012, sempre l'amministratore delegato di RM trasmette via mail ad una dipendente di MFM la stesura definitiva dell'accordo con CNS prima di sottoscriverlo, chiedendole *“per favore puoi stampare questo accordo e farlo vedere a [Amministratore delegato di Manutencoop]? Più tardi lo chiamo grazie”*²⁷. È, inoltre, la stessa MFM che fornisce assistenza e consulenza a RM nell'ambito della trattativa che quest'ultima stava conducendo con il CNS. In particolare, in data 6 settembre 2012 un dipendente di MFM trasmette all'amministratore delegato di RM una *“bozza scrittura di subappalto”*, che viene girata al responsabile dell'ufficio legale di RM con la precisazione *“questa è la bozza che usa Manutencoop”* (doc. II.151.2).

81. Si evidenzia, che proprio nel corso dell'arco temporale antecedente alla presentazione delle offerte nell'ambito della gara Consip, in cui RM negozia il richiamato accordo con il CNS sul lotto 4 interfacciandosi, come descritto, con MFM e tenendola informata dell'evoluzione delle trattative in essere, RM riceveva da CNS, tra l'altro, il regolamento dell'ATI 1, recante la piena esplicitazione della strategia partecipativa del raggruppamento nella gara Consip (cui MFM partecipava singolarmente). In particolare, in data 30 settembre 2012, diversi esponenti di CNS e di RM hanno condiviso una mail, intitolata *“accordo con Roma Multiservizi”*, alla quale erano allegati una bozza del descritto accordo tra CNS e Roma Multiservizi nonché il regolamento interno della ATI 1, con la precisa indicazione, tra le altre cose, di tutti i lotti per cui l'ATI 1 intendeva presentare offerta²⁸.

82. Inoltre, dalla documentazione acquisita in sede ispettiva risulta che l'ATI 1, aggiudicataria del lotto n. 4 abbia effettivamente stipulato, il 13 febbraio 2014, il contratto di subappalto con Roma Multiservizi nei termini delineati nell'accordo intercorso tra quest'ultima e CNS. L'importo del corrispettivo da riconoscere all'impresa subappaltatrice è pari ad euro 14.045.574,3 oltre IVA, *“da intendersi quale importo presunto e puramente indicativo in quanto corrispondente ai posti effettivamente accantonati”*²⁹.

83. Lo stesso giorno in cui è stato sottoscritto il contratto di subappalto, veniva stipulato un altro accordo, denominato *“addendum contratto subappalto”*³⁰ in cui CNS si impegnava nei confronti di Roma Multiservizi a rinnovare il contratto di subappalto di anno in anno fino alla data di scadenza

²⁶ Cfr. doc. II.151.9.

²⁷ Cfr. doc. II.151.8.

²⁸ Cfr. doc. II. 141.

²⁹ Cfr. doc. II.111.

³⁰ Cfr. doc. II.125.

indicata nella convenzione Consip, compresi eventuali proroghe o rinnovi. Ciò in quanto, secondo il CNS, *“la durata deve rimanere annuale (quanto meno nel contratto di subappalto che deve essere inviato a Consip per autorizzazione). Infatti nel commento ti ho spiegato che se inseriamo la durata della convenzione superiamo il limite massimo consentito dalla legge. Tutti gli anni perciò rifaremo la procedura di richiesta di subappalto”*³¹.

84. Dalla documentazione acquisita a valle delle audizioni, è emerso come anche il riferito accordo stilato tra CNS e RM di proroga e/o rinnovo del contratto di subappalto di anno in anno abbia trovato esecuzione, risultando sottoscritti sinora tra l’ATI 1 e RM, oltre al contratto di subappalto originario, ulteriori 7 contratti integrativi o di proroga dell’affidamento disposto nel febbraio 2014. In particolare, risultano allo stato sottoscritti tra le parti:

- (i) un atto integrativo al contratto di subappalto per attività straordinarie del 1° ottobre 2014, per un valore di 714.025,50 euro;
- (ii) un nuovo contratto di subappalto stipulato in data 5 gennaio 2015 con scadenza il 30 giugno 2015 per un valore di 536.767,21 euro;
- (iii) un ulteriore contratto di subappalto stipulato in data 20 gennaio 2015 dal valore di 7.050.656,22 euro con scadenza il 30 settembre 2015;
- (iv) un nuovo contratto di subappalto stipulato in data 16 aprile 2015 dal valore di 172.374,00 euro con scadenza il 30 aprile 2016;
- (v) un *addendum*, stipulato il 12 giugno 2015, al contratto di subappalto del 5 gennaio 2015 volto a prorogare quest’ultimo atto negoziale sino al 30 settembre 2015;
- (vi) due *addendum*, stipulati il 1 settembre 2015, ai contratti di subappalto del 5 e del 20 gennaio 2015 volti a prorogare questi ultimi atti negoziali sino al 31 dicembre 2015³².

Si evidenzia che tutti i corrispettivi figuranti in tali contratti sono individuati *“in via indicativa e non limitativa”*, potendo *“subire variazioni nel corso del contratto”*.

85. Nel corso dell’ispezione presso la sede di RM, il responsabile dell’ufficio legale dell’impresa (che nella negoziazione dell’accordo con CNS ha rivestito un ruolo rilevante, come emerge dal carteggio e degli scambi di mail intercorse tra le parti e agli atti dell’istruttoria) ha asserito che la decisione di non partecipare alla gara, pur avendo il CDA originariamente

³¹ Cfr. doc. II.132.

³² Cfr. doc. IV.235, all. 10 e doc. IV.238, lettera I).

deliberato di presentare offerta, sarebbe stata motivata dal fatto che *“Roma Multiservizi poteva partecipare solo a pochi lotti mentre Manutencoop, società che detiene il 45% di Roma Multiservizi ha una capacità di partecipazione più elevata. Ai sensi dell’art. 38 del codice degli appalti non possono partecipare ad una stessa gara due imprese che hanno il medesimo centro decisionale. Manutencoop esercita un’influenza determinante su Roma Multiservizi e se avessero partecipato entrambe vi sarebbe stato il rischio di esclusione per entrambe”*, per poi concludere: *“Tali società hanno quindi deciso che si sarebbe presentata Manutencoop perché poteva partecipare a più lotti”*.

86. Nel corso delle audizioni, le parti hanno fornito ulteriori e in parte diverse spiegazioni sulle ragioni commerciali e le finalità del descritto accordo tra il CNS e RM.

87. In particolare, gli esponenti di RM hanno evidenziato come la società operi in un ambito territoriale molto limitato, coincidente con il Comune di Roma. In tal senso, RM aveva un forte interesse a svolgere il servizio oggetto dell’appalto con riferimento al territorio capitolino, in quanto la società svolgeva già in precedenza tali servizi e risultava quindi nella posizione di fornitore uscente.

Tuttavia, per le regole della gara, RM non avrebbe potuto partecipare singolarmente, in quanto non risultava soddisfare tutti requisiti di fatturato richiesti, nemmeno per il solo lotto 4, che, comprendendo anche la Sardegna, si connotava per una dimensione più ampia rispetto all’operatività e alle capacità organizzative della società.

RM avrebbe potuto partecipare in ATI con un’altra impresa. Tuttavia, la *lex specialis* di gara prevedeva l’obbligo di mantenere la stessa composizione del raggruppamento per tutti i lotti su cui avesse inteso presentare offerta. Questo vincolo ha impedito a RM di individuare un’impresa con cui partecipare esclusivamente per il lotto 4, in quanto RM non avrebbe potuto prestare i servizi richiesti in altri lotti.

88. Ancora, RM ha precisato come, avviata la ricerca per individuare un’impresa con cui partecipare alla gara Consip, abbia *“appreso che MFM, socia e potenziale partner per la partecipazione in ATI, intendeva partecipare alla gara per più lotti. Ciò precludeva una partecipazione di RM in ATI con MFM [...] ed era di ostacolo, al contempo (tenuto conto anche della normativa in materia di appalti e della disciplina di gara) alla partecipazione alla gara di RM in ATI con altre e diverse imprese”*³³.

³³ Cfr. doc. IV.235.

89. Pertanto, poiché *“vi era un forte interesse di continuare a svolgere il servizio sugli istituti scolastici già serviti, al fine di mantenere il portafoglio clienti”, “l’unica via percorribile era quindi quella del subappalto”*.

“Va anche considerato”, hanno proseguito i rappresentanti di RM in audizione, “che una partecipazione alla gara senza successo avrebbe reso non più possibile un subappalto secondo quanto previsto dalla normativa vigente. La scelta del subappalto ha comportato, pertanto, la preclusione a partecipare alla gara. Peraltro, lo strumento del subappalto avrebbe consentito lo svolgimento del servizio sulle medesime sedi già servite da RM”³⁴. Sempre nel corso dell’audizione, è stato ribadito come la soluzione negoziale percorsa fosse idonea a “creare le condizioni di mantenimento del fatturato, visto che RM non poteva partecipare alla gara né singolarmente né in ATI con i due partner MFM e CNS”. Quanto alla decisione di interfacciarsi con il CNS, gli esponenti di RM hanno dichiarato che il CNS è un “partner storico, che si poteva interpellare preventivamente”.

90. Sempre in audizione gli esponenti di RM hanno affermato che la negoziazione in discorso con il CNS si è sviluppata e conclusa prima della scadenza del termine per presentare offerta nella gara Consip poiché *“nell’occasione RM ha operato in anticipo al fine di assicurarsi la certezza, per essa cruciale, di poter continuare a svolgere il servizio; se non si fosse raggiunta la soluzione auspicata con CNS, la scelta, a suo avviso, poteva anche essere quella di trovare un partner più piccolo e partecipare all’appalto”*.

Ed ancora, al riguardo, *“RM assicurandosi il subappalto dal CNS aveva buone possibilità di continuare a svolgere il servizio, essendo il Consorzio uno dei player più forti del mercato. La scelta di concorrere in ATI con altre piccole imprese, disponibili a partecipare sul solo lotto 4, sarebbe stata una scelta più rischiosa”*.

91. Anche i rappresentanti del CNS, nel corso dell’audizione, hanno illustrato le motivazioni sottese all’accordo con RM, affermando che *“RM era un operatore economico appetibile ai fini della partecipazione alla gara Consip. Si tratta infatti di un soggetto ben radicato nel territorio, con una grande esperienza nel settore e conosciuto dall’amministrazione locale. RM gestiva una parte molto consistente della quota obbligatoria, circa la metà di quella presente in gara. Poi RM aveva un appalto di circa 20 milioni della quota convenzionabile. Deve anche considerarsi che il convenzionabile nel lotto 4 era di un valore molto elevato, e quindi la parte che restava per le*

³⁴ Cfr. doc. IV.226.

*consorziate consentiva il mantenimento del loro portafoglio. Nel Lazio, infatti, c'era una quota parte dei 78 milioni di appalti storici pari a circa 4 milioni di euro che faceva capo a consorziate CNS. Quindi, al netto dell'importo riferibile a RM, residuavano circa altri 10 milioni da poter utilizzare per traslare i portafogli dai lotti del Sud*³⁵.

Inoltre, i rappresentanti di CNS hanno aggiunto che l'accordo con RM consentiva al Consorzio di risolvere molti problemi di *start-up*, sia quelli derivanti dall'applicazione della clausola sociale (assunzione del personale di RM) nonché quelli legati alle tensioni sociali che si sarebbero potute creare nel caso in cui RM avesse perso l'affidamento dei servizi che deteneva precedentemente. Ciò in quanto RM è un'impresa molto sindacalizzata e il passaggio dell'appalto ad un soggetto di natura totalmente privata sarebbe stato sicuramente osteggiato.

92. Rispetto all'impegno di RM a rinunciare a partecipare alla gara in cambio del subappalto sul lotto 4, i rappresentanti di CNS hanno affermato trattarsi di una "*clausola di stile*" priva di "*rilievo sostanziale*", da intendersi quale "*clausola di salvaguardia, finalizzata a fissare per le parti delle garanzie reciproche. Se RM avesse partecipato alla gara e successivamente stipulato il contratto di subappalto con CNS, tale circostanza non sarebbe stata consentita dalla normativa vigente in materia di appalti pubblici che vieta ai concorrenti di una gara pubblica di stipulare un contratto di subappalto con l'aggiudicatario*"³⁶.

93. Con riferimento ai tentativi, posti in essere da RM, di estendere l'accordo anche a lotti diversi dal 4 e alla previsione contenuta nel regolamento dell'ATI 1 (par. 5.5)³⁷ che menziona anche ulteriori lotti, i rappresentanti del CNS evidenziano come l'accordo abbia ad oggetto, sotto il profilo dell'esecuzione delle prestazioni dedotte in subappalto, esclusivamente il solo lotto 4 e che "*il tentativo di RM era di ottenere il massimo subappaltabile per mantenere la quota del fatturato storico ad essa riconducibile nei limiti consentiti dalla normativa, sfruttando, come base di calcolo, i valori di gara degli altri lotti, non avendo tuttavia intenzione di operare effettivamente in lotti diversi dal lotto 4*". Per tale via, la previsione contenuta nel par. 5.5. del regolamento dell'ATI 1 deve leggersi nel senso

³⁵ Cfr. doc. IV.231.

³⁶ Cfr. doc. IV.231.

³⁷ Il paragrafo 5.5. ha il seguente tenore: "*Le imprese mandanti sono a conoscenza dell'impegno di CNS, nell'ambito della propria quota, ad affidare in subappalto a Roma Multiservizi le attività riguardanti l'esecuzione delle attività degli istituti scolastici del lotto 4 che richiederanno l'attivazione della convenzione, utilizzando per il calcolo della quota di legge del subappalto anche altri lotti oltre al lotto 4, se normativamente possibile*" (doc. I.8).

che “*si cercava di verificare se, normativamente, fosse possibile calcolare la quota subappaltabile massima considerando anche altri eventuali lotti aggiudicati, restando comunque fermo che le prestazioni erano relative al lotto 4*”.

94. Circa l'accordo intercorso tra RM e CNS è utile precisare come sia stato richiesto a MFM, nel corso della relativa audizione, se avesse temuto, non presentando offerta sul lotto 4, di perdere il portafoglio di attività allo stato gestite dalla partecipata RM in ambito capitolino. L'esponente di MFM ha risposto che “*la perdita del portafoglio su Roma non era così ovvia e infatti non è avvenuta, poiché RM poteva trovare altre soluzioni come è poi accaduto concordando il subappalto con CNS*”³⁸.

La partecipazione di Kuadra

95. La società Kuadra ha partecipato nell'ATI 1 quale mandante con una quota di partecipazione pari al 15% comprendente l'esecuzione di una pari quota dei servizi operativi di pulizia oggetto di appalto.

96. Il CNS, in sede di audizione, ha chiarito che la scelta di costituire un'ATI con Kuadra discendeva da un accordo commerciale, non necessario (poiché il CNS e le proprie consorziate detenevano già i requisiti per partecipare alla gare sui lotti prescelti e per eseguire le prestazioni oggetto di appalto), ma teso a sviluppare una *partnership* con tale impresa che sarebbe potuta tornare utile in altri contesti.

Parimenti, i rappresentanti di Kuadra hanno ricondotto la scelta di partecipare con il CNS nella gara Consip ad “*un'opportunità commerciale*”.

97. In effetti, la decisione del CNS di partecipare in ATI con Kuadra trova la sua origine in un accordo del 9 ottobre 2012. Si tratta, in particolare, della sottoscrizione di una “*scrittura privata*” tra Kuadra e il CNS, nella quale le due parti si impegnano a sottoscrivere “*con separati accordi un ATI e un regolamento ATI per partecipare insieme alla gara comunitaria indetta da Consip S.p.A. [...] per l'affidamento dei servizi di pulizia presso le scuole e i centri di formazione*”. Contestualmente, e in attesa dell'esito della gara, “*Kuadra si obbliga fin d'ora a non esigere dal CNS l'adempimento degli obblighi contenuti nella scrittura 6/4/2009, mentre resta pieno e integro il suo diritto di agire per l'intero credito derivante da tale accordo nei confronti dell'altro condebitore sociale COOPSERVICE*” (doc. I.74).

98. I rappresentanti di Kuadra, in sede di audizione, hanno precisato che la

³⁸ Cfr. doc. IV.230.

società ha partecipato in passato in ATI con il CNS a gare d'appalto, sempre nel settore delle pulizie e che, in occasione della pubblicazione di bandi di gara di interesse, Kuadra valuta se partecipare singolarmente o in ATI a seconda dei requisiti richiesti, così come avvenuto nel caso dell'ATI costituita con il CNS.

Nel caso di specie, Kuadra non poteva partecipare individualmente alla gara perché non deteneva i requisiti richiesti dalla *lex specialis*; pertanto, avrebbe potuto partecipare all'appalto esclusivamente associandosi ad una impresa di maggiori dimensioni, ciò anche in ragione dell'entità delle coperture cauzionali da presentare in sede di offerta.

I rappresentanti di Kuadra hanno, inoltre, puntualizzato che la società non deteneva appalti "storici" sugli istituti convenzionabili nell'ambito dell'appalto Consip.

99. Kuadra, in sede di audizione, ha specificato di non aver partecipato alla definizione della strategia di gara, che è stata decisa in autonomia dal CNS, sia sotto il profilo della scelta dei lotti che del contenuto delle offerte da presentare.

Al riguardo, hanno aggiunto i rappresentanti di Kuadra, poiché la clausola sociale operante per l'appalto in discorso prevedeva che gli aggiudicatari dei diversi lotti provvedessero a riassorbire il personale operante in precedenza alle dipendenze dei prestatori "uscenti" del servizio, la società riteneva indifferente o poco rilevante partecipare in un lotto piuttosto che in un altro. Peraltro, Kuadra, essendo mandante dell'ATI con una quota del 15%, non avrebbe potuto comunque incidere sulle scelte strategiche del raggruppamento.

100. Sul punto, si segnala che in un documento interno al CNS relativo alla ripartizione delle scuole tra le società chiamate a dare esecuzione alla convenzione Consip, si legge che "*la suddivisione su Roma per Kuadra l'ho fatta seguendo a mio avviso un minimo di logica di continuità territoriale ma poi decideranno come vogliono*". (doc. I.37.4.72).

101. Con riguardo all'accordo stipulato tra il CNS e RM, menzionato anche nell'art. 5.5 del regolamento interno dell'ATI 1, specificamente destinato alle mandanti del raggruppamento, Kuadra, in sede di audizione, ha dichiarato di non aver avuto alcun rapporto con RM.

Kuadra ha riferito di essere venuta a conoscenza dell'accordo intercorso tra il CNS e RM solo al momento di sottoscrivere il regolamento interno dell'ATI. In merito, la società non ha sollevato obiezioni ritenendo il descritto accordo il frutto di una scelta del CNS e considerando comunque l'espresso inciso che il subappalto sarebbe stato affidato nei limiti di legge.

102. Dalle evidenze emerse nel corso dell'istruttoria, Kuadra si è coordinata con il CNS per la gestione dei contratti di subappalto, pervenendo a un accordo per cui la prima avrebbe affidato una certa quota dei propri subappalti a cooperative selezionate dal CNS. Da uno scambio di mail tra esponenti del CNS ed esponenti di Kuadra, infatti, si rimanda a una strategia concordata per cui *“Kuadra subappalta a cooperative proposte dal CNS su quasi tutte le aree”*³⁹.

103. I rappresentanti di Kuadra hanno affermato, in sede di audizione, che la società aveva interesse a subappaltare alcuni dei lavori ottenuti tramite l'aggiudicazione dei lotti in esame, in quanto ciò avrebbe permesso di risparmiare in termini di costi di *start-up* e di gestione diretta e indiretta del personale. In tal senso, i rappresentanti della società hanno riferito che Kuadra si sarebbe avvalsa della collaborazione del CNS al fine di individuare imprese affidabili e capaci di svolgere adeguatamente i servizi affidati in subappalto, nonché dotate dei requisiti richiesti dalla normativa di riferimento: soddisfatte tali condizioni, infatti, la scelta delle società subappaltatrici risultava sostanzialmente indifferente per Kuadra.

104. In tal senso, nel febbraio 2014 viene stipulato tra CNS e Kuadra (nell'attesa di sottoscrizione anche da parte di EXITone) un *addendum* al regolamento interno dell'ATI 1, nel quale il CNS fornisce una indicazione di una lista di imprese a Kuadra al fine di affidare subappalti nei lotti della gara Consip, impegnandosi a reperire nuove imprese idonee a sostituire le subappaltatrici indicate in caso di necessità⁴⁰.

Nel citato scambio di email intercorso tra i rappresentanti di Kuadra e i rappresentanti di CNS, si legge: *“la modalità migliore per gestire i servizi è quella concordata tra me e te sul terrazzino, dove KUADRA subappalta a cooperative proposte da CNS su quasi TUTTE le aree. In questo modo soddisfiamo il patto sottoscritto (dove c'è CNS c'è Kuadra) – operiamo con uno strumento legittimo (il subappalto) nelle percentuali legislativamente ammissibili (legge consente 30% - Kuadra ha il 15%) e tu aumenti il tuo prestigio facendo lavorare imprese a te gradite; fermo restando che qualche impresa la indichiamo noi”*⁴¹.

105. Dalle informazioni fornite da Kuadra agli Uffici risulta, in effetti, che la società ha affidato subappalti a 8 imprese consorziate del CNS⁴² per un

³⁹ Cfr. doc. I.37.4.33.

⁴⁰ Cfr. doc. I.30.24.48.

⁴¹ Cfr. doc. n. I.37.4.33.

⁴² Si tratta delle consorziate All Service Soc. Coop., Coop. Ge. S.c.a r.l., Gierre S.r.l., Il Faro Soc. Coop.v.a sociale onlus, Isola coop. Sociale, Multiservice Soc. coop., Policoop S.r.l. e Services Facility Logistics Soc. Coop.

ammontare pari a circa 6,7 milioni di euro. Tali informazioni sono state confermate anche dalla stazione appaltante Consip e dal CNS⁴³.

Il ruolo di EXITone nell'ATI 1

106. La società Exitone ha partecipato all'ATI 1 costituita insieme al CNS e a Kuadra per partecipare alla gara Consip con una quota di partecipazione pari al 3%, avente ad oggetto i servizi gestionali.

107. I rappresentanti dell'impresa hanno precisato, in sede di audizione, che Exitone è una società di ingegneria che si occupa di servizi tecnici relativi al patrimonio immobiliare, privato e pubblico, consistenti in attività di *due diligence* e analisi del territorio, effettuate anche in ottica di valorizzazione e dismissione degli immobili stessi o ai fini dell'elaborazione di offerte tecniche in appalti pubblici relativi a prestazioni svolte all'interno degli immobili. I rappresentanti della società hanno anche precisato che le attività prestate da EXITone sono sostanzialmente indipendenti rispetto alla tipologia di servizi operativi svolti a valle delle stesse, nonché rispetto alla natura pubblica o privata del cliente. Ad ogni modo, la gara Consip costituirebbe il primo appalto costituito unicamente da attività di pulizia a cui la società ha partecipato.

108. Exitone ha, inoltre, rappresentato che la strategia di gara è stata definita da CNS anche per quanto concerne la scelta dei lotti, poiché tale scelta pertiene a chi, nell'ambito dell'ATI, espleta i servizi operativi di pulizia. Invece, poiché Exitone esercita tutt'altra tipologia di servizi, per essa è irrilevante l'area geografica oggetto di appalto e, quindi, la stessa non ha alcun interesse a proporre la selezione di alcuni lotti su cui presentare offerta rispetto al novero complessivo di aree geografiche in cui è suddiviso l'appalto.

109. Nel caso specifico di tale gara, le attività assegnate a Exitone consistevano in primo luogo nell'assistenza, prestata nei confronti del CNS, in fase di stesura dell'offerta tecnica per la descrizione dei profili di propria pertinenza. Successivamente, una volta aggiudicato l'appalto e stipulata la relativa Convenzione, Exitone avrebbe svolto attività di analisi del territorio, con l'obiettivo di incentivare gli istituti ad aderire alla Convenzione stessa. Una volta che gli istituti aderiscono alla Convenzione, l'attività di Exitone avrebbe termine. In particolare, nella fase esecutiva, come detto, Exitone

⁴³ Cfr. doc. IV.238, lettera H e doc. IV.240, all.ti "Pulizia scuole – lotto 1", all.ti "Pulizia scuole – lotto 4" all.ti "Pulizia scuole – lotto 10".

interviene con l'espletamento dei propri servizi prima dell'adesione degli istituti scolastici alla convenzione e, quindi, prima della prestazione dei servizi operativi di pulizia da parte delle consorziate, di Kuadra quale mandante operativa o dei subappaltatori. In sostanza, Exitone si è interfacciata esclusivamente con la mandataria CNS poiché la propria attività si colloca successivamente alla convenzione Consip e prima della stipula dell'ordinativo di fornitura con l'istituto scolastico.

III.4 I RAPPORTI TRA ROMA MULTISERVIZI E MANUTENCOOP

110. In relazione alla posizione competitiva di RM, si osserva che MFM rappresenta il socio industriale di RM cui è riconducibile il 49% del capitale sociale di quest'ultima.

Come hanno attestato le parti in sede di audizione, MFM, quale mandataria partecipante al 92,8% di una cordata con la società La Veneta Servizi, si è aggiudicata nel 1999 la gara per l'individuazione del socio privato cui affidare il 49% del capitale di RM. La restante porzione di capitale è detenuta da AMA S.p.A.. In tale compagine societaria, MFM rappresenta il socio industriale di RM, che opera nello stesso mercato della partecipata e che assiste quest'ultima al fine di garantirne lo sviluppo operativo, accompagnandolo nel percorso di ristrutturazione ed efficientamento aziendale intrapreso.

111. L'intenzione di porre in essere stretti rapporti industriali e societari con RM ha sin da subito ispirato la partecipazione societaria di MFM. Giova, pertanto, richiamare taluni passaggi contenuti nel piano di sviluppo strategico-industriale di RM predisposto da MFM nell'ambito della gara per l'individuazione del socio privato della società capitolina.

In particolare, rilevano i seguenti paragrafi del riferito documento:

- *“Questo nuovo soggetto, Manutencoop/Multiservizi potrebbe rivolgersi alla grande committenza presente a livello regionale [...] tengasi presente oltretutto che il mercato del Lazio è un mercato aperto in quanto non caratterizzato da consolidate presenze di competitori operanti a livello nazionale”;*
- *“la presenza di Roma Multiservizi, in Associazione d'impresa con il gruppo Manutencoop, potrebbe guardare ad un mercato costituito, oltre che dal Comune di Roma, da enti locali del Lazio (Comuni, Province, Regione); Ministeri (gare a suo tempo indette dal Provveditorato generale dello Stato); Forze Armate, altre amministrazioni centrali e locali, sanità pubblica e privata, grandi committenze private”;*

- *“l’alleanza strategica con Multiservizi cambierebbe l’orientamento strategico fin ad ora tenuto da Manutencoop; quello di una contenuta aggressività verso il mercato romano, creerebbe inoltre quei presupposti sinergici per ridisegnarne un posizionamento radicalmente diverso”* (doc. IV.239, all. d.2).

