

intendevano operare nel campo della formazione, di ottenere in ciascuna regione nella quale volessero svolgere la propria attività un accreditamento per ogni sede operativa.

L'Autorità ha, inoltre, sottolineato che la necessità di ottenere un accreditamento per ciascuna sede operativa rischiava di tradursi in una limitazione dell'accesso al mercato della formazione professionale da parte dei soggetti dotati di minori risorse economiche e privi di una sede in ciascuna regione. Tale accreditamento dovrebbe, invece, essere fondato sulla verifica della capacità professionale e organizzativa del soggetto interessato, in base a criteri generali e oggettivi, mentre il requisito di una sede adeguata per lo svolgimento dei corsi rileva, piuttosto, ai fini della concessione del finanziamento del singolo intervento di formazione.

L'Autorità ha, altresì, rilevato che l'accreditamento, alla luce degli sviluppi normativi in materia, è diventato un requisito essenziale per partecipare al mercato della formazione in generale, in seguito alla complessiva riforma del sistema, che prevede il riconoscimento, da parte delle Regioni, dei titoli formativi spendibili sul mercato del lavoro tanto nazionale quanto comunitario, attraverso l'istituzione del "libretto formativo del cittadino", in cui vengono registrate le competenze acquisite durante la formazione effettuata da soggetti accreditati dalle Regioni, nonché le competenze acquisite in modo non formale e informale secondo gli indirizzi dell'Unione europea in materia di apprendimento permanente.

Al fine di consentire un'evoluzione concorrenziale del settore della formazione professionale, l'Autorità ha dunque auspicato che nella normativa in materia vengano introdotti principi generali in materia di accreditamento che privilegino gli operatori economici rispetto alle singole sedi operative e che siano concepiti in modo da conservare una omogeneità fra i requisiti richiesti per l'accesso ai diversi mercati regionali della formazione professionale sovvenzionata, realizzando così un sistema di mutuo riconoscimento fra le Regioni dell'accreditamento concesso ai formatori.

RISTORAZIONE*Intese**PELLEGRINI-CONSIP*

Nel luglio 2005, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti delle società Gemeaz Cusin Srl, Sodexho Pass Srl, Day Ristoservice Spa, Ristomat Spa, Qui! Ticket Service Spa, Ristochef Spa, Sagifi Spa e La Cascina Scarl, volto a rideterminare, sulla base dell'originaria formulazione dell'articolo 15 della legge n. 287/90, la sanzione da irrogare per la violazione accertata con decisione del giugno 2002. Al riguardo, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 926 del 2 marzo 2004³⁶, aveva disposto l'annullamento della decisione dell'Autorità limitatamente alla parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata, con riferimento all'individuazione della norma giuridica sulla base della quale quantificare la sanzione stessa, confermando invece integralmente la legittimità dell'accertamento della violazione dell'articolo 2, comma 2 della legge n. 287/90 e dell'imposizione di una sanzione pecuniaria amministrativa in ragione della gravità dell'intesa, in misura percentuale uguale per tutte le imprese. In particolare, in tale sentenza il giudice amministrativo ha affermato che l'intesa accertata dall'Autorità, consistente nella definizione concertata dei termini e delle modalità di partecipazione alla gara bandita dalla Consip per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante l'emissione di buoni pasto a favore del personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni, si era interamente consumata al momento della presentazione delle offerte di gara. A giudizio del giudice amministrativo, la condotta successiva all'aggiudicazione della gara, consistente nell'erogazione delle forniture relative ai buoni pasto, costituiva un effetto della concertazione e *“non già un elemento costitutivo della stessa”*. La successiva prestazione del servizio non rappresentava, dunque, null'altro che il godimento materiale delle utilità ottenute attraverso l'illecita collusione. Pertanto, in forza del principio *tempus regit actum*, la fattispecie accertata avrebbe dovuto essere sanzionata secondo l'originaria versione

³⁶ Tale pronuncia ha confermato sul punto la sentenza del TAR Lazio n. 1790 del 10 marzo 2003.

dell'articolo 15 della legge n. 287/90 e non secondo la nuova formulazione introdotta dalla legge n. 57/01³⁷.

