

### 3. Sviluppi giurisprudenziali

#### PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno (31 marzo 2002-31 marzo 2003) si segnalano una serie di pronunce del Tar del Lazio, Sez. I, e del Consiglio di Stato, Sez. VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione della legge n. 287/90 e degli articoli 81.1 e 82 del Trattato CE, dalle quali emergono importanti principi su profili sia sostanziali che procedurali.

#### PROFILI SOSTANZIALI

##### *Rilevanza costituzionale delle norme a tutela della concorrenza*

La rilevanza delle norme a tutela della concorrenza come strumenti di garanzia di interessi e valori di rango costituzionale, alla cui cura è preposta l'Autorità in posizione di indipendenza e neutralità, è stata sottolineata dal Consiglio di Stato in una serie di pronunce adottate nell'ultimo anno (cfr. decisione 1° ottobre 2002, n. 5156, *Enel-France Telecom/New Wind*; decisione 16 ottobre 2002, n. 5640, *Generali-Unicredito*).

##### *Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale*

Con sentenza 23 aprile 2002, n. 2199, *RC Auto*, il Consiglio di Stato, nel ribadire il suo orientamento sull'ambito e i limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità, ha chiarito che la piena sindacabilità di tali provvedimenti sotto il profilo della legittimità ne garantisce un'attenta e completa disamina in relazione ai vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Il controllo da parte del giudice amministrativo implica un accesso pieno e senza limitazioni ai fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, *“il che presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese”*.

Il Consiglio di Stato ha rilevato come, a fronte della discrezionalità - di tipo tecnico e non amministrativo - da essa esercitata, *“la tutela giurisdizionale per essere effettiva non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione”*. Peraltro, il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica dell'Autorità *“non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di*

attuazione del “concetto indeterminato” all’operato dell’Autorità”. In tale contesto anche lo strumento della consulenza tecnica d’ufficio è ammissibile nei limiti di un “accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto di fatto”, senza che possa invece essere delegata ad un consulente la funzione di “ripercorrere ... le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all’amministrazione e sottoposte poi [...] al sindacato giurisdizionale” di legittimità.

Il giudice potrà quindi verificare i fatti posti a fondamento del provvedimento dell’Autorità ed esercitare un sindacato di legittimità sull’individuazione del parametro normativo (vale a dire sulla individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito), nonché sul raffronto operato tra questo e i fatti accertati nel corso dell’istruttoria. In tale ambito ed entro tali limiti, il giudice “può censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili” (cfr. anche la decisione del Consiglio di Stato 30 agosto 2002, n. 4362, *Latti artificiali*).

Nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind* il Consiglio di Stato ha ribadito l’orientamento testé richiamato con riferimento ad un provvedimento dell’Autorità adottato in materia di controllo delle concentrazioni. In particolare, i giudici di secondo grado hanno affermato che il Tar era incorso in un errore non limitandosi a “controllare la coerenza e la legittimità delle valutazioni dell’Autorità, ma a sostituire a queste una nuova valutazione economica” - oltretutto sulla base anche di fatti sopravvenuti e successivi all’istruttoria - sconfinando così in un inammissibile giudizio di merito. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso di specie, il Tar si fosse spinto sino alla formulazione di un nuovo, autonomo e alternativo apprezzamento della situazione concorrenziale, in particolare della posizione dominante di un’impresa, oltrepassando così i limiti del sindacato di legittimità.

In base ai predetti principi, con riferimento alla definizione del mercato rilevante, i giudici amministrativi hanno escluso la sostituibilità da parte del giudice di valutazioni proprie alle valutazioni tecniche riservate all’Autorità, ritenendo verificabile solo se l’apprezzamento tecnico contenuto nel provvedimento sia immune da vizi logici, di congruità o di ragionevolezza, oppure da difetti di istruttoria o di motivazione (cfr. Consiglio di Stato sentenza 19 luglio 2002, n. 4001, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*; Tar del Lazio sentenza 10 marzo 2003, n. 1790, *Pellegrini-Consip*).

Infine, in materia sanzionatoria i giudici amministrativi hanno ribadito il loro potere di modificare la sanzione irrogata dall’Autorità.

### ***Definizione del mercato rilevante***

Nella decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, il Consiglio di Stato ha confermato l’inapplicabilità del cosiddetto test “dell’ipotetico monopolista” allorquando, in linea con la comunicazione della Commissione sulla definizione

del mercato rilevante, *“in caso di accertamento di un abuso di posizione dominante, il prezzo sul mercato risulti formato ‘in assenza di sufficiente concorrenza’, con incorporazione nel prezzo prevalente di ‘un sostanzioso premio’”*. In particolare, i giudici hanno ritenuto che l’Autorità avesse *“motivatamente ritenuto di non seguire tale test, ravvisando la sussistenza degli stessi presupposti [...] evidenziati dalla Commissione”*.

Nella sentenza 24 gennaio 2003, n. 403, *Diano/Tourist-Caronte-NGI*, il Tar del Lazio ha dato specifico risalto alla circostanza che, nella identificazione di un unico mercato di riferimento, ciò che assume rilievo non è necessariamente l’esistenza di prodotti identici, quanto la percezione di sostituibilità che ne hanno i consumatori. Lo stesso giudice, nella citata sentenza *Pellegrini-Consip*, ha chiarito che la definizione del mercato rilevante è funzionale anche all’accertamento della consistenza dell’alterazione concorrenziale, nonché della gravità dell’infrazione ex articolo 15, comma 1 della legge n. 287/90. Sotto un diverso profilo, il Tar ha sottolineato che all’Autorità preposta alla tutela della concorrenza *“non può essere preclusa a priori, nella definizione di un mercato, una ragionevole valorizzazione di aspetti inerenti alla sfera delle modalità delle procedure di acquisizione del prodotto (anche qualora privi di diretta incidenza sulla qualitas del prodotto finale)”*, il che, come già affermato in precedenti pronunce, può condurre anche alla coincidenza di un mercato rilevante con una singola gara.

#### ***Accertamento e prova delle intese***

Nella decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell’accertamento di una pratica concertata con riferimento all’adesione ad un sistema istituzionalizzato di scambio di informazioni sensibili attraverso una società terza (RC Log). Al riguardo, i giudici hanno concluso che *“i comportamenti delle imprese di assicurazione, realizzati attraverso i servizi della società RC Log, costituiscono una complessa intesa orizzontale finalizzata allo scambio di informazioni sensibili di natura commerciale”*. In proposito, il Consiglio di Stato ha richiamato il principio secondo cui *“ciò che rileva ai fini della illiceità antitrust di una pratica, non è la forma del meccanismo anticoncorrenziale utilizzato, ma la sostanza del comportamento delle imprese”*, per escludere che si potesse *“ritenere non sanzionabile un comportamento, oggettivamente anticoncorrenziale, per il solo fatto dell’utilizzo di un soggetto terzo come tramite, pur restando nella sostanza inalterato il contenuto anticoncorrenziale rispetto all’azione diretta delle imprese”*. Nella specie, il giudice ha ritenuto che la prova principale della partecipazione all’intesa fosse costituita dall’adesione al circuito informativo realizzato mediante la società terza RC Log e non ha reputato decisivi, ai fini della dimostrazione della pratica concertata, ulteriori elementi di valutazione, quale la prova di contatti diretti tra le imprese al di fuori del circuito RC Log.

