



Parliamo di gare pubbliche...

(a cura di) **Riccardo Pennisi**

4 luglio 2019

**Baker
McKenzie.**



Istruttorie chiuse nel periodo 2018-2019 - Intese (1)

PROVVEDIMENTO	ESITO
<i>1796 SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE (n. 26815 del 18.10.2018)</i>	<p>Violazione art. 101 TFUE - pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti</p> <p>Sanzione € 10.770.098</p>
<i>1819 INTERCENT-ER/GARA PER FARMACI EMODERIVATI (n. 27465 del 12.12.2018)</i>	<p>Possibile intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE in relazione alla costituzione di un RTI per la partecipazione ad una gara per l'affidamento di servizi relativi alla produzione di farmaci plasma-derivati bandita dalla Regione Emilia-Romagna.</p> <p>Non violazione: Dalle risultanze istruttorie non sono emersi elementi probatori a supporto dell'ipotesi che il raggruppamento temporaneo costituito dalle imprese Kedrion e Grifols abbia sostanziato un'intesa anticoncorrenziale.</p>



Istruttorie chiuse nel periodo 2018-2019 - Intese (2)

PROVVEDIMENTO	ESITO
<p>1792C GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA- INOTTEMPERANZA (n. 27653 del 24.04.2019)</p>	<p>Con provvedimento del 21 dicembre 2016, l'Autorità aveva accertato, con particolare riferimento all'erogazione del servizio di ossigenoterapia domiciliare (OTD) in Campania, l'esistenza di una concertazione tra le parti, in violazione dell'art. 101 TFUE, finalizzata, tra l'altro, a mantenere le posizioni di mercato e ripartirsi i lotti nell'ambito della gara indetta da SO.RE.SA. S.p.A. nel 2014. Nel 2018 SORESA, in ragione della conclusione degli incarichi affidati con la gara del 2014, aveva bandito una nuova gara suddivisa in 7 lotti. In occasione di questa gara erano pervenute singole offerte per ciascun lotto, con una sostanziale coincidenza rispetto alle offerte ricevute nella gara del 2014. Tale circostanza costituiva secondo l'Autorità un chiaro indizio circa il persistere di una strategia finalizzata alla spartizione del mercato.</p> <p>Non violazione - Alla luce della documentazione raccolta nel corso dell'istruttoria nonché delle valutazioni e delle argomentazioni effettuate, l'Autorità ha ritenuto che non vi fossero elementi sufficienti per contestare alle Società la mancata ottemperanza alla diffida dell'AGCM di cui al provvedimento del 2016.</p>
<p>1808 GARA CONSIP FM4 - ACCORDI TRA I PRINCIPALI OPERATORI DEL FACILITY MANAGEMENT (n. 27646 del 17.04.2019)</p>	<p>Violazione art. 101 TFUE - Le società coinvolte, suddivise in cinque gruppi, si sarebbero ripartite i diversi lotti messi a gara da Consip concordando le modalità di partecipazione, e condizionando l'esito della gara con l'obiettivo di giungere alla spartizione dei 18 lotti di gara per un valore complessivo di circa 2,7 miliardi.</p> <p>Sanzione € 235.000.000</p> <p>Con specifico riferimento alla posizione del <i>leniency applicant</i>, l'Autorità ha tenuto conto del contributo fornito all'istruttoria dal CNS ed ha quindi riconosciuto allo stesso una riduzione della sanzione nella misura del 50%.</p>

Istruttorie chiuse nel periodo 2018-2019 - Intese (3)