Ottemperando a quanto statuito dal giudice amministrativo, l'Autorità ha dunque condotto una nuova istruttoria al fine di procedere, in contraddittorio con le parti, alla quantificazione della sanzione da irrogare per la violazione accertata, prendendo quale parametro di riferimento il fatturato relativo ai soli prodotti oggetto dell'intesa realizzato dalle imprese nel 2001 per la vendita dei buoni pasto al settore pubblico. In considerazione del fatto che la diffida contenuta nel provvedimento del 2002 aveva conseguito il risultato auspicato (nella gara Consip del 2000, in relazione alla quale era stata accertata l'intesa, lo sconto medio aggiudicato era stato pari al 6%; nella gara Consip del 2002 esso era stato pari al 16%) e delle mutate condizioni economiche di alcune delle imprese partecipanti all'intesa, l'Autorità ha comminato sanzioni pecuniarie dall'1% all'1,9% del fatturato realizzato nel 2001 in relazione alle vendite di buoni pasto alle Pubbliche Amministrazioni, per un ammontare complessivo di circa 6 milioni di EUR (rispetto al precedente ammontare di circa 34 milioni di EUR).

APPALTI PUBBLICI

Nel corso del 2005, l'Autorità ha effettuato quattro interventi di segnalazione in merito alle modalità prescelte da enti pubblici per l'individuazione di soggetti fornitori di beni o servizi (SEGNALAZIONE SUL BANDO DI GARA DI APPALTO DEL SERVIZIO DI FORNITURA ALIMENTARE AI DETENUTI; PARERE SULLE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI; SEGNALAZIONE SULLA SELEZIONE DEL FORNITORE DEI CONTRASSEGNI PER LA TUTELA DEI DIRITTI RELATIVI ALLE OPERE DELL'INGEGNO; PARERE SULLA PROGETTAZIONE DEL SERVIZIO PER L'INTERVENTO SU SOSTANZE TOSSICO-NOCIVE NEL MARE).

³⁷ Legge 5 marzo 2001, n. 57, "Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati".

*Attività di segnalazione**SEGNALAZIONE SUL BANDO DI GARA DI APPALTO DEL SERVIZIO DI FORNITURA ALIMENTARE AI DETENUTI*

Nel giugno 2005, l'Autorità ha evidenziato, nell'esercizio dei poteri consultivi di cui all'articolo 21 della legge n. 287/90, i profili di contrasto con i principi di concorrenza del bando di gara per il servizio di fornitura alimentare ai detenuti, predisposto dal Ministero della giustizia per il periodo 1° aprile 2005-31 dicembre 2007. La gara si è svolta in deroga alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture, sulla base di un presupposto superiore interesse pubblico alla sicurezza degli ambienti penitenziari, limitando l'ammissione alla licitazione privata alle sole aziende in possesso di determinati requisiti e, in particolare, che: *i)* nel triennio precedente avessero regolarmente svolto rapporti analoghi con enti pubblici; *ii)* disponessero sul territorio nazionale di una sede e di una stabile organizzazione; *iii)* realizzassero specifiche soglie di fatturato; *iv)* fossero in grado di prestare congiuntamente il servizio di vitto giornaliero e quello di gestione dello spaccio.

L'Autorità ha in primo luogo osservato che la presenza di un generico interesse pubblico non giustifica una deroga all'applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture, essendo infatti necessario dimostrare che tale interesse pubblico sia concreto e specifico, nonché che la mancata applicazione di tale normativa rappresenti effettivamente l'unico strumento disponibile al fine di raggiungere l'obiettivo perseguito (criterio di proporzionalità). Peraltro, l'Autorità ha sottolineato che la tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza degli ambienti penitenziari non giustificerebbe la previsione dei due criteri relativi, rispettivamente, alla previsione in capo ai partecipanti alla gara di rapporti analoghi nel triennio precedente con non meglio precisati enti pubblici e alla loro presenza sul territorio nazionale di sede e stabile organizzazione. Sembrerebbe, invero, sufficiente a tale scopo il solo criterio relativo all'accettazione dell'inderogabile condizione di doversi assoggettare a tutte le misure di sicurezza precauzionali, speciali e generali, disposte dall'amministrazione.

Con riferimento alla previsione di vincolare la partecipazione alla gara non già alle imprese che abbiano dimostrato di avere esperienza nel mercato specifico ma alle

sole imprese che già abbiano fornito all'amministrazione prestazioni o svolto lavori analoghi a quelli oggetto della gara, essa non risulta correlata alle effettive capacità tecniche dei soggetti partecipanti, né in quanto tale idonea a selezionare la migliore offerta per lo svolgimento dell'incarico. Al contrario, il suo effetto è quello di favorire gli operatori localizzati in una certa area geografica e che già abbiano lavorato per l'amministrazione, escludendo ingiustificatamente numerose categorie di imprese. Al riguardo, sia la normativa comunitaria che nazionale in materia di appalti prevedono che la valutazione della capacità tecnica e economica delle imprese debba essere effettuata in maniera obiettiva e trasparente.