112. Dal complesso di regole di *governance*, previsioni statutarie e parasociali (in particolare, il patto parasociale stipulato tra gli originari soci Comune di Roma, Ama S.p.A. e il precedente *partner* privato Gepi)⁴⁴, nonché delle prassi operative in essere, risulta che ad MFM spetti la designazione dell’amministratore delegato di RM, cui è riservata la gestione operativa della società, oltretutto la nomina di un ulteriore consigliere di amministrazione. Nel novero di poteri assegnati all’amministratore delegato rientra anche la gestione delle gare di appalto cui RM partecipa. Nel caso di gare di importo superiore ai 20 milioni di euro, è necessario l’intervento deliberativo del consiglio di Amministrazione (doc. IV.226).

113. In relazione alla gara Consip, risulta che l’amministratore delegato *pro-tempore* di RM fosse espressione di MFM, in quanto da quest’ultima designato, e avesse ottenuto dal Consiglio di Amministrazione pieni poteri decisionali ed operativi circa la strategia partecipativa da percorrere. Ciò ha consentito a tale amministratore delegato, senza alcun ulteriore vaglio dell’organo collegiale, di considerare in un primo momento la possibilità di una partecipazione diretta alla gara in ATI.

Successivamente, RM ha appreso che Manutencoop, socia e potenziale partner per la partecipazione in ATI, intendeva partecipare per più lotti, il che avrebbe precluso una partecipazione di RM in ATI con Manutencoop (cfr. risposta fatta pervenire da RM in data 20 settembre 2015). In un secondo momento, l’amministratore delegato di RM ha attivato la negoziazione dell’accordo con il CNS, pertanto assumendo la decisione di non partecipare direttamente alla procedura senza condividere tale scelta con il C.d.A.

114. In sede istruttoria è emersa l’evidenza di costanti contatti tra RM e il suo *partner* industriale MFM in occasione della pubblicazione di bandi di gara nei settori di interesse; ciò, secondo quanto riferito dalle due imprese, principalmente in ragione della possibilità per le due società, visti i legami societari e partecipativi che le uniscono, di incorrere nel divieto sancito dall’art. 38, comma 1, lettera *m-quater* del Decreto Legislativo n. 163/2006 (codice degli appalti).

⁴⁴ Cfr. doc. IV.235, allegati 1, 3, 4, 5 e 6 e doc. IV.239, allegati D3 e D4.

Tali contatti intercorrono costantemente tra RM e MFM e non anche tra RM e il suo socio di maggioranza AMA S.p.A., posto che esso opera in mercati diversi e costituisce esclusivamente l'interfaccia proprietario "politico-istituzionale" di RM.

115. RM ha dichiarato che *"c'è la consuetudine di condividere con MFM le informazioni relative ai bandi pubblicati in relazione ai servizi di interesse e alle gare cui si intende partecipare, per evitare di incorrere in difficoltà riconducibili alla possibile esclusione ex art. 38 del Codice degli appalti pubblici. Tali informazioni sulle gare vengono regolarmente scambiate mediante specifici report"*. Tale circostanza è stata confermata, da MFM (doc. IV.226 e IV.230).

116. Anche in relazione alla specifica gara in esame, sono state acquisite evidenze che rilevano come siano intercorsi contatti tra RM e MFM al fine di condividere le reciproche scelte relative alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Si veda, in particolare, il doc. II.88, attestante uno scambio di mail tra gli uffici gare delle riferite società nell'ambito del quale una dipendente dell'ufficio gare di MFM comunica ad una dipendente dell'ufficio gare di RM, con riferimento alla gara Consip, *"a questa partecipa MFM (non ho notizia se in ATI con voi)"* e la dipendente di RM replica affermando *"attendiamo riscontro del nostro AD che sta conducendo delle trattative anche con ... [il rappresentante legale di Manutencoop, n.d.r.]"*.

117. A fronte di tali preliminari contatti, RM – come dichiarato dalle parti stesse - ha appreso l'intendimento di MFM di voler partecipare singolarmente per più lotti di gara.

Risultano agli atti contatti anche successivi tra le due società aventi ad oggetto la nuova strategia partecipativa prefigurata da RM d'intesa, questa volta con il CNS, per mantenere il proprio portafoglio clienti attraverso lo strumento del subappalto.

Si ha, in particolare, riguardo ai documenti da cui emerge che RM ha sottoposto a MFM la versione preliminare e finale della bozza di accordo con CNS e che MFM ha trasmesso a RM un *format* di accordo di subappalto (cfr. docc. II.151.2, II.151.8 e II.151.9).

118. Tale scambio informativo in essere tra RM e MFM risultava essersi sviluppato nel medesimo frangente temporale in cui RM aveva avuto contezza, per via della negoziazione in corso, dei lotti su cui il CNS avrebbe presentato offerta e, quindi, della strategia partecipativa del Consorzio, concorrente di MFM.

119. In merito ai rapporti tra RM e MFM, il rappresentante di CNS ha osservato *“come possa ritenersi che il CNS dava per scontato che RM interloquisse con MFM della propria attività industriale e commerciale in quanto socio industriale di riferimento di RM. Pertanto, può ritenersi che RM abbia interloquuto con MFM anche su questo argomento. D'altronde, trattandosi del socio industriale, è normale che esso metta in campo la sua capacità operativa e che nomini ai vertici di RM qualcuno di specifica competenza nel settore industriale di riferimento”*.

120. Da ultimo si evidenzia che nel citato documento redatto da una società di consulenza a favore di MFM e datato 1° agosto 2012, dal titolo *“Gara Consip Scuole – Redazione del progetto tecnico”* e recante le azioni da compiere al fine della raccolta dei dati e dei documenti necessari per la partecipazione alla gara, nel paragrafo denominato *“Prossimi passi – Azioni di raccolta dati e documenti per Business Plan”* si menziona specificamente il compito di *“Verificare servizi aggiuntivi proposti da Roma Multiservizi”*⁴⁵.

IV. LE ARGOMENTAZIONI RESE DALLE PARTI A SEGUITO DELLA CRI

Sulla prova della pratica concordata

121. MFM e, in termini non dissimili, il CNS e RM⁴⁶ prospettano talune considerazioni difensive di carattere generale sullo standard probatorio richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per l'accertamento di intese restrittive nella forma della pratica concordata.

122. Segnatamente, le parti deducono che gli elementi *“di oggettivo riscontro”* citati della CRI come esogeni costituirebbero frutto di illazioni e non sarebbero in ogni caso idonei a provare l'esistenza della pratica concordata accertata.

Quanto agli elementi endogeni, le parti asseriscono che per ciascuno degli indizi della condotta illecita citati nella CRI sussistono argomenti suscettibili di fornire una spiegazione almeno altrettanto plausibile di quella fornita dall'Autorità, *“che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati”*.

123. Le parti, inoltre, asseriscono che l'Autorità non sarebbe riuscita a dimostrare l'esistenza dell'infrazione accertata oltre ogni ragionevole

⁴⁵ Cfr. doc. II.93.6.23.

⁴⁶ Cfr. le memorie finali di CNS, MFM e RM e i rispettivi interventi allegati al verbale dell'audizione finale.

dubbio, in conformità con lo standard probatorio dettato dalla giurisprudenza comunitaria e della Corte EDU. Secondo la menzionata giurisprudenza, la prova oltre ogni ragionevole dubbio dovrebbe discendere della coesistenza di indizi sufficientemente forti, precisi e concordanti o di analoghe presunzioni di fatto che l'impresa accusata non sia in grado di rovesciare e che attestino l'esistenza della condotta illecita in termini inequivoci e senza necessità d'interpretazione. Ed ancora, *“qualora sussista un ragionevole dubbio in ordine all'esistenza della violazione, esso deve andare a vantaggio dell'impresa destinataria della decisione che constata l'infrazione”, alla quale va quindi riconosciuto il beneficio del dubbio*”. Ciò, secondo quanto rappresentato dalle parti, in applicazione del principio della presunzione di innocenza sancito sia dalla CEDU che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Sul contesto e sulle dinamiche del settore

124. Il CNS e MFM sostengono che la CRI fornirebbe una rappresentazione delle dinamiche di settore *“del tutto parziale e riduttiva, strumentalmente orientata ad agevolare il riscontro di fattispecie restrittive della concorrenza”* e si baserebbe su *“fuorvianti e decontestualizzati richiami a documentazione senz'altro non pertinente e non conducente e comunque ad illazioni del tutto pretestuose”*.

125. In particolare, il CNS e MFM contestano i richiami effettuati, nella sezione delle CRI dedicata al contesto consortile, ai doc. I.37.4.2, doc. I.37.4.60 e doc. I.37.4.70.

In relazione al doc. I.37.4.2, il CNS sostiene che il senso di tale documento sia stato travisato, poiché l'affidamento dei subappalti in esso menzionati sarebbe stato suggerito esclusivamente per una migliore gestione del problema sindacale. MFM aggiunge che la mail di cui al documento in commento è collocabile cronologicamente in un frangente temporale successivo al termine di presentazione delle offerte e concerne una fattispecie diversa da quella in esame.

Con riferimento al doc. I.37.4.60, le parti sottolineano come si tratti di una mail non pertinente, afferente ad una fattispecie diversa dalla gara Consip, essendo relativa alle attività istituzionali svolte da un'associazione di categoria in merito alle consultazioni avviate dall'AVCP sui bandi tipo per i servizi di pulizia.

Anche in relazione al doc. I.37.4.70, concernente all'utilizzo del Consorzio

come schermo utile alle consorziate, il CNS e MFM si difendono sostenendo che lo stesso non attenga alla gara Consip.

Inoltre, le parti asseriscono che il riferimento allo schermo utile contenuto nel documento non riguardi il condizionamento di gare pubbliche ma sia relativo ad un subappalto affidato da un soggetto aggiudicatario di un *project financing*.

Infine, il CNS afferma sia stato travisato anche il riferimento al doc. I.30.24.43 sulla prosecuzione dei contratti storici dell'Emilia Romagna, poiché tale documento riguarda una riunione antecedente la pubblicazione del bando per la gara Consip, volta ad approfondire il tema della proroga decisa dal MIUR dei contratti di affidamento in essere per l'espletamento dei servizi di pulizia e l'accordo per l'assegnazione delle risorse finanziarie necessarie a garantire la prosecuzione dei contratti ed appalti storici.

126. Sempre in relazione al contesto di riferimento, le parti evidenziano come la verifica del numero dei partecipanti alla gara Consip fosse indicativa della rilevante tensione concorrenziale esistente nel settore e che la possibilità delle consorziate di partecipare autonomamente in gare in concorrenza con il Consorzio amplia il confronto competitivo e discende dall'esito di un'istruttoria posta in essere dalla stessa Autorità nel 1997. Sotto tale profilo, le parti evidenziano un'asserita contraddizione tra le contestazioni mosse nel procedimento in oggetto e la precedente istruttoria del 1997 nonché con le norme ed i principi che vietano la partecipazione in via autonoma della consorziata solo nel caso quest'ultima sia stata indicata per l'esecuzione.

Sulla strategia partecipativa adottata dal CNS nella gara Consip

127. Nella memoria finale, il CNS ribadisce come la scelta dei lotti su cui partecipare sia stata logica e proporzionata e guidata da una pluralità di autonome valutazioni.

In sintesi, il CNS espone le seguenti argomentazioni difensive, circa i criteri di selezione dei lotti al fine di confutare le contestazioni mosse.

In via preliminare, viene sostenuto che “*il CNS non ha operato in un mercato chiuso al fine di preservare le quote detenute [...] ma si è confrontato con gli altri operatori economici nell'ambito di una gara pubblica e trasparente*” “*presentando, per tutti i lotti prescelti, offerte altamente competitive [...]. In questo quadro, il CNS ha perseguito l'obiettivo di aggiudicarsi il numero massimo di lotti conseguibili e di*

assicurare idoneo fatturato alle consorziate, soprattutto quelle che già operavano nello specifico settore". In proposito, le consorziate da indicare sono state individuate tenendo conto dell'interesse manifestato dalle stesse, dai requisiti richiesti dalla *lex specialis*, dalla competitività delle stesse e dalla titolarità di pregressi affidamenti nello specifico settore.

128. In relazione alla mancata partecipazione sul lotto 2 – Emilia Romagna, il CNS contesta gli addebiti mossi in CRI affermando come la scelta di non partecipare discenda dal fatto che il Consorzio aveva già espresso la sua migliore offerta in nome e per conto delle proprie cooperative nella gara relativa all'assegnazione della pregressa commessa Intercent.er. Per tale via, la scelta di partecipare al lotto 2 *“avrebbe comportato una illogica duplicazione di tale offerta”* e *“il Consorzio avrebbe irragionevolmente fatto concorrenza a se stesso”*.

Inoltre, prosegue il CNS per contestare quanto rilevato in CRI, la data di scadenza della convenzione è inconferente, dovendosi *“attribuire rilievo ai singoli ordinativi che avevano la durata di 36 mesi a decorrere dalla data di emissione”*. Ne consegue, secondo la ricostruzione del CNS, che *“il periodo di esecuzione delle due convenzioni [...] risulta in larga misura sovrapposto”*.

Con riguardo all'obiezione, svolta nelle CRI a replica delle osservazioni del CNS, circa la partecipazione alla gara per il lotto 2 di MFM, nonostante quest'ultima risultasse già aggiudicataria con il Consorzio della gara Intercent.er, il CNS sostiene che la posizione di Manutencoop fosse *“completamente diversa da quella di CNS, in quanto era quest'ultima ad essere aggiudicataria della gara Intercent.er per conto delle consorziate, mentre MFM risultava affidataria solo di alcuni ordinativi. Si può dunque chiaramente spiegare l'interesse di quest'ultima di rafforzare la sua posizione in Emilia Romagna una volta deciso di agire come competitor indipendente dal Consorzio”*.

129. Quanto all'affidamento di subappalto a valere sul lotto 2 da parte di MFM a consorziate del CNS, quest'ultimo afferma che tali subappalti sono stati conclusi solo in un momento successivo all'aggiudicazione del lotto, in modo autonomo rispetto al CNS e riguardava cooperative sociali di ridotte dimensione operanti su base esclusivamente locale, in zone in cui le stesse hanno un forte radicamento. Tali cooperative, afferma il CNS, non avevano manifestato interesse a partecipare alla gara preferendo ottenere subappalti da chiunque sarebbe risultato aggiudicatario del lotto.

130. Con riguardo al lotto 8 – Lombardia – Trentino Alto Adige, il CNS si

difende dagli addebiti mossi in sede di CRI affermando che il portafoglio di cui le consorziate risultavano titolari nel lotto stesso risultava ridotto a fronte del complessivo fatturato detenuto negli altri lotti. Inoltre, nessuna delle due consorziate che detenevano tale portafoglio (Gesin e Multiservice) aveva la sede in Lombardia, trattandosi di cooperative emiliane. Quanto al fatturato complessivo sviluppato dal Consorzio in Lombardia nel settore pubblico, il CNS afferma che lo stesso consista per larga parte in servizi prestati a beneficio di strutture che non richiedevano una presenza capillare sul territorio.

131. In relazione alla scelta del lotto 4 – Lazio –Sardegna, il CNS replica alle contestazioni mosse sostenendo che il numero di ex-LSU nella regione Lazio non era equiparabile a quello della Sicilia o delle altre regioni del sud Italia (nel Lazio era pari a circa 800 unità mentre in Sicilia erano circa 1.200) ed erano, inoltre, diverse le somme stanziare dal MIUR per i c.d. “posti accantonati”. In particolare, rispetto alla spesa storica sostenuta in Sicilia sarebbe stato effettuato un taglio del 40,2%, maggiore rispetto a quello relativo al Lazio ed alla Sardegna, pari al 29,6%.

132. Infine, riguardo alle offerte presentate sui lotti n. 3 e n. 9, gli unici su cui il CNS e MFM si sono sovrapposti e in cui il CNS ha presentato un'offerta economica inferiore rispetto a quelle presentate sugli altri lotti, il Consorzio si difende dagli addebiti asserendo che su tali lotti lo stesso Consorzio ha presentato *“l’offerta tecnico-qualitativa migliore in assoluto” e che l’offerta economica può essere diversificata poiché viene formulata sulla base di autonome e specifiche valutazioni e risulta “strettamente correlata all’offerta tecnica che è tarata in funzione delle peculiari caratteristiche e specificità ed esigenze prestazionali di ciascun lotto”*.

Sulla strategia partecipativa adottata da MFM nella gara Consip

133. Nelle proprie memorie finali e in sede di audizione finale⁴⁷ MFM ha dichiarato di aver partecipato alla gara Consip autonomamente ed indipendentemente dal CNS, considerando quest’ultimo un concorrente a pieno titolo. Ciò sarebbe dimostrato, a dire di MFM, dal frontespizio della c.d. “carpetta di gara”, atto interno predisposto dagli uffici della società stessa, da cui, viene asserito, sarebbe emerso come MFM *“già in data 30 luglio 2012 aveva deciso di concentrare i propri sforzi esclusivamente sui lotti 2, 3, 8 e 9”*.

⁴⁷ Cfr. memorie finali di MFM e allegati al verbale dell’audizione finale.

134. MFM afferma di aver preferito partecipare singolarmente alla gara Consip “*dal momento che – in qualità di azienda leader nel settore del facility management – riteneva di essere perfettamente in grado di organizzare autonomamente l'offerta nei lotti in cui aveva interesse a partecipare. A differenza dei consorziati di CNS di piccole dimensioni, MFM ha infatti un'autonoma capacità tecnica ed operativa che le ha consentito di concorrere ai lotti messi a gara (anche a quelli di maggiori dimensioni in termini di volume di lavoro e di fatturato) in maniera del tutto autonoma dal (ed in piena concorrenza con il) Consorzio*”.

135. Quindi, nelle proprie memorie finali, MFM riepiloga i criteri che avrebbero guidato la scelta dei lotti su cui presentare offerta: (i) l'assenza o ridotta presenza di lavoratori ex-LSU e (ii) il maggiore radicamento territoriale della società nelle aree geografiche interessate.

In particolare, la presenza di lavoratori c.d. ex-LSU nei lotti messi a gara costituiva per la Società un fattore di particolare inefficienza a causa degli elevati costi (economici e sociali) connessi all'impiego di tale tipo di manodopera.

136. Inoltre, MFM, al fine di contestare gli addebiti mossi nelle CRI circa l'intesa spartitoria in oggetto, si diffonde, nelle proprie memorie, a descrivere il “*complesso iter procedurale interno alla Società*” che avrebbe seguito per la predisposizione dell'offerta tecnica ed economica.

Sul punto, la società produce le procedure interne relative alla gestione aziendale delle gare ed illustra le stime e le valutazioni che avrebbe sviluppato per elaborare l'offerta economica, precisando, fra l'altro, come nell'ambito di tale attività abbia stimato il numero dei soggetti che avrebbero verosimilmente partecipato ai singoli lotti ed ipotizzato l'entità dei relativi ribassi.

Sul punto, MFM afferma che l'aver presentato le medesime percentuali di sconto per le singole voci in tutti i lotti sconfesserebbe la lettura collusiva prospettata dagli uffici poiché sarebbe del tutto irrazionale che un'impresa parte di un accordo spartitorio offra sconti così aggressivi anziché modulare le proprie offerte conoscendo anticipatamente e tenendo conto delle strategie partecipative della propria principale concorrente.

137. Con riferimento all'elaborazione dell'offerta tecnica, MFM ha ritenuto utile affidare la stesura di tale parte dell'offerta ad un consulente esterno, la Società eFM cui ha commissionato, per un'attività consulenziale sviluppatasi dall'inizio di agosto alla fine di settembre 2012, “*i) la redazione del business plan per ciascuno dei tredici lotti messi a gara; ii) la fase di progettazione*”

dei singoli capitoli in cui si articolava l'offerta; iii) la stesura del progetto tecnico e iv) la fase di editing e stampa”.

Per replicare all'obiezione circa la contraddittorietà delle sue asserzioni, MFM ha dichiarato che *“nonostante [...] avesse maturato fin da subito, e comunque sicuramente fin dal 30 luglio 2012, la scelta di non concorrere per il lotto 4 e di concentrarsi solo sui lotti 2, 3, 8 e 9, tale informazione (dato il suo carattere strategico e riservato) non era stata rivelata ai consulenti esterni, ai quali era stato richiesto di redigere il business plan e gli altri approfondimenti necessari sulla totalità dei lotti di gara”.* Ed ancora: *“proprio in tale contesto di raccolta dei dati rilevanti che si inserisce anche la verifica dei ‘servizi aggiuntivi proposti da Roma Multiservizi’ da contestualizzarsi “tra le attività ricognitive propedeutiche alla realizzazione del business plan che – dalla prospettiva del consulente – avrebbe dovuto riguardare tutti i lotti di gara”.*

138. Sulla mancata partecipazione di CNS al lotto 2 e all'affidamento a consorziate del CNS di subappalti a valere su tale lotto, MFM evidenzia che lo strumento del subappalto risulta lecito ai sensi della normativa in materia di contratti pubblici, e che tali affidamenti a consorziate sono stati disposti dopo l'aggiudicazione ed hanno riguardato solo tre dei sette contratti di subappalto stipulati complessivamente da MFM. Inoltre, la società afferma come tali affidamenti rispondessero a specifiche ragioni di ordine (i) economico, perché il CCNL applicabile alle cooperative consorziate fissa il costo della manodopera ad un livello inferiore rispetto alle altre categorie di lavoratori; (ii) gestionale, perché MFM avrebbe dovuto assumere i lavoratori che già eseguivano la prestazione presso i precedenti affidatari del servizio tra cui figuravano proprio le consorziate in discorso; (iii) sociale, poiché MFM *“aveva ricevuto specifiche istanze (non dal CNS, ma) da parte delle cooperative sociali stesse, volte ad attenuare gli impatti negativi da un punto di vista occupazionale connessi al cd. cambio d'appalto che sarebbe avvenuto a seguito dell'aggiudicazione del lotto da parte di MFM. In particolare, tali istanze erano volte a privilegiare, ove possibile, le cooperative già impegnate sul territorio, anche al fine di scongiurare un loro possibile fallimento”.*

Sull'accordo relativo al lotto 4 tra il CNS e RM

139. Con riferimento all'accordo avente ad oggetto vantaggi compensativi stipulato tra il CNS e RM con riferimento al lotto 4, le parti sostengono che

tale contratto debba ritenersi “*di per sé lecito*”, “*di prassi negoziato ogniqualvolta il concorrente ad una gara di appalto intenda affidare, in caso di aggiudicazione, una parte dell’esecuzione in subappalto*”⁴⁸.

In particolare, tale accordo viene qualificato tra le parti come “*contratto di subappalto*” o “*preliminare di subappalto*”. Secondo il CNS “*la facoltà di ricorrere al subappalto rappresenta espressione della libertà imprenditoriale ed è perfettamente legittima alla luce della normativa in materia di appalti*”. Di qui, continua il Consorzio, la scelta di un’impresa di optare per il subappalto nell’ambito di una gara in luogo di parteciparvi in modo indipendente non costituirebbe, di per sé, l’indizio di una strategia collusiva.

Così asseritamente qualificata la natura e l’oggetto del descritto accordo, le parti giungono ad affermare che gli uffici non avrebbero adempiuto all’onere di provare l’intento anticoncorrenziale di quell’accordo⁴⁹.

140. RM, nelle memorie finali, afferma come la legittimità del descritto accordo risiedesse nell’asserita “*impossibilità per RM di partecipare alla gara, in forma singola, per il lotto 4, per carenza del requisito di fatturato nel settore delle pulizie*”. In particolare, secondo tale ricostruzione della parte, a fronte di un fatturato specifico richiesto pari ad euro 96.100.000, “*RM raggiungeva un importo di euro 72.952.921,00*”. “*Con riferimento a tale dato si osserva, per completezza*” – continua la parte – “*che, anche a voler considerare l’ulteriore fatturato per pulizie nell’ambito del contratto di Global Service (euro 10.000.000 circa) il requisito non si raggiungeva comunque*”.

Inoltre, continua RM “*anche la partecipazione in RTI si è rivelata non percorribile*”. Ciò poiché, afferma la società:

- RM non gestisce appalti fuori dalla provincia di Roma ed il suo interesse strategico e commerciale era quello di continuare a fornire il servizio per gli immobili di Roma ricompresi nel lotto 4;
- i vincoli della *lex specialis* di gara, che richiedevano ai concorrenti di partecipare su più lotti sempre nella medesima forma, avrebbero impedito a RM di partecipare in ATI sul lotto 4, impedendo di costituire una compagine associativa con MFM;
- inoltre, la contestuale partecipazione ad una medesima gara, in via disgiunta, di RM e della sua socia MFM, avrebbe esposto entrambe le società, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lettera m-quater, del Codice dei

⁴⁸ Cfr. memorie finali di RM:

⁴⁹ Così CNS nelle relative memorie finali.

contratti pubblici al rischio dell'esclusione dalla gara;

- infine, RM afferma - senza ulteriormente comprovare l'asserzione - che *“anche l'individuazione di altre imprese per partecipare sul solo lotto 4 era stata di fatto impraticabile”*.

141. RM, quindi, conclude sul punto affermando che *“tali circostanze e disposizioni (normative e di gara) hanno indotto a considerare, stante il forte interesse a continuare ad esercitare il servizio nell'ambito territoriale di Roma, la possibilità del suo svolgimento in subappalto in luogo di perdere completamente la chance di continuare a gestire il servizio. È emerso, infatti, come fosse necessario per la società non perdere l'affidamento del servizio, alla luce del fatturato sviluppato nell'anno 2012”*. In tal senso, RM dichiara che la stipula dell'accordo *“con_un partner storico, certamente interessato [...] allo svolgimento del servizio sugli immobili ricompresi nel lotto 4, ed uno dei player più forti del mercato è apparsa la strategia migliore, a fronte delle oggettive impossibilità riscontrate”*.

142. Anche il CNS e MFM, in sede di memorie finali, hanno fornito difese analoghe a quelle offerte da RM circa la motivazione sottesa alla stipula dell'accordo relativo al lotto 4.

Al riguardo, il CNS ha dichiarato quanto segue: *“non è vero, quindi, che RM ha rinunciato a partecipare alla gara in cambio del subappalto. Al contrario RM, una volta verificato (prima di interloquire con CNS) che non c'erano le condizioni per poter partecipare da sola o in ATI, ha svolto una trattativa con CNS e, all'esito, concluso il contratto preliminare del subappalto al lecito fine di non perdere il fatturato pregresso”*.

143. In relazione alla delibera del CdA di RM avente ad oggetto la decisione di partecipare alla gara e alle varie stesure dell'accordo contenenti l'esplicita rinuncia di RM a prendere parte alla procedura ad evidenza pubblica, MFM afferma trattarsi di un *“equivoco iniziale sulla capacità economica e finanziaria di RM di partecipare”*. Nello specifico, la riferita delibera del CdA sarebbe stata adottata, a dire di MFM, *“in buona fede [...] senza la precisa cognizione dei requisiti di fatturato stabiliti dal bando di gara”*.

144. RM sostiene che la specifica previsione negoziale avente ad oggetto la rinuncia a partecipare alla gara *“serviva a garantire la vincolatività dell'accordo e la sua efficacia in caso di aggiudicazione”*.

Diversamente, il CNS ritiene che tale disposizione contenuta nel descritto accordo si configurasse quale *“mera clausola di stile peraltro inutile in quanto ripetitiva di un divieto già contenuto nella lex specialis di gara”*.