PROVVEDIMENTO	ESITO
<p>1806 AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO BOSCHIVO (n. 27563 del 13.02.2019)</p>	<p>Violazione art. 101 TFUE</p> <p>A) la prima intesa si sarebbe sostanziata in un cartello segreto orizzontale avente ad oggetto il condizionamento di gare pubbliche d'appalto (c.d. <i>bid rigging</i>) attraverso la spartizione delle gare per servizi di antincendio boschivo mediante elicotteri, bandite tra il 2005 e il 2018 sul territorio nazionale da stazioni appaltanti regionali. Inoltre, tale intesa, ad avviso dell'Autorità, avrebbe avuto altresì ad oggetto la fissazione dei prezzi a livelli artificialmente alti, grazie alla neutralizzazione del confronto competitivo tra le parti.</p> <p>B) La seconda intesa avrebbe riguardato la fissazione dei prezzi da parte dell'AEI- Associazione Elicotteristica Italiana e le imprese ad essa associate. Ad avviso dell'Autorità le suddette società avrebbero stilato ed approvato, nell'ambito dell'AEI, un listino prezzi (c.d. Prezziario) in cui erano pre-fissati (i.e. stabiliti prima che le gare per l'affidamento dei servizi di antincendio boschivo fossero state bandite) i prezzi dei servizi di "lavoro aereo" e "trasporto passeggeri" distinti per tipologia di elicottero.</p> <p>C) Per la gara HEMS AGCM non ha accertato alcuna violazione.</p> <p>Sanzione € 67.596.940</p>
<p>1816 GARA SO.RE.SA. RIFIUTI SANITARI REGIONE CAMPANIA (n. 27546 del 30.01.2019)</p>	<p>Violazione art. 101 TFUE - intesa consistente in un coordinamento delle strategie commerciali in occasione della procedura di gara centralizzata bandita da So.re.sa. S.p.A. relativa alla fornitura del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, derivanti da attività sanitarie, per le aziende Sanitarie presenti nella Regione Campania. Nessuna sovrapposizione e utilizzo di un consulente comune «<i>con la consapevolezza che Green Light non avrebbe assistito soggetti in concorrenza sugli stessi lotti</i>»</p> <p>Sanzione € 1.355.136</p>

Istruttorie aperte nel periodo 2018-2019 - Intese (4)

ISTRUTTORIA IN CORSO	CONDOTTA
<p>1822 CONSIP / GARA SICUREZZA E SALUTE 4 (Avviata istruttoria il 14.03.2018)</p>	<p>Accertamento intesa in violazione dell'art. 101 TFUE, nella fornitura dei servizi integrati di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.</p> <p>Le Parti avrebbero coordinato il proprio comportamento nella presentazione delle offerte di partecipazione alla Gara indetta da Consip S.p.A. nel dicembre 2015 per la prestazione di servizi di gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni (quarta edizione), al fine di ripartirsi i servizi oggetto di procedura.</p>
<p>1831 GARE AMA SERVIZIO SMALTIMENTO RIFIUTI (Avviata istruttoria il 12.12.2018)</p>	<p>Accertamento esistenza di un'intesa, in violazione dell'art. 101 TFUE, consistente in un possibile accordo tra le parti, per mezzo del quale si sarebbero astenute dalla partecipazione alle gare indette da AMA S.p.A. (incaricata dell'attività di gestione dei rifiuti urbani e igiene urbana della città di Roma) con lo scopo di indurre AMA ad acquisire i servizi oggetto di gara a mezzo di trattativa privata a condizioni economiche più onerose.</p>



Istruttorie aperte nel periodo 2018-2019 - Intese (5)

ISTRUTTORIA IN CORSO	CONDOTTA
<p><i>1821 AFFIDAMENTI VARI DI SERVIZI DI VIGILANZA PRIVATA</i> (Avviata istruttoria il 21.02.2018)</p>	<p>Accertamento violazione art. 101 TFUE: in occasione di alcune procedure pubbliche di affidamento del servizio di vigilanza privata, le parti avrebbero adottato modalità di partecipazione volte ad evitare il confronto competitivo in gara, anche mediante l'uso ingiustificato dell'istituto del RTI.</p> <p>L'istruttoria riguarda le gare bandite da ARCA Lombardia nel 2016, da Trenord nel 2014, da Expo 2015 nel 2013, da Intercent-ER nel 2013 e nel 2015 e da Infrastrutture Lombarde nel 2013, ma non si esclude che l'ipotizzata concertazione possa interessare un ambito più esteso.</p> <p>L'AGCM ha poi esteso oggettivamente il procedimento anche all'attività di coordinamento nell'offerta di servizi a soggetti pubblici e privati, nonché agli accordi aventi ad oggetto affidamenti reciproci di servizi tra le parti.</p>