Il Consiglio di Stato ha confermato che anche il mero scambio di informazioni può realizzare in sé un’intesa anticoncorrenziale e ha chiarito che la

verifica della compatibilità in termini concorrenziali di uno scambio di informazioni deve essere effettuata in concreto sulla base del tipo di informazioni scambiate e dei potenziali effetti sul mercato rilevante. I giudici hanno inoltre rigettato la tesi secondo cui la giurisprudenza comunitaria avrebbe limitato l'illiceità dello scambio ad un mercato di tipo oligopolistico e fortemente concentrato, osservando che nei precedenti comunitari *“la differenza tra mercato effettivamente concorrenziale (in cui lo scambio di informazioni può concorrere a intensificare la concorrenza) e mercato oligopolistico fortemente concentrato (in cui lo scambio può alterare la concorrenza) non viene indicata quale parametro di distinzione in termini assoluti tra uno scambio di informazioni lecito ed uno illecito”*. Infine, i giudici hanno condiviso il principio affermato nella giurisprudenza comunitaria secondo cui *“l'acquisibilità autonoma di informazioni non priva del carattere di illiceità un sistema organizzato di scambio, tenuto conto che nel primo caso le informazioni avrebbero un carattere tardivo, limitato e privo della periodicità che caratterizza le informazioni fornite dal sistema organizzato”*.

Con la decisione *Latti artificiali*, il Consiglio di Stato ha ribadito che la nozione di intesa è *“ampia e non formalistica”* e che *“la nozione di accordo è diversa da quella formale civilistica e va intesa in senso ampio, tale da ricomprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti ...”* Ne consegue che è irrilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, dovendosi ritenere che la condotta del singolo dipendente, accompagnata dal comportamento della società, sia sufficiente a rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società. Il Consiglio di Stato ha quindi confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale nel diritto antitrust ai fini dell'individuazione della persona fisica autorizzata ad agire non rilevano le tradizionali nozioni civilistiche di mandato e rappresentanza (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza *Pellegrini-Consip*, cit.).

Alcune pronunce hanno affrontato il tema della prova delle pratiche concordate. Nella citata sentenza *Pellegrini-Consip*, il Tar del Lazio, in relazione alla prova di una complessa pratica concordata tesa ad alterare le condizioni di concorrenza tra le imprese partecipanti ad una procedura di gara, ha chiarito che *“l'elevato grado di esaustività e di dettaglio delle informazioni”*, contenute nella documentazione rinvenuta, *“per ciascuna impresa, intorno alle altrui modalità di presentazione alla gara (singolarmente o in a.t.i.), alle connotazioni tecniche e future offerte di sconto, trova effettivamente come sua spiegazione ragionevole praticamente unica quella di una consapevole messa in comune di informazioni, che in un contesto autenticamente concorrenziale, le imprese avrebbero gelosamente custodito”*. Nel caso di specie, i contatti accertati tra le imprese andavano *“ampiamente oltre i limiti implicati dalla possibilità, che il bando ammetteva, di partecipare alla gara anche in a.t.i.”*. Con riferimento all'onere della prova, il Tar ha ribadito che laddove siano rin-

venuti “*elementi probatori documentali che risultino gravi, precisi e concordanti, nel senso di integrare già una sufficiente prova dell’esistenza di una pratica concordata, non è in tal caso l’Autorità ad essere gravata dall’onere di escludere qualsiasi spiegazione alternativa, ma il peso della relativa prova contraria incombe proprio sulle imprese*” (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza 27 agosto 2002, n. 7444, *Accordo distributori ed esercenti cinema*). A tal riguardo, la spiegazione alternativa fornita dalle imprese, in termini di razionalità economica dei propri comportamenti, “*deve dimostrare la necessaria plausibilità non solo sul piano teorico ed astratto, ma soprattutto in concreto*”; in particolare, essa “*non può essere svolta tenendo rigorosamente isolate le condotte stesse, ma deve anche farsi carico del fatto oggettivo della loro convergenza*”.

Nella stessa sentenza *Pellegrini-Consip*, il Tar del Lazio, con riferimento ad una pratica concordata realizzata in vista di una gara, ha negato “*che la partecipazione alla collusione postuli la necessità di una piena collegialità su ogni minimo dettaglio della fattispecie, e quindi anche nella fissazione delle percentuali delle offerte delle singole a.t.i., essendo sufficiente che la consapevole volontà dei concorrenti abbia coperto la partecipazione di ciascuno alla gara con le modalità essenziali alla produzione del risultato finale concordemente voluto*”. Il Tar ha altresì smentito che la ripetitività delle condotte sia requisito comunque indispensabile per l’accertamento di una pratica concordata, statuendo che la mancanza di tale elemento “*non impedisce di riscontrare l’esistenza di una pratica concordata nei particolari casi in cui il comportamento delle imprese considerate – benché non particolarmente protratto nel tempo – sia del tutto univoco*”.

Sulla prova dell’intesa, i giudici amministrativi hanno ribadito l’utilizzabilità di documenti rinvenuti presso imprese terze “*purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso*” (cfr. Consiglio di Stato, sentenza *Latti artificiali*, cit.; anche Tar del Lazio, sentenza *Pellegrini-Consip*, cit.).

Infine, nella decisione del Consiglio di Stato *Latti artificiali*, è stato precisato che in presenza di prove di un accordo anticoncorrenziale tra concorrenti circa il non utilizzo di un determinato canale distributivo, “*spettava alle imprese dimostrare la cessazione dell’accordo, tenuto conto del costante comportamento sul mercato*” delle medesime che, nel caso di specie, si era dimostrato coerente con il contenuto di quell’accordo illecito.

### ***Oggetto ed effetto delle intese***

Il Consiglio di Stato, nella citata decisione *RC Auto*, ha ribadito “*il principio per cui le pratiche concertate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che tale comportamento abbia l’effetto di impedire o falsare la concorrenza*”.

Sulla valutazione della restrittività delle intese, il Consiglio di Stato nella decisione 18 dicembre 2002, n. 7028, *Alitalia/Meridiana*, ha osservato che le intese comunicate dalle parti all'Autorità ex articolo 13 della legge n. 287/90, essendo negozi giuridici documentali, vanno esaminate (a meno che non emergano simulazioni o pratiche concordate diverse) in relazione a tutte le clausole in esse contenute, ivi comprese quelle di durata. Sicché *“l'apprezzamento della sussistenza di una violazione dell'articolo 2, comma 2 della citata legge n. 287/90 deve tener conto, ove si affermi la restrizione di una concorrenza potenziale, di quella suscettibile di svilupparsi realisticamente nel periodo considerato dagli accordi”*.

### ***Posizione dominante e abuso***

#### *Abuso di posizione dominante e pratiche fidelizzanti*

Nella sentenza 24 maggio 2002, n. 4632, *Assoviaggi/Alitalia*, il Tar del Lazio ha confermato che l'accertamento della posizione dominante, nella specie di un vettore aereo, va effettuato sulla base della valutazione di una pluralità di fattori, tra cui: la sua quota di mercato, la sua posizione sul mercato del trasporto aereo, l'autonomia dei comportamenti tenuti dal vettore nei confronti delle agenzie di viaggio, per le quali rappresentava un “partner obbligato” (per il rilievo economico della vendita dei relativi biglietti sul fatturato delle agenzie), e i numerosi vantaggi informativi di cui il vettore stesso godeva.