In ordine all'oggetto della gara, che richiedeva la prestazione congiunta della fornitura del vitto giornaliero e la gestione del servizio di spaccio ai detenuti, l'Autorità ha rilevato che tale previsione avrebbe potuto precludere l'accesso alla gara a quelle categorie di operatori in grado di realizzare unicamente una singola prestazione.

L'Autorità ha, poi, evidenziato che l'attribuzione di un'efficacia escludente al mero criterio del fatturato poteva provocare un'indebita estensione del novero delle cause di esclusione già tassativamente individuate dal legislatore. Al riguardo, infatti, la normativa nazionale, in attuazione delle direttive n. 93/36/CEE e n. 97/52/CEE, consente alle imprese di dimostrare la propria capacità economico-finanziaria attraverso una pluralità di strumenti, indicando una serie di criteri alternativi che possono essere utilizzati dall'amministrazione appaltante per dimostrare l'idoneità degli operatori a svolgere il servizio richiesto, ma che, in nessun modo possono essere utilizzati per escludere dalla partecipazione alla gara le imprese, in tutte le ipotesi in cui la capacità economica e finanziaria possa essere dimostrata diversamente.

L'Autorità ha, infine, auspicato che, nella predisposizione di futuri bandi di gara, vengano tenute in adeguata considerazione le osservazioni svolte, al fine di evitare distorsioni nei meccanismi di formazione della domanda pubblica.

PARERE SULLE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Nel giugno 2005, l'Autorità ha trasmesso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Parlamento, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro per gli Affari Regionali, alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nonché al Presidente

dell'Autorità di Ambito Territoriale Ottimale di Palermo, in ordine alla legittimità degli affidamenti diretti dei servizi pubblici locali senza l'espletamento di procedure a evidenza pubblica per la selezione del soggetto gestore.

Con specifico riferimento al settore dei servizi idrici per i quali il Presidente dell'Autorità di Ambito Territoriale Ottimale di Palermo aveva richiesto il parere, l'Autorità, ribadendo quanto già espresso in un precedente intervento di segnalazione³⁸, ha osservato come la normativa di settore persegua una regolazione compatibile, nel suo complesso, con i principi della concorrenza. Tuttavia, sul territorio nazionale continua a riscontrarsi un'attuazione non uniforme del dettato normativo, sia per quel che riguarda le modalità organizzative adottate da parte degli Enti e soggetti competenti, sia rispetto ai criteri di selezione dei gestori dei servizi idrici, con frequente elusione del ricorso all'esperimento di gare.

In relazione alla durata dell'affidamento dei servizi idrici, l'Autorità ha inoltre ribadito la necessità che i termini temporali risultino sempre strettamente proporzionali e mai superiori ai tempi di recupero degli investimenti effettuati da parte del gestore, al fine di evitare il perdurare di situazioni di monopolio, con conseguente creazione di ingiustificate rendite di posizione.

Anche per gli appalti il cui importo risulti inferiore alla soglia stabilita dalle direttive comunitarie, l'Autorità ha auspicato l'adozione dei criteri di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza e, dunque, della gara quale procedura di aggiudicazione. Infine, per gli enti locali che intendano, invece, procedere all'affidamento dei servizi pubblici secondo la modalità cosiddetta *in house*, l'Autorità ha richiamato la necessità di motivare sempre e con chiarezza l'effettiva sussistenza di circostanze che giustificano l'opportunità del ricorso a tale strumento.

SEGNALAZIONE SULLA SELEZIONE DEL FORNITORE DEI CONTRASSEGNI PER LA TUTELA DEI DIRITTI RELATIVI ALLE OPERE DELL'INGEGNO

Nel luglio 2005, l'Autorità ha trasmesso al Ministro dell'Economia e delle Finanze, al Ministro dei Beni e Attività Culturali e al Presidente della Società Italiana

³⁸ PARERE SULLA NORMATIVA DI SETTORE DEI SERVIZI IDRICI, in Bollettino n. 35-36/2003.