Abusi - Istruttorie avviate/concluse nel periodo 2018-2019

PROVVEDIMENTO	ESITO
A495 GARA TPL PADOVA (Chiuso con provvedimento n. 26610 del 11.05.2017)	Violazione ex art. 102 TFUE consistente in condotte abusive volte a ritardare e/o omettere l'invio di informazioni e dati all'Ente di Governo del bacino integrato di TPL di Padova ed indispensabili a completare gli elaborati di gara per l'affidamento dei servizi, con la conseguenza di impedire di indire, nei tempi previsti, lo svolgimento di una gara nel rispetto dei principi concorrenziali. Accettati impegni
A516 GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO (Chiuso con provvedimento n. 27635 del 10.04.2019)	Violazione ex art. 102 TFUE - la Società avrebbe ritardato ovvero omesso di fornire alla Provincia Autonoma di Bolzano le informazioni indispensabili per completare gli elaborati di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma nel territorio della Provincia di Bolzano Sanzione € 1.147.275
A519 AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO FERROVIARIO NEL VENETO (In corso – Istruttoria avviata il 3.05.2018)	Accertamento dell'esistenza di violazioni ex art. 102 TFUE - secondo l'ipotesi accusatoria, le società Gruppo FS avrebbero di fatto adottato una strategia complessiva volta a sfruttare indebitamente la posizione di monopolio legale detenuta da RFI sul mercato della gestione dell'infrastruttura ferroviaria, al fine di preservare la posizione di <i>incumbent</i> detenuta da Trenitalia sul mercato della fornitura dei servizi ferroviari di trasporto pubblico passeggeri regionale e locale in Veneto. In corso
A527 COMUNE DI GENOVA/DISTRIBUZIONE GAS NATURALE (In corso – Istruttoria avviata il 12.03.2019)	Presunto abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE - denuncia da parte del Comune di Genova, in qualità di stazione appaltante per il riaffidamento del servizio di distribuzione gas nell'ATEM di Genova a seguito dell'intervenuta scadenza delle precedenti concessioni: il Comune ha segnalato all'Autorità le difficoltà incontrate nei confronti delle Società uscenti nell'ottenere le informazioni necessarie per la predisposizione del bando di gara per il nuovo affidamento del servizio. Valutata opportunità di misure cautelari In corso

Relazione annuale 2019



L'attività di enforcement

Abusi e Intese

Gare pubbliche

La lotta ai cartelli negli appalti pubblici (*bid rigging*) rappresenta da tempo una priorità nell'attività dell'Autorità. La rilevanza degli interventi in tale ambito è data dal fatto che, attraverso la propria azione di *enforcement*, l'Autorità, oltre a ristabilire le condizioni per un corretto confronto competitivo fra le imprese, a beneficio della concorrenza, contribuisce anche al perseguimento di altri benefici, quali il risanamento e il contenimento della spesa.



Concessioni e criticità concorrenziali

a) La regola della gara e gli spazi per il confronto competitivo

Le procedure ad evidenza pubblica devono costituire la regola nell'affidamento delle concessioni

b) L'ampiezza dell'affidamento

Il perimetro della concessione oggetto di affidamento non deve essere ingiustificatamente ampio, ma piuttosto tenere adeguatamente conto delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta

c) Criteri di selezione

I criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara

d) La durata delle concessioni

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato

Le peculiarità



▪ Alcuni aspetti che caratterizzano il mondo delle gare

- i. dimensioni delle gare e conseguenze:
 - requisiti
 - esposizione
 - fideiussioni
 - cauzioni
 - rischi di credito
 - ricorso a RTI
 - e... rilevanza per l'amministrazione con conseguente interesse AGCM e magistratura
- ii. regolamenti di gara - punteggio tecnico e punteggio economico
- iii. necessità di chiarire le problematiche dello specifico appalto e di discutere e possibilmente risolvere talune tematiche
- iv. iniziative da parte delle stazioni appaltanti e ruolo delle associazioni di categoria



Le peculiarità



▪ Alcuni aspetti che caratterizzano il mondo delle gare

- v. criteri interni per la predisposizione delle offerte e necessità di effettuare simulazioni
- vi. ruolo del mondo cooperativo
- vii. iniziative da parte delle stazioni appaltanti e ruolo delle associazioni di categoria
- viii. subappalti
- ix. avvalimento
- x. ricorso al ricorso ed alla segnalazione...