Il Consiglio di Stato, nella decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, ha dato rilievo ad una nozione oggettiva di abuso (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza *Assoviaggi/Alitalia*, cit.), osservando che *“il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è di per sé irrilevante”*. In tale decisione si osserva che *“la fattispecie illecita - come nel caso di intese restrittive - si caratterizza per la potenziale lesività e non per la concreta realizzazione della riduzione del grado di concorrenza ancora esistente, con la conseguenza che non è necessario l'accertamento di tale riduzione ...”*, ciò tenuto conto che *“la prova dei concreti effetti, cagionati dall'abuso, il più delle volte può essere non agevole per la tempestiva, concreta ed efficace reazione dell'impresa destinataria della condotta distorsiva ...”*. Inoltre, si afferma che *“le esigenze da tutelare e le realtà del mercato hanno indotto il legislatore a descrivere, nell'art. 3 della legge n. 287 del 1990, un illecito per la cui configurabilità rileva la sola condotta oggettiva e potenzialmente lesiva dell'abuso di posizione dominante, restando escluso l'elemento (concretamente difficile da provare) della sussistenza di effettivi danni cagionati alla concorrenza (la cui verifica può essere tale da influire sulla determinazione della sanzione)”*.

Con riferimento agli “sconti target” o “sconti obiettivo”, i giudici hanno rilevato che, alla luce della giurisprudenza comunitaria, essi *“costituiscono un abuso di posizione dominante, quando siano idonei a fidelizzare i soggetti destinatari, sottraendoli di fatto ai concorrenti e riducendo il residuo grado di concorrenza conseguente alla presenza della impresa dominante”*.



Secondo i precedenti della Commissione “*l’impresa dominante non può concedere sconti per incoraggiare la fedeltà dei clienti, che non siano giustificate da specifiche ragioni di efficienza o da altre obiettive giustificazioni economiche*”. Principi analoghi, con riferimento a pratiche fidelizzanti, sono stati affermati anche nella citata sentenza *Assoviaggi/Alitalia*.

#### *Abuso di posizione dominante e prezzi predatori*

Con la citata sentenza *Diano/Tourist-Caronte-NGI*, il Tar del Lazio si è pronunciato sulla metodologia di analisi per la valutazione dei prezzi predatori. In particolare, i giudici hanno evidenziato che, in presenza di prezzi inferiori ai costi incrementali di breve periodo, non è necessario accertare anche l’esistenza di un esplicito intento escludente da parte dell’impresa in posizione dominante. Il Tar ha poi evidenziato come, coerentemente con l’orientamento comunitario in materia, in presenza di accertate strategie predatorie, non sia necessario esigere, come prova supplementare, anche la dimostrazione del fatto che l’operatore disponga di una effettiva possibilità di recupero delle perdite subite durante la fase della predazione, “*essendo sufficiente [...] che sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti*”.

#### *Attività riservate e abuso di posizione dominante*

Nella sentenza 11 dicembre 2002, n. 1196, *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, il Tar del Lazio ha preso in considerazione il problema di condotte attuate dall’operatore pubblico postale a difesa della sua riserva di legge su alcuni servizi postali, in particolare con riferimento alle attività di *remailing* transfrontaliero. Il giudice ha ritenuto che la natura di operatore pubblico postale di Poste Italiane Spa, se da un lato determinava la necessità di vigilanza in ordine alla possibilità di contrastare con ogni mezzo lecito l’attività di *remailing* illegittimamente svolta da soggetti terzi, dall’altro non giustificava che tale attività di vigilanza venisse estesa indiscriminatamente a tutta la posta transfrontaliera e non legittimava comportamenti vessatori (quali l’apertura di corrispondenza non commerciale, il mancato o ritardato avviso, il macero della posta) nei confronti dei mittenti esteri.

### **Controllo delle concentrazioni**

#### *Controllo delle concentrazioni di natura conglomerale*

Nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, il Consiglio di Stato, sulla base di una serie di considerazioni tratte dalle disposizioni della legge n. 287/90 e dall’esperienza comunitaria, ha rigettato la tesi secondo cui dovrebbe escludersi a priori la natura concentrativa di un’operazione di tipo conglomerale. Il Collegio ha osservato che questa conclusione, oltre ad essere conforme a precedenti specifici della Commissione CE, è suggerita dalla *ratio* stessa del controllo delle concentrazioni, in quanto la valutazione sull’eliminazione o riduzione in modo durevole della concorrenza è di tipo prognostico e prospettico e va fatta caso per caso.

### *Accertamento della posizione dominante*

Nella stessa decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, il Consiglio di Stato ha confermato che l'accertamento della posizione dominante di un'impresa è frutto di una valutazione complessa che si basa “*sulla considerazione di una pluralità di elementi*”, tra cui, la quota di mercato dell'impresa in rapporto a quelle dei concorrenti, la struttura concentrata del mercato, l'asimmetria dimensionale dell'impresa che si concentra rispetto ai concorrenti, la forza attrattiva dei marchi posseduti, l'esistenza di un vantaggio tecnologico, l'appartenenza ad un gruppo integrato verticalmente e dominante su alcuni mercati a monte, l'assenza di concorrenza potenziale. A fronte della valutazione di una serie articolata di elementi da parte dell'Autorità, il Collegio ha osservato che l'andamento decrescente della quota di mercato di Enel Trade assumeva uno scarso rilievo e comunque non poteva condurre ad escludere la sussistenza della posizione dominante. Invero, a parte l'errore di confrontare le quote detenute nel mercato prima e dopo la liberalizzazione, il Consiglio di Stato ha ricordato che se da una parte “*la presenza di una quota di mercato cospicua è un indizio assai significativo dell'esistenza di una posizione dominante*”, dall'altro, “*la riduzione di quote di mercato tuttora rilevanti non può costituire di per sé la prova dell'insussistenza di una posizione dominante (Tribunale di primo grado, sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, Compagnie Maritimes Belges Transports)*”.

### *Operazioni di concentrazione e misure correttive*

Il Consiglio di Stato nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind* ha chiarito, in primo luogo, che l'esistenza di una disposizione di legge che fissa una quota minima di dismissione di capacità produttiva di un'impresa per l'avvio di un processo di liberalizzazione, in assenza di una “riserva di legge” sugli interventi di diminuzione della capacità produttiva, non è di per sé di ostacolo ad ulteriori cessioni “*eventualmente disposte dall'Autorità a seguito dell'esercizio del proprio potere di controllo sulle concentrazioni*”. In secondo luogo, è stata confermata la legittimità di misure correttive imposte su di un mercato diverso dal mercato rilevante, conformemente alla prassi decisionale della Commissione CE, “*... quando ciò sia strettamente necessario per assicurare l'effettività e l'adequazione delle misure*”. In terzo luogo, il Consiglio di Stato ha affermato che i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati devono essere “*proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti*”. Infine, il principio di proporzionalità deve trovare un'applicazione puntuale in caso di misure imposte in un mercato diverso (e connesso a quello rilevante), dovendosi innanzitutto esaminare la possibilità di misure idonee sul mercato rilevante.



*Controllo delle concentrazioni: rilevanza della decisione di rinvio ex articolo 9 del regolamento CE n. 4064/89*

Nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, il Consiglio di Stato ha sottolineato la rilevanza degli autonomi accertamenti e delle valutazioni svolti dalla Commissione CE prima di adottare una decisione di rinvio di una concentrazione avente dimensione comunitaria ad un'autorità nazionale. Di tali accertamenti e valutazioni (circa il rischio di rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato delle forniture, e quindi, anche sull'esistenza di tale posizione) contenuti nella decisione di rinvio, che costituivano *“il presupposto necessario del procedimento instaurato dall'AGCM e della relativa istruttoria”*, il Tar avrebbe *“dovuto tener conto, sia pure per disattenderlo, in sede di controllo sull'esistenza della posizione dominante di Enel Trade”*.