Autori e Editori (Siae) una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito alle modalità adottate dalla Siae per l'individuazione dei soggetti fornitori di contrassegni per la tutela dei diritti relativi alle opere dell'ingegno. In particolare, l'Autorità ha rilevato profili di contrarietà ai principi comunitari e nazionali in materia di appalti pubblici e tutela della concorrenza, nei comportamenti con cui Siae procedeva, senza l'espletamento di procedure concorsuali, ad affidamenti diretti per la fornitura di tali contrassegni, rivolti sempre alla stessa impresa. La Siae, infatti, in quanto organismo di diritto pubblico, era tenuta all'osservanza dei principi di messa a gara, previsti dalla normativa nazionale ed europea in materia di appalti di forniture di beni e prestazione di servizi, in particolare dal decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, recante *“Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE”*.

L'Autorità ha considerato non ostativa all'espletamento di procedure di gara la determinazione di Siae di avvalersi di un'unica tipologia di contrassegno per tutti i supporti che lo richiedano, né la circostanza che la vigente normativa preveda specifiche caratteristiche e modalità di apposizione dei contrassegni, in particolare in termini di non alterabilità e falsificazione, nonché di certa e inequivocabile verificabilità in occasione di controlli da parte delle forze dell'ordine. In proposito, risultano infatti individuabili procedure di gara che, pur garantendo il perseguimento di tali esigenze, consentano di identificare il fornitore in grado di offrire il prodotto più adeguato, alle migliori condizioni economiche. In ragione di ciò, la mancata applicazione della disciplina in materia di appalti di pubbliche forniture appare non giustificata rispetto agli obiettivi perseguiti. Peraltro, un confronto concorrenziale ripetuto periodicamente risulta idoneo a consentire alla stazione appaltante di beneficiare dei vantaggi tecnologici sviluppati nel tempo da una pluralità di imprese. Si tratta di un elemento di particolare rilievo rispetto ai contrassegni in questione, ove l'esigenza di evitare fenomeni di contraffazione richiede un continuo aggiornamento tecnologico della produzione e degli strumenti di controllo.

Con riguardo, infine, alla circostanza che l'attuale fornitore di contrassegni sia in possesso di particolari diritti di proprietà intellettuale, l'Autorità ha posto in evidenza che ciò non risulta di per sé sufficiente a giustificare il mancato espletamento di procedure concorsuali di selezione del fornitore conformi al decreto legislativo n. 358/92 e ai principi di tutela della concorrenza. È indubbio che il possesso di un

brevetto o affine diritto di proprietà intellettuale, in quanto frutto di innovazione, possa costituire indice di superiorità qualitativa o anche titolo preferenziale, laddove assicuri caratteristiche distintive di particolare pregio. Tuttavia, la previsione in un bando di gara del possesso di un determinato brevetto avrebbe come conseguenza l'esclusione di imprese che, pur essendo in grado di fornire un contrassegno conforme alla normativa, non risultano essere titolari di uno specifico diritto di privativa. L'Autorità ha, pertanto, espresso l'auspicio che le considerazioni esposte possano trovare adeguato seguito nell'adozione di procedure selettive ad evidenza pubblica per l'individuazione dei soggetti fornitori dei contrassegni in questione, coerentemente con i principi di concorrenza.

PARERE SULLA PROGETTAZIONE DEL SERVIZIO PER L'INTERVENTO SU SOSTANZE TOSSICO-NOCIVE NEL MARE

Nell'agosto 2005, l'Autorità, su richiesta del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito all'appalto-concorso per la progettazione di un servizio di scoperta e intervento per la riduzione, il contenimento e il recupero di idrocarburi, sostanze da essi derivate e altre sostanze tossico-nocive nel mare territoriale. Considerato che la gara in questione era già stata espletata precedentemente alla richiesta del parere, l'Autorità ha espresso le proprie considerazioni nell'auspicio che esse potessero comunque rilevare nella definizione di future gare ovvero nella prospettiva di un eventuale esercizio del potere di autotutela da parte dello stesso Ministero, ricorrendone i presupposti di fatto e di diritto.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato che la richiesta, contenuta nel capitolato tecnico, della disponibilità di un elevato numero di unità navali con caratteristiche tecniche e attrezzature molto specifiche, per di più da fornire entro termini temporali particolarmente ristretti, poteva aver determinato un'effettiva difficoltà di reperimento delle stesse imbarcazioni da parte di soggetti che già non stessero svolgendo attività corrispondenti. Peraltro, l'Autorità ha osservato che l'imposizione della fornitura del numero di unità navali specificate nel disciplinare di gara aveva fatto venire meno le caratteristiche proprie di un appalto-concorso, in cui tipicamente i concorrenti producono un progetto organico nelle sue componenti al fine di raggiungere l'obiettivo

indicato dalla Pubblica Amministrazione, concretando piuttosto una gara per la messa a disposizione, indipendentemente dalla frequenza di utilizzo, di una serie di mezzi particolarmente consistente e di difficile reperibilità.