Tutto ciò premesso...



▪ **AGCM sta utilizzando un approccio efficace e/o coerente?**

- i. RTI sovrabbondanti – illecite? indicatori di illiceità
- ii. Parallelismo e offerte a scacchiera – illecito? indicatore di illiceità?

Cosa succede se non si riesce a spiegare alternativamente i due principali elementi endogeni come frutto plausibile e razionale di autonome iniziative imprenditoriali delle Parti?

- iii. Coinvolgimento di più imprese parti della stessa cooperativa.
- iv. Protezione dell'area geografica già presidiata? Oppure
- v. Mancata protezione dell'area geografica già presidiata?
- vi. Gare andate deserte



▪ **AGCM sta utilizzando un approccio efficace e/o coerente?**

- vii. “Cointeressenze” – cosa vuol dire? quando rilevano?
- viii. “Contatti” – di nuovo, di che contatti si parla? E come si dimostra il contenuto delle discussioni?
- ix. Momento della costituzione di un RTI rispetto al termine di presentazione delle offerte
- x. Documentazione che evidenzia la simulazione delle offerte di terzi per calibrare la propria (data/corrispondenza alle offerte presentate/dato testuale)
- xi. Rilevano le scelte economiche fatte da altri concorrenti (che hanno priorità/organizzazione/struttura diverse)?
- xi. Tavoli tecnici



▪ **AGCM sta utilizzando un approccio efficace e/o coerente?**

xii. Interventi nei procedimenti amministrativi? Mancato intervento?

xiii. Utilizzo di uno stesso consulente?

xiv. Aggressività vs non aggressività – reazione a gare andate male per adeguare strategia

xv. E dell'offerta tecnica che ne facciamo?

Più in generale, come si articola l'onere della prova? È veramente la natura delle prove/indizi (endogeni vs esogeni) a spostare l'onere dall'AGCM alle parti?



Sanzioni



▪ E sulle sanzioni?

- i. Ricordiamoci che se parliamo di gare pubbliche abbiamo:
 - sanzione
 - risarcimento danni
 - esclusione dalle gare future
 - possibili conseguenze penali
- ii. Particolarmente interessante il caso di CNS in Gara FM4:
 - *self-cleaning* (e sua eventuale rilevanza in ottica esclusioni future)
 - ritiro offerta dalla gara (e gara comunque non aggiudicata)
 - *leniency*
 - attenuante compliance antitrust (non pienamente efficace)
 - sanzione pari a quasi **40 milioni €**

Giustificabile in ottica deterrenza? Che ruolo ha il principio di proporzionalità?



▪ In sostanza

- i. Alcuni comportamenti sono chiaramente problematici
- ii. Per altri, il limite è sottile soprattutto in un contesto complesso come quello delle gare pubbliche, in cui spesso l'utilizzo di strumenti in sé leciti può essere considerato indicatore di collusione
- iii. Quanto è possibile fare affidamento sulla razionalità della condotta? E quali sono i parametri per valutarla? Bisogna sterilizzare ogni forma di contatto – su qualsiasi tema – con i concorrenti in prossimità delle gare? Bisogna effettuare offerte competitive o quantomeno comparabili su tutti i lotti in gara? Bisogna...
- iv. E come difendersi se non si può effettuare una “disamina parcellizzata”? Quando l'analisi è parcellizzata? Come si articola l'onere della prova?
- v. Prossime pronunce di TAR e, soprattutto, CdS saranno fondamentali per avere una “normalizzazione” dell'iter argomentativo dell'AGCM



**Baker
McKenzie.**