Sugli scambi di informazione tra i partecipanti alla gara

145. Relativamente alle evidenze documentali che attestano la trasmissione a MFM dell'accordo stipulato tra RM e CNS, MFM afferma che la stesura in bozza del contratto ricevuta il 30 agosto 2012 da RM è stata inoltrata esclusivamente per conoscenza e che la società stessa non avrebbe contribuito in alcun modo all'elaborazione o alla conclusione del riferito accordo.

Quanto alla trasmissione dell'ultima stesura dell'accordo, inviata sempre da RM al rappresentante legale di MFM, quest'ultima società sostiene che *“se davvero la mittente avesse inteso richiedere l'assenso del destinatario a sottoscriverlo avrebbe certamente utilizzato una formula più esplicita, se non altro per ragioni di cortesia nei confronti di un azionista così importante”*. In ragione di tali considerazioni, MFM *“deduce che, come nel caso della comunicazione del 30 agosto 2012, si trattò di un invio effettuato solamente per conoscenza, Tale scambio di informazioni deve essere letto, pertanto, alla luce del ruolo di partner industriale rivestito da MFM nella compagine azionaria di RM, e non a riprova, certamente, di un inesistente coinvolgimento di MFM nella conclusione dell'Accordo di subappalto”*.

146. MFM sostiene che il contestato scambio di informazioni con il CNS per il tramite di RM non abbia mai avuto luogo. In particolare, MFM asserisce di non aver mai ricevuto copia del regolamento dell'ATI 1 per il tramite di RM e ribadisce di aver scelto in via autonoma i lotti su cui presentare offerta. In ogni caso, la stessa MFM afferma, quanto ai flussi informativi intercorsi con RM che *“in ragione dei legami societari tra MFM e RM, risulta obiettivamente giustificata, oltre che pienamente legittima, la condivisione ex ante con MFM delle informazioni relative alle procedure di gara d'interesse per entrambe le società”*.

147. Il CNS, al riguardo, sostiene che *“in ogni caso, anche ammettendo per assurdo che MFM fosse venuta a conoscenza del regolamento dell'ATI 1 e, quindi, dei lotti della gara Consip cui CNS intendeva presentare offerta — circostanza non veritiera e comunque indimostrata — un'attenta cronologia degli avvenimenti e di per sé idonea a dimostrare che le informazioni, nel momento in cui sarebbero state conosciute da MFM, non erano comunque in grado di poterne influenzare la strategia di gara”*.

148. In relazione ai flussi informativi tra MFM e il CNS, quest'ultimo afferma, nelle memorie finali, che *“il solo contatto agli atti riguarda esclusivamente la doverosa verifica in ordine all'intenzione di Manutencoop*

di partecipare alla gara in modo autonomo o quale affidataria dei lavori nell'ambito del Consorzio. Ma tale contatto non può mai configurarsi in termini anticompetitivi, in quanto è consustanziale al modello consortile ed alla facoltà della consorziata di partecipare autonomamente”.

149. RM, nel negare di aver trasmesso il regolamento dell'ATI 1 a MFM espone la seguente argomentazione: *“in pratica, delle due l'una: o l'intesa consiste nella condivisione e ripartizione dei lotti di gara, e allora la possibilità per ciascuna delle due imprese (MFM e CNS) di desumere dalla negoziazione dell'accordo la strategia partecipativa dell'altra non assume alcun rilievo; oppure, se si qualifica quale dato sensibile e strategico la conoscenza, in via indiretta e presuntiva, della strategia dei due concorrenti, proprio tale elemento indiziario comprova l'esatto opposto di quello che la Direzione ritiene di voler provare: l'assenza di qualsivoglia condivisione e ripartizione in merito alla partecipazione alla gara e alla scelta dei lotti”.*

Le argomentazioni di Kuadra

150. Kuadra⁵⁰, premettendo che l'eventuale natura “sovrabbondante” di un ATI non è in alcun modo collegata ad un possibile abuso dello strumento lecito⁵¹, evidenzia di avere partecipato alla gara Consip in ATI poiché tale modalità era di fatto l'unica con cui le regole di gara le consentivano di partecipare⁵², oltre che quella più razionale e prudente. Quanto alla scelta del CNS come partner, essa è dipesa dal fatto che si tratta un operatore serio e affermato sul mercato, con cui Kuadra intratteneva già rapporti di *partnership* nello specifico settore dei servizi di pulizia.

151. La partecipazione in ATI con il CNS aveva anche lo scopo di soddisfare un credito preesistente di Kuadra, che nulla aveva a che vedere con la presunta intesa oggetto del procedimento. La *partnership* con il CNS va, infatti, ricondotta all'accordo transattivo concluso nel 2009 dal Consorzio con Esperia S.p.A., nel quale Kuadra è subentrata a seguito del conferimento nella medesima del ramo d'azienda di Esperia, avvenuto nel 2010⁵³. Kuadra

⁵⁰ Cfr. le memorie finali presentate da Kuadra e il relativo intervento nell'audizione finale.

⁵¹ Al riguardo, Kuadra richiama l'orientamento dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa secondo cui nei confronti della partecipazione a gare pubbliche attraverso i raggruppamenti di imprese sovrabbondanti non può operare alcuna presunzione di illiceità, nonché la comunicazione in materia dell'Autorità del 23 dicembre 2014.

⁵² Per poter gareggiare ai lotti 1, 4, 5 e 10 la società sarebbe stata priva sia del requisito relativo alle garanzie che di quello relativo al fatturato specifico.

⁵³ In base all'accordo, il CNS aveva riconosciuto a Esperia un indennizzo sotto forma di un accresciuto sviluppo economico delle sue attività di impresa “da attuarsi per mezzo di una partecipazione congiunta,

sottolinea le finalità del tutto lecite di tale accordo transattivo, ed evidenzia che la partecipazione alla gara Consip in ATI con il CNS avrebbe sostanziato l'esercizio di un proprio diritto.

152. Kuadra rappresenta altresì che la definizione della strategia di gara sarebbe stata decisa in autonomia dal CNS in qualità di mandataria dell'ATI, sia sotto il profilo della scelta dei lotti che del contenuto delle offerte da presentare. In proposito, Kuadra richiama la propria modesta quota di partecipazione all'ATI nonché la circostanza che il CNS, soggetto già presente sul mercato con posizioni di *incumbency* in diversi istituti scolastici su tutto il territorio nazionale, era il soggetto meglio posizionato per la definizione della partecipazione. Diversamente, Kuadra non deteneva nel proprio portafoglio commesse riconducibili ad alcun "appalto storico" nel settore e dunque non aveva nessuna posizione di mercato da difendere o tutelare.

153. Kuadra argomenta, inoltre, la piena legittimità e razionalità dei subappalti dalla stessa affidati nell'ambito della propria quota dell'ATI, non affatto rispondenti a logiche collusive. Kuadra, infatti, non detenendo appalti storici, ha deciso di ricorrere all'istituto legittimo del subappalto nei limiti di legge, al fine di poter organizzare il servizio anche in contesti nuovi. Per individuare le imprese subappaltatrici, Kuadra ha deciso di propria iniziativa di rivolgersi al CNS nell'ambito del rapporto di mandato già in essere, in quanto senz'altro in possesso di una rete territoriale capillare e dotata delle caratteristiche tecniche richieste dal bando di gara.

In proposito, Kuadra evidenzia che il ricorso al subappalto le ha consentito di evitare i costi di *start-up*, nonché i costi diretti e indiretti di gestione del personale. Dal punto di vista del CNS, aver segnalato proprie consorziate a Kuadra ha garantito il corretto e tempestivo adempimento alle obbligazioni assunte da Kuadra nei confronti della stazione appaltante, per le quali il CNS sarebbe stata responsabile ai sensi dell'art. 37 del Codice dei Contratti.

154. Nell'argomentare la propria estraneità alle condotte contestate, Kuadra rileva come essa, del tutto estranea al mondo delle cooperative, non avrebbe avuto alcun ruolo nelle asserite "*triangolazioni*" contestate al CNS, a MFM e a RM. Agli atti non vi sarebbe, peraltro, alcuna evidenza di rapporti tra Kuadra e MFM/RM, né del fatto che Kuadra fosse consapevole del presunto accordo tra CNS e Manutencoop. Con riferimento, in particolare, all'accordo tra CNS e RM, Kuadra evidenzia di averne avuto conoscenza unicamente nei

sotto forma di ATI o di Consorzio, ... a future gare indette sul territorio nazionale da enti pubblici o privati, in relazione al servizio di pulizia".

termini indicati nel regolamento dell'ATI e di non essere stata a conoscenza né del testo dell'accordo (che impegnava solo il Consorzio medesimo, nell'ambito della sua quota dell'ATI), né delle sue evoluzioni così come descritte nelle CRI.

155. In termini più generali, Kuadra contesta che si possa equiparare – come fatto nelle CRI – l'accettazione del regolamento dell'ATI ad una sostanziale adesione alla presunta intesa anticoncorrenziale di cui Kuadra ignorava l'esistenza. Quanto addebitato a Kuadra nella CRI rappresenta, quindi, una contestazione mossa “*per attrazione*” nei termini della responsabilità oggettiva, in evidente violazione del principio di personalità e soggettività dell'illecito amministrativo, di cui agli articoli 1, 3 e 7 della legge n. 689/81, poiché nell'ambito dei procedimenti amministrativi non può esservi responsabilità senza consapevolezza.

156. Kuadra, infine, lamenta una disparità di trattamento con Exitone, nei cui confronti nelle CRI non sono stati mossi addebiti, non svolgendo quest'ultima servizi di pulizia ma solo di supporto gestionale. Secondo Kuadra tale ricostruzione configura una contraddizione in termini in quanto per espressa disposizione normativa (art. 101 TFUE o art. 2 l. 287/90), la qualificazione in termini anticoncorrenziali di una condotta non dipende dalla natura principale o accessoria del servizio svolto, quanto dalla sussistenza degli elementi soggettivi e oggettivi dell'illecito, ossia la volontà di realizzare un'intesa e l'idoneità della stessa a falsare il gioco della concorrenza.

Pertanto, anche Exitone, al pari di Kuadra, sottoscrivendo il regolamento dell'ATI avrebbe beneficiato degli effetti del presunto accordo, quantomeno in misura proporzionale alla sua partecipazione all'ATI medesima.

V. VALUTAZIONI

V.1 IL MERCATO INTERESSATO

157. Secondo pacifica giurisprudenza, la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca l'accordo e/o la pratica concordata tra imprese. Tale definizione è dunque funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale e

alla decifrazione del suo grado di offensività⁵⁴.

158. L'ambito economico interessato dalle condotte in esame è rappresentato dalla procedura di affidamento indetta da Consip S.p.A., per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, per i servizi di pulizia e gli altri servizi, tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili di Istituti Scolastici di ogni ordine e grado e dei centri di formazione della Pubblica Amministrazione. Tale procedura è stata bandita da Consip in data 11 luglio 2012, nella forma di gara comunitaria a procedura aperta, suddivisa in 13 lotti e l'ambito esecutivo dei servizi coincide con l'intero territorio nazionale.

V.2 L'INTESA ANTICONCORRENZIALE

Qualificazione dell'intesa

159. In esito all'istruttoria sono state accertate condotte volte al coordinamento della strategia partecipativa alla gara poste in essere da CNS, Manutencoop, Kuadra e Roma Multiservizi, al fine di influenzarne gli esiti e, annullando il confronto competitivo tra le stesse, di ripartire i lotti messi a gara.

160. Più in particolare, dall'attività istruttoria svolta è emersa l'esistenza di una pratica concordata, riconducibile, da un lato, alla presenza di elementi di oggettivo riscontro – tra i quali figurano scambi di informazioni oltre ad un accordo scritto – che rivelano l'esistenza di una collaborazione anomala (elementi esogeni) e, dall'altro, all'impossibilità di spiegare alternativamente le condotte parallele verificate come frutto plausibile di iniziative imprenditoriali delle parti (elementi endogeni).

161. Le evidenze documentali agli atti non consentono di ritenere la società Exitone parte dell'intesa.

Rispetto al rilievo di Kuadra secondo cui la stessa avrebbe subito una disparità di trattamento in quanto la sua posizione sarebbe in tutto assimilabile a quella di Exitone, si osserva che quest'ultima opera in un mercato diverso da quello in cui sono attive le altre imprese parti del procedimento e che, in ogni caso, non sussistono evidenze sulla condivisione del disegno collusivo accertato da parte di Exitone.

Si aggiunga che, secondo costante giurisprudenza, il vizio di disparità di trattamento è configurabile solo a fronte di situazioni del tutto identiche⁵⁵.

⁵⁴ Cfr., *inter alia*, Consiglio di Stato sentenza del 1° marzo 2012 n. 1192, Mercato dello zolfo grezzo; cfr. altresì sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, Acea - Suez Environment/Publiacqua.

⁵⁵ Consiglio di Stato, 20 maggio 2011, n. 3013, I697 - Riciclaggio delle batterie esauste.

Premessa

a) Il quadro probatorio d'insieme

162. Oggetto dell'intesa è stato quello di condizionare l'esito della gara, eliminando il reciproco confronto concorrenziale, mediante l'utilizzo distorto dello strumento consortile; ciò al fine di garantire a CNS e MFM il numero massimo di lotti maggiormente appetibili, sul presupposto che entrambe avrebbero complessivamente beneficiato dei risultati singolarmente conseguiti. A tale ultimo riguardo, occorre infatti tener presente che, nonostante la sua partecipazione individuale alla gara, MFM resta un'impresa aderente al Consorzio, dai cui risultati quest'ultimo inevitabilmente trae vantaggio.

163. Più precisamente, MFM e CNS, pur formalmente concorrendo in maniera autonoma, hanno coordinato le rispettive modalità di partecipazione alla gara perseguendo i seguenti obiettivi condivisi:

- a) tutela del portafoglio della principale consorziata MFM;
- b) tutela del posizionamento di CNS sui lotti 1, 4 e 10;
- c) tutela del portafoglio della società strettamente connessa a MFM (RM), tramite l'accordo per il lotto 4;
- d) tutela del portafoglio delle consorziate CNS di maggior rilievo dopo MFM (es., Coopservice, Copura, Copma e Multiservice), anche grazie a subappalti concessi da Kuadra;
- e) compensare un debito pregresso di CNS verso Kuadra, consentendo a quest'ultima di partecipare all'ATI 1 nonostante CNS possedesse da solo i requisiti.

In tale contesto, lo strumento del subappalto è stato utilizzato a fini anticompetitivi, anche con lo scopo di realizzare "affinamenti compensativi" volti al riequilibrio delle posizioni delle parti.

164. La mancata corrispondenza delle modalità partecipative alla gara ad autonome scelte imprenditoriali ha frustrato il corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali, impattando sull'andamento e sugli esiti di gara complessivamente considerati, risultando idonea ad alterarne il regolare sviluppo nel suo insieme.

165. Così complessivamente ricostruita la condotta collusiva, risultano irrilevanti le difese delle parti volte a valorizzare la presenza alla gara Consip di ulteriori concorrenti e ad attribuire a tale elemento importanza esiziale per escludere la significatività di un'intesa anticompetitiva.

Al riguardo, in disparte la considerazione già di per sé assorbente che la

condotta contestata risulta qualificarsi come anticompetitiva per oggetto, determinando l'irrelevanza, ai fini della valutazione di illiceità, della produzione di eventuali effetti restrittivi, preme considerare come le descritte difese non colgano la reale essenza della pratica contestata.

Invero, ciò che si è contestato ed accertato è un'intesa con cui le parti, tra cui figurano i due maggiori player del mercato CNS e MFM, con fatturato specifico di gran lunga superiore a quello degli altri operatori del settore, hanno eliminato il rischio del reciproco confronto concorrenziale, così condizionando lo svolgimento della gara; peraltro, tale intesa si è anche compiutamente realizzata.

166. L'eliminazione della concorrenza tra le parti, proprio in ragione della loro posizione di spiccata preminenza sul mercato, è risultata sufficiente per neutralizzare l'incertezza sui risultati. In altri termini, l'intesa è stata idonea ad eliminare i pericoli della concorrenza, in quanto, una volta che CNS e MFM si sono messe al riparo dalla reciproca pressione competitiva, gli altri operatori del mercato non hanno costituito per loro un significativo vincolo concorrenziale, tant'è che questi ultimi pur avendo presentato offerte economiche aggressive non sono mai riusciti ad aggiudicarsi i lotti di interesse di CNS e MFM.

Ad ulteriore conferma del fatto che il coordinamento con MFM eliminava i maggiori rischi della concorrenza, si ricorda come il CNS già prima dell'esito della gara abbia potuto individuare con precisione i lotti che si sarebbe aggiudicata (cfr. doc. I.37.4.53).

167. Occorre, peraltro, tener presente che, pur avendo le parti prefigurato i lotti di maggior interesse da ripartirsi, esse si sono mantenute comunque aperte a soluzioni alternative sino alla presentazione delle offerte, al fine di ritagliarsi sufficienti margini di flessibilità operativa, così da cautelarsi nel caso in cui l'intesa anticoncorrenziale negoziata non fosse giunta – parzialmente o totalmente - a compimento o non avesse ricevuto attuazione, visto anche il ristretto arco temporale intercorrente tra la pubblicazione del bando e la scadenza del termine per presentare offerta.

168. Le scelte irrazionali nella strategia partecipativa delle parti si spiegano solo in quanto funzionali al disegno collusivo volto a tutelare il posizionamento del Consorzio e della sua consorziata di maggior rilievo. Ciò vale in particolare, con riguardo a: *a)* la mancata sovrapposizione su lotti oggettivamente appetibili sia per CNS che per MFM; *b)* il mancato rispetto della procedura di preassegnazione di cui lo stesso CNS si era dotato con apposito regolamento⁵⁶; *c)* l'irragionevole traslazione del portafoglio di

⁵⁶ Cfr. parte in fatto.

talune consorziate in regioni diverse da quelle di radicamento; *d*) la mancata tutela del portafoglio storico di altre consorziate.

169. Come si vedrà nel prosieguo, a fronte del quadro probatorio raccolto e delle anomale ed intrinsecamente irragionevoli scelte riscontrate, le parti hanno replicato operando un'artificiosa frammentazione delle evidenze agli atti, tentando di dimostrare l'asserita legittimità di ciascun tassello dell'intesa atomisticamente considerato.

Tale esercizio difensivo di parcellizzazione non risulta idoneo a fornire una diversa e plausibile spiegazione delle condotte complessivamente considerate. E, in ogni caso, nel prosieguo del provvedimento si comproverà come le difese delle parti risultano infondate anche volendo accedere all'inammissibile impostazione parcellizzante dalle stesse adottata.

170. Come già evidenziato nella parte in fatto, ATI 1 (di cui facevano parte CNS e Kuadra) e Manutencoop si sono aggiudicate complessivamente 8 dei 13 lotti posti a gara, vincendone 4 ciascuno; tuttavia, per effetto delle regole di gara (che limitavano a 3 il numero massimo di lotti aggiudicabili), sia ATI 1 che Manutencoop hanno dovuto cedere il lotto di importo minore al concorrente successivo in graduatoria.

Pertanto, CNS e Kuadra si sono garantite i lotti 1 (Valle D'Aosta, Piemonte e Liguria), 4 (Sardegna e Lazio), 5 (Lazio), 10 (Umbria, Marche, Abruzzo e Molise) ed hanno rinunciato al lotto n. 5; Manutencoop si è aggiudicata i lotti 2 (Emilia Romagna), 3 (Toscana), 8 (Lombardia e Trentino), 9 (Friuli Venezia Giulia e Veneto) ed ha rinunciato al lotto n. 3 (Toscana).

Tabella n. 3

Lotto	Regioni e valore	Partecipazione ATI 1		Partecipazione MFM		Numero altri partecipanti	Vincitore
		sconto offerto	offerta tecnica	Sconto offerto	offerta tecnica		
1	Valle d'Aosta, Piemonte e Liguria - 110,6 mln	42,88%	60,00%	-		2	ATI 1
2	Emilia Romagna - 95,2 mln	-	-	48,81%	57,5250%	4	Manutencoop
3	Toscana - 83,8 mln	39,71%	58,9270%	48,81%	55,4420%	9	Manutencoop*
4	Sardegna e Lazio - 192,2 mln	46,06%	60,00%	-		1	ATI 1
5	Lazio - 95,1 mln	46,06%	60,00%	-		2	ATI 1**
8	Lombardia e Trentino - 105 mln	-	-	48,81%	57,18%	7	Manutencoop
9	Friuli Venezia Giulia e veneto 93,8 mln	39,71%	59,0750%	48,81%	55,6260%	8	Manutencoop
10	Umbria, Marche, Abruzzo e Molise - 112,5 mln	43,52%	59,6830%	-		3	ATI 1

*Il partecipante che ha conseguito il punteggio complessivo più alto è stata Manutencoop, la quale ha tuttavia raggiunto il numero massimo di lotti aggiudicabile. **Il partecipante che ha conseguito il punteggio complessivo più alto è stata l'ATI 1, la quale ha tuttavia raggiunto il numero massimo di lotti aggiudicabile.

171. Rispetto ai citati 8 lotti, è da segnalare che in 6 di essi non si registra alcuna sovrapposizione tra CNS e Manutencoop, nel senso che dove si è presentata l'una, l'altra ha rinunciato a fare la propria offerta. Negli unici 2 lotti (segnatamente i lotti 3 e 9) in cui si è assistito a sovrapposizione, il soggetto non aggiudicatario (ATI 1 in entrambi i casi) ha adottato una condotta decisamente meno aggressiva rispetto a quella che ha improntato la sua partecipazione alla gara per gli altri lotti.

172. Nel contesto del disegno collusivo in esame è altresì da segnalare che nessuno dei due partecipanti ha presentato offerte per i 5 rimanenti lotti, che corrispondono alle regioni del Sud Italia, nonostante risulti agli atti che, perlomeno per talune di queste Regioni, imprese consorziate al CNS avessero manifestato il proprio interesse a partecipare. Sul punto, i rappresentanti del CNS hanno affermato che la scelta di non partecipare nelle aree del sud, benché in quell'area vi fossero numerose consorziate "di portafoglio", fosse dovuta all'elevata presenza di lavoratori ex-LSU, la quale determinava una disparità tra valore convenzionabile e valore storico dei lotti (il primo copriva fino alla metà del secondo).

L'argomentazione, tuttavia, mal si concilia con la circostanza che in Emilia Romagna, regione di storica operatività del Consorzio, il CNS non ha presentato offerta.

173. Invero, la scelta del CNS di non presentare offerta sul lotto n. 2 – Emilia Romagna risulta chiaramente irragionevole sotto il profilo economico/imprenditoriale, trovando tale condotta plausibile fondamento solo su un coordinamento collusivo volto ad azzerare il confronto competitivo su tale lotto con MFM per agevolare quest'ultima nell'aggiudicazione del lotto stesso.

L'Emilia Romagna risulta essere, come evidenziato nella parte in fatto, una storica e strategica regione di operatività del CNS, peraltro priva di LSU da reimpiegare. Nel 2012 tale regione risulta la prima per fatturato di portafogli intermediati dal Consorzio e seconda per fatturato da "appalti storici".

174. Inoltre, per tutelare le altre e rilevanti consorziate (oltre a MFM che concorreva separatamente) detentrici di appalti storici in Emilia Romagna, il CNS ha dovuto procedere ad artificiose riallocazioni di tali portafogli in altre regioni su cui ha presentato offerta.

Sul punto, come verrà meglio precisato, non appare plausibile la difesa fornita dal CNS secondo cui sarebbero state le stesse consorziate di portafoglio a richiedere di operare al di fuori dalla propria principale regione di elezione perché in quel territorio già si erano aggiudicate, per il tramite del Consorzio, la commessa Intercent.er.

In questa sede giova comunque già richiamare il fatto che la stessa Manutencoop, che si era aggiudicata la commessa Intercent.er per il tramite del CNS al pari delle altre consorziate emiliane, ha deciso ciononostante di partecipare per il lotto 2 della gara Consip.

175. Il quadro probatorio relativo all'intesa collusiva concernente il lotto n. 2 si arricchisce dell'evidenza dei subappalti che MFM, una volta aggiudicatasi il lotto al riparo della concorrenza del CNS, ha concesso ad alcune cooperative consorziate che il consorzio non è riuscito a riallocare altrove.

Al riguardo, inconferenti risultano le difese delle parti tese ad attestare che tali subappalti siano di entità troppo ridotta per costituire la complessiva contropartita da parte di MFM in favore del CNS a compensazione della mancata partecipazione di quest'ultimo alla gara. In realtà, la contropartita spuntata dal CNS non può che cogliersi nella più ampia dimensione dell'azzeramento della reciproca concorrenza realizzata con MFM sui lotti complessivamente aggiudicatisi nei termini già descritti.

In tale quadro complessivo, i riferiti subappalti hanno evidentemente assolto alla funzione di un equilibrio tra le parti.

In ogni caso, se è vero che i subappalti del lotto 2 destinati a consorziate del CNS costituiscono solo tre dei sette subaffidamenti attribuiti da MFM sul lotto in questione, deve in ogni caso evidenziarsi come essi rappresentino i più rilevanti per importo.

176. Anche le spiegazioni fornite dal CNS circa la scelta di non presentare offerta sul lotto comprendente la Lombardia (lotto 8) - assenza di consorziate con portafoglio storico di particolare rilievo - appaiono contraddittorie se, ad esempio, si pongono a confronto i posizionamenti storici delle consorziate in tale lotto con quelli relativi al lotto 3 (comprensivo della Toscana) in cui il l'ATI 1 ha, invece, presentato offerta.

In particolare, rileva che a parità di ex-LSU nelle due regioni, in Lombardia operavano due consorziate del CNS con portafoglio storico, mentre in Toscana il CNS non aveva alcuna consorziata di portafoglio. Ciò è esemplare in quanto attesta come le scelte dei lotti in cui partecipare sono state del tutto indipendenti dai criteri cui lo stesso CNS ha riferito improntare la sua strategia di gara (tutela del portafoglio consortile, valore dei lotti, presenza o meno di ex-LSU)⁵⁷. Alla luce di ciò privo di pregio risulta, pertanto, il rilievo volto a far leva sull'asserito esiguo valore del portafoglio storico delle consorziate operanti in Lombardia. In altri termini, l'irragionevolezza di non aver presentato offerta per il lotto 8 non deve

⁵⁷ Cfr. quanto riferito dal CNS nell'audizione con gli Uffici, riportato nella parte in fatto.

essere apprezzata in sé, slegata, cioè, dal contesto d'insieme; essa emerge, infatti, allorché la si pone a confronto con le altre scelte di gara compiute dal CNS.

177. Quanto alla sovrapposizione tra CNS e MFM sui lotti 3 e 9, la stessa risulta coerente con il quadro collusivo accertato, giacché il CNS non intendeva concorrere effettivamente per i riferiti lotti (poi vinti da MFM). Ciò risulta inequivocabilmente dal citato doc. I.37.4.53, da cui si apprende che il Consorzio, in un momento antecedente all'aggiudicazione, individua con precisione i lotti che poi si sarebbe effettivamente aggiudicato, esprimendo piena soddisfazione per il risultato prospettato, il quale, emblematicamente, non prende affatto in considerazione i lotti 3 e 9.

Pertanto, deve ritenersi che la menzionata sovrapposizione sia risultata funzionale alla collusione, in quanto - oltreché idonea a simulare un confronto competitivo tra le parti - ha altresì inciso sul livello di ribasso medio e, alla luce del meccanismo di funzionamento della formula di assegnazione dei punteggi, ha attenuato la potenzialità discriminante di offerte economiche competitive.