*Nozione di operazione di concentrazione parziale*

Con sentenza 24 maggio 2002, n. 2869, *RAI-Vari impianti radiofonici*, il Consiglio di Stato, nel prendere atto della sostanziale somiglianza tra la disciplina nazionale e comunitaria in materia di controllo delle concentrazioni, ha chiarito che si ha una concentrazione *“anche in presenza dell'acquisto di elementi del patrimonio di una impresa”*, purché tuttavia *“le attività in questione costituiscano ‘un insieme economico al quale possa essere chiaramente attribuito un fatturato’ (Comunicazione della Commissione CEE sulla nozione di concentrazione a norma del Reg. CEE 4064/89 n. 98/c 66/02, par. 11)”*. E' stata inoltre confermata la nozione di concentrazione parziale già accolta dal Tar, *“come acquisizione del controllo dell'insieme dei fattori produttivi di un'altra impresa dello stesso settore che generano un prodotto ed un fatturato, con conseguente modificazione delle quote del mercato del prodotto facenti capo alle imprese interessate”*. I giudici amministrativi hanno altresì chiarito la distinzione tra il fenomeno concentrativo e la cosiddetta crescita interna dell'impresa quale conseguenza dell'acquisto dei fattori produttivi di altra impresa, osservando che *“perché [...] possa parlarsi di concentrazione, occorre che sussista la possibilità, nell'immediato, di riduzione o di cessazione di una impresa attiva sul mercato, e dunque la possibilità di una modificazione significativa dei mercati. Si tratta, pertanto, di stabilire e valutare se gli elementi oggetto di cessione siano in qualche modo sostituibili, ovvero se non lo siano e sottintendano una riduzione della presenza sul mercato dell'impresa cedente”*.

***Rapporti tra la disciplina della concorrenza e la regolazione di settore***

Nella citata sentenza *Generali-Unicredito* il Consiglio di Stato ha affermato che la Banca d'Italia concentra presso di sé funzioni dalle finalità diverse, ovvero la vigilanza della stabilità del sistema finanziario e il controllo dei comportamenti anticoncorrenziali da parte di aziende e istituti di credito. Tuttavia, il Collegio ha ritenuto *“più conforme alla ratio della normativa di cui alla legge*

*n. 287/90, l'adozione di un'interpretazione restrittiva della competenza della Banca d'Italia, quale eccezione rispetto alla generale competenza demandata all'Autorità Garante", riducendo così al minimo il rischio di conflitti di competenza tra le due istituzioni, soprattutto in relazione a "fattispecie miste". Il Collegio, nel richiamare il modello della "vigilanza funzionale", che ispira tutta la normativa antitrust, secondo il quale la competenza spetta all'Autorità anche ove siano coinvolti istituti di credito quando l'operazione di concentrazione o l'intesa abbia effetti su mercati non bancari (in ciò distinguendosi dal modello della competenza "per soggetti"), ha affermato che l'articolo 20 della legge n. 287/90 attribuisce alla Banca d'Italia una competenza speciale, limitata all'applicazione del diritto antitrust nazionale solo ad aziende e istituti di credito con riferimento ai mercati riservati alle imprese aventi natura creditizia.*

Per il riparto di competenza tra le due istituzioni in materia antitrust è stato indicato il seguente schema:

*"1) qualora in un mercato operino sia aziende ed istituti di credito sia altri soggetti, la valutazione degli effetti concorrenziali dell'operazione sul mercato interessato, non riservato agli enti creditizi, compete all'Autorità garante della concorrenza e del mercato;*

*2) quando in una fattispecie siano coinvolte solo aziende od istituti creditizi la Banca d'Italia è competente ad applicare la disciplina antitrust sempre che si tratti di attività che sono riservate per legge alle banche;*

*3) se un'operazione produce effetti su più mercati bancari e non bancari sussisterà, unitamente alla competenza della Banca d'Italia, la competenza dell'Autorità per gli effetti sui mercati non bancari".*

Nella decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha chiarito, in relazione all'acquisizione del parere dell'Isvap, che tale parere si colloca nella fase decisoria e non nella fase istruttoria, dovendosi quindi escludere che su di esso debba essere aperta una nuova istruttoria e che le imprese debbano poter controdedurre in ordine al medesimo. E' stato anche confermato che, ai fini del parere, l'Autorità non debba inviare all'Isvap la bozza di provvedimento finale, non essendo necessario che l'Autorità di settore si esprima su siffatta bozza, ma piuttosto che essa sia informata degli elementi essenziali della decisione che l'Autorità Garante si avvia ad assumere. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'Autorità di settore fosse stata pienamente informata sugli elementi essenziali della decisione, ivi compresa l'intenzione di procedere all'irrogazione della sanzione pecuniaria, affermando, tra l'altro, che l'apporto conoscitivo dell'Isvap riguarda l'aspetto della gravità dell'infrazione e non quello della quantificazione della sanzione (cfr. anche Consiglio di Stato, decisione *Generali-Unicredito*).

Il Consiglio di Stato nella stessa decisione *RC Auto* ha altresì affermato che le valutazioni espresse dall'Isvap nel parere assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alle caratteristiche del settore e alla sua disci-

plina ovvero all'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. Pertanto, in entrambi i casi l'Autorità *“dovrà motivare il discostamento dal parere dell'Autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al Garante della concorrenza”*.

La questione dei rapporti tra Autorità e Isvap, così come disegnati dalla legge n. 287/90, è stata affrontata dal Consiglio di Stato anche nella citata pronuncia *Generali-Unicredito*. Con riguardo all'interpretazione dell'articolo 20, comma 3 della legge n. 287/90 il Collegio ha chiarito che il rapporto tra Isvap e Autorità non è riconducibile allo schema del concerto, essendo quella dell'Autorità una competenza generale finalizzata a tutelare il corretto funzionamento dei meccanismi competitivi sul mercato senza limitazioni settoriali o soggettive ulteriori rispetto a quelle espressamente stabilite (e ormai limitate al solo settore del credito). Pertanto, nel settore assicurativo (come quello dell'informazione), la legge prevede che i provvedimenti antitrust siano adottati dall'Autorità sentito il parere obbligatorio ma non vincolante della competente autorità di vigilanza, affinché la prima disponga di elementi di conoscenza e di valutazione del settore, caratterizzato da meccanismi di funzionamento peculiari e da un'estesa quanto specifica regolamentazione. La scelta, quindi, è stata nel senso di una piena applicazione della normativa antitrust, *“senza che le finalità di tutela della concorrenza debbano essere contemperate o sacrificate a fronte dell'esigenza di garantire altri e diversi interessi pubblici”*.