L'Autorità ha, dunque, posto in evidenza la necessità di accertare sempre, con estrema attenzione, il contenuto delle discipline predisposte per le gare d'appalto al fine di evitare di riconoscere possibili vantaggi ai soggetti che già svolgano servizi simili e pertanto già dispongano dei mezzi e strumenti richiesti. Ciò al fine di consentire il maggior confronto concorrenziale possibile, funzionale alla selezione del soggetto maggiormente idoneo alla fornitura di un servizio nel modo più efficiente ed economico per la collettività.

PAGINA BIANCA

2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno (1° aprile 2005-31 marzo 2006) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio, Sezione I, e del Consiglio di Stato, Sezione VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza (si vedano le tabelle di sintesi in calce), dalle quali emergono rilevanti principi su profili sia sostanziali che procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala, inoltre, un'importante pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 8882 del 29 aprile 2005) la quale ha rigettato i ricorsi proposti da varie compagnie assicurative avverso la sentenza del 23 aprile 2002, n. 2199, con cui il Consiglio di Stato aveva in larga misura confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *RC Auto*.

PROFILI SOSTANZIALI

Rilevanza costituzionale della disciplina antitrust, natura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e competenze in materia antitrust

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1397/2006 resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha sottolineato la “centralità della disciplina concorrenziale nel sistema costituzionale”, sottolineando che la funzione dell'Autorità “è per l'appunto quella di garantire la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato, considerati valori riconducibili ai principi sanciti dall'art. 41 della Costituzione”.

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 1713/2006, caso *Merck-Principi attivi*, ha ribadito che essa “è l'istituzione nazionale cui è affidato il compito di perseguire l'interesse

pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica, con l'incarico, espressamente attribuito dall'articolo 54 della legge n. 52/1996, di applicare, a livello nazionale, gli artt. 81 e 82 CE", richiamando la precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Peraltro, il Tar ha sottolineato che lo stesso regolamento CE n. 1/2003 ha potenziato e accresciuto il ruolo dell'Autorità quale istituzione nazionale che applica nell'interesse pubblico, in via decentrata, il diritto comunitario della concorrenza. Nella stessa decisione è stata chiarita la distinzione tra il cosiddetto *private enforcement* del diritto antitrust, ossia la tutela dei diritti soggettivi dei singoli eventualmente lesi dalla violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, la cui competenza è attribuita alla Corte d'Appello, e il cosiddetto *public enforcement* "*finalizzato alla garanzia di un assetto concorrenziale del mercato, che, per costante giurisprudenza, costituisce un interesse pubblico la cui tutela ha rilevanza costituzionale*", che è attribuito all'Autorità, quale autorità amministrativa indipendente.

Con riguardo alla competenza dell'Autorità ad applicare le norme antitrust, il Consiglio di Stato nella decisione n. 1271/2006, relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha confermato che, anche successivamente all'entrata in vigore del codice delle comunicazioni elettroniche del 2003, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato mantiene una competenza generale in materia antitrust, incluso il settore delle telecomunicazioni, mentre l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni opera come autorità di regolamentazione. Essa esprime un parere, obbligatorio ma non vincolante, relativamente ai provvedimenti antitrust che riguardino imprese operanti nel settore delle comunicazioni, dalle cui risultanze l'Autorità può discostarsi con adeguata motivazione. I loro rapporti sono informati a un principio di leale collaborazione.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Nella citata pronuncia relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha ribadito l'ormai consolidato orientamento secondo cui l'Autorità, nell'adottare i propri provvedimenti, pone in essere un'operazione di "*contestualizzazione*" delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati al caso specifico e che è oggetto di "*un sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio*". Il giudice "*deve valutare i fatti, onde*

acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate", senza sostituirsi all'Autorità laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati.

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 1397/2006, resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha sottolineato l'effettività della tutela giurisdizionale relativamente ai provvedimenti dell'Autorità con il limite attinente *"alla possibilità (esclusa) di esercitare un controllo di tipo sostitutivo sulle valutazioni tecniche opinabili, spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'amministrazione"* (in senso conforme anche Tar Lazio, sentenza n. 1898/2006, nel caso *Cassa depositi e prestiti/Terna-GRTN*).