Non può, poi, sottovalutarsi che proprio tali lotti sono quelli in cui si registrano gli sconti medi più bassi (con un'unica eccezione) e, in particolare, più bassi degli altri 2 lotti in cui ha presentato offerta MFM.

178. In proposito, non coglie neanche nel segno la difesa delle parti secondo cui, per tali lotti, andrebbe considerata non solo l'offerta economica del CNS ma anche quella tecnica, che risultava essere, in virtù del punteggio assegnatole dalla Commissione di gara, l'offerta migliore in ciascuno dei due riferiti lotti. Invero, il punteggio assegnato all'offerta tecnica presentata dal CNS per tali due lotti risultava attestarsi su valori sostanzialmente analoghi (invero di pochissimo inferiori) ai punteggi spuntati dal Consorzio per le offerte tecniche presentate anche negli altri lotti che, si badi, sono risultati sempre più alti di quelli assegnati a tutti gli altri partecipanti.

Ciò evidenzia che la struttura organizzativa e l'esperienza pluriennale del Consorzio - non a caso il leader del mercato - gli ha agevolmente consentito di formulare offerte tecniche di considerevole livello indifferentemente su tutti i lotti in cui ha partecipato. L'altresì elevato livello delle offerte tecniche di MFM, sempre di poco inferiori a quelle del CNS e decisamente migliori di quelle degli altri concorrenti, era comunque tale da non mettere a rischio l'aggiudicazione a MFM stessa, stante appunto la rilevante differenza riscontrata nei livelli delle offerte economiche.

179. Nel disegno spartitorio che vede CNS e MFM come principali *player*, hanno svolto un ruolo collusivo di rilievo anche RM e Kuadra.

180. In particolare, con specifico riguardo al lotto n. 4, Roma Multiservizi, società partecipata in misura importante da Manutencoop, ha concluso con il CNS, in prossimità della gara, un accordo compensativo, in base al quale a fronte dell'impegno di Roma Multiservizi a non partecipare alla gara, CNS si impegnava ad assicurare a detta impresa subappalti per un valore corrispondente alle sue commesse "di portafoglio".

181. Al riguardo, e come si approfondirà di seguito, le argomentazioni difensive avanzate dalle parti appaiono inconferenti. In particolare, l'accordo tra il CNS e RM relativo al lotto 4 risulta essere illecito ed anticoncorrenziale per il suo stesso contenuto, avendo ad oggetto la rinuncia di RM a partecipare alla gara in cambio di vantaggi compensativi resi dalla controparte. In tal senso, a nulla valgono le prospettazioni di parte in cui si qualifica tale accordo in termini di contratto di subappalto o preliminare di subappalto.

Invero, il descritto accordo si distingue dai successivi contratti di subappalto – che dell'accordo stesso costituiscono meri momenti attuativi – sotto il profilo sia soggettivo (perché stipulato direttamente dal CNS a titolo individuale e non per conto dell'ATI aggiudicataria) sia sotto il profilo oggettivo (avendo un contenuto chiaramente compensativo tra la rinuncia a partecipare alla gara di RM e il conferimento di subappalti a valere sul lotto 4).

182. Nemmeno risultano convincenti le difese delle parti volte a ricondurre la legittimità del riferito accordo all'asserita assenza in capo a RM dei requisiti di fatturato per partecipare alla gara.

Tali argomentazioni, infatti, prospettate *ex post* nell'ambito delle audizioni con gli Uffici e delle memorie finali, risultano smentite dalle evidenze documentali e dalle dichiarazioni acquisite in sede ispettiva, da cui emerge come l'organo gestorio di RM avesse deliberato, già il 2 agosto 2012, di partecipare alla gara ritenendo di detenere i requisiti.

Né la circostanza fattuale della carenza dei requisiti di fatturato risulta evidenziata nelle varie stesure dell'accordo, che invece esplicitano sempre l'espressa volontà di RM di rinunciare a partecipare alla gara a fronte dell'impegno del CNS a concederle subappalti a valere sul lotto 4.

In particolare, nella stesura definitiva dell'accordo, all'interno del paragrafo denominato "*rinuncia*", si dichiara che RM "*non ritiene opportuno partecipare in qualità di offerente*" alla procedura Consip, dichiarandosi, così, implicitamente, la capacità della stessa a parteciparvi.

Peraltro, è appena il caso di evidenziare che anche in assenza di requisiti partecipativi individuali, RM avrebbe potuto presentare offerta in

raggruppamento di impresa, ovvero utilizzando gli idonei strumenti normativi (ad esempio, l'avvalimento).

Che la decisione di stipulare l'accordo in esame con il CNS non costituisse una scelta obbligata ma solo la decisione assunta dopo aver vagliato altre ipotesi di tutela del proprio portafoglio, si desume anche dalle valutazioni svolte all'interno della società a ridosso della conclusione dell'accordo (in una mail interna del 29 agosto 2012 si legge, infatti, "*noi saremo dei subappaltatori*", "*voglio sperare che questa decisione, che sembra la più conveniente, ci porti almeno ad ottenere la stessa quota di ricavi*"⁵⁸).

Di qui la necessità per le parti di stipulare l'accordo anticoncorrenziale in atti che prevedesse espressamente l'impegno di RM di non partecipare alla gara, sostituendo una pratica collaborazione ai rischi di un confronto competitivo.

183. Sotto un profilo generale, deve sottolinearsi come la rinuncia di RM a concorrere per il lotto 4 vada ad innestarsi in un quadro collusivo più ampio, considerando che tale società fa capo a MFM e, dunque, che, stanti i legami tra le due società, la rinuncia della prima sottendeva inevitabilmente anche la rinuncia a partecipare della seconda, in ossequio al piano di ripartizione dei lotti tra CNS e MFM.

184. Inoltre, Roma Multiservizi ha svolto un ruolo cruciale quale veicolo di informazioni sensibili tra CNS e Kuadra, da un lato, e Manutencoop, dall'altro. In particolare, le evidenze agli atti danno conto di stretti rapporti intercorrenti tra RM e MFM, non contestati dalle parti, tali da rendere inevitabili flussi informativi in materia di partecipazione alle gare e strategie ad esse correlate. A fronte di siffatti rapporti, le Parti affermano che RM e MFM erano necessariamente tenute a coordinarsi per non incorrere nelle cause di esclusione previste dalla normativa di settore (art. 38 del Decreto Legislativo n. 163/2006, c.d. "Codice dei contratti pubblici") e che, in ogni caso, gli scambi di informazioni intercorsi si spiegano alla luce del ruolo di *partner* industriale detenuto da MFM.

Al riguardo, anche volendo prescindere da una valutazione sulla legittimità o meno degli scambi di informazioni avvenuti tra MFM e RM, resta il fatto che i flussi informativi tra loro intercorsi hanno consentito e facilitato taluni snodi cruciali dell'intesa con CNS. Ciò anche ai fini del monitoraggio del reciproco rispetto del disegno ripartitorio prospettato tra i due player CNS e MFM (ad esempio, l'accordo per il lotto 4 ha svolto, tra l'altro, la funzione di rendere MFM e CNS reciprocamente edotte delle rispettive determinazioni in relazione a quel lotto).

⁵⁸ Cfr. Doc. II.113.

185. Per quanto attiene a Kuadra, si osserva che tale impresa ha partecipato all'ATI 1 a titolo compensativo di un credito pregresso vantato nei confronti del CNS (ai sensi della citata scrittura privata del 9 ottobre 2012), nonostante il Consorzio detenesse già i requisiti di partecipazione, ed ha condiviso la strategia di gara del CNS (in particolare, rispetto all'accordo con RM).

In tal modo, Kuadra si è potuta ritagliare una quota di mercato senza esporsi ai rischi di un confronto competitivo, accettando nel contempo di concedere subappalti a consorziate cui il CNS intendeva garantire il mantenimento del portafoglio.

186. L'intesa in esame ha avuto piena attuazione. Per effetto della stessa, CNS e Manutencoop hanno potuto aggiudicarsi, al riparo dalla concorrenza reciproca, un numero di lotti pari al doppio di quelli che si sarebbero potuti garantire se Manutencoop avesse partecipato in qualità di consorziata (atteso il limite di 3 lotti aggiudicabili previsto dalla *lex specialis*), così tutelando il rispettivo portafoglio clienti. Roma Multiservizi (attraverso la stipula del citato accordo per il lotto 4) ha parimenti realizzato l'obiettivo di mantenere pressoché invariato il proprio portafoglio. Kuadra (accettando di partecipare ad un'ATI non necessaria con CNS alle condizioni da questo imposte) si è potuta ritagliare una quota di mercato senza esporsi ai rischi connessi ad una partecipazione alla gara ispirata ai principi di competitività.

b) La non plausibilità delle spiegazioni alternative fornite dalle parti

187. A fronte dell'articolato quadro probatorio richiamato, le parti, come detto, contestano l'idoneità delle evidenze raccolte a sostenere gli addebiti loro mossi, mediante il soppesamento parcellizzato dei singoli elementi di prova.

Alcune parti, inoltre, lamentano che l'Autorità non avrebbe assolto l'onere probatorio necessario per contestare intese restrittive della concorrenza realizzate nella forma della pratica concordata. In particolare, si asserisce che gli Uffici istruttori non sarebbero stati in grado di dimostrare l'intrinseca stranezza delle condotte in esame, affermando che, ai fini di una diversa prospettazione delle stesse, sarebbe sufficiente che le parti dimostrino "*circostanze plausibili che pongono sotto luce diversa i fatti accertati dall'Autorità*" (così MFM in audizione finale).

188. Al riguardo, è preliminarmente da osservare che l'accertamento dell'intesa di cui trattasi non è basato sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma si fonda su elementi di prova esogeni

oltre che endogeni. Secondo la giurisprudenza amministrativa, in presenza di riscontri riconducibili a tale duplice tipologia di prova, al fine di superare il test della spiegazione alternativa lecita, le parti sono tenute a fornire una “oggettiva giustificazione economica o giuridica”⁵⁹ delle condotte esaminate e dei contatti tra loro intercorsi e non già limitarsi a “porre sotto diversa luce” i fatti accertati.

Perché una diversa spiegazione di determinati comportamenti d’impresa sia oggettivamente convincente, essa deve risultare logica e non contraddittoria, e non può essere il frutto di una ricostruzione operata *ex post* rispetto ai fatti avvenuti.

189. Nel caso di specie, le spiegazioni alternative fornite dalle parti sono state prospettate a seguito dell’avvio del procedimento, spesso anche modificate in corso di istruttoria e, in ogni caso, non risultano compatibili con quanto emerge dalla documentazione agli atti cronologicamente collocabile nell’arco temporale intercorso tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine di presentazione dell’offerta. In proposito, valga richiamare la consolidata giurisprudenza comunitaria secondo cui “nella valutazione del valore probatorio delle prove documentali si deve attribuire grande importanza alla circostanza che un documento è stato redatto in immediata concomitanza con i fatti”⁶⁰.

190. Ciò vale per le giustificazioni addotte dal CNS che si richiamano ad una dinamica del tutto incoerente rispetto alle regole che lo stesso Consorzio si è dato e che, addirittura, spesso non si coniugano con le eccezioni a tali regole che, sempre a dire del CNS, avrebbero informato il processo di preassegnazione delle consorziate nella gara Consip. Prescindendo, nell’ambito del presente procedimento, da ogni valutazione di merito su tali regole, vale, in particolare, richiamare la mancata riconferma di numerose consorziate di portafoglio, a dispetto del dettame principale che disciplina le attività consortili, nonché il fatto che l’asserita convenienza, nel contesto della gara in esame, della traslazione del portafoglio fuori regione delle consorziate emiliane non è stata ritenuta tale dalla consorziata di maggior peso (MFM). Ancora, rileva la circostanza che CNS abbia concesso un importante subappalto ad una società non consorziata (RM).

191. Peraltro, seppure si ipotizzasse la compatibilità di tali condotte con normali condizioni di mercato, risulterebbe comunque anomalo che di tali

⁵⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 13 maggio 2011, n. 2925, *Sintemar*; Consiglio di Stato 23 maggio 2012, n. 3026, *GPL*.

⁶⁰ Cfr. sentenza 12 dicembre 2014, causa T-554/08, *Eni/Commissione* e la giurisprudenza conforme ivi richiamata.

significativi scostamenti dalla prassi consortile non vi sia evidenza documentale e che, anzi, le scarse evidenze sul punto vadano in direzione opposta. Invero, di 19 consorziate preassegnate, solamente per due di esse è disponibile un riscontro documentale dell'istanza di preassegnazione; a ciò si aggiunga che il totale di istanze di preassegnazione pervenute al CNS in relazione alla gara in oggetto risultano essere 6, di cui, come detto, solo 2 sono state accolte rispetto ad un numero complessivo di consorziate preassegnate pari, appunto, a 19. Ora, se la ragionevolezza di una spiegazione alternativa alla pratica concordata anticoncorrenziale accertata dall'Autorità non deve necessariamente trovare sostegno in fonti documentali, appare quantomeno singolare, anche in virtù del principio della vicinanza alla fonte della prova, che del processo valutativo interno al Consorzio che ha condotto a decisioni così complesse e strategiche per il CNS non vi sia alcuna traccia agli atti del procedimento. In altri termini, risulta inverosimile che il Consorzio non disponga di un solo documento da cui emerga, ad esempio, l'analisi della strategia che si sarebbe adottata per la gara Consip, che, in quanto diversa dalla prassi usualmente seguita, avrebbe dovuto ragionevolmente richiedere, da parte di un'entità che raggruppa un numero così significativo di imprese, riflessioni ponderate sotto diversi profili e, soprattutto, condivise con le consorziate. A tale ultimo riguardo, il fatto che il 18 luglio 2012 il CNS avesse già deciso le consorziate da indicare per la gara, dimostra al di là di ogni dubbio come tali scelte siano state compiute senza tener conto del punto di vista delle associate (cfr. doc. I.30.24.72).

Rileva, altresì, la mancata presenza agli atti di evidenze relative a studi condotti dal CNS per valutare l'asserita convenienza economica della traslazione del portafoglio di un numero significativo di consorziate da un territorio ad un altro e, ancora una volta, l'assenza di documenti che attestino che le valutazioni medesime siano state condivise (o, meglio, secondo quanto riferito dal CNS, addirittura sollecitate) dalle consorziate interessate.

192. Analoghe considerazioni valgono per la ricostruzione dei fatti offerta da MFM, la quale afferma di aver effettuato la scelta dei lotti in cui presentare offerta in piena autonomia e in un momento antecedente alle negoziazioni relative all'accordo per il lotto 4. A tal fine, con la memoria finale, MFM ha prodotto un documento⁶¹ da cui emergerebbe che già il 2 luglio 2012 la società avrebbe compiuto tale scelta. Tuttavia, dalla documentazione in

⁶¹ Si tratta della c.d. carpetta, segnatamente il frontespizio all'offerta proposta, la quale e, invero, era stata acquisita in ispezione in una versione in cui detta carpetta non compariva.

atti, risulta che ancora il 1° agosto 2012 MFM discuteva con una società di consulenza i passi da compiere perché quest'ultima acquisisse le informazioni necessarie per svolgere uno studio sull'appetibilità della totalità dei lotti messi a gara (doc. II.93.6.23). Ebbene, non può evidentemente rispondere ad alcun criterio di razionalità economica la scelta di un'impresa di commissionare uno studio a pagamento, peraltro di portata assai ampia (i 13 lotti), ad un consulente esterno se rispetto alle questioni che tale studio avrebbe dovuto esaminare ogni scelta fosse già stata compiuta.

193. Si aggiunga che anche l'argomento apparentemente suggestivo addotto da MFM, secondo cui il criterio principale – se non esclusivo - da essa seguito nella scelta dei lotti a cui partecipare sarebbe stato quello di escludere i territori presso cui operava un elevato numero di lavoratori ex-LSU, per quanto in sé plausibile assume carattere di irragionevolezza se esasperatamente enfatizzato.

Secondo quanto affermato da MFM in audizione finale, la presenza di ex-LSU sarebbe stata incompatibile con *“una erogazione efficiente del servizio, nel senso della sua sostenibilità economica”*. Ora, se è un fatto che i quattro lotti aggiudicati a MFM sono effettivamente quelli in cui si registra un numero più ridotto di ex-LSU, non può accogliersi l'impostazione per cui gestire un numero, talora anche contenuto (si pensi al lotto 1, che ne contava appena 62), di lavoratori ex-LSU, sarebbe in assoluto antieconomico; ciò a meno di non ritenere che un numero significativo di altri operatori del mercato agisca secondo logiche antieconomiche, atteso che altre imprese hanno concorso per quei territori, alcune di esse si sono aggiudicati i lotti che li ricomprendono e stanno svolgendo i servizi in quelle aree. Si consideri peraltro che, proprio nei lotti che contavano il maggior numero di ex-LSU, gli sconti mediamente offerti sono risultati assai più elevati di quelli proposti da MFM nei lotti che essa si è aggiudicata, ad ulteriore dimostrazione che il servizio fosse assolutamente sostenibile dal punto di vista economico anche in quei territori.

Giova altresì ricordare, oltre alla presenza di offerte di altri operatori per i lotti del centro-sud, dove il numero di ex-LSU è molto elevato, la sussistenza in capo alla stessa MFM - e alla società ad essa riconducibile (RM) - di contratti in cui sono impiegati lavoratori di questa tipologia.

Si aggiunga che, anche qualora si accedesse all'impostazione per cui il criterio della presenza o meno di ex-LSU fosse stato l'unico utilizzato nelle scelte relative alla partecipazione alla gara (ancorché per una delle sole imprese partecipanti), non si vede ancora una volta il motivo – e la

razionalità economica – di commissionare uno studio ad un consulente esterno per studiare la profittabilità della totalità dei lotti messi a gara.

194. MFM ha anche sostenuto che l'autonomia che avrebbe guidato le proprie condotte in sede di gara sarebbe deducibile dall'utilizzo di simulatori per la formulazione delle offerte presentate, oltre che dal fatto di aver proposto livelli di sconto non compatibili con una logica collusiva. Tale argomentazione è ad ogni evidenza inconferente in quanto, come visto, l'aggiudicazione della gara Consip non avrebbe comportato un automatico diritto a svolgere i servizi messi a gara, atteso che a seguito dell'espletamento della procedura gli aggiudicatari avrebbero dovuto individuare gli istituti scolastici da convenzionare. In altri termini, era interesse di MFM (e di tutte le parti) proporre offerte che in seguito sarebbero risultate idonee a rendere appetibili i servizi per gli istituti scolastici cui sarebbe stato prospettato il convenzionamento.

Peraltro, quanto al livello degli sconti, nella quasi totalità dei lotti in cui le parti non hanno presentato offerta i livelli medi di sconto sono risultati essere analoghi o di gran lunga superiori a quelli di MFM (nonché di CNS).

195. Ancora, non appare credibile la ricostruzione dei fatti prospettata da RM. Tale impresa, fino all'avvio dell'istruttoria – segnatamente, ancora in sede di accertamenti ispettivi, quindi a gara ormai espletata - avrebbe ritenuto di possedere i requisiti per partecipare alla gara individualmente per almeno due lotti; successivamente, nel corso del procedimento, i consulenti legali dell'impresa avrebbero riferito che RM non possedeva i requisiti neanche per partecipare al solo lotto 4 e che tale circostanza, oltre che nota all'impresa già prima della gara, sarebbe alla base della scelta di concludere l'accordo con il CNS per quel lotto. Secondo tale ricostruzione, quindi, RM avrebbe firmato un accordo in cui il suo testuale impegno a non partecipare alla gara non andrebbe inteso letteralmente, ma dovrebbe – per dirla con il CNS - essere interpretato come una “clausola di stile”.

È indubbio che RM abbia approntato *ex post* tale argomento nel tentativo di fornire una spiegazione logica e lecita alle proprie condotte di gara, che tuttavia, oltre ad essere inidonea ad incidere sulla natura inequivocabilmente illegittima dell'accordo, è anche smentita dalla documentazione agli atti (al riguardo, si richiamano nuovamente il verbale ispettivo, il verbale del Cda di RM in cui si delibera la partecipazione alla gara, la mail interna del 29 agosto 2012⁶², nonché le varie stesure dell'accordo concluso con il CNS).

⁶² Come visto da tale email interna a RM emerge chiaramente che l'accordo il CNS è stato concluso dopo aver vagliato altre ipotesi di tutela del proprio portafoglio: “noi saremo dei subappaltatori”, “voglio sperare

196. Quanto a Kuadra, la sua ammissione a far parte dell'ATI 1, unitamente al CNS, non risulta giustificabile se non alla luce dell'ottica compensativa sopra descritta. Posto, infatti, che il CNS possedeva i requisiti per partecipare singolarmente alla gara, la sua scelta, in chiara contraddizione con le logiche consortili, di concorrere insieme a Kuadra piuttosto che riservare alle proprie consorziate indicate in sede di offerta la quota esecutiva assegnata, nell'ambito dell'ATI, alla stessa Kuadra (rinunciando quindi a tutelare parte del portafoglio consortile), si spiega solo se si ha presente l'esistenza di un credito pregresso che Kuadra vantava nei confronti del Consorzio e di cui vi è ampia evidenza documentale agli atti.

Tanto più che entrambe le parti non sono state in grado di fornire spiegazioni che non fossero affermazioni apodittiche quando hanno tentato di sostenere la convenienza in sé di tale alleanza per il CNS.

197. Da ultimo, non può non rilevarsi che seppure la razionalità economica di un comportamento di impresa deve essere apprezzata con riguardo alla situazione specifica dell'impresa che lo pone in essere, l' "oggettiva plausibilità" della spiegazione alternativa fornita dalle parti risulta quantomeno vacillare allorché soggetti che operano nello stesso mercato e con riferimento alla stessa gara compiano valutazioni di segno diametralmente opposto, perlomeno con riguardo a questioni di carattere generale.

Rilevano, al riguardo, l'affermazione del CNS secondo cui sarebbe inevitabile presentare offerte economiche differenziate per lotti diversi, a fronte di offerte economiche identiche presentate da MFM (che, peraltro, si era anche avvalsa dei servizi di un consulente per formulare le proprie offerte); l'argomento dell'assoluta non profittabilità dei lotti in cui erano presenti lavoratori ex-LSU rappresentata da MFM, a fronte della partecipazione in alcuni di tali lotti del CNS, di RM oltre che di altri operatori; l'interesse di CNS a partecipare per il lotto 4, concedendo un importante subappalto a RM, a fronte dell'asserito disinteresse per quel territorio proprio del partner industriale di RM; l'esigenza rappresentata come ineludibile da RM di continuare a svolgere il servizio sugli istituti scolastici già serviti, e in generale il rilievo attribuito alla territorialità sia da CNS che da MFM (cfr. doc. IV.230), a fronte delle affermazioni di Kuadra secondo cui, nella gara Consip, risultava del tutto irrilevante partecipare per un lotto piuttosto che per un altro.

che questa decisione, che sembra la più conveniente, ci porti almeno ad ottenere la stessa quota di ricavi" (doc. II.113).

La rappresentazione di visioni e approcci imprenditoriali così diversi, se non inconciliabili tra loro, contribuisce, pertanto, a confermare che la ricostruzione delle rispettive condotte e i ragionamenti proposti dalle parti non superano il test della spiegazione alternativa lecita.

198. Che quelle delle parti costituiscono artificiose ricostruzioni, compiute *ex post*, appare infine avvalorato, sul piano formale, anche dalla circostanza che addirittura la mera rappresentazione fattuale fornita da una parte si pone in contraddizione con quanto riferito rispetto allo stesso fatto da altre parti. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla telefonata che CNS afferma essere intervenuta con MFM in prossimità della gara per accertare il suo interesse a partecipare sotto l'alveo consortile, la cui esistenza è stata invece negata da MFM. Ancora, si vedano le diverse rappresentazioni che CNS e MFM hanno dato dell'*iter* seguito in ambito consortile ai fini della "preassegnazione", segnatamente l'asserita natura indispensabile di una richiesta formale in tal senso da parte della consorziata, riferita da MFM e negata dal Consorzio (cfr. doc. IV.230).

199. In conclusione, le spiegazioni alternative fornite dalle parti, per tutto quanto sopra, difettano, sotto il profilo sia sostanziale che formale, del requisito della oggettiva plausibilità richiesto dalla giurisprudenza amministrativa e, dunque, non risultano idonee a mettere in discussione la pratica concordata illecita.

c) Lo standard probatorio e la presunzione di innocenza

200. MFM richiama la giurisprudenza comunitaria e le disposizioni della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo (la "CEDU") e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per sostenere la mancata dimostrazione dell'esistenza dell'infrazione oltre ogni ragionevole dubbio in ossequio al principio della presunzione di innocenza, anche in considerazione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni inflitte dall'Autorità.

Tali osservazioni non colgono nel segno.

201. Invero, l'accertamento dell'intesa in oggetto è stato condotto in aderenza agli standard probatori richiesti dalla giurisprudenza comunitaria rilevante.

Ciò emerge dalla integrale lettura delle medesime pronunce che la stessa parte ha citato in modo parziale a propria difesa.

Si vedano, ad esempio, le sentenze del Tribunale UE causa T-558/08 (Eni S.p.A.) e cause riunite T-147/09 – T-148/09 (Trelleborg Industrie SAS).

Tali pronunce, dopo aver affermato che l'esistenza di un dubbio nella mente del giudice deve andare a vantaggio dell'impresa destinataria della decisione e che la Commissione deve indicare prove precise e concordanti per dimostrare l'esistenza dell'infrazione, temperano e meglio puntualizzano il richiamato principio nei termini che seguono: *“tuttavia occorre sottolineare che non tutte le prove prodotte dalla Commissione devono necessariamente rispondere a tali criteri per ogni elementi dell'infrazione, È sufficiente che la serie di indizi invocati dall'istituzione, complessivamente considerati, risponda a tale requisito”*.

202. Ed ancora, sempre nelle medesime sentenze, lo standard probatorio richiesto per gli accertamenti *antitrust* nel rispetto del principio di presunzione di innocenza viene così più specificamente declinato: *“poiché sono noti tanto il divieto di partecipare a pratiche e accordi anticoncorrenziali quanto le sanzioni che possono essere irrogate ai contravventori, di norma le attività derivanti da tali pratiche ed accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo.*

Pertanto, non può imporsi alla Commissione di produrre documenti attestanti in modo esplicito un contatto tra gli operatori interessati.

Anche qualora la Commissione scopra siffatti documenti, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni. L'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale può essere pertanto dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle norme sulla concorrenza”.

In modo non dissimile si è espresso anche il giudice amministrativo nazionale sull'onere probatorio gravante in capo all'Autorità.

203. Ne deriva che, come evidenziato nelle pertinenti sezioni del presente provvedimento, l'intesa in oggetto, nella forma della pratica concordata, è stata accertata nel rispetto del principio della presunzione di innocenza e del superamento di ogni ragionevole dubbio secondo gli standard probatori richiesti dall'interpretazione giurisprudenziale comunitaria e nazionale relativamente alle infrazioni *antitrust*.