I rapporti tra la legge n. 287/90 e la legge n. 249/97 e i rispettivi ambiti di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono stati invece esaminati nella decisione *RAI-Vari impianti radiofonici*, nella quale il Consiglio di Stato ha confermato quanto già rilevato dal Tar del Lazio, osservando che *“... le imprese operanti nel settore della radiodiffusione e dell'editoria sono soggette alla disciplina generale a tutela della concorrenza contenuta nella legge n. 287 del 1990, ed al potere dell'AGCM, preposta a far valere l'osservanza di tale disciplina”*. Il Collegio ha ritenuto che *“l'art. 1, comma 6, lett. c, n. 11, [legge n. 249/97] nel prevedere il parere obbligatorio dell'AGCOM sui provvedimenti predisposti dall'AGCM riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, rende [...] evidente che la competenza in materia di tutela della concorrenza spetta sempre all'AGCM, anche quando le relative iniziative interessino il settore delle comunicazioni”*. Quindi *“non sussiste [...] una competenza generale dell'AGCM in materia di tutela della concorrenza ed una competenza speciale di AGCOM in materia di comunicazioni, che si estende anche alla tutela della concorrenza nel settore. Al contrario, le norme di legge delineano una generale competenza dell'AGCM per la tutela del valore della concorrenza anche nella materia delle telecomunicazioni, salvo l'obbligo di acquisire il parere dell'AGCOM [...]*. Tale esito è, tra l'altro, reso

*palese dall'art. 2, comma 3, della legge n. 249 del 1997, che pone per i soggetti operanti nei settori delle comunicazioni e televisive l'obbligo di comunicare le intese e le operazioni di concentrazione di cui sono parti all'AGCOM e all'AGCM al fine dell'esercizio delle rispettive competenze. Tali intese e concentrazioni possono, infatti, pregiudicare sia il valore della concorrenza che quello del pluralismo alla cui tutela sono preposte le diverse Autorità".*

Nella stessa pronuncia il Consiglio di Stato ha chiarito anche l'ambito dell'attività consultiva prevista dall'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11 della legge n. 249/97, nel controllo delle concentrazioni, indicando che *"nessun obbligo aveva l'AGCM di acquisire il parere dell'AGCOM in un procedimento riguardante la violazione dell'obbligo di comunicazione delle concentrazioni (art. 16, comma 1)".*

#### **Attività di interesse economico generale e concorrenza**

Con sentenza 30 dicembre 2002, n. 8230, *Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma*, il Consiglio di Stato ha confermato il suo indirizzo restrittivo in merito alla portata dell'esenzione dall'applicazione della disciplina antitrust di cui all'articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90 (cfr. anche Consiglio di Stato, decisione *Rai-Vari impianti radiofonici*, cit., con riguardo alla obbligatorietà della comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione ex articolo 16, legge n. 287/90). In particolare, il Collegio ha ribadito che *"la concessione per legge ad una impresa di diritti esclusivi in ordine alla produzione ed erogazione di servizi aeroportuali non esime per ciò stesso dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione, con la conseguenza che sono sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza esclusivamente i comportamenti imposti dall'Amministrazione (Sez. VI, 4 gennaio 2002, n. 33)".*

#### **Imputazione dell'illecito**

Nella citata sentenza *Diano/Tourist-Caronte-NGI*, il Tar del Lazio ha affrontato la questione dell'imputabilità dell'illecito antitrust nell'ambito di un gruppo di società, ove si tratti di un gruppo di fatto. Nel caso di specie, veniva in rilievo la circostanza che le due società operanti nel servizio di traghettamento sullo Stretto di Messina, pur giuridicamente indipendenti, costituivano, di fatto, un'unica entità economica, e in quanto tale controllavano congiuntamente una terza società operante sul medesimo mercato. In particolare, i giudici hanno ritenuto che, qualora la condotta illecita, posta concretamente in essere da una società, sia concordata e determinata congiuntamente dalle due società che, costituendo una entità economica unitaria, la controllano, correttamente la condotta abusiva accertata, *"in quanto finalisticamente unificata a titolo di concorso"*, deve essere imputata a tutti i soggetti facenti parte del gruppo. E tale principio vale, a maggior ragione, qualora nell'ambito del gruppo di società non sia agevolmente individuabile una società capogruppo.

### ***Applicazione decentrata dell'articolo 82 del Trattato CE***

Riguardo ad un provvedimento dell'Autorità concernente l'accertamento di condotte abusive in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE, analoghe a quelle oggetto di una decisione resa dalla Commissione CE nei confronti di un'impresa diversa (decisione *Virgin/British Airways* del 14 luglio 1999), il Tar del Lazio (*Assoviaggi/Alitalia*, cit.) ha sottolineato l'esigenza che “*l'intervento delle Autorità nazionali nell'applicazione diretta della normativa comunitaria o nell'applicazione della corrispondente normativa nazionale garantisca, comunque, l'uniformità di applicazione della normativa comunitaria o il raggiungimento di risultati analoghi*”. Su questa base il Tar ha respinto le censure relative al fatto che l'Autorità avesse “*applicato al mercato italiano gli stessi strumenti di identificazione, valutazione e verifica dei mercati e dei comportamenti delle imprese utilizzati dalla Commissione con riguardo ai corrispondenti mercati del Regno Unito, essendo questa una evenienza del tutto ordinaria - quando si abbia presente l'esigenza di uniformità di cui si è detto e l'esperienza della Commissione in materia antitrust che la eleva a punto di riferimento per le autorità nazionali*”. Ciò detto in via di principio, i giudici hanno comunque precisato che “*la logicità e la rispondenza ai fatti degli strumenti utilizzati dalla Commissione sono soggetti alla verifica del giudice comunitario, così l'utilizzazione di tali strumenti da parte dell'Autorità nazionale è soggetta alla verifica del giudice nazionale*”.

### ***Sanzioni***

#### ***Gravità e criteri di quantificazione***

Con riguardo alla gravità dell'infrazione, il Consiglio di Stato, nella citata decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, ha fatto espresso riferimento alla comunicazione della Commissione sul calcolo delle ammende, i cui criteri ha ritenuto utili ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità. In particolare, i giudici hanno osservato che detta comunicazione “*non ha subordinato la sanzionabilità delle pratiche fidelizzanti alla concreta verifica di effetti restrittivi per la concorrenza ...*”, “*sicché [...] è irrilevante [...] ogni deduzione sulla assenza di danni alla concorrenza o ai consumatori*” per negare la gravità della condotta abusiva.

Nella citata decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato si è pronunciato sul presupposto della gravità ai fini dell'irrogazione della sanzione respingendo la tesi secondo cui “*sarebbero pecuniariamente sanzionabili solo le intese con concreti effetti restrittivi della concorrenza ...*”, ciò in quanto l'articolo 15 della legge n. 287/90 non distingue tra intese aventi solo un oggetto anticoncorrenziale o anche degli effetti restrittivi della concorrenza; è stato altresì ribadito l'orientamento secondo cui la “*gravità dell'infrazione non dipende né dalle dimensioni né dalla quota di mercato detenuta dalle imprese*”. Ancora in relazione alla gravità dell'infrazione, nella citata decisione *Latti artificiali*, il Consiglio di Stato ha chiarito che un accordo espresso è comunque grave “*già per la sua natura*”.

Con riguardo alla quantificazione della sanzione, nella stessa decisione *Latti artificiali*, il Collegio ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui in una decisione di irrogazione di ammende a più imprese, “l’obbligo di motivazione non comporta la redazione di un elenco vincolante o esauriente dei criteri tenuti in considerazione” e, inoltre, che “nel fissare l’importo di ciascuna ammenda, la Commissione dispone di un margine di discrezionalità e non la si può considerare tenuta ad applicare, a tale scopo, una formula matematica precisa”. A tal riguardo, il Consiglio di Stato ha concluso che “l’assenza di idonea motivazione circa la quantificazione della sanzione non comporta l’annullamento della sanzione, ma la verifica della congruità della stessa da parte del giudice amministrativo ...”.