Con riguardo alle valutazioni tecniche effettuate dall'Autorità circa la definizione del mercato rilevante, il Tar Lazio, nella sentenza n. 12835/2005, sul caso *Mercato del calcestruzzo*, ha confermato il noto indirizzo secondo il quale il potere giudiziario non dispone di un *"completo potere sostitutivo"* nei confronti dell'Autorità. Le valutazioni che nei singoli procedimenti conducono all'individuazione del mercato rilevante *"non sono, pertanto, sindacabili nel loro merito intrinseco dal Giudice amministrativo, cui non è consentito sostituire le proprie valutazioni a quelle riservate all'Autorità (dando del "mercato rilevante" una propria definizione), ma unicamente verificare se l'operato della medesima sia immune da vizi logici o di ragionevolezza, da difetti di istruttoria o di motivazione"*. In linea con tale orientamento, il Tar Lazio, nella sentenza sul caso *Merck-Principi attivi*, ha ribadito che il giudice amministrativo non può sostituire le proprie valutazioni sulla definizione del mercato rilevante a quelle dell'Autorità, ma può solo verificarne la correttezza, con riferimento in particolare *"all'osservanza delle norme tecniche, di quelle procedurali, dell'obbligo di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, all'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere"*.

Nozione di impresa e associazione di imprese

Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 3408/2005, resa nel caso *Guardia di Finanza/Federazione italiana agenti immobiliari professionali (FIAIP)*, ha ribadito il noto orientamento secondo il quale, ai fini dell'applicazione della disciplina della

concorrenza, la nozione di impresa è più ampia di quella civilistica, poiché essa, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, comprende *“qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato”*; di conseguenza, *“possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza”*.

Con particolare riferimento a un'associazione della quale facevano parte o potevano far parte anche soggetti che non svolgevano attività di impresa, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia ha ritenuto decisiva la circostanza che l'attività svolta dall'associazione fosse *“statutariamente e istituzionalmente diretta ad agevolare, tutelare ed organizzare corporativamente proprio l'attività imprenditoriale svolta da gran parte dei suoi aderenti”*.

Accertamento e prova delle intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 548/2006 (ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*) ha confermato il consolidato indirizzo secondo cui la nozione di intesa *“è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica”*. In linea con questo orientamento, il Tar Lazio, nella sentenza n. 4395/2005, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, ha ribadito che il diritto della concorrenza ha recepito una nozione comportamentale e funzionale di intesa, che non richiede che il relativo accordo debba essere rappresentato da un vero e proprio contratto giuridicamente valido secondo i canoni civilistici, né richiede alcuna forma particolare di consenso, né l'idoneità a generare uno specifico vincolo giuridicamente rilevante tra le parti, essendo *“sufficiente, invece, che le imprese interessate abbiano manifestato in qualsiasi forma, anche tacita, una convergente volontà di operare sul mercato con determinate modalità, limitando reciprocamente le loro politiche commerciali”*.

In linea con tale orientamento, volto ad accogliere una nozione di intesa ampia e non formalistica, il Tar Lazio, nella sentenza n. 12726/2005, resa nel caso

Lottomatica/Sisal, ha confermato il principio dell'irrelevanza, ai fini della determinazione di responsabilità, *“della precisa qualificazione del contegno anticoncorrenziale in termini di accordo o di pratica concordata, essendo semmai determinante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione”* (in senso conforme si veda anche la sentenza del Tar Lazio n. 6546/2005, relativa al caso *Anfima-Impress-Cavioni-Fustitalia-Falco-Limea Fisma*).

Ancora, il Consiglio di Stato, nella pronuncia relativa al ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*, nel delineare la distinzione tra la fattispecie della pratica concordata e quella dell'accordo, ha ripreso un consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, secondo cui *“mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza”*. Nella medesima pronuncia, il Consiglio di Stato ha chiarito che il concetto di pratica concordata, per lo più, *“si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che: vi siano comportamenti di più imprese; detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici; detti comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale”*. Tuttavia, il Consiglio di Stato, nel ricorso *Q8 Quaser s.r.l.*, conformandosi a un orientamento precedente, ha chiarito che non è di ostacolo alla configurazione di una pratica concordata la carenza del requisito della ripetizione delle condotte nel tempo, laddove