Il contesto: l'obiettivo del mantenimento delle posizioni di mercato storicamente detenute

204. L'intesa di cui trattasi si inserisce in un contesto di limitato confronto concorrenziale tra gli operatori del settore e ne rappresenta il coronamento. Rispetto alla descrizione di tale contesto rappresentata nell'ambito della CRI, le parti (in particolare, il CNS) hanno dedicato una parte non irrilevante dei propri scritti difensivi per affermare l'irrelevanza probatoria dei documenti di seguito riportati. Al riguardo, è bene chiarire che tali documenti sono riportati al solo fine di descrivere il contesto di collaborazione tra concorrenti e di mantenimento delle posizioni detenute in cui si colloca l'intesa (come emerge dal titolo del presente paragrafo mutuato dalla corrispondente sezione della CRI) e non sono stati utilizzati né in questa sede, né in sede di CRI per muovere specifici addebiti alle parti.

205. In ogni caso, le osservazioni delle parti rese sui documenti menzionati non colgono nel segno, poiché non risultano idonee a scalfire la portata segnaletica di tali documenti ai fini che qui rilevano: ossia come elementi sintomatici di un contesto operativo caratterizzato da confronti informativi di vario tipo tra concorrenti in relazione alle commesse di pertinenza, da una prassi volta alla tutela del posizionamento di ciascuna impresa e da un utilizzo disinvolto dello strumento consortile da parte delle consorziate di maggiori dimensioni (quale è MFM) per risolvere ogni tipologia di problematica operativa incontrata anche nello svolgimento di commesse acquisite senza l'interposizione del Consorzio stesso. Scenario che, lo si ribadisce, risulta estremamente utile a comprendere e a contestualizzare le condotte delle parti relativamente alla gara Consip, ma che non configura in sé oggetto di specifica contestazione.

206. La condivisione preventiva delle preoccupazioni e degli obiettivi perseguiti in occasione della partecipazione a gare pubbliche risulta essere elemento caratterizzante i rapporti tra imprese del settore, come dimostra l'incontro organizzato da CNS in data 20 novembre 2013 "*Tra i cinque maggiori player di mercato (MFM, Manital, Coopservice, Dussmann e CNS)*" per "*discutere delle problematiche connesse al bando tipo per il servizio pulizia*", al fine di "*condividere obiettivi e modalità delle iniziative da intraprendere*". In tale occasione, la natura segreta dell'incontro e l'intento tramite lo stesso perseguito induce, "*vista l'importanza ma anche la delicatezza*" degli argomenti da trattare, i rappresentanti delle citate imprese ad incontrarsi presso un hotel e non presso la sede del Consorzio come inizialmente ipotizzato (cfr. doc. I.37.4.60).

207. L’approccio di collaborazione tra concorrenti, teso al rispetto dello *status quo*, si registra altresì nei rapporti tra diversi consorzi. Significativa, al riguardo, una mail interna al CNS, datata 7 febbraio 2014, in cui si rappresenta l’opportunità di concedere subappalti in alcune scuole di Torino in ragione del fatto che *“Confcooperative ha chiesto spazi per le proprie associate che svolgono attualmente il servizio”*, precisando altresì *“a noi viene bene per i rapporti con CONF che si manterrebbero fluidi e collaborativi per le prossime vicende ‘rifiuti’”* (cfr. doc. I.37.4.2).

208. Le evidenze raccolte danno anche atto di un utilizzo distorto dello strumento consortile, finalizzato a influenzare gli esiti di gare. Si veda in tal senso una email interna al CNS in cui si prospetta l’ipotesi di partecipare ad una gara per fungere da *“schermo utile”* a vantaggio di due consorziate che partecipano autonomamente (una delle quali è Manutencoop), nell’ottica di favorire la continuità dei contratti da queste detenuti (cfr. doc. I.37.4.70).

(segue) La logica della tutela dei contratti storici

209. CNS, Manutencoop e Roma Multiservizi hanno affermato che l’obiettivo di confermare la propria presenza nei territori in cui si è già attivi è uno dei principali criteri a cui esse fanno riferimento nella scelta delle gare (o dei lotti) cui partecipare.

In particolare, il CNS ha riferito di adoperarsi per garantire alle proprie consorziate – in particolare a quelle che detengono i portafogli clienti più cospicui - il mantenimento delle posizioni di mercato acquisite, favorendo il rinnovo dei contratti in essere e, dunque, degli appalti *“storicamente”* detenuti o, in ogni caso, i livelli di fatturato realizzati.

Come illustrato dallo stesso CNS nel corso dell’audizione con gli uffici, l’obiettivo di garantire il rinnovo dei contratti in essere alle proprie consorziate è di norma alla base delle dinamiche consortili.

210. È emerso altresì che, in generale, il CNS ha cura di garantire proporzione tra le assegnazioni da attribuire alle singole cooperative e il loro portafoglio pregresso (in termini di appalti storici o, comunque, di ricavi conseguiti tramite questi ultimi) (v. doc. 30.24.72).

Nelle parole dei rappresentanti del CNS, in occasione di nuove gare, sussiste la *“necessità di non erodere il portafoglio delle cooperative già attive per quelle commesse”*. In coerenza con tale approccio, con riguardo alla gara in esame, nelle regioni in cui il CNS non ha presentato offerta, si è provveduto adottando il seguente approccio: *“per le consorziate che detenevano un*

portafoglio storico nelle Regioni del Sud, il Consorzio si è adoperato per garantire il mantenimento del valore riconducibile a tale portafoglio storico, tentando di garantire a tali consorziate, traslandone il portafoglio, valori il più possibile equivalenti di commesse in regioni ubicate nei lotti per i quali ha presentato offerta”.

211. Anche le associate di CNS avanzano richieste intese a far valere il mantenimento del proprio portafoglio, perlomeno in termini di fatturato. Si veda in tal senso l’email del 27 gennaio 2014 in cui l’associata Coop 2001, in occasione delle assegnazioni delle scuole di propria spettanza per dare seguito alle attribuzioni della gara Consip, lamenta la mancata concordanza con il fatturato realizzato in precedenza. Di tale lamentela il direttore delle risorse umane del CNS informa due responsabili apicali del Consorzio (doc I37.4.44).

212. L’attività istruttoria svolta ha posto in rilievo come il descritto approccio protezionistico delle posizioni di mercato acquisite ha ispirato, nell’ambito della gara Consip, i rapporti tra imprese del settore anche al di fuori delle relazioni consortili e, in particolare, quelli intercorrenti tra CNS e Manutencoop anche quando questa concorre per il mercato in maniera autonoma (non in qualità di consorziata, né in ATI con CNS), quelli tra CNS e imprese non consorziate, come è il caso di Roma Multiservizi (con cui CNS ha concluso un accordo compensativo), ovvero di Kuadra (con cui CNS ha costituito un’ATI non necessaria per compensare una pregressa esposizione debitoria, come emerge dalla scrittura privata sopra riportata).

Il disegno collusivo posto in essere nell’ambito della gara Consip

213. Nel descritto contesto di scarso confronto competitivo, CNS, Manutencoop, Roma Multiservizi e Kuadra hanno potuto agevolmente influenzare gli esiti della gara Consip.

214. Al riguardo, giova preliminarmente richiamare la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui nelle pratiche concordate, benché manchi un accordo espresso, si assiste a forme di coordinamento fra le imprese volte a sostituire consapevolmente una concreta collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza. La mancanza di un accordo espresso viene considerata pienamente comprensibile, atteso che gli operatori del mercato, essendo consapevoli della illiceità della pratica anticoncorrenziale, possono tentare di celarla, evitando accordi scritti, e finanche accordi verbali espressi, ricorrendo invece a reciproci segnali volti a realizzare una

concertazione di fatto⁶³.

215. È per tale motivo che, in un contesto di “naturale” scarsità della prova in relazione a condotte segrete, la concertazione tra imprese può essere desunta in via indiziaria da una serie di elementi oggettivi. Tra questi, può assumere rilievo qualsivoglia tipo di contatto, diretto o indiretto, tra le imprese idoneo a influire sul comportamento dei concorrenti sul mercato. In presenza di ragionevoli indizi di una pratica concordata, grava sulle imprese indagate l’onere probatorio di una diversa spiegazione volta ad affermare la liceità delle condotte⁶⁴.

216. Nel seguito si illustreranno gli elementi probatori rilevanti ai fini dell’accertamento della fattispecie in esame, esaminando dapprima gli elementi di natura esogena e successivamente quelli di tipo endogeno.

Gli elementi di prova esogeni

a) Gli scambi di informazioni tra le parti

217. Un primo dato da evidenziare concerne gli scambi di informazioni avvenuti tra i partecipanti alla gara.

Secondo quanto riferito dal rappresentante legale di CNS nel corso degli accertamenti ispettivi, il Consorzio ha consultato telefonicamente Manutencoop per vagliare la possibilità che quest’ultima partecipasse alla gara Consip tramite il CNS stesso, ma Manutencoop avrebbe espresso la propria volontà di prendervi parte individualmente e, dunque, in concorrenza con il CNS⁶⁵. Tale circostanza è stata ribadita da CNS in sede di audizione con gli Uffici. Sul punto, una diversa prospettazione è stata fornita dal rappresentante di Manutencoop in audizione, il quale ha asserito che il CNS non avrebbe contattato Manutencoop per appurare se intendesse o meno partecipare alla gara Consip nell’ambito del Consorzio, in quanto la procedura consortile prevede dinamiche opposte (sono le consorziate a manifestare al CNS il proprio interesse alla preassegnazione e non viceversa); né Manutencoop avrebbe rappresentato a CNS l’intendimento di partecipare singolarmente alla gara.

Sul punto, in ogni caso, il CNS rappresenta la piena legittimità del previo

⁶³ Così, tra gli altri, Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, Gare ASL campane; similmente, Consiglio di Stato, 8 agosto 2014, n. 4230, e 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278, Cosmetici.

⁶⁴ Cfr. Consiglio di Stato, n. 1671/2001, *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*; n. 4017/2006, *Imballaggi metallici*; n. 423/2008, *Rifornimenti aeroportuali*; n. 1009/2008, *Prodotti Disinfettanti*; nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278/2014, *Cosmetici*.

⁶⁵ Cfr. doc. I. 4.

contatto con MFM, in quanto fisiologico nei rapporti con le proprie consorziate. In effetti, ciò che si contesta non è la telefonata in sé ma il fatto che a partire da questa le parti avrebbero dovuto astenersi dal condividere ogni informazione relativa alle rispettive strategie di gara e, ove necessario, adottare i necessari accorgimenti per evitare che si realizzasse un flusso, diretto o indiretto, di trasmissione di informazioni.

218. Nonostante le due società avessero deciso di partecipare autonomamente alla procedura, le evidenze agli atti attestano infatti la condivisione di informazioni sensibili che hanno consentito a Manutencoop e CNS di venire a conoscenza delle scelte che avrebbe compiuto la concorrente prima della scadenza del termine per presentare offerta, così avendo entrambe modo di orientare il proprio comportamento di mercato tenendo conto di tali informazioni strategiche, con conseguente ed inevitabile contrazione degli incentivi a competere.

219. Ci si riferisce, innanzitutto, alla negoziazione intercorsa tra Roma Multiservizi e CNS per il lotto 4 (v. *infra*), che ha consentito a quest'ultima di acquisire informazioni sulla strategia partecipativa che avrebbe adottato Manutencoop alla gara. Ad esempio, l'accordo tra le prime due rendeva palese per il CNS che Manutencoop non avrebbe corso per l'aggiudicazione del lotto stesso. Ciò in quanto, considerati i vincoli societari che intercorrono tra Manutencoop e Roma Multiservizi, laddove la prima avesse inteso partecipare direttamente per il lotto 4, la sua controllata si sarebbe ragionevolmente accordata con essa per la gestione dei servizi relativi a quel lotto (tramite la costituzione di un'ATI, ovvero mediante la previsione di un subappalto in sede esecutiva). Del pari, l'aver assunto contezza di tale accordo, ha consentito a MFM di monitorare l'effettività della partecipazione di CNS per il lotto 4 e, dunque, il rispetto dell'impegno di garantire il portafoglio di RM.

220. Si aggiunga che, in data 30 settembre 2012, diversi esponenti di CNS e di Roma Multiservizi hanno condiviso una email, intitolata "*accordo con Roma Multiservizi*", alla quale era allegato il regolamento interno dell'ATI 1, con la precisa indicazione, tra le altre cose, dei lotti per cui l'ATI 1 avrebbe presentato offerta⁶⁶.

Manutencoop, stanti le relazioni intercorrenti con Roma Multiservizi, come accertate in corso di istruttoria e pienamente confermate dalle parti nelle memorie da ultimo presentate, anche alla luce dei rapporti di partecipazione societaria di cui si dirà meglio in seguito, non può che essere venuta a

⁶⁶ Cfr. doc. I.30.77 e doc. II. 141.

conoscenza, nell'ambito della negoziazione dell'accordo tra il CNS e RM, delle scelte strategiche che il raggruppamento facente capo al CNS avrebbe adottato nel corso della gara, con precisa evidenza dei lotti per cui lo stesso avrebbe concorso.

Al riguardo, si osserva che il rappresentante di CNS che ha preso parte all'audizione con gli uffici ha dichiarato, in termini generali, con riguardo ai rapporti tra le società in parola, che può *“ritenersi che il CNS dava per scontato che RM interloquisse con MFM della propria attività industriale e commerciale in quanto socio industriale di riferimento di RM. Pertanto, può ritenersi che MFM abbia interloquito con RM anche su questo argomento. D'altronde, trattandosi del socio industriale, è normale che esso metta in campo la sua capacità operativa e che nomini ai vertici di RM qualcuno di specifica competenza nel settore industriale di riferimento”*.

221. Come chiarito dalla Commissione nelle Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, è possibile individuare una pratica concordata anche qualora una sola impresa divulghi o condivida, anche in maniera indiretta⁶⁷, informazioni strategiche ai propri concorrenti, che le accettano: tale circostanza, infatti, è in grado di ridurre l'incertezza strategica sul futuro funzionamento del mercato per tutti i soggetti coinvolti. Quando un'impresa riceve dati strategici da un concorrente, infatti, *“si presuppone che abbia accettato le informazioni ed abbia adattato il proprio comportamento sul mercato di conseguenza, a meno che non reagisca con una dichiarazione chiara del fatto che non desidera ricevere tali dati”* (Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252, *Logistica internazionale*)⁶⁸.

⁶⁷ “Lo scambio delle informazioni può assumere forme diverse. In primo luogo, i dati possono essere direttamente condivisi tra i concorrenti. In secondo luogo, i dati possono essere condivisi in maniera indiretta attraverso un'agenzia comune (ad esempio, un'associazione di categoria) o attraverso terzi (come un'organizzazione di ricerche di mercato o i fornitori o dettaglianti delle imprese)” (cfr. Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, par. 55).

⁶⁸ “È possibile parlare di pratica concordata anche qualora una sola impresa divulghi informazioni strategiche al proprio o ai propri concorrenti (che le accettano). Tali divulgazioni potrebbero avvenire, ad esempio, mediante contatti via posta, e-mail, telefono, riunioni, ecc. È poi irrilevante se solo un'impresa informi unilateralmente i propri concorrenti in merito al comportamento che intende adottare sul mercato oppure se tutte le imprese coinvolte si scambino informazioni in ordine alle rispettive considerazioni e intenzioni. Quando una sola impresa rivela ai suoi concorrenti informazioni strategiche concernenti la propria politica commerciale futura ciò riduce l'incertezza strategica sul futuro funzionamento del mercato per tutti i soggetti coinvolti e aumenta il pericolo di una limitazione della concorrenza e di un comportamento collusivo ... Quando un'impresa riceve dati strategici da un concorrente (nel contesto di una riunione o mediante posta o per via elettronica), si presuppone che abbia accettato le informazioni ed abbia adattato il proprio comportamento sul mercato di conseguenza, a meno che non reagisca con una dichiarazione chiara del fatto che non desidera ricevere tali dati” (cfr. Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, par. 62).

222. L'aver reso accessibili a Manutencoop le informazioni sulla scelta dei lotti cui ATI 1 avrebbe partecipato ha pertanto fortemente attenuato, se non del tutto eliminato, per tali due soggetti le incertezze relative alle reciproche strategie di partecipazione alla gara.

223. In questo senso rileva il già citato documento interno al CNS datato 6 novembre 2012, in cui, a pochi giorni dalla prima seduta pubblica di gara (interventuta il 15 ottobre 2012), il Consorzio esamina lo scenario che risulterà ad esito della procedura. In questo stadio iniziale della gara il CNS poteva conoscere solo i nominativi dei partecipanti ammessi alle fasi successive della gara (nella prima seduta pubblica, infatti, vengono aperte ed esaminate esclusivamente le buste contenenti la documentazione amministrativa e verificata la sola integrità di quelle contenenti l'offerta tecnica ed economica che rimangono sigillate). Ciononostante, il CNS individua con singolare precisione i lotti che si è poi effettivamente aggiudicato, utilizzando un tenore lessicale che lascia trasparire l'assoluta certezza circa l'effettivo esito della gara. Emblematicamente, inoltre, nel documento non sono menzionati gli ulteriori lotti per il cui affidamento il CNS risultava ancora in gara (peraltro, coincidenti proprio con quelli per i quali aveva presentato le offerte sensibilmente meno aggressive). In particolare, si legge: "*CNS (e Roma Multiservizi) con i lotti 1, 4 e 10 mantengono quasi ovunque la territorialità e raggiungono l'attuale portafoglio*". Ciò rende inequivocabile che il CNS poteva dare per certa la propria aggiudicazione in relazione ai lotti che poi si è effettivamente aggiudicato in quanto confidava di aver eluso i maggiori rischi della concorrenza, vale a dire i vincoli concorrenziali che solo un soggetto come MFM sarebbe stato in grado di opporgli.

224. Si aggiunga che, nel documento in esame, mentre si elencano le aggiudicazioni che sono state poi effettivamente conquistate dai principali partecipanti alla procedura per tutti gli altri lotti (segnatamente, Dussmann, Manital, Ciclat) - con una sola incongruenza (relativa a Miles) - non si fa, invece, menzione dello scenario previsto per Manutencoop, ancorché si affermi laconicamente che "*i restanti lotti ben possono rappresentare espressione dei rimanenti player di mercato*", in tal modo evocando la natura equilibrata della ripartizione dei lotti tra CNS e Manutencoop (cfr. doc. I.37, 4.53).

225. Non colgono, inoltre, nel segno le argomentazioni difensive di MFM volte a dimostrare l'autonoma ed indipendente selezione dei lotti su cui partecipare e l'asserita assenza di "coincidenza cronologica con l'accordo di

subappalto”. Secondo la prospettazione di parte, da un documento interno (c.d. “carpetta di gara”) prodotto in allegato alle memorie finali risulterebbe che la società stessa avrebbe, già in data 30 luglio 2012, deciso di concentrare i propri sforzi esclusivamente sui lotti 2, 3, 8 e 9.

Tale asserita evidenza sarebbe, a dire della parte, sufficiente ad escludere un coordinamento tra le parti, anche attraverso i descritti flussi informativi, al fine di condizionare gli esiti della gara nei termini accertati.

226. Invero, dalla documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria, emerge come l’esatta perimetrazione dei lotti su cui concorrere si è sviluppata per tutte le parti -ed in particolare per MFM- quale processo a formazione progressiva protrattosi dalla pubblicazione del bando sino a ridosso del termine di presentazione dell’offerta.

Se, infatti, potevano esservi lotti cui talune parti dimostravano di tenere maggiormente, la compiuta e definitiva selezione di quelli su cui concorrere richiedeva una necessaria e parallela attività di affinamento della pratica anticompetitiva concordata per evitare sovrapposizioni che avrebbero potuto pregiudicare il prefigurato condizionamento degli esiti di gara.

Dimostrazione di ciò, come visto, è l’attività consulenziale commissionata dalla stessa MFM alla società eFM, sviluppatasi tra agosto e ottobre 2012 ed estesa a tutti i lotti di gara, con anche uno specifico riferimento ai “servizi aggiuntivi proposti da Roma Multiservizi”.

Se MFM – come la stessa sostiene nelle difese in commento – avesse già compiutamente deciso il 30 luglio 2012 i lotti su cui presentare offerta, non avrebbe avuto alcun ragionevole senso economico affidare al consulente esterno un’attività di analisi da condurre su tutti i lotti a partire dal 1° agosto 2012.

227. Quanto sopra riportato risulta di per sé idoneo a superare le argomentazioni difensive di MFM fondate su quanto riportato nella c.d. “carpetta di gara”. E ciò senza affrontare il tema della collocazione cronologica del documento stesso, che potrebbe apparire quantomeno dubbia. Invero, tale carpetta non figurava nella versione del documento contenente l’offerta di gara acquisita in ispezione e prodotto da MFM solo in allegato alle memorie finali.

b) L’accordo per il lotto n. 4: il ruolo di Roma Multiservizi nell’intesa

228. Il disegno ripartitorio realizzato tramite l’intesa in esame emerge in tutta la sua evidenza in relazione ai comportamenti collusivi posti in essere

per l'assegnazione del lotto n. 4 (Sardegna e Lazio), uno dei lotti di maggior valore tra quelli posti a bando (192,2 milioni di euro). Rispetto a tale lotto, infatti, CNS e Roma Multiservizi hanno sottoscritto un accordo volto a coordinare le rispettive condotte sia in sede di partecipazione alla gara che al momento dell'esecuzione dell'appalto.

229. In forza di tale accordo, Roma Multiservizi si è impegnata a rinunciare a partecipare alla gara Consip, ottenendo, come vantaggio compensativo, l'impegno di CNS a richiedere – una volta aggiudicatasi la gara – l'autorizzazione al subappalto in proprio favore nella misura massima consentita dalla legge al fine di proteggere la quota di mercato originariamente detenuta dalla società stessa. Più in dettaglio, CNS si è impegnata a consentire a Roma Multiservizi l'ambito di *incumbency* e la quota di mercato dalla stessa detenuti prima dell'attivazione della procedura ad evidenza pubblica disposta dalla Consip, così utilizzando l'istituto del subappalto per finalità chiaramente anticoncorrenziali.

230. Emblematicamente, poi, le negoziazioni finalizzate alla conclusione dell'accordo concluso da CNS e Roma Multiservizi muovono tutte dal presupposto, ritenuto dalle parti ineludibile, che occorresse riconoscere a Roma Multiservizi il mantenimento del portafoglio.

231. Come visto, già in data 2 agosto 2012, quindi poche settimane dopo la pubblicazione del bando di gara (diffuso l'11 luglio 2012), il CdA di Roma Multiservizi aveva deliberato di partecipare alla gara (cfr. verbale CdA⁶⁹).

232. Tale decisione è stata immediatamente resa nota a Manutencoop. Con mail del 3 agosto 2012, infatti, il responsabile dell'ufficio gare di Roma Multiservizi comunica all'ufficio gare di Manutencoop l'interesse della prima a partecipare ad una serie di procedure ad evidenza pubblica indicate in una tabella allegata all'email, tra cui figura anche la gara Consip⁷⁰. Il successivo 8 agosto perviene una replica dall'ufficio gare di Manutencoop; in particolare, vengono inserite talune note nel documento allegato e in corrispondenza della gara in esame viene apposto il seguente commento: “A questa partecipa MFM [Manutencoop n.d.r.] (non ho notizia se in ATI con voi)”. Infine, a quest'ultima mail RM risponde in questi termini: “Su Consip parteciperemo anche noi, essendo il Lazio una commessa di portafoglio. Attendiamo riscontro dal nostro AD che sta conducendo delle trattative anche con [l'amministratore delegato di Manutencoop, n.d.r.]⁷¹”.

233. Le risultanze istruttorie attestano, poi, che contestualmente, sin dall'8

⁶⁹ Cfr. doc. II.144.

⁷⁰ Cfr. doc. II.115.

⁷¹ Cfr. doc. II.88.

agosto 2012, ha inizio un'attività di interlocuzione tra CNS e Roma Multiservizi volta a negoziare i contenuti del citato accordo compensativo. In particolare, nella bozza di accordo allegata alla mail dell'8 agosto 2012 interna a CNS⁷² si legge:

“1. Rinuncia

1.1 ROMA MULTISERVIZI S.p.A. si impegna a non partecipare alla procedura indetta da Consip, impegnandosi altresì a non intraprendere alcuna ulteriore iniziativa volta a contestare la procedura di gara di cui in premessa.

2. Partecipazione alla gara

2.1. CNS secondo modalità ancora non definite parteciperà alla gara e presenterà offerta anche per il lotto 4 ed in caso di aggiudicazione provvederà a richiedere autorizzazione al sub appalto, nella misura massima consentita dalla Legge, dei servizi richiesti dagli Istituti Scolastici che attualmente sono gestiti da Roma Multiservizi e che attivino la convenzione Consip.

[...]

I subappalti avranno la medesima durata degli Ordinativi principali sottoscritti con gli Istituti scolastici interessati, comprese proroghe o rinnovi”.

234. L'accordo risulta esser stato modificato più volte, benché mai in maniera significativa. In particolare, come già evidenziato e diversamente da quanto sostenuto da RM, mai dal testo dell'accordo è stata espunta la previsione relativa alla rinuncia a partecipare di RM. In particolare, le evidenze attestano che Roma Multiservizi ha proposto al CNS alcune modifiche al testo dell'accordo⁷³, orientate anzitutto ad ampliare il perimetro applicativo dell'accordo e ad enfatizzare la natura compensativa degli affidamenti in subappalto ivi dedotti⁷⁴.

235. In una proposta di modifica, infatti, i subappalti da affidare a Roma Multiservizi come partita compensativa non venivano più limitati al solo lotto 4 ma concernevano, potenzialmente, tutti i lotti di gara fino alla concorrenza dell'importo di euro 20 mln. La *ratio* sottesa all'individuazione di tale limite veniva esplicitata nella proposta riformulazione delle premesse

⁷² Cfr. doc. I.30.24.79.

⁷³ Cfr. doc. II.142.

⁷⁴ Il tentativo di estendere la linea di demarcazione applicativa dell'accordo è tradito sin dalla modifica proposta alla stessa denominazione del documento, che si voleva mutare in “accordo quadro”. Parimenti a tal fine, la proposta di modifica delle premesse prevedeva che l'oggetto dell'accordo dovesse ricomprendere in particolare - ma non in via esclusiva - i servizi di pulizia non solo in ambito pubblico ma anche in ambito privato.

h) ed i), a tenore della quale “h) Roma Multiservizi attualmente svolge servizi di pulizia presso istituti scolastici ubicati nella Regione Lazio, per un fatturato di circa 20.000.000 annui, che sono perciò interessati alla procedura di cui alle premesse; i) al fine di mantenere l’attuale fatturato nello specifico mercato e nel rispetto comunque delle prescrizioni relative al subappalto [...] è interesse della Roma Multiservizi S.p.A. non presentare offerta”.

236. Quest’ultima proposta di modifica fa emergere con evidenza la portata anticoncorrenziale dell’accordo, mediante il quale Roma Multiservizi avrebbe rinunciato a competere con CNS nella gara in discorso, solo se quest’ultima le avesse assicurato tramite lo strumento del subappalto la protezione della quota di mercato detenuta prima dell’avvio della procedura ad evidenza pubblica.