Nella citata decisione *RC Auto*, i giudici nel rilevare che la giurisprudenza comunitaria riconosce alla Commissione un certo margine di discrezionalità nelle determinazioni dell’importo delle sanzioni, hanno ritenuto che nel caso di specie le imprese erano state “... poste in grado di percepire l’iter logico seguito dall’Autorità nella quantificazione della sanzione: un criterio crescente a seconda dell’adesione ad uno o più osservatori e della durata (breve, media o lunga) della partecipazione allo scambio, con l’applicazione di specifiche circostanze attenuanti o aggravanti”. Inoltre, rinviando ai principi affermati nella giurisprudenza comunitaria, è stata ritenuta legittima l’aggravante consistente nell’aver ostacolato l’attività istruttoria, nonché l’attenuante relativa alle condizioni economiche negative delle imprese, pur precisandosi che tale riduzione non è obbligatoria e che non deve tradursi nella concessione di un ingiustificato vantaggio concorrenziale nei confronti di tali imprese.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, ha confermato la rilevanza, ai fini dell’applicazione di una minor sanzione, delle condotte delle imprese che già nel corso del procedimento e prima della comunicazione delle risultanze istruttorie abbiano concretamente fatto cessare gli effetti degli illeciti, dando luogo ad una sorta di “ravvedimento operoso”.

Infine, con la citata decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha ribadito che “le imprese sanzionate non possono dolersi della mancata punizione di altre imprese e che l’eventuale illegittimità posta in essere dall’Autorità a vantaggio di altri soggetti non può essere dedotta come vizio di disparità di trattamento in relazione ad un provvedimento che incide legittimamente in maniera negativa nella sfera dei ricorrenti”.

#### *Rilevanza dell’elemento soggettivo*

Il Consiglio di Stato, nella citata decisione *Latti artificiali*, ha precisato che, “perché un’infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l’impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza”. Inoltre, “ai sensi dell’art. 3 della legge n. 689/1981, cui rinvia l’art. 31 della legge n. 287/1990, il principio secondo cui per le violazioni colpite da san-



zione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva sia essa dolosa o colposa, deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa" (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza *Pellegrini-Consip*, cit.).

Sempre il Consiglio di Stato, in altra pronuncia riguardante l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione di concentrazioni (cfr. decisione *RAI-Vari impianti radiofonici*, cit.), ha dato rilievo alla circostanza che dette operazioni erano state realizzate dall'impresa (RAI) nell'"adempimento di un obbligo specifico ad essa imposto dalla legge e dal contratto di servizio", circostanza ritenuta idonea, non ad escludere, ma "ad attenuare in modo significativo la consapevolezza di aver posto in essere comportamenti colposi". Il Tar del Lazio, nella citata sentenza *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, si è soffermato in particolare sulla rilevanza dell'elemento soggettivo ai fini della graduazione della sanzione. Prendendo le mosse dall'attribuzione alla sanzione di una finalità educativa (per chiunque sia tentato di ricadere nell'infrazione), il giudice ha ritenuto che una condotta abusiva, da parte dell'operatore pubblico postale, consistente in una "colposa esagerazione" della difesa della riserva attribuita dalla legge, comporti una mancanza di precisa volontarietà nel commettere l'abuso, di cui si dovrebbe tenere conto in sede di quantificazione della sanzione.

#### *Fatturato rilevante*

Sulla determinazione del fatturato rilevante ai fini della quantificazione della sanzione, il Consiglio di Stato ha precisato che l'inciso "relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa", di cui all'articolo 15 della legge n. 287/90 (nel testo precedente alla novella introdotta dalla legge n. 57/2001) "non comporta la necessità di separare dal fatturato ogni voce specifica non perfettamente coincidente con il prodotto tipo oggetto della pratica". Infatti, con riferimento al calcolo del fatturato su cui basare la sanzione, nella citata decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, il Collegio ha condiviso l'interpretazione dell'Autorità, osservando che "come ha già chiarito la giurisprudenza (Sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671), il dissuasivo criterio della percentuale del fatturato del prodotto [...] va applicato tenendo conto dello scopo cui erano rivolte le condotte anticoncorrenziali (ed è riferibile all'intera attività produttiva) che intendevano favorire le imprese responsabili". I giudici amministrativi hanno inoltre escluso che l'articolo 15, comma 1, distingua in alcun modo tra fatturato netto e lordo delle imprese, cosicché "legittimamente l'Autorità ha basato i calcoli sul fatturato lordo (comprensivo degli sconti praticati ai grossisti e risultanti dalle fatture), tenendo conto degli stessi importi comunicati dalle società sanzionate". Analogamente, è stata negata la violazione dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, per la presunta sproporzione tra i profitti conseguiti per effetto delle pratiche abusive accertate e l'entità della sanzione. Al riguardo, il

Consiglio di Stato ha precisato che “l’unico parametro sancito dall’art. 15” risulta “basato sulla percentuale dall’1 al 10% del fatturato e non anche sul rilievo del profitto eventualmente conseguito”.

*Potere sanzionatorio dell’Autorità per violazione delle misure imposte in sede di valutazione di una concentrazione*

Con sentenza 2 agosto 2002, n. 6929, *Henkel-Loctite*, il Tar del Lazio ha affrontato per la prima volta alcune questioni relative alla violazione delle prescrizioni imposte in sede di valutazione di una concentrazione e alla conseguente irrogazione di una sanzione pecuniaria ex articolo 19, comma 1 della legge n. 287/90. In proposito, il Tar ha chiarito che nel divieto di cui all’articolo 6 della legge n. 287/90 rientrano “sia le operazioni vietate tout court dall’Autorità, sia le concentrazioni che l’Autorità ha ‘autorizzato’ prescrivendo misure strutturali o comportamentali dirette ad impedire il prodursi delle conseguenze distorsive della concorrenza e che si sono ugualmente realizzate con caratteristiche anticoncorrenziali per l’inosservanza delle prescrizioni imposte”.

I giudici hanno altresì rigettato la tesi secondo cui in sede di irrogazione della sanzione l’Autorità avrebbe dovuto procedere ad un accertamento ulteriore, rispetto a quello effettuato in sede istruttoria, riguardo alla concreta esistenza degli effetti anticoncorrenziali della concentrazione realizzata senza rispettare gli impegni, osservando che l’inosservanza totale o parziale delle condizioni di autorizzazione “determina la realizzazione di una concentrazione con caratteristiche anticoncorrenziali senza bisogno di ulteriori verifiche”.

Con riguardo alla sanzione, il Tar ha precisato che il fatturato da prendere come riferimento deve essere quello realizzato nel mercato in cui la concentrazione è destinata a produrre i suoi effetti, anche se l’inottemperanza concerne un mercato di ampiezza diversa.