La natura compensativa del subappalto prefigurato dall’accordo e la sua preordinazione alla protezione delle quote di mercato esistenti appaiono ancor più espliciti in una email del 26 settembre 2012⁷⁵ con cui Roma Multiservizi, nel fornire spiegazioni al CNS circa le riferite modifiche all’accordo proposte da Roma Multiservizi stessa, precisava che “l’estensione agli altri lotti partecipati è stata condivisa con il vostro commerciale e copre la differenza tra l’attuale fatturato scuole Lazio (20 mil) ed il fatturato affidato in subappalto nel rispetto dei limiti di legge (importo che potrebbe essere garantito anche attraverso altri appalti)”⁷⁶.

237. Successivamente alla trasmissione del *draft* con le modifiche proposte da Roma Multiservizi, si è aperta una fase di negoziazione in cui la bozza di accordo è stata progressivamente affinata⁷⁷. A quel periodo risale la mail del 29 agosto 2012 interna a Roma Multiservizi, in cui si legge “noi saremo dei subappaltatori” [con riferimento alla partecipazione alla gara in discorso], “voglio sperare che questa decisione, che sembra la più conveniente, ci porti almeno ad ottenere la stessa quota di ricavi”, così evidenziando che quella del subappalto non era l’unica via percorribile per RM⁷⁸.

238. Inoltre, presso la sede legale di CNS, nell’ufficio della responsabile gare, è stata rinvenuta una versione cartacea della bozza di accordo, con alcune correzioni apposte a mano tese (i) ad eliminare il riferimento al

⁷⁵ Cfr. doc. II.140.

⁷⁶ Tale asserzione viene ribadita nella bozza allegata ad una mail del 27 settembre 2012 (doc. n. I.30.24.36), ove nel corpo dell’articolato – e segnatamente nella disposizione relativa all’impegno di subappaltare le commesse a Roma Multiservizi - viene inserito un commento tra parentesi del seguente tenore “copre l’eventuale carenza dei 20 mil discussa con il commerciale CNS”.

⁷⁷ Come può evincersi dai seguenti documenti agli atti: docc. nn. I.9, I.11, I.12 e I.30.24.36.

⁷⁸ Cfr. Doc. II.113.

rapporto di controllo intercorrente tra Manutencoop e Roma Multiservizi e (ii) ad individuare un compromesso sui vantaggi compensativi attribuiti a Roma Multiservizi tramite il subappalto, limitando quest'ultimo al lotto n. 4 ma estendendolo anche a 4 istituti scolastici non ricompresi nel bacino di operatività della società capitolina.

239. Il testo definitivo del descritto accordo tra CNS e Roma Multiservizi, comprensivo delle modifiche sopra menzionate, è stato sottoscritto dalle parti in data 1° ottobre 2012, due settimane prima della scadenza del termine per presentare offerta (doc. I.30.67).

Anche in tale versione definitiva, sottoscritta dalle due parti, l'accordo si incentra sul meccanismo compensativo intercorrente tra la rinuncia di Roma Multiservizi a partecipare alla gara Consip (esplicitata dall'art. 1 dell'accordo, denominato "*Rinuncia*", a mente del quale "*Roma Multiservizi non ritiene opportuno partecipare in qualità di offerente alla procedura aperta indetta da Consip S.p.A.*") e l'impegno del CNS di "*provvedere, in caso di aggiudicazione [...] a designare quale subappaltatrice Roma Multiservizi e a richiedere autorizzazione al subappalto in suo favore, affidando, nella misura massima consentita dalla legge, alla medesima Roma Multiservizi le attività oggetto della Convenzione richieste dagli istituti scolastici ubicati nella Regione Lazio*" (art. 2 dell'accordo definitivo, rubricato "*Partecipazione alla gara*").

240. L'accordo risulta aver avuto, altresì, piena attuazione. Anzitutto, Roma Multiservizi ha effettivamente rinunciato a partecipare alla gara. Inoltre, dalla documentazione acquisita in sede ispettiva risulta che l'ATI 1, aggiudicataria del lotto n. 4 abbia effettivamente stipulato, il 13 febbraio 2014, il contratto di subappalto con Roma Multiservizi nei termini delineati nell'accordo intercorso tra quest'ultima e CNS⁷⁹. Si è acquisita, altresì, evidenza, come dettagliato nella parte in fatto, di ulteriori addendum e contratti di subappalto stipulati dalle parti, successivi al primo del febbraio 2014.

241. L'utilizzo del subappalto per finalità illecite appare avvalorata anche da ulteriori evidenze documentali collocabili temporalmente a ridosso della data in cui il contratto di subappalto è stato sottoscritto. In particolare, in una serie di email del 7 febbraio 2014⁸⁰, Roma Multiservizi chiedeva la modifica della durata del contratto, poiché nella bozza risultava annuale ed invece, secondo quanto concordato nella scrittura privata del 1° ottobre 2012 avrebbe dovuto

⁷⁹ Cfr. doc. II.111.

⁸⁰ Cfr. doc. II.130, II.131, II.132, II.133.

avere durata pari a quella dell'appalto su cui insisteva. In proposito il CNS così replicava: *“la durata deve rimanere annuale (quanto meno nel contratto di subappalto che deve essere inviato a Consip per autorizzazione). Infatti nel commento ti ho spiegato che se inseriamo la durata della convenzione superiamo il limite massimo consentito dalla legge. Tutti gli anni perciò rifaremo la procedura di richiesta di sub appalto”*⁸¹.

Conseguentemente, lo stesso giorno in cui è stato sottoscritto il contratto di subappalto veniva stipulato un altro accordo, denominato *“addendum contratto subappalto”*⁸² in cui CNS si impegnava nei confronti di Roma Multiservizi a rinnovare il contratto di subappalto di anno in anno fino alla data di scadenza indicata nella convenzione Consip, compresi eventuali proroghe o rinnovi. Tale *addendum* comprova, ulteriormente, la piena attuazione dell'accordo compensativo nei termini pattuiti⁸³. Quanto previsto dall'addendum è stato attuato con la successiva sottoscrizione e proroga di contratti di subappalto stipulati con riferimento all'annualità 2015.

242. Alla luce delle descritte evidenze documentali raccolte, le argomentazioni difensive offerte dalle parti volte a sostenere la liceità dell'accordo sottoscritto tra CNS e RM risultano prive di fondamento e inidonee a superare gli addebiti mossi, oltretutto, contraddittorie.

243. Al riguardo, valga evidenziare come in sede ispettiva i rappresentanti di RM abbiano ricondotto la decisione di non prendere parte alla gara - pur avendo l'organo gestorio originariamente deliberato di partecipare - alla seguente circostanza: *“Roma Multiservizi poteva partecipare solo a pochi lotti mentre Manutencoop, società che detiene il 45% di Roma Multiservizi ha una capacità di partecipazione più elevata. Ai sensi dell'art. 38 del codice degli appalti non possono partecipare ad una stessa gara due imprese che hanno il medesimo centro decisionale. Manutencoop esercita un'influenza determinante su Roma Multiservizi e se avessero partecipato entrambe vi sarebbe stato il rischio di esclusione per entrambe”*, per poi concludere: *“Tali società hanno quindi deciso che si sarebbe presentata Manutencoop perché poteva partecipare a più lotti”*.

244. Quanto all'esigenza di evitare un'eventuale esclusione dalla gara *ex art.*

⁸¹ Cfr. doc. II.132.

⁸² Cfr. doc. II.125.

⁸³ Si evidenzia, infine, che poche settimane prima dell'intervento ispettivo è circolata tra CNS e Roma Multiservizi una bozza di contratto denominato *“atto integrativo per attività straordinarie”*, come emerge dallo scambio di mail intervenuto tra CNS (ufficio perfezionamento contratti) e Roma Multiservizi, cui risulta allegata la riferita bozza (Cfr. doc. II.138). Da tale documento emerge come l'atto integrativo menzionato dovesse avere durata di due mesi a fronte di un corrispettivo pari a 714.025,50 euro, determinato sempre in via indicativa e non limitativa.

38 del Codice dei contratti pubblici, essa non può certo scriminare, sul versante della disciplina *antitrust*, un accordo compensativo stipulato con un diretto concorrente al fine di proteggere la propria quota di *incumbency*.

E ciò tralasciando di considerare che l'approccio interpretativo relativo alla portata applicativa del citato art. 38, su cui le parti risultano fondare le menzionate difese, appare tutt'altro che pacifico in giurisprudenza: deve infatti rimarcarsi come sia ravvisabile un orientamento del giudice amministrativo incline a considerare applicabile il descritto divieto, in caso di bandi di gara strutturati in più lotti autonomi, esclusivamente alle offerte presentate sui medesimi lotti (giacché il confronto competitivo su ciascun lotto si configurerebbe come una autonoma gara a sé stante)⁸⁴.

245. Nonostante quanto emerso dalla documentazione acquisita nel corso delle ispezioni e dalle dichiarazioni in tale sede rese, nel corso delle audizioni istruttorie e nella memoria finale, RM ha fornito una ricostruzione fattuale ulteriore e diversa circa le motivazioni che avrebbero condotto tale società a non partecipare alla gara e a stipulare l'accordo compensativo con CNS.

In dettaglio, RM ha fondato le argomentazioni della nuova linea difensiva sull'asserita impossibilità di partecipare alla gara in forma singola per assenza del requisito del fatturato e sulla sempre asseritamente rilevata non percorribilità dell'opzione di partecipare in ATI. Tali elementi fattuali, nella nuova ricostruzione fornita dalla società, l'avrebbero, a dire della stessa, costretta a stipulare il descritto accordo per ricevere il subappalto sul lotto 4 dal CNS e non *“perdere completamente la chance di continuare a gestire il servizio”*.

La menzionata, diversa, prospettazione difensiva è stata sviluppata in sede di memorie finali anche da MFM e da CNS.

246. È evidente che tali argomenti non possono in alcun modo scalfire la valenza anticompetitiva di un accordo compensativo tramite il quale la stessa ha offerto la propria “rinuncia” a partecipare alla gara in cambio della rassicurazione del mantenimento del proprio portafoglio tramite il subappalto, nonché diffuso tra imprese concorrenti informazioni strategiche sulle dinamiche di partecipazione alla gara.

247. Al riguardo, si evidenzia come risulti del tutto inconferente l'argomento delle parti inteso a negare la natura compensativa dell'accordo in ragione del fatto che RM non possedeva i requisiti per partecipare alla gara da sola.

Sul punto, è appena il caso di rammentare come la decisione di partecipare

⁸⁴ Tar Lazio sentenza n. 4810/2014.

alla gara fosse stata deliberata dal CdA di RM sin dal 2 agosto 2012. Nel verbale di tale seduta consiliare emerge come si stesse vagliando “*la modalità di partecipazione*” alla gara, mentre la partecipazione alla gara stessa era data per certa. Sempre in tale delibera è dato leggersi come “*le potenzialità di partecipazione dell’azienda, visti i limiti di fatturato richiesti, sono limitate a due lotti in caso di partecipazione in forma singola*”.

La medesima affermazione, come già ricordato, è stata altresì ribadita dal responsabile dell’ufficio legale dell’impresa nel corso degli accertamenti ispettivi condotti dall’Autorità a gara espletata (14 ottobre 2014).

248. È quindi indubbio che RM, perlomeno nell’arco temporale intercorso tra la pubblicazione della *lex specialis* di gara e la scadenza del termine di presentazione dell’offerta, ritenesse di detenere i requisiti partecipativi alla gara per il lotto di interesse (sia individualmente che, eventualmente, in compagini con altre imprese) e che tale convinzione sia stata mantenuta anche una volta espletata la gara ed optato per un accordo compensativo con il CNS.

Tale ricostruzione fattuale, sostenuta da specifiche evidenze documentali, risulta quella più plausibile sotto il profilo della ragionevolezza anche rispetto alle argomentazioni spese dalle parti al fine di fornire *ex post* una diversa rappresentazione delle motivazioni sottese alla condotta contestata.

249. A ben vedere, infatti, anche in assenza della totalità dei requisiti partecipativi individuali, RM avrebbe potuto presentare offerta in raggruppamento di impresa, ovvero utilizzando gli idonei strumenti normativi (ad esempio, l’avvalimento, consentito dalla *lex specialis* di gara anche con riferimento al requisito del fatturato pregresso specifico e che in ogni caso avrebbe permesso alla società di partecipare singolarmente avvalendosi di un’impresa ausiliaria).

Ciò appare tanto vero anche volendo accedere alla ricostruzione elaborata *ex post* dalle parti circa l’assenza del requisito di fatturato, da cui emerge come, in relazione ad un fatturato richiesto di circa 96 milioni di euro, RM detenesse da sola quantomeno circa 83 milioni di euro. Pertanto, anche volendo – a tutto concedere - considerare la nuova prospettazione fattuale resa *ex post* dalle parti, il fatturato speciale che RM avrebbe dovuto reperire utilizzando gli strumenti - anche aggregativi - offerti dalla normativa in materia di appalti risultava davvero esiguo rispetto a quello già in possesso.

250. Non convince, inoltre, la motivazione spesa per dimostrare la non percorribilità, da parte di RM, della modalità partecipativa in ATI. Sul punto RM richiama la regola di gara che imponeva l’obbligo di presentare offerta

su tutti i lotti in un raggruppamento avente la medesima composizione, regola che avrebbe penalizzato tale società in virtù della sua vocazione operativa geograficamente limitata.

Al riguardo, fermo restando l'assorbente considerazione che tale ricostruzione non risulta provata ed è stata effettuata *ex post* in contrasto con evidenze documentali di diverso segno cronologicamente collocabili al momento della presentazione dell'offerta, può in ogni caso replicarsi come in sede di chiarimenti la stazione appaltante abbia puntualizzato che la riferita regola di gara consentiva in ogni caso di articolare diversamente, sui vari lotti, il peso dei vari partecipanti alle ATI.

E, comunque, RM ben avrebbe potuto coordinarsi in ATI con imprese che intendevano partecipare sul solo lotto di interesse. Né la società stessa ha dimostrato di aver provato a contattare siffatte tipologie di imprese e di aver ricevuto rifiuti in tal senso. Le uniche società che RM attesta di aver contattato prima della presentazione dell'offerta e della scelta di operare in subappalto risultano essere proprio le altre due parti del procedimento e dell'intesa anticoncorrenziale: MFM e CNS.

251. Le parti, sul punto, obiettano che RM, laddove avesse scelto di partecipare da sola o con società diverse da MFM o CNS si sarebbe esposta al rischio di non aggiudicarsi la gara e perdere il fatturato pregresso e che quindi ha ragionevolmente preferito stipulare il descritto accordo con CNS per eliminare tale rischio e conservare il proprio portafoglio. Ebbene, tale affermazione – più che costituire un'argomentazione difensiva a discarico – appare una esplicita ammissione dell'intento collusivo che ha animato le parti nel definire il riferito accordo.

252. Che la rinuncia di RM a partecipare alla gara espressamente prevista nell'accordo con CNS non fosse una mera «clausola di stile», come preteso dalle parti, ma ne costituisse piuttosto il cuore trova, peraltro, conferma nel fatto che, a fronte di molteplici modifiche apportate al testo dell'accordo, l'impegno di RM a non partecipare («*rinuncia*») è presente in tutte le versioni dell'accordo, ivi inclusa quella definitiva. Né nelle varie stesure dell'accordo figura mai il riferimento all'impossibilità di RM di partecipare alla gara per il lotto 4; è vero il contrario: nella stesura definitiva dell'accordo, nel paragrafo denominato “*rinuncia*”, si dichiara che la società “*non ritiene opportuno partecipare in qualità di offerente*” alla procedura Consip, dichiarandosi, così, implicitamente, la capacità della stessa a parteciparvi.

253. Né possono accogliersi le considerazioni circa l'asserita liceità

dell'accordo, in ragione della sua presunta natura di contratto preliminare di subappalto. Ciò, come visto, non è sostenibile sotto un duplice profilo, sostanziale oltre che formale. Invero, un contratto, anche preliminare, di subappalto dovrebbe essere stipulato tra la compagine partecipante alla gara e il subappaltatore ed avere ad oggetto il solo subaffidamento di una porzione di commessa aggiudicata, la cui entità viene stabilita in ragione delle esigenze organizzative dell'aggiudicatario.

Nell'accordo in discorso, per contro, risultava, come controparte di RM, solo il CNS (e non l'ATI 1). Ma ciò che più rileva è che l'accordo non si limitava a prospettare la concessione di un subappalto a valere sul lotto 4; esso era chiaramente strutturato per realizzare un sinallagma compensativo tra la rinuncia di RM a partecipare alla gara e la concessione di futuri subappalti a protezione del portafoglio pregresso di tale società.

254. Tanto considerato, risultano prive di fondamento le considerazioni delle parti (in particolare, CNS nella sua memoria finale) secondo cui l'accordo in discorso rientrerebbe "tra quelli che il Consiglio di Stato considera come rapporti ed accordi a contenuti ed oggetti specifici e delimitati di per sé leciti" e, pertanto, "gli Uffici non sono riusciti a dimostrare che l'Accordo di subappalto perseguisse nelle concrete circostanze di contesto finalità illegittime".

L'accordo anticoncorrenziale in esame non si esaurisce infatti in un contratto di subappalto o in un contratto preliminare di subappalto, di per sé lecito, ma è costituito da un accordo ad oggetto specificamente anticoncorrenziale, mentre il contratto di subappalto, stipulato successivamente tra parti diverse e con un oggetto differente, rappresenta solo un elemento attuativo del riferito accordo, che, quindi, con esso non può confondersi o coincidere.

255. Devono, pertanto distinguersi:

- da un lato, l'accordo tra CNS e RM avente ad oggetto lo scambio di vantaggi, e in particolare una compensazione per la rinuncia di RM a partecipare alla gara Consip. Tale accordo risulta illecito ed anticoncorrenziale per il suo stesso contenuto;
- dall'altro, i contratti di subappalto stipulati tra l'ATI 1 e RM relativamente al lotto 4, di per sé leciti ma anticoncorrenziali per la concreta finalità perseguita, disvelata dal richiamato accordo illecito di cui tali atti di subappalto costituiscono momenti esecutivi.

Per tutto quanto precede, risulta illogico quanto sostenuto dalle parti circa l'intrinseca liceità dell'accordo tra CNS e RM.

Del pari, appare inconferente il richiamo alla giurisprudenza comunitaria formatasi in punto di legittimità del subappalto e della dichiarazione di subappaltare resa in sede di offerta; è, infatti, pacifico che ciò che si contesta alle parti, nella presente sede, è l'accordo compensativo stipulato tra CNS e RM di cui al primo dei riportati alinea e non l'astratta legittimità ad utilizzare lo strumento del subappalto nell'ambito di commesse pubbliche, ciò che non è mai stato messo in dubbio.

256. Risultano prive di fondamento anche le ulteriori argomentazioni spese dal CNS sulla convenienza e razionalità economica dell'accordo stipulato con RM, avendo consentito al Consorzio di ridurre le tensioni derivanti dal reimpiego degli LSU che inevitabilmente si sarebbero verificate al momento dei convenzionamenti.

257. La stipula di un siffatto accordo e l'esecuzione dello stesso rappresentano una condotta intrinsecamente e palesemente irragionevole ed incoerente rispetto alle finalità consortili che avrebbero dovuto animare il CNS.

Invero, come ribadito più volte nel corso del procedimento istruttorio dallo stesso Consorzio, il CNS partecipa alle gare d'appalto per conto delle consorziate e per fornire alle stesse occasioni di lavoro e di sviluppo operativo. Ed invece, sul lotto 4 - ed in particolare sul territorio capitolino - il CNS ha partecipato alla gara ed eseguito l'appalto in modo da tutelare il portafoglio storico di RM, società estranea al Consorzio stesso, sottraendo così totalmente tale porzione di commessa alle proprie consorziate indicate quali esecutrici dei servizi per il lotto in questione. Per assicurarsi la piena gestione dell'accordo collusivo così stipulato, il CNS non ha voluto che si interponessero le proprie consorziate neppure a titolo di soggetti subappaltanti ed ha effettuato l'affidamento direttamente come Consorzio. Tale anomalia e sviamento dalle finalità proprie di un Consorzio trova ragione solo nella cornice collusiva così ricostruita.

258. In termini più generali, è da evidenziare che la rinuncia di RM a concorrere per il lotto 4 non può essere valutata in maniera isolata, senza tenere conto che tale società fa capo a MFM e, dunque, che la rinuncia della prima sottendesse inevitabilmente anche la rinuncia a partecipare della seconda, in ossequio al piano di ripartizione dei lotti tra CNS e MFM.

259. In ragione dei rapporti di *governance* tra RM e MFM, i contatti intercorsi tra tali due imprese in relazione alla gara in esame sono divenuti funzionali alla realizzazione del disegno collusivo complessivo. In particolare, come visto, Roma Multiservizi ha trasmesso a Manutencoop

l'accordo compensativo concluso con CNS (così rendendola edotta del fatto che ATI 1 avrebbe presentato offerta per quel lotto).

260. Più precisamente, Roma Multiservizi ha condiviso con Manutencoop l'accordo con CNS, sia nella fase di negoziazione che in quella conclusiva.

Rileva, sul punto, il fatto che Roma Multiservizi risulta aver trasmesso a Manutencoop il testo dell'accordo prima di procedere alla sua sottoscrizione. In particolare, le evidenze agli atti attestano come la prima abbia inviato la bozza di accordo a Manutencoop sin dalle sue versioni provvisorie (cfr. documento trasmesso già in data 30 agosto 2012 - cfr. doc. II151.9).

Successivamente, in data 7 settembre 2012, Manutencoop si attiva per trasmettere a Roma Multiservizi la bozza di accordo di subappalto che essa utilizza. La collocazione cronologica di questa trasmissione non può che indicare che la stessa sia avvenuta affinché Roma Multiservizi ne tenga conto nella contrattazione in corso con CNS (cfr. doc. II.151.2).

Da ultimo, lo stesso giorno in cui CNS e Roma Multiservizi avrebbero firmato l'accordo (il 1° ottobre 2012), quest'ultima impresa ha cura di trasmetterne previamente (trascorsi solo pochi minuti dalla ricezione) copia al rappresentante legale di Manutencoop al fine di acquisirne l'assenso (nella mail inviata dall'a.d. di Roma Multiservizi alla segretaria del Presidente di Manutencoop si legge infatti "*per favore puoi stampare questo accordo e farlo vedere a [amministratore delegato di Manutencoop]? Più tardi poi lo chiamo grazie*" - cfr. doc. II.151.8).

261. Al riguardo, a nulla valgono le difese sviluppate dalle parti al fine di sminuire la significatività di tali flussi informativi.

In particolare, non appare rilevante la circostanza che il format di contratto di subappalto inviato da MFM a RM sia uno standard non completamente ricalcato nell'accordo concretamente stipulato tra RM e CNS. Invero, tale trasmissione va correttamente letta nel contesto in cui si colloca: ovverosia, nonostante le tre parti abbiano deciso di partecipare separatamente alla gara, risulta che RM condivide con MFM le bozze dell'accordo compensativo in corso di negoziazione con il CNS sul lotto 4. In tale contesto, appare di rilievo che MFM interagisca nella negoziazione inviando il format di subappalto, a prescindere dal contenuto di tale format e dalle previsioni effettivamente inserite nell'accordo definitivamente concordato tra il CNS e RM, previsioni in ogni caso condivise con MFM prima della sottoscrizione dell'accordo stesso.

Del pari non può dirsi, come vorrebbero le parti, che l'accordo trasmesso in data 1° ottobre 2012 a MFM da RM non sia significativo, dovendo intendersi trasmesso per conoscenza non quale bozza ma come contratto definitivo.

Invero, l'allegato alla mail restituisce un documento non ancora sottoscritto, quindi ancora in stato di bozza, ancorché la negoziazione sia in procinto di concludersi. Inoltre, il tenore del messaggio che accompagna la trasmissione del documento - *“per favore puoi stampare questo accordo e farlo vedere a [amministratore delegato di Manutencoop]? Più tardi poi lo chiamo grazie”* – induce a ritenere necessario l'avallo di MFM prima della sottoscrizione del contratto.

262. Anche in ragione di ciò, la natura restrittiva dell'accordo relativo al lotto 4 deve pertanto essere apprezzata sia avendo riguardo alle dinamiche competitive relative a tale lotto che nel quadro della più ampia intesa in esame, relativa all'intera gara.

A ben vedere, infatti, l'accordo, oltre ad avere una sua intrinseca valenza anticoncorrenziale, costituisce anche un tassello della globale strategia ripartitoria posta in essere tra le parti. In altri termini, poiché le scelte anticompetitive compiute da Roma Multiservizi tramite tale accordo sono riconducibili anche a Manutencoop, i vantaggi compensativi che ne derivano costituiscono altresì forme di contropartita alle rinunce di CNS, nel contesto dell'intesa più ampia.

L'accordo per il lotto 4 è, dunque, anche espressione della rinuncia di Manutencoop a partecipare alla gara per quello stesso lotto, fermo restando l'impegno di CNS di garantire a Manutencoop che, in ogni caso, la società ad essa riconducibile (Roma Multiservizi) avrebbe ivi mantenuto il proprio portafoglio, v. anche doc. II.93-6.23).

263. Si deve infine considerare che, l'art. 5.5 del Regolamento interno dell'ATI 1 del 9 ottobre 2012 (doc. I.71) afferma inequivocabilmente che *“le imprese mandanti sono a conoscenza dell'impegno di CNS, nell'ambito della propria quota, ad affidare in subappalto a Roma Multiservizi le attività riguardanti l'esecuzione delle attività degli istituti scolastici del lotto 4 che richiederanno l'attivazione della convenzione, utilizzando per il calcolo della quota di legge del sub appalto anche altri lotti oltre al lotto 4, se normativamente possibile”*.

È chiaro pertanto che Kuadra, mandante dell'ATI, ben conosceva i termini dell'accordo concluso da CNS e Roma Multiservizi e, accettando il regolamento di gara in esame, ne ha avallato i contenuti.

Tale documento non può rivestire la medesima valenza probatoria ai fini dell'apprezzamento delle condotte di Exitone, atteso che tale impresa, diversamente da Kuadra, non costituisce un concorrente di CNS e RM e ha preso parte all'ATI 1 per svolgere funzioni diverse da quelle delle parti, che

nulla hanno a che vedere con la materiale esecuzione dei servizi messi a gara. Da tali considerazioni deriva anche la palese inconferenza dell'argomento di Kuadra secondo cui le contestazioni ad essa mosse sarebbero state effettuate 'per attrazione' in termini di responsabilità oggettiva. È evidente invece che proprio in ragione del suo ambito di operatività e della sua natura di diretto concorrente di CNS ed RM, mostrando acquiescenza a tale regolamento ne ha condiviso gli aspetti collusivi.

c) *I rapporti di governance tra Roma Multiservizi e Manutencoop*

264. Come già evidenziato, Roma Multiservizi è partecipata per il 51% da AMA S.p.A. mentre il restante 49% è di proprietà della Manutencoop e di La Veneta Servizi S.p.A. Tali due ultime imprese sono, al pari di Roma Multiservizi, attive (e leader) nei settori dei servizi di pulizia e del *facility management*.

Manutencoop, inoltre, consolida Roma Multiservizi nel proprio bilancio e nel proprio sito internet afferma che Roma Multiservizi “è entrata a far parte del Gruppo Manutencoop nel 2000”.

265. Si aggiunga che, in virtù di regole di *governance*, di previsioni statutarie, nonché dei patti parasociali che regolano i rapporti tra le società che controllano Roma Multiservizi, Manutencoop ne nomina l'amministratore delegato, al quale sono attribuiti compiti strategici e, in particolare, la gestione delle gare di appalto cui l'impresa partecipa (in particolare, quelle con importo non superiore ai 20 milioni di euro).