### ***Potere di diffida dell’Autorità e inottemperanza***

*Potere di diffida e appalti pubblici*

Con riferimento al potere di diffida di cui all’articolo 15 della legge n. 287/90, esercitato per far cessare una pratica concertata posta in essere dalle imprese partecipanti ad una gara d’appalto conclusasi con atti di aggiudicazione, il Tar del Lazio, nella citata sentenza *Pellegrini-Consip*, si è pronunciato su alcune questioni di rilievo. Prima fra tutte quella della natura della diffida quale atto dovuto, in quanto espressione di un potere-dovere dell’Autorità: “Nel momento in cui l’Autorità accerti un’infrazione degli artt. 2 o 3, essa è infatti tenuta ad impartire l’ordine di cessazione come richiestole dalla legge stessa”. I giudici hanno tuttavia indicato che laddove all’esito di una gara vi sia stata un’aggiudicazione e conseguentemente la diffida dell’Autorità investa, sebbene indirettamente, “le sorti della convenzione conclusa dalle imprese sanzionate con un’Amministrazione terza [...] il potere-

*dovere di diffida dell'AGCM [...] richiede di essere coordinato [...] con i tradizionali principi di vincolatività della ripartizione delle competenze delle pubbliche amministrazioni e della imperatività dei loro atti". Quindi, "un rapporto contrattuale che faccia capo ad un'Amministrazione, per essere autoritativamente sciolto (salva, nei casi tipizzati dal codice civile, la pronuncia dell'autorità giudiziaria), richiede una precisa determinazione della P.A. contraente medesima". Ciò posto, il Tar ha concluso che "allorquando l'Autorità, nell'esercizio delle proprie specifiche competenze, abbia accertato che una procedura di gara pubblica sia stata inficiata da una collusione tra imprese che abbia prodotto effetti di sensibile alterazione del gioco della concorrenza, questa sua valutazione, per ragioni di coerenza dell'ordinamento giuridico, non lascia alcuno spazio agli opinamenti nei quali la singola Amministrazione appaltante potrebbe da parte sua avventurarsi su punti quali una ipotetica inoffensività dell'intesa emersa, la convenienza del contratto in corso, et similia. Le quante volte, dunque l'Autorità accerti l'efficacia offensiva dell'intesa anticoncorrenziale che abbia investito una gara, l'iniziativa di autotutela dell'amministrazione appaltante deve ritenersi giuridicamente doverosa, e non discrezionale, nell'an". Il Tar ha quindi concluso nel senso che, a fronte di una diffida dell'Autorità, nonostante la mancanza di discrezionalità della pubblica amministrazione appaltante sull'an (circa l'esercizio del potere di autotutela), v'è "un insopprimibile momento di possibile discrezionalità relativo al quomodo", il cui esercizio risulta tuttavia vincolato entro precisi limiti di natura temporale, secondo criteri di stretta funzionalità e proporzionalità: "non può essere disconosciuta, infatti, all'appaltante pubblico la possibilità di prevedere che la caducazione del contratto intervenga con la dilazione strettamente indispensabile ad evitare soluzioni di continuità, ove particolarmente pregiudizievoli per gli interessi pubblici, nell'acquisizione delle utilità che l'appaltatore sia tenuto a fornire".*

#### *Diffida con efficacia immediata*

La questione della mancata assegnazione nella diffida dell'Autorità di un termine per porre fine alle infrazioni accertate è stata affrontata nella citata decisione *Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma*, in cui il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità della diffida senza termine, quindi con effetto immediato, chiarendo che "il relativo potere può estrinsecarsi, in determinate circostanze, anche attraverso l'immediata eliminazione delle infrazioni, specie quando si sia di fronte ad abusi e comportamenti aventi un effetto di esclusione o di espulsione dal mercato dei nuovi soggetti entranti".

#### *Inottemperanza alla diffida*

Nella sentenza 15 ottobre 2002, n. 8696, *Associazione nazionale manutentori/Italgas*, il Tar del Lazio ha precisato che "si ha inottemperanza ad una delibera dell'Autorità non solo quando l'impresa persiste nel riprodurre formalmente gli stessi comportamenti sanzionati, ma anche quando attua comportamenti diretti ad eludere l'imposizione dell'Autorità per raggiungere gli

*stessi fini anticoncorrenziali*". Il Tar ha inoltre affermato che nell'ambito dei procedimenti di inottemperanza la gravità di un'infrazione non viene meno solo per la sua breve durata, *"trattandosi di un comportamento anticoncorrenziale tenuto dopo una formale esplicita diffida da parte dell'Autorità"*.

## **PROFILI PROCEDURALI**

### ***Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa***

Con sentenza 3 ottobre 2002, n. 8329, *U.R.R.A.-Consorzio Carta/Conai-Comieco-F.M.S.*, il Tar del Lazio ha ribadito il suo orientamento in materia di accertamenti pre-istruttori, chiarendo che *"l'acquisizione da parte dell'Autorità di notizie o della denuncia di un comportamento anticoncorrenziale non comporta [...] l'apertura di un'apposita istruttoria ma una prima deliberazione sulla sussistenza delle presunte violazioni al fine di verificare la sussistenza quanto meno del "fumus" in ordine alle violazioni da contestare e quindi dei presupposti per l'apertura dell'istruttoria"*. Il Tar ha inoltre ribadito che *"la fase pre-istruttoria è connotata da ampia informalità e rispetto ad essa non trovano applicazione gli strumenti di partecipazione degli interessati al procedimento disciplinati espressamente dall'art. 14 della l. n. 287/1990 e che possono essere azionati solo dopo l'apertura dell'istruttoria"* (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza 10 marzo 2003, n. 1790, *Pellegrini-Consip*).

Nella pronuncia *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha precisato che il dovere dell'Autorità di comunicare l'avvio di una istruttoria sorge solo quando da elementi in suo possesso o portati a sua conoscenza emerga una possibile violazione della disciplina antitrust. E' peraltro *"irrilevante il modo in cui l'Autorità venga in possesso di tali elementi"* e non può dubitarsi della liceità dell'acquisizione di documentazione rilevante a fini antitrust, pur quando non direttamente pertinente con la violazione contestata nell'atto di avvio.

In materia di diritti di difesa, il Collegio nella stessa decisione ha richiamato l'orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo cui *"nell'ambito di un procedimento antitrust le prerogative di difesa non richiedono che la Commissione ribatta a tutti i motivi delle imprese interessate, essendo invece sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione alle posizioni delle parti"* (cfr. anche Consiglio di Stato, decisione *Latti artificiali*, cit.).

Nella decisione *Latti artificiali*, il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che laddove l'Autorità abbia accertato delle infrazioni senza dare la possibilità alle imprese di controdedurre, a seguito dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, ciò può tradursi in un vizio procedimentale; tuttavia, il Collegio ha precisato che non *"ogni minimo cambiamento rispetto alle conclusioni delle risultanze istruttorie debba comportare una riapertura del contraddittorio, ma ciò si rende necessario nelle ipotesi [...] in cui il mutamento comporta una proposta aggiuntiva di sanzione"*.

Nella pronuncia *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha altresì affrontato la questione del preteso divieto di auto-incriminazione che impedirebbe all'Autorità di chiedere informazioni alle imprese cui è indirizzata l'istruttoria. In proposito è stato richiamato l'orientamento comunitario secondo il quale *“l'unico limite che la Commissione incontra nell'esercizio dei propri poteri istruttori è costituito dal divieto di imporre ad un'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione”*.

### ***Annullamento di un provvedimento su una concentrazione e potere dell'Autorità di riprovvedere***

Il Consiglio di Stato nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, in coerenza con la disciplina comunitaria sulle concentrazioni, ha chiarito che l'Autorità, in caso di annullamento da parte del giudice di propri provvedimenti su operazioni di concentrazione tempestivamente adottati, può riesercitare i propri poteri istituzionali, come previsto da una consolidata giurisprudenza amministrativa in tema di riesercizio del potere amministrativo a seguito di annullamento in sede giurisdizionale.