266. In relazione alla gara Consip, l'amministratore delegato, espressione di MFM si è visto attribuire dal Consiglio di Amministrazione pieni poteri decisionali ed operativi circa la strategia partecipativa da percorrere (cfr. doc. II.144). Ciò ha consentito a tale amministratore delegato di decidere in piena autonomia rispetto all'organo collegiale, di considerare in un primo momento la possibilità di una partecipazione diretta alla gara, per poi rinunciare a partecipare direttamente alla procedura ad evidenza pubblica concordando con CNS, quale alternativa, la soluzione del subappalto. Quanto precede sgombera il campo da qualsiasi dubbio che, perlomeno nell'ambito della gara Consip, tutte le scelte compiute da RM siano da ricondurre anche a MFM.

267. In effetti, in sede ispettiva, entrambe le imprese hanno riferito che Manutencoop esercita un'influenza determinante sulle decisioni strategiche

di Roma Multiservizi e che, per tale motivo, sussisterebbe, a loro avviso, il rischio che, in occasione di gare pubbliche, nei loro confronti possa trovare applicazione la più volte citata ipotesi di esclusione di cui all'art. 38.

268. Si consideri, inoltre, che in corso di istruttoria è emersa l'evidenza di costanti contatti tra RM e il suo partner industriale MFM in occasione della pubblicazione di bandi di gara nei settori di interesse al fine di valutare le strategie partecipative da adottare, ad esempio per il tramite di appositi report condivisi tra gli uffici gare delle due società. Rispetto a tale flusso informativo, le due imprese hanno chiamato nuovamente in causa la necessità di coordinare le rispettive partecipazioni alle gare sempre al fine di evitare di incorrere nelle cause di incompatibilità della citata norma del codice degli appalti.

269. Si evidenzia altresì la circostanza che nella definizione delle proprie strategie di impresa Roma Multiservizi ricerca l'avallo di Manutencoop e non di AMA, come dimostra il fatto che il prospetto con l'indicazione della gara a cui l'impresa intende partecipare è inviato solo a Manutencoop (cfr. doc. II.115 e doc. II.88), così come esclusivamente con la stessa impresa è stata condivisa la negoziazione dell'accordo per il lotto 4 (docc. II.151.2, II.151.8 e II.151.9).

Né tale assunto può dirsi scalfito dalla circostanza – sollevata nelle argomentazioni difensive di RM – che, in relazione alla gara in esame è stata inviata un'informativa anche ad una società partecipata in parte da AMA; società partecipata che, evidentemente, operava nello stesso mercato delle parti. Invero, ciò che risulta agli atti incontrovertibilmente - e che le stesse parti hanno più volte confermato nel corso dell'istruttoria - è che MFM e RM condividono costantemente *ex ante* le informazioni relative alle procedure di gara di interesse per entrambe le società; condivisione che, invece, non interessava mai il socio di maggioranza, anche in ragione del diverso business in cui quest'ultimo si trova ad operare. Peraltro, si aggiunga che non risultano neppure agli atti flussi informativi con la predetta società partecipata da AMA della stessa intensità e quantità di quelli riscontrati tra RM e MFM.

270. In definitiva, le evidenze documentali agli atti danno conto dell'esistenza di vincoli economici e organizzativi tra Manutencoop e Roma Multiservizi, tali da confermare, in particolare nel settore dei servizi di pulizia per il comparto pubblico e, di certo, in relazione alla partecipazione alla gara in esame, che le relazioni tra le due imprese sono improntate alla logica della condivisione da parte di RM delle proprie scelte imprenditoriali strategiche con MFM.

L'esistenza di tali stretti vincoli economici ed organizzativi tra le due imprese non è stata in alcun modo contestata dalle parti neanche nelle memorie presentate a seguito della comunicazione degli addebiti.

Gli elementi di prova endogeni

271. Nel seguito si riportano in modo più puntuale le evidenze concernenti l'intrinseca irragionevolezza delle condotte partecipative poste in essere dalle Parti e già richiamate per punti in premessa, che trovano una loro plausibile spiegazione solo se iscritte in una logica collusiva. L'irragionevolezza delle scelte di gara compiute dalle parti come detto è risultata suscettibile di incidere sulle dinamiche di gara complessivamente considerate.

a) *La logica collusiva sottesa alla scelta delle consorziate indicate in gara dal CNS e delle consorziate che hanno ottenuto subappalti da Manutencoop e Kuadra*

272. In generale, il CNS ha affermato che le scelte dei lotti in cui presentare offerta è legata anche alla circostanza che, tradizionalmente, il Consorzio partecipa ad un numero di lotti pari a circa il doppio di quelli aggiudicabili. Sul punto, è bene chiarire che, come si dirà diffusamente in seguito, ciò che si contesta non è la decisione del CNS di non presentare offerta in alcuni lotti, quanto l'irrazionalità insita nella scelta di aver optato per taluni lotti in luogo di altri.

273. Tale scelta, in effetti, non può che trovare spiegazione nel contesto delle dinamiche anticompetitive intercorse tra le parti e, in particolare, alla luce della volontà del CNS di rendere l'individuazione dei lotti funzionale al disegno collusivo in esame.

Ciò trova conferma anche nella circostanza che il Consorzio ha effettuato la scelta dei lotti, senza coinvolgere le proprie consorziate, e del tutto prescindendo dalla procedura di preassegnazione prevista dal Regolamento di cui lo stesso CNS è dotato.

274. Ai sensi dell'art. I.4 di tale Regolamento, la preassegnazione (individuazione di un'impresa associata per conto della quale il Consorzio partecipa alla gara) *“avviene su iniziativa del Consigliere con delega commerciale, previa richiesta formale esplicita dell'interessata nonché su indicazione del responsabile territoriale”* (cfr. doc. I.13).

Rispetto alla gara in esame risulta tuttavia che il CNS abbia individuato del tutto autonomamente le imprese per conto delle quali partecipare. È quanto emerge dal fatto che i lotti a cui ha preso parte e le consorziate per conto delle quali ha presentato le offerte sono state individuate dal CNS trascorsi appena 7 giorni dalla pubblicazione del bando (segnatamente, in data 18 luglio), prescindendo del tutto dalle richieste delle associate e senza che risulti sia stata svolta alcuna verifica (anche successivamente a tali 7 giorni) sull'interesse e le capacità di altre imprese di essere indicate come preassegnatarie (cfr. doc. I.30.24.72).

Emblematicamente, le imprese individuate nella mail del 18 luglio 2012 corrispondono a 18 delle 19 consorziate indicate dal CNS in sede di offerta per l'esecuzione dell'appalto (cfr. doc. I.20).

275. Al riguardo, il CNS ha asserito che nella gara in esame per le consorziate “di portafoglio” (già titolari di commesse relative ai servizi messi a gara) la preassegnazione è avvenuta di *default* - salva l'ipotesi di rinuncia a partecipare alla gara con il Consorzio e ferma restando la sussistenza dei requisiti tecnici in capo alla consorziata.

Secondo quanto rappresentato dal CNS, per le consorziate che detenevano un portafoglio storico nelle regioni del sud, il Consorzio si è adoperato per garantire il mantenimento del valore riconducibile a tale portafoglio storico, traslandone il portafoglio in regioni ubicate nei lotti per i quali ha presentato offerta.

Quanto alle consorziate dell'Emilia Romagna - che detenevano in tale regione un rilevante portafoglio di circa otto, nove milioni di euro – almeno tre (Coopservice, Copura e Coopma) avrebbero chiesto al CNS di essere indicate per regioni diverse dall'Emilia, al fine di estendere territorialmente la propria operatività fuori regione (v. *infra*). Di tali richieste, il CNS ha riferito non esservi traccia.

Le preassegnazioni di consorziate non “di portafoglio” hanno, invece, riguardato talune cooperative torinesi e del nord-est che, a detta del CNS, intendevano consolidare il proprio portafoglio acquisito fuori dal Consorzio in tali aree (appalti storici avente valore pari a 10 milioni di euro in Piemonte e circa 1 milione di euro in Friuli). Anche delle richieste di preassegnazioni che avrebbero avanzato tali consorziate, il CNS ha riferito non esservi traccia.

276. In modo quantomeno singolare, le evidenze documentali relative a richieste di preassegnazione riguardano quasi esclusivamente casi in cui il CNS non ha accolto l'istanza avanzata dalla proprie consorziate (doc. IV.238, lettera C).

In particolare, emerge dagli atti che, rispetto all'istanza di P&V Global Service, ancorché consorziata di portafoglio, il CNS, oltre ad aver deciso di non partecipare al Lotto Sicilia, ha dato riscontro alla richiesta trascorsi più di 2 mesi dal ricevimento della stessa - senza avvertire l'esigenza di motivare in alcun modo la scelta di non partecipare all'aggiudicazione di quel lotto - e, soprattutto, senza garantire a tale impresa la traslazione del portafoglio in altre regioni per le quali il CNS ha partecipato (cfr. I.37.4.63).

Che il CNS non si senta in alcun modo vincolato dalle manifestazioni di interesse delle consorziate emerge anche in relazione alle scelte effettuate per il lotto 10 (Umbria, Marche e Abruzzo e Molise), per il quale due consorziate (Servizi Associati Soc. Coop e Dinamica centro Servizi) avevano manifestato interesse a partecipare, in ragione del radicamento territoriale e del fatto di essere consorziate di portafoglio. Benché il CNS abbia presentato offerta per tale lotto, anche tali richieste non sono state accolte dal CNS, il quale, non ha ritenuto di formalizzare la decisione assunta né le motivazioni ad essa sottese (cfr. doc. II.95 e doc. IV.238, lettera C). Del pari non è stata accolta, l'ultima istanza presentata formalmente di cui vi è evidenza documentale, presentata da BBService, la quale aveva rappresentato di essere interessata principalmente ad operare in Toscana, ma manifestando anche disponibilità ad operare altrove pur di mantenere il proprio fatturato (doc. IV.238, lettera C, all. 1). Anche in questo caso il CNS, pur avendo presentato offerta per quella regione, non ha indicato tra le proprie consorziate esecutive questa impresa, senza premurarsi di fornire una risposta all'istanza e quindi non motivando in alcun modo il rigetto della stessa.

277. Rileva, poi, che in Emilia Romagna Manutencoop abbia stipulato gli accordi di subappalto aventi importi di maggior rilievo con consorziate CNS che detenevano un portafoglio significativo in quell'area geografica. Si tratta, in tutta evidenza, di un aggiustamento effettuato a favore del CNS che tiene conto della rinuncia di quest'ultima a presentare offerta per il lotto relativo all'Emilia Romagna (cfr. doc. IV.239, all. b).

Nel contempo, tale circostanza mette in luce che il CNS, diversamente da quanto dichiarato in corso di istruttoria, non era del tutto disinteressato a tutelare portafoglio e territorialità delle proprie consorziate emiliane, perlomeno a favore di quelle che svolgono la gran parte della propria attività in Emilia Romagna.

In altri termini, ai fini della compiuta realizzazione dell'intesa, il CNS ha posto in essere per l'Emilia Romagna la seguente strategia: *i*) tutela del

portafoglio della principale consorziata (Manutencoop); *ii*) traslazione del portafoglio delle tre consorziate di maggior rilievo dopo MFM, anche mediante subappalto concesso da Kuadra (Coopservice, Copura, Copma e Multiservice), *iii*) tutela tramite i subappalti concessi da MFM del portafoglio di tre consorziate radicate sul territorio e ivi detentrici di appalti storici (Zeroconto, Il Cerchio e Cils); *iv*) mancata riconferma degli appalti storici a consorziate di ridotte dimensioni.

278. Manutencoop, dal canto suo, prima della gara Consip deteneva tramite il Consorzio un rilevante portafoglio nelle pulizie scolastiche nelle aree dell'Abruzzo, del Molise, delle Marche e della Sardegna (oltre che nella città di Napoli) le quali, a seguito della gara Consip, sono state assegnate al CNS e alle sue consorziate in quanto assegnatarie o subappaltatrici di Kuadra. Si tratta del resto, in buona parte, proprio dei medesimi territori verso i quali le consorziate del CNS radicate in Emilia Romagna (diverse da Manutencoop) intendevano, a detta del Consorzio, "estendere la propria operatività", piuttosto che consolidare la propria posizione in Emilia Romagna (cfr. verbale di audizione del CNS).

279. La stessa dinamica è stata seguita da Kuadra che, in ossequio al citato accordo concluso in data 5 febbraio 2014 con CNS (doc. I.30.24.48), ha ceduto a consorziate CNS subappalti per un valore di circa 6,7 milioni di euro, pari a circa il 10% delle commesse ad essa spettanti. Due di tali consorziate, peraltro, risultano tra le cooperative "di portafoglio" del Consorzio, ossia tra i soggetti detentori di posizioni storiche nel settore delle pulizie scolastiche tramite il Consorzio stesso (cfr. doc. IV.238, lettere B e H).

Sul punto, si ricorda che i rappresentanti di Kuadra - al fine di negare che i subappalti concessi alle consorziate CNS abbiano rappresentato una forma di ottemperanza ad un'intesa anticompetitiva - hanno affermato che sussisterebbe un vantaggio per l'impresa a ricorrere al subappalto, consistente nell'evitare i costi di *startup* ed i costi diretti e indiretti della gestione del personale. Inoltre, gli stessi soggetti, sempre nell'ottica di avvalorare l'autonomia delle scelte compiute dalla società, hanno anche rappresentato che Kuadra aveva uno specifico interesse a che il CNS indicasse alcuni nominativi tra le loro consorziate cui la società si sarebbe potuta rivolgere per affidare una parte dei servizi in subappalto. Ciò al fine di individuare soggetti affidatari affidabili, ma anche perché in tal modo Kuadra sarebbe stata sollevata dall'eventuale responsabilità di un servizio svolto in maniera non adeguata.

Tale ricostruzione, tuttavia, non si sposa con il tenore letterale dell'accordo in cui si legge chiaramente che il CNS ha proposto (e Kuadra ha accettato) ben 10 consorziate cui quest'ultima avrebbe affidato i servizi in subappalto, mentre Kuadra ne ha proposte solo 2 (doc. I.30.24.48). In senso analogo, in un'email datata 6 dicembre 2013 si legge che Kuadra tramite tale accordo si è impegnata a far lavorare imprese "gradite" a CNS, "fermo restando che qualche impresa la indichiamo noi"⁸⁵. Del resto, lo stesso CNS ha riferito di aver "chiesto a Kuadra di affidare i subappalti a talune cooperative del CNS, in particolare quelle di piccole dimensioni che, come già spiegato, non partecipano alla gara ma attendono di proporsi come subappaltatrici delle imprese aggiudicatrici".

b) L'anomalia della mancata presentazione di offerta del CNS per il Lotto 2

280. Tornando alle motivazioni sottese all'individuazione dei lotti in cui presentare offerta, risulta del tutto irrazionale la scelta del CNS di non presentarsi in Emilia Romagna. Ciò, in primo luogo, in quanto si tratta della regione di appartenenza del Consorzio (in cui il CNS ha la propria sede legale ed amministrativa) e in cui risulta essere stato storicamente presente. Dagli stessi dati forniti dal Consorzio emerge che l'Emilia Romagna risulta la regione in cui il CNS conseguiva il maggior fatturato per i servizi di pulizia nel 2012 (circa 43,2 milioni di euro), in cui è localizzato il maggior numero di imprese associate attive nel settore dei servizi di pulizia.

281. Dall'analisi dei dati acquisiti emerge, in relazione all'annualità 2012, che l'Emilia Romagna risulta la prima regione per fatturato dei portafogli intermediati delle associate nel settore delle pulizie a committenza pubblica e, in relazione agli appalti "storici", la seconda regione per fatturato dopo la Campania⁸⁶.

282. La documentazione agli atti, del resto, attesta come sia consuetudine del CNS adoperarsi per la tutela dell'attività delle consorziate operanti in Emilia Romagna; è quanto si evince, ad esempio, dal documento in cui si riferisce di una riunione relativa proprio alla "prosecuzione dei contratti 'storici' dell'Emilia Romagna" indirizzata a 15 consorziate, tra cui la stessa Manuencoop, datata agosto 2011 (antecedente quindi alla pubblicazione del bando avvenuta nel luglio 2012).

⁸⁵ Cfr. doc. I.37.4.33.

⁸⁶ Cfr. doc. IV.238, lettere A, all.ti 3 e 6, e B.

283. L'anomalia della mancata presentazione di offerta del CNS in Emilia Romagna emerge, in ogni caso, dal già citato documento rinvenuto presso Manutencoop relativo alla riunione svoltasi presso il CNS il 13 marzo 2013 (prima dell'aggiudicazione della gara Consip) con ordine del giorno "*scuole appalti storici*" in cui uno dei punti all'ordine del giorno è stato emblematicamente il seguente: "*CNS non ha partecipato al lotto Emilia Romagna*". Il fatto di trattare tale questione come punto a sé stante, oltre ad evidenziarne la peculiarità, lascia anche intendere che nel corso della riunione si sia discusso degli "aggiustamenti" compensativi da attuare a fronte di tale importante rinuncia del CNS.

284. A ciò deve aggiungersi che l'Emilia Romagna è una delle poche regioni in cui non si pone il problema del reimpiego dei c.d. LSU – che risultano del tutto assenti in tale Regione (cfr. doc. I.29). Si trattava, pertanto, di un lotto particolarmente appetibile, atteso che, nel settore, come asserito in più occasioni dalle stesse parti, la questione della gestione degli LSU risulta essere molto avvertita (come emerge da numerosissimi documenti agli atti, tra cui ad esempio I.37.4.52 e I.37.4.53).

285. Alla luce di quanto precede non può risultare neanche plausibile l'argomentazione secondo cui la scelta di non partecipare al lotto 2 sarebbe stata dettata dalla volontà di diversificare sul territorio le proprie attività. Tale giustificazione appare, infatti, del tutto irrazionale alla luce della considerazioni che precedono e tanto più se si tengono presenti le evidenziate dinamiche protezionistiche che ispirano le scelte del Consorzio.

286. Più precisamente, il CNS ha motivato la mancata partecipazione per il lotto dell'Emilia-Romagna con il mancato interesse che, di fatto, si era venuto a creare tra le consorziate che avrebbero voluto partecipare alla gara tramite il Consorzio stesso.

287. In particolare, il CNS ha rappresentato che esso, in sede di gara, privilegia nelle proprie procedure di assegnazione le cooperative cosiddette "di portafoglio", ossia quelle che già risultano svolgere i servizi messi a gara in ragione di contratti precedenti. Tra le consorziate "di portafoglio" del CNS, che già svolgevano i servizi di pulizia nelle scuole in Emilia-Romagna oggetto della gara Consip, figuravano all'epoca della gara 10 cooperative, che totalizzavano un fatturato pari a circa 8-9 milioni. Tra tali cooperative, in aggiunta a Manutencoop, figurano Coopservice, Multiservice, CILS, Coopura, Coopma, Formula Servizi, ZeroCento. Di queste, tre hanno ottenuto subappalti da Manutencoop per circa 4-5 milioni di euro, mentre le altre sono state riallocate, anche in altre regioni e anche tramite subappalti, in quanto detenevano importanti portafogli.

288. Stando alle dichiarazioni del CNS, Manutencoop avrebbe dichiarato di non essere interessata a partecipare alla gara tramite il Consorzio, ma piuttosto a partecipare da sola alla procedura. Per quel che riguarda le altre cooperative “di portafoglio” del CNS, già operanti in Emilia-Romagna nel settore della pulizia delle scuole, esse, a detta del Consorzio, avrebbero avuto interesse a estendere la propria operatività al di fuori della regione Emilia-Romagna, ad esempio verso le vicine regioni delle Marche e dell’Abruzzo, piuttosto che assumere nuovi lavori in Emilia-Romagna, regione nella quale esse stavano già operando in ragione del precedente appalto Intercent.er e risultavano pertanto già assegnatarie tramite il Consorzio.

Al riguardo, è da ricordare che di tale asserita volontà delle consorziate emiliane non v’è traccia documentale alcuna, né nella forma di corrispondenza tra CNS e le consorziate interessate, né nella forma di documenti interni al CNS.

289. In ogni caso, tale ricostruzione dei fatti risulta altresì altamente implausibile: le due fasi – di convenzionamento ed esecuzione degli ordinativi – della commessa Intercent.er, infatti, sarebbero scadute assai prima delle corrispondenti fasi relative alla gara Consip (in particolare, la fase di convenzionamento della commessa Intercent.er, scaduta già nel 2013, è stata prorogata al giugno 2014 a fronte di un periodo di convenzionamento che per la commessa Consip sarebbe durato fino alla fine del 2015; inoltre, la fase esecutiva degli ordini avrebbe avuto una durata massima di tre anni per la commessa Intercent.er, scadendo nel giugno 2017, mentre per la commessa Consip sarebbe durata fino a un massimo di quattro anni, scadendo nel mese di novembre 2019). Risulta, pertanto, del tutto irragionevole affermare che non vi fosse convenienza per le consorziate radicate in Emilia Romagna di essere indicate, nell’ambito della gara Consip, dal CNS quali pre-assegnatarie per il lotto 2, tanto più se si considera che il Consorzio non ha in alcun modo dato conto di quali potessero essere i vantaggi di tale diversificazione, rispetto alla possibilità di veder consolidare o confermare la propria presenza all’interno della regione di riferimento.

290. Infine, come detto, la motivazione addotta dal CNS risulta non convincente semplicemente alla luce del fatto che proprio Manutencoop, la consorzziata più grande e strutturata, avente sede anch’essa in Emilia-Romagna e titolare anch’essa di contratti pregressi in tale regione, tra cui la stessa commessa Intercent.er, ha ritenuto di partecipare alla gara Consip per il lotto dell’Emilia-Romagna e si è aggiudicata tale lotto. Parimenti, come si è esposto in precedenza, anche altre consorziate del CNS hanno stipulato con

Manutencoop subappalti per un ammontare cospicuo per ottenere una quota degli ordinativi generati dalla convenzione Consip nella stessa regione Emilia-Romagna.

c) Le offerte di CNS per i lotti 3 e 9

291. Rispetto alle offerte presentate dal CNS per i lotti n. 3 e 9 (gli unici due in cui si è assistito ad una sovrapposizione con Manutencoop), si è già accennato come l'entità ridotta delle stesse, per via delle caratteristiche della formula utilizzata per il calcolo del punteggio economico, ha avuto l'effetto di ridurre il livello di ribasso medio e quindi di attenuare l'incidenza di offerte economiche aggressive eventualmente presentate dai concorrenti. In proposito, si osserva come i lotti 3 e 9 siano quelli che sono stati caratterizzati dal numero più elevato di partecipanti e quindi maggiormente esposti alla concorrenza.

Come già ricordato, poi, i lotti 3 e 9 sono quelli in cui si registrano gli sconti medi più bassi (con un'unica eccezione) e, in ogni caso, più bassi degli altri 2 lotti in cui ha presentato offerta MFM.

292. Si aggiunga che la scelta di CNS e Manutencoop di sovrapporsi sugli indicati lotti ha altresì consentito loro di simulare l'esistenza di un confronto competitivo tra le due imprese e, dunque, di rendere meno evidente la presenza di un disegno ripartitorio.

293. In relazione alle offerte tutt'altro che aggressive, presentate dal CNS nei lotti in cui si è verificata la sovrapposizione con Manutencoop, in occasione delle attività ispettive, i rappresentanti del Consorzio hanno affermato che la scelta di proporre ribassi così contenuti sarebbe stata dettata dal fatto di disporre nelle zone geografiche relative ai lotti n. 3 e 9 di un "*ridotto numero di cooperative consorziate già presenti sul territorio ed idonee ad eseguire i servizi posti a gara*". Si tratta di un'affermazione che difficilmente si concilia con la descrizione della strategia partecipativa adottata per la gara Consip dal CNS, come riferita nel corso dell'audizione con gli uffici, secondo cui molte consorziate aventi sede e commesse di portafoglio in determinate regioni si sono poi viste assegnare commesse in ambiti territoriali diversi. Sempre in corso di audizione, il rappresentante del CNS ha, altresì affermato che "*in Toscana il CNS ha presentato offerta su richiesta di Coplat, al fine di assegnarle il controvalore del portafoglio che avrebbe traslato dalla Campania*".

294. In sede di memorie conclusive, il CNS ha poi affermato che il ridotto livello di offerta su questi due lotti sarebbe stato motivato dalle diverse

caratteristiche di tali lotti rispetto agli altri quattro lotti per cui la ATI 1 da esso guidata ha presentato offerta.

La specificità di ciascun lotto, a cui il CNS ha fatto riferimento, si pone in contraddizione con il fatto che il Consorzio ha comunque formulato un identico menu di offerte economiche proprio per i lotti 3 e 9 (così come identica è risultata l'offerta economica formulata dall'ATI 1 per i lotti 4 e 5), pur riferendosi questi ultimi a territori tra loro sicuramente differenti (rispettivamente Toscana per il lotto 3 e Veneto e Friuli Venezia Giulia per il lotto 9). Si osservi, peraltro, che un operatore esperto e qualificato come MFM è invece pervenuto alla decisione di presentare un menu di offerte identico per tutti e quattro i lotti per cui ha partecipato, ivi inclusi i lotti 3 e 9.

295. Privo di pregio risulta anche l'argomento delle parti secondo cui, per tali lotti, andrebbe considerata non solo l'offerta economica del CNS ma anche quella tecnica. Si è visto, infatti, che il punteggio assegnato all'offerta tecnica presentata dal CNS per tali due lotti si è attestato su valori sostanzialmente analoghi ai punteggi spuntati dal Consorzio per le offerte tecniche presentate anche negli altri lotti che, si badi, sono risultati sempre più alti di quelli assegnati a tutti gli altri partecipanti. Stante il proprio know-how, la sua struttura e le sue capacità organizzative, l'esperienza pluriennale, nonché il radicamento territoriale delle consorziate, il Consorzio – il leader del mercato – era evidentemente in condizioni di formulare offerte tecniche di considerevole livello indifferentemente su tutti i lotti in cui ha partecipato.

296. L'ipotesi istruttoria secondo cui alle offerte presentate dal Consorzio per i lotti 3 e 9 non corrispondeva un'effettiva volontà di aggiudicarsi tali commesse appare ampiamente confermata anche dal citato documento del CNS del 6 novembre 2012 (cfr. doc. I.37.4.53), nel quale, pochi giorni dopo la seduta pubblica, il Consorzio esamina lo scenario che risulterà ad esito della procedura. Nel documento, infatti, i due lotti 3 e 9 non vengono presi affatto in considerazione nella valutazione del posizionamento competitivo di CNS sul mercato ad esito della gara.

d) Ulteriori elementi di irrazionalità nella scelta dei lotti

297. Se la scelta del CNS di non presentare offerta in Emilia Romagna è chiaramente un tassello del disegno ripartitorio che prevedeva di lasciare via libera a Manutencoop in quella regione, dalle evidenze agli atti emerge che anche le scelte relative ad altri lotti presentano elementi di irragionevolezza o, comunque, mal si conciliano con gli argomenti che lo stesso Consorzio ha

rappresentato essere alla base della propria strategia partecipativa alla gara Consip.