### ***Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità***

Con la sentenza 27 gennaio 2003, n. 420, *AIPAS/ASI*, il Tar del Lazio ha ribadito il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui gli unici legittimati ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, adottati ai sensi della legge n. 287/90, sono i diretti destinatari dei provvedimenti medesimi. In particolare, è stato dichiarato inammissibile, per carenza di legittimazione, il ricorso presentato da un concorrente avverso una decisione dell'Autorità di non avvio di istruttoria riguardo a una operazione di concentrazione notificata. Ciò in quanto *“i poteri attribuiti all'Autorità dalla legge n. 287 del 1990 sono preordinati alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni individuali o associate di soggetti fruitori del mercato”*. Pertanto, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi sono titolari di un semplice interesse indifferenziato rispetto alla posizione della generalità dei consociati a che l'Autorità eserciti i propri poteri in maniera corretta e tempestiva. Ciò vale anche in caso di partecipazione al procedimento svolto dinanzi all'Autorità.

### ***Termini procedurali***

Con la citata decisione *Generali-Unicredito*, il Consiglio di Stato, accogliendo un appello dell'Autorità, ha rilevato che la modifica di un accordo comunicato dalle parti ex articolo 13, legge n. 287/90, consistente nell'eliminazione di una clausola di esclusiva reciproca, determina un cambiamento definitivo di elementi essenziali del contratto, da considerare dunque (ex articolo 2, comma 4 del Dpr n. 461/91, allora vigente) quale *nuova intesa*, con la conseguente riapertura dei termini. Il Consiglio di Stato ha infatti osservato che, *“a fronte della previsione di un termine perentorio entro il quale*

*l'Autorità è tenuta a svolgere l'attività pre-istruttoria, volta ad accertare se l'intesa comunicata presenti elementi di fumus anticoncorrenziali che consentano l'avvio di un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 14 della l. n. 287/90, il legislatore ha previsto che la comunicazione debba contenere tutti gli elementi essenziali per consentire all'Autorità di valutare l'accordo e di pronunciarsi in merito ad esso".* Perché l'Autorità possa pronunciarsi, dunque, è necessario che l'accordo sia definito in tutte le sue parti e non lasciato ad opzioni future. Nella stessa sentenza i giudici hanno precisato che il termine perentorio previsto dall'articolo 13 della legge n. 287/90 è stato previsto quale limite temporale entro cui l'Autorità deve valutare semplicemente se avviare o meno l'istruttoria di cui all'articolo 14, verificando in maniera sommaria e astratta la lesività dell'accordo comunicato. Con la sentenza *Pellegrini-Consip* il Tar del Lazio ha sottolineato che nella legge e nel regolamento di procedura in materia di concorrenza *"manca un termine normativamente individuato e di carattere generale per la conclusione delle istruttorie dell'Autorità in materia di intese vietate dall'articolo 2 della legge"*. Peraltro, nella decisione si osserva che nessuna norma o principio autorizza ad assegnare carattere perentorio al termine per la conclusione del procedimento indicato dalla stessa Autorità, ai sensi dell'articolo 6 del Dpr n. 217/98, nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, termine che ha *"la mera funzione, in armonia con il più generale principio stabilito dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, di assegnare tempi tendenziali ragionevolmente certi al singolo procedimento"*, con l'esclusione di ogni automatismo decadenziale.

### ***Modalità e limiti nell'esercizio del diritto di accesso***

Con sentenza 13 gennaio 2003, n. 80, *Unidim*, il Tar del Lazio ha ribadito l'esigenza di un bilanciamento tra i valori contrapposti dell'accesso e della riservatezza, affermando che *"si deve ritenere che il legislatore della legge n. 287, con il proprio silenzio sullo specifico tema dei conflitti di accesso – riservatezza abbia implicitamente recepito il principio del contemperamento tra i due ordini di valori sancito dall'appena varata legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990"*. Inoltre, nel passare in rassegna i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti tra accesso e riservatezza nei procedimenti antitrust, il Tar ha richiamato il meccanismo ivi delineato per la tutela dei segreti aziendali, consistente nella predisposizione di un apposito elenco di documenti e del relativo contenuto, sulla base del quale l'impresa aspirante all'accesso indica quali documenti intende visionare, mentre la Commissione procede ad individuare i brani da sottrarre all'accesso previo contraddittorio con l'operatore che ha chiesto la tutela della riservatezza. Secondo il Tar *"l'applicazione di siffatto meccanismo procedurale o di un meccanismo sostanzialmente analogo [...] deve ritenersi corretta"*. Da ciò consegue che *"il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che debba essere consentito alle imprese di avere contezza del contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto, e che*



*in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico la segretezza debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili. L'individuazione di queste ultime, poi, deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese oltre alla conoscenza dell'intero fascicolo attraverso le procedure del tipo di quelle indicate, l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa".*

I giudici hanno osservato che, nel caso di specie, siffatto meccanismo era stato sostanzialmente attuato dall'Autorità, essendo viceversa mancato in concreto l'esercizio da parte della ricorrente dell'onere di accedere ai documenti messi a sua disposizione. Inoltre nella sentenza viene incidentalmente precisato che le esigenze di riservatezza relative a determinati documenti, ove manifestate, continuano ad assistere gli stessi documenti anche nell'ambito di nuovi procedimenti nei quali essi siano eventualmente trasfusi.

Con sentenza 11 febbraio 2003, n. 866, *SITA/Viaggi e Turismo Marozzi*, il Tar del Lazio ha precisato che l'istanza di accesso deve presentarsi come "*strumentale, in un'ottica personale e soprattutto di concretezza*" ad una esigenza di tutela; inoltre, è necessaria l'allegazione da parte dell'istante di elementi idonei "*a specificare e [...] comprovare l'interesse connesso all'oggetto della propria richiesta*" (ex articolo 4 del Dpr n. 352/92).

### ***Limiti all'applicabilità della legge n. 689/81***

Nella citata sentenza *Latti artificiali*, il Consiglio di Stato ha escluso l'applicabilità dell'articolo 16 della legge n. 689/81 (pagamento in misura ridotta) nei procedimenti antitrust in quanto il rinvio a tale disciplina generale contenuto nell'articolo 31 della legge n. 287/90, "*è espressamente limitato dalla compatibilità di tale disciplina con il procedimento antitrust*". Pertanto, in questi procedimenti, "*la necessaria contestualità tra la fase di accertamento dell'infrazione e l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria, prevista dall'art. 15 della legge n. 287/1990, non è sicuramente compatibile con le modalità del pagamento in forma ridotta previste dal citato art. 16, che invece presuppongono una scissione tra le due fasi*".

Il Tar del Lazio, nella citata sentenza *Pellegrini-Consip*, ha escluso l'applicabilità dell'art. 24 della legge n. 689/81 secondo cui, nel caso di connessione obiettiva con un reato, competente a conoscere della violazione non costituente reato e ad irrogare la sanzione per questa prevista dalla legge è il giudice penale in quanto anche tale disposizione è incompatibile con la legge n. 287/90. In proposito, il giudice amministrativo ha osservato che "*le funzioni attribuite dalla legge all'Autorità a presidio del valore della libera concorrenza si esplicano, pertanto, indipendentemente dalla rilevanza penale dei comportamenti considerati, che, ove ne ricorrano i presupposti, possono formare oggetto di valutazione nelle sedi competenti ad altri fini ed effetti*".