298. In particolare, dall'analisi dei dati relativi al portafoglio delle consorziate intermediato dal Consorzio per ciascuna regione concernente il fatturato rinveniente dai servizi di pulizia presso la committenza pubblica e dei dati dei cosiddetti appalti "storici" (dati, questi ultimi, che costituiscono un sottoinsieme del portafoglio per servizi di pulizia a committenza pubblica) detenuti dalle associate al Consorzio, emerge un quadro che rende assai poco convincenti le ricostruzioni tratteggiate dal CNS circa le motivazioni sottese alle scelte partecipative compiute.

299. Ciò vale, in particolare, per il lotto relativo alla Lombardia. Si tratta, infatti, di una regione in cui non erano presenti ex-LSU e in cui risulta che due consorziate CNS avessero portafogli di rilievo (per un totale di circa 711.000 euro).

Significativo che, anche in questo caso, la consorziata con il portafoglio più consistente nella regione (Multiservice, titolare di appalti storici in Lombardia per un valore di circa 510.000, valore che raggiunge il milione di euro se si considera anche il suo portafoglio emiliano) ha comunque visto tutelato il proprio portafoglio, tramite traslazione ottenuta con l'impegno di Kuadra di attribuire a Multiservice subappalti in Piemonte per un valore di quasi 750.000 euro.

300. Avendo a mente i principi che il CNS ha riferito essere alla base della propria strategia di gara (tutela del portafoglio consortile, valore dei lotti, presenza o meno di ex-LSU), appare di difficile comprensione, se non in una logica spartitoria, il motivo per cui, in tale regione, il CNS, piuttosto che adoperarsi affinché la sua consorziata di maggior peso fosse ricompensata tramite lo strumento del subappalto, non abbia invece presentato offerta per il lotto comprendente tale regione. Ciò appare tanto più anomalo se si considera che al lotto della Lombardia, il CNS ha preferito, ad esempio, un lotto avente minore valore, quello comprensivo della Toscana (lotto 3), in cui, pur a parità di ex LSU, non vi erano imprese consorziate di portafoglio. Non appare pertanto casuale che il lotto 3 sia uno di quelli in cui CNS ha presentato un'offerta assai meno aggressiva.

301. A ben vedere, poi, i criteri che il CNS avrebbe seguito nell'individuazione dei lotti cui partecipare non sono del tutto coerenti neanche con la scelta di partecipare per il lotto 4 (Sardegna e Lazio). Come visto, infatti, la presenza di contratti che implicavano il riassorbimento di un numero elevato di ex-LSU ha fatto rinunciare alla partecipazione per il lotto

della Sicilia - con il conseguente impegno a traslare fuori regione il portafoglio delle 2 consorziate che realizzavano il maggior fatturato in quella regione (Coopservice e Gierre). Risulta, pertanto, almeno singolare che queste stesse preoccupazioni non siano state affatto prese in considerazione ai fini della scelta di presentare offerta nel lotto Lazio/Sardegna (il cui valore è assai vicino a quello della Sicilia e in cui anche i numeri di ex-LSU non sono di molto inferiori). Anche in tal caso, quindi, la scelta di un lotto in luogo di un altro ben si iscrive nell'ottica collusiva, sulla scorta del quale Manutencoop e CNS si erano reciprocamente impegnate a tutelare, tra gli altri, il portafoglio della società riconducibile a Manutencoop (Roma Multiservizi). Più precisamente, solo avendo a mente il disegno collusivo, si comprende come mai il CNS ha concesso un subappalto di assoluto rilievo economico ad un'impresa non consorziata, tradendo la propria *mission* e rinunciando a far confluire le somme ad esso corrispondenti nel portafoglio consortile.

302. Come già evidenziato in premessa, gli elementi di irragionevolezza riscontrati devono essere apprezzati avendo a mente l'intero contesto di gara, al fine di valutare se il fatto che talune scelte partecipative sono state preferite ad altre risponda o meno a razionalità, tenuto anche conto dei criteri che, a detta delle stesse parti avrebbero dovuto improntare le loro strategie di gara. In altri termini l'irrazionalità ravvisata non va valutata rispetto all'appetibilità o meno del singolo lotto – secondo l'approccio di parcellizzazione proposto dalle Parti- ma piuttosto avendo riguardo al quadro d'insieme. A tal fine, pertanto, gli Uffici hanno operato un esercizio comparativo a mero titolo esemplificativo, per evidenziare come, se complessivamente valutate, le condotte di gara delle parti non appaiono conciliabili con una logica di autonomia imprenditoriale.

VI. CONCLUSIONI

303. Dall'insieme degli elementi di prova esogeni e endogeni accertati emerge incontrovertibilmente che, in occasione della procedura indetta da Consip, le imprese CNS, MFM, RM e Kuadra hanno posto in essere un'intesa anticoncorrenziale per il suo stesso oggetto, *sub* specie di pratica concordata, con la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti, sì da aggiudicarsene i più appetibili nel limite massimo

fissato dalla *lex specialis*.

304. La condivisione della scelta degli 8 lotti su cui presentare offerta e la conseguente decisione di non partecipare per gli altri 5 messi a gara ha inevitabilmente influenzato gli esiti della procedura con riguardo a tutti i 13 lotti. Se, infatti, le strategie partecipative di tutti i soggetti coinvolti nell'intesa fossero state assunte autonomamente e, dunque, guidate da logiche di confronto competitivo, si sarebbe, con ogni probabilità, assistito a risultati differenti.

305. Come visto, il CNS e la sua principale consorziata Manutencoop hanno deciso di partecipare separatamente alla gara. Laddove quest'ultima avesse partecipato in qualità di impresa indicata dal Consorzio, il numero massimo di lotti che si sarebbero potute aggiudicare congiuntamente sarebbe stato pari a 3, mentre partecipando separatamente CNS e MFM hanno potuto contare su 6 lotti.

306. Le predette imprese, una volta deciso per la partecipazione autonoma alla gara, avrebbero dovuto concorrere come soggetti indipendenti, del tutto prescindendo dai legami consortili che le legano. Diversamente, CNS e MFM hanno individuato i lotti su cui le stesse avrebbero rispettivamente concentrato i propri sforzi tramite scambi di informazioni, perseguendo un comune disegno partecipativo. In particolare, CNS ha partecipato alla gara avendo tra i propri principali obiettivi quello di tutelare i contratti storici ed il portafoglio della propria consorziata di maggior peso (Manutencoop), curandone gli interessi in via principale, addirittura in misura maggiore rispetto agli interessi delle consorziate per conto delle quali ha presentato le offerte.

Le due imprese muovevano dal presupposto che entrambe avrebbero complessivamente beneficiato dei risultati che ciascuna avrebbe singolarmente conseguito, atteso che, nonostante la sua partecipazione individuale alla gara, MFM resta un'impresa aderente al Consorzio, dai cui risultati quest'ultimo inevitabilmente trae vantaggio.

Più in generale, nel contesto della gara in esame, il CNS risulta aver principalmente avuto riguardo agli interessi delle consorziate di maggior peso rispetto a quelli delle consorziate di più ridotte dimensioni

Dal complesso di tali condotte è emerso pertanto un utilizzo distorto dello strumento consortile da parte del CNS.

307. Solo avendo presenti tali dinamiche, si comprende la *ratio* sottesa alle scelte del CNS di presentarsi in alcuni lotti e di non presentarsi in altri. Tenuto conto delle caratteristiche dei vari lotti, la strategia di gara di CNS è

infatti risultata essere del tutto irrazionale, oltre che incoerente con i principi che lo stesso CNS ha riferito essere alla base delle proprie scelte partecipative (tutela del portafoglio consortile, valore dei lotti, presenza o meno di ex-Lsu) e si spiega solo ove letta alla luce dell'obiettivo collusivo condiviso con MFM di aggiudicarsi, complessivamente, 6 lotti in luogo di 3. In particolare, del tutto irrazionale, secondo una logica imprenditoriale, è risultata essere la decisione di non presentare offerta per i lotti comprendenti l'Emilia Romagna (lotto 2) e la Lombardia (lotto 8), poi aggiudicati a MFM. In piena coerenza con la stessa dinamica collusiva risultano le offerte decisamente non competitive presentate dal Consorzio per i lotti comprensivi delle regioni Toscana (lotto 3) e Veneto (lotto 9), entrambi aggiudicati a Manutencoop.

Similmente, nel presentare offerta per il lotto comprendente il Lazio e la Sardegna (lotto 4), il CNS ha inteso garantire ad una società non consorziata (Roma Multiservizi), riconducibile a Manutencoop, in virtù dell'accordo compensativo, il pieno mantenimento del portafoglio storico nella città di Roma.

308. A fronte dell'adoperarsi di CNS per la tutela del portafoglio di MFM, quest'ultima, oltre a rinunciare a presentare offerta per il lotto 4 (nonostante il cospicuo portafoglio ivi detenuto da Roma Multiservizi), si è impegnata, tramite lo strumento del subappalto, ad aiutare CNS affinché anche ad altre consorziate detentrici di appalti storici fosse garantito il mantenimento di tali appalti o perlomeno il valore del portafoglio a questi riconducibile.

309. La stessa tipologia di affinamenti al quadro collusivo è stata garantita da Kuadra che, in ragione di un credito pregresso vantato nei confronti del CNS, è stata ammessa da quest'ultimo a partecipare al suo fianco alla gara nell'ambito di ATI 1, accettando nel contempo di concedere subappalti a consorziate di rilievo del CNS, cui il Consorzio intendeva garantire il mantenimento del portafoglio.

310. L'intesa ha potuto pienamente realizzarsi e trovare attuazione anche per effetto degli scambi di informazioni sensibili che si sono realizzati nel contesto dei rapporti di *governance* esistenti tra MFM e RM. Quest'ultima ha infatti svolto il cruciale ruolo di veicolo di informazioni tra CNS e Manutencoop.

VII. PREGIUDIZIO AL COMMERCIO FRA STATI MEMBRI

311. Secondo la Commissione europea⁸⁷, il concetto di pregiudizio al commercio tra Stati Membri deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

Significativi in tal senso risultano la rilevanza comunitaria della procedura di gara in questione, il fatto che i servizi oggetto della gara interessano l'intero territorio nazionale, nonché la partecipazione a tale gara di imprese aventi vocazione internazionale. Di conseguenza, l'intesa in esame, potendo essere idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati Membri, va valutata ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

VIII. GRAVITÀ DELL'INTESA

312. 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 da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

313. 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.

314. Quanto alla natura dell'intesa in esame, sulla base delle risultanze

⁸⁷ 2004/C 101/07 - Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, pubblicato in GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004. Analogamente, nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, Listino Prezzi della Pasta, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza nazionale ed europea secondo cui, in particolare, "l'idoneità di un'intesa ad incidere sul commercio tra Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), non occorrendo dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo". Anche il TAR Lazio, nella sentenza non definitiva n. 8951 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, ha ritenuto che il pregiudizio al commercio tra Stati Membri è soddisfatto "quando l'intesa appare comunque idonea ad influire, anche solo potenzialmente, sulle correnti di scambio tra Stati membri e la limitazione del confronto concorrenziale nel richiamato settore merceologico all'interno di un singolo Stato membro sembra in grado di poter arrecare tale pregiudizio, anche tenuto conto delle dimensioni sopranazionali dei gruppi di cui fanno parte alcune delle imprese interessate".

istruttorie, è stato accertato che le società CNS, MFM, Kuadra e RM hanno posto in essere un'intesa segreta di tipo orizzontale, restrittiva della concorrenza, nella forma di una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla *lex specialis*.

315. Si tratta, in particolare, di un'intesa orizzontale segreta mirante a condizionare la dinamica delle riferite gare sì da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione delle commesse.

Si osserva che l'intesa ha coinvolto i maggiori player del mercato di riferimento ed ha avuto piena attuazione determinando la ripartizione del mercato.

316. Il descritto comportamento è considerato tra le violazioni più gravi della normativa *antitrust* in quanto, per sua stessa natura, appare idoneo e destinato ad alterare, in caso di aggiudicazione della gara – come poi avvenuto –, per tutta la durata dell'affidamento, il normale gioco della concorrenza; in particolare, il comportamento anticoncorrenziale accertato costituisce un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE.

IX. SANZIONI

317. Al fine di quantificare le sanzioni 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 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.

318. In via preliminare, si osserva che non può essere accolto il rilievo di talune parti secondo cui le citate Linee Guida non potrebbero trovare applicazione nel caso di specie. Le stesse Linee Guida, al punto 35, definiscono il proprio ambito di applicazione temporale, prevedendo testualmente “*Le presenti Linee Guida si applicano ai procedimenti in corso, nei quali non sia stata notificata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie, di cui all'art. 14, comma 1 del DPR n. 217/98*”. L'Autorità ha adottato le Linee Guida il 22 ottobre 2014, vale a dire pochi giorni dopo l'avvio del presente procedimento (avvenuto in data 8 ottobre 2014), le cui

risultanze istruttorie sono state trasmesse alle parti in una data successiva (16 ottobre 2015). Si aggiunga che scopo delle linee guida è quello di esplicitare la metodologia seguita per la quantificazione della sanzione per rendere edotte le parti delle motivazioni e dell'*iter* che hanno indotto l'Autorità a comminare una determinata ammenda (punto 4). Si tratta quindi di uno strumento volto a garantire un più elevato grado di trasparenza al processo valutativo effettuato dall'Autorità nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio.

319. Quanto al fatturato da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'importo base delle sanzioni, sulla scorta dei punti 7 e seguenti delle Linee Guida, tale importo si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione. Allorché l'infrazione si realizza in relazione ad una procedura di gara ad evidenza pubblica, in base al punto 18 delle Linee Guida i dati iniziali cui far riferimento per il calcolo dell'importo di base dell'ammenda sono quelli corrispondenti agli importi di aggiudicazione della procedura interessata dall'intesa, ovvero, in assenza di aggiudicazione, agli importi posti a base d'asta.

320. Nel caso di specie, quindi, considerate le previsioni della *lex specialis* di gara, viene individuato quale importo di aggiudicazione il valore massimo complessivo previsto per ciascun lotto aggiudicato all'ATI 1 (lotti 1, 4 e 10) e a MFM (lotti 2, 8 e 9), posto che i ribassi presentati in sede di gara concernevano i prezzi unitari dei servizi offerti da praticarsi nell'ambito del valore massimo convenzionabile definito dal bando.

321. Il valore massimo convenzionabile considerato per ciascun lotto è comprensivo dei *plafond* aggiuntivi che, diversamente da quanto sostenuto dalle Parti, ne costituiscono parte integrante. Invero, tali *plafond* si configurano come un ampliamento dell'oggetto prestazionale dell'appalto e del connesso corrispettivo che la stazione appaltante può imporre - in virtù di determinate condizioni - all'aggiudicatario senza ulteriore procedura ad evidenza pubblica o negoziazione privata. I *plafond* aggiuntivi rientrano quindi nel corrispettivo della commessa la cui procedura di affidamento è stata condizionata dall'accertata intesa collusiva tra le parti. La circostanza che per alcuni lotti tale *plafond* non sia stato attivato risulta, pertanto, priva di rilevanza ai fini che interessano.

322. Parimenti non meritevole di accoglimento è l'ipotesi prospettata dalle

Parti di far riferimento al fatturato effettivamente realizzato a seguito degli ordinativi di fornitura emessi dagli istituti scolastici. Tale impostazione, infatti, non risulterebbe coerente con i criteri di calcolo dell'importo base della sanzione tracciati dalle Linee Guida e condurrebbe a far riferimento ad importi del tutto scollegati dall'intesa, avendo le Parti pianificato la propria condotta al fine di coordinare le rispettive strategie partecipative sulla base degli importi messi a gara, gli unici disponibili al momento della realizzazione dell'intesa.

323. Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alla circostanza, evidenziata dalle Parti, secondo la quale la stazione appaltante Consip avrebbe sovrastimato i valori di gara, rispetto a quelli che poi si sono rivelati i successivi finanziamenti del MIUR. Sono gli importi complessivi ad essere stati tenuti in considerazione dalle parti per formulare le offerte nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica. Pertanto, il fatto che il MIUR abbia deciso di stanziare concretamente, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, un importo più contenuto non appare rilevante, posto che tale decisione è comunque successiva al contesto temporale in cui è collocabile la collusione volta a condizionare la gara. Non deve, peraltro, trascurarsi la possibilità, peraltro verificatasi nel caso di specie⁸⁸, che a stanziamenti pubblici contenuti ne susseguano altri introdotti da successivi interventi normativi o governativi.

324. Nella propria memoria finale il CNS ha argomentato, che ai fini dell'individuazione del parametro cui commisurare l'entità della sanzione, si dovrebbe tener conto dei "*ricavi propri caratteristici del Consorzio*", ovvero del solo valore dell'attività di intermediazione svolta dal Consorzio stesso connessa alla presentazione delle offerte e, più in generale, allo svolgimento della gara. Analoghe considerazioni circa la necessità di fare riferimento esclusivamente ai ricavi caratteristici del Consorzio varrebbero, secondo il CNS, per la determinazione del massimo edittale della sanzione.

325. Al riguardo, si rileva che in via generale e con specifico riguardo al contesto degli appalti pubblici, il Consorzio si pone come un distinto centro di imputazione di rapporti giuridici rispetto alle consorziate, con una propria struttura organizzativa, dotato di personalità giuridica piena. Nell'ambito di una gara di appalto il Consorzio partecipa in nome proprio, ancorché per conto delle consorziate/esecutrici ed è al Consorzio che viene imputata

⁸⁸ È la stessa MFM a riferire nella propria memoria finale (cfr. paragrafo 212) di ulteriori stanziamenti del MIUR del 2014 in virtù del Piano straordinario per il ripristino del decoro e della funzionalità degli edifici scolastici.

l'eventuale aggiudicazione e stipulazione del contratto così come i relativi effetti ed i connessi rischi di gestione.

Ne consegue che il parametro di riferimento per individuare la porzione dell'importo di aggiudicazione addebitabile al CNS e l'entità del fatturato cui misurare il massimo edittale non può ridursi al solo margine di intermediazione del Consorzio, ma deve estendersi a tutto il valore delle prestazioni dedotte in gara e ascrivibili al Consorzio stesso anche se le stesse, secondo il meccanismo mutualistico, verranno poi eseguite concretamente dalla consorziate designate in sede di offerta.

Non a caso, la documentazione contabile del Consorzio registra nei dati di fatturato il corrispettivo delle prestazioni rese a fronte dell'esecuzione dei contratti pubblici stipulati in nome proprio ed eseguite dalle consorziate, come del resto ha dovuto ammettere anche il CNS con riferimento ai ricavi contabilizzati nel proprio bilancio per i servizi eseguiti dalle consorziate a seguito di contratti aggiudicati al Consorzio.

Quanto detto risulta *a fortiori* valido per un Consorzio, come quello parte del procedimento in oggetto, costituito in forma di società di capitali, entità di per sé connotata da un'autonomia giuridica ed organizzativa particolarmente intensa.

326. Tanto premesso, i valori di aggiudicazione complessivamente attribuibili all'ATI 1 e a MFM sono i seguenti:

<i>Aggiudicatario</i>	<i>Valore complessivo aggiudicazione</i>
ATI 1	456.830.000,00 euro
MFM	323.400.000,00 euro

327. Nell'ambito dell'ATI 1 il sopraindicato importo complessivo deve essere ripartito secondo le quote di partecipazione al raggruppamento, per come definite negli atti costitutivi dell'ATI e nella documentazione di offerta. Si riporta, pertanto, la suddivisione del menzionato importo di aggiudicazione per ciascuna delle due partecipanti cui si addebita la condotta contestata. La quota relativa ad Exitone (pari al 3%) non viene, pertanto, considerata né riassegnata.

<i>Componente ATI 1</i>	<i>Quota di partecipazione all'ATI</i>	<i>Quota del valore della gara</i>
CNS	82%	374.600.600,00 euro
Kuadra	15%	68.524.500,00 euro

328. In relazione a RM, avendo la stessa rinunciato a partecipare alla gara per ottenere, a titolo di vantaggio compensativo, subappalti a valere sul lotto 4 aggiudicato all'ATI 1, il valore da considerare coincide con gli importi degli affidamenti in subappalto allo stato disposti, in attuazione dell'accordo anticoncorrenziale stipulato tra il CNS e RM, in favore della Parte, nell'arco

temporale 2014/2015 e come dettagliato nei punti 82 e 84, i quali ammontano a 22.519.397,23 euro.

329. Al riguardo, non è meritevole di accoglimento l'argomentazione di RM secondo cui l'aver considerato sia i subappalti ricevuti nel 2014 che quelli ricevuti nel 2015 sarebbe in contrasto con il dettato delle Linee Guida, le quali indicano invece che occorre prendere come riferimento il valore delle vendite "*nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione*". In proposito, si rileva che tale riferimento si riferisce ad illeciti *antitrust* realizzati in contesti diversi dalle gare pubbliche, rispetto ai quali detto valore viene poi rimodulato in funzione della durata della violazione stessa. Diversamente, nei casi di intese realizzate in occasione di gare, l'importo preso a riferimento (valore dell'affidamento) è intrinseca espressione, tra l'altro, della durata dell'intesa, tant'è che esso non viene rimodulato in funzione di tale parametro.

330. Si riporta, pertanto, di seguito il valore complessivo degli importi di aggiudicazione ascrivibili a ciascuna parte.

CNS	374.600.600,00 euro
Manutencoop	323.400.000,00 euro
Roma Multiservizi	22.519.397,23 euro
Kuadra	68.524.500,00 euro

331. Tale importo iniziale è stato moltiplicato per la percentuale che riflette la gravità dell'infrazione. Trattandosi di un'infrazione molto grave dell'articolo 101 TFUE, cioè un'intesa orizzontale segreta di ripartizione delle commesse e fissazione dei prezzi, il punto 11 delle Linee Guida prevede un *range* del 15-30%; nel caso di specie, è stato dunque considerato il valore, uguale per tutte le parti, del 15%.

332. L'importo base delle sanzioni che ne risulta è riassunto nella tavola che segue:

<i>Società</i>	<i>Importo base (euro)</i>
CNS	56.190.090
Manutencoop	48.510.000
Roma Multiservizi	3.377.910
Kuadra	10.278.675

333. Per Kuadra sull'importo base così ottenuto è stata applicata una riduzione, quantificata nel 15%, in funzione della circostanza attenuante ravvisabile nel ruolo più marginale rivestito dalla società nell'organizzazione e realizzazione dell'infrazione.

334. In conseguenza di quel che precede, gli importi delle sanzioni risultano pari a quanto indicato nella tavola seguente:

<i>Società</i>	<i>Sanzione in applicazione delle Linee Guida (euro)</i>	<i>Massimo edittale (euro)</i>
CNS	56.190.090	74.431.517
Manutencoop	48.510.000	73.114.249
Roma Multiservizi	3.377.910	7.939.664
Kuadra	8.736.874	5.763.882

313. Si è infine tenuto conto della soglia legale massima, pari al 10% del fatturato totale delle Parti relativo all'anno 2014 (articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90). Tale vincolo, nel caso di specie, trova applicazione ai fini della quantificazione della sanzione di Kuadra, come si evince dalla tabella che precede.

L'Autorità ha così determinato l'applicazione alle Parti interessate di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo rispettivamente pari a quanto indicato nella tabella che segue:

<i>Società</i>	<i>Sanzione – Importo finale (euro)</i>
CNS	56.190.090
Manutencoop	48.510.000
Roma Multiservizi	3.377.910
Kuadra	5.763.882

LE ISTANZE PER INCAPACITÀ CONTRIBUTIVA

335. CNS, MFM e Kuadra hanno avanzato formale istanza di incapacità contributiva ai sensi del punto 31 delle Linee guida.

336. Al riguardo, si osserva preliminarmente che, nell'ordinamento comunitario, i principali requisiti per il riconoscimento di un'eventuale riduzione della sanzione per incapacità contributiva sono:

- l'accertamento di un concreto rischio di bancarotta o totale perdita di valore degli attivi (patrimonio netto);
- la sussistenza di un nesso di causalità tra la sanzione ed il predetto rischio di bancarotta.

Sempre in aderenza ai principi comunitari, la concessione del beneficio in parola riveste carattere del tutto eccezionale.

337. Alla luce delle modalità di valutazione seguite dalla Commissione europea, la verifica del rischio di bancarotta e del nesso di causalità tra questa e la sanzione lamentati da CNS, MFM e Kuadra sono stati oggetto di un'analisi quantitativa, basata in particolare su un esame dei dati di bilancio, effettuando -in aggiunta alla valutazione del peso della sanzione rispetto alla dimensione dell'azienda- il calcolo di una serie di indici (di liquidità, di solvibilità e di redditività), nonché il calcolo dei cosiddetti *Z'* e *Z'' score* di Altman.

338. In relazione al CNS, dai dati di bilancio della società non sono emerse problematicità con riferimento alla liquidità; benché gli indicatori relativi alla solvibilità presentino talune criticità (in particolare con riguardo al Net Asset), il fatto che dall'analisi dei suddetti indici *Z'* e *Z'' score* non emergono dati problematici, fa sì che non risultino soddisfatte le condizioni per l'accoglimento dell'istanza in esame.

339. Ad analoghe conclusioni conduce l'analisi dei dati di bilancio di MFM, dai quali non emergono particolari criticità. Gli unici indicatori che presentano qualche aspetto di problematicità (debito netto su margine operativo lordo e *Z' score*) risultano tali anche a prescindere dall'applicazione della sanzione, difettando pertanto il nesso di causalità necessario ai fini dell'accoglimento dell'istanza di incapacità contributiva.

340. Per quanto riguarda, infine, la situazione di Kuadra, dai dati di bilancio dell'impresa non sono emerse significative problematicità con riferimento alla liquidità; l'indicatore *Z' score* e alcuni indicatori di solvibilità presentano problematicità che tuttavia prescindono dall'applicazione della sanzione. Anche per Kuadra non ricorrono quindi i presupposti per l'accoglimento dell'istanza.

341. In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 56.190.090 euro per CNS – Consorzio Nazionale Servizi società cooperativa, di 48.510.000 euro per Manutencoop Facility Management S.p.A., di 3.377.910 euro per Roma Multiservizi S.p.A. e di 5.763.882 per Kuadra S.p.A.

RITENUTO, pertanto, che le società CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A., Kuadra S.p.A. e Roma Multiservizi S.p.A. abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza nella forma di una pratica concordata, con la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla *lex specialis*, in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea;

tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che le società CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A., Kuadra S.p.A. e Roma Multiservizi S.p.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla *lex specialis*;

b) che le società CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A., Kuadra S.p.A. e Roma Multiservizi S.p.A. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui al punto a);

d) che le Parti assumano misure atte ad evitare il riproporsi di condotte collusive analoghe a quelle accertate, avendo tra l'altro riferimento agli accorgimenti necessari per garantire un utilizzo corretto delle dinamiche consortili, dando, entro il 31 maggio 2016, comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate, mediante specifica relazione scritta;

d) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto a), CNS – Consorzio nazionale Servizi società cooperativa, Manutencoop Facility Management S.p.A., Kuadra S.p.A. e Roma Multiservizi S.p.A. vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella:

<i>Società</i>	<i>Sanzione – Importo finale (euro)</i>
CNS	56.190.090
Manutencoop	48.510.000
Roma Multiservizi	3.377.910
Kuadra	5.763.882

La sanzione amministrativa pecuniaria di cui al punto d) deve essere pagata 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 n. 241/1997.

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 ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione. In tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento 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'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, 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
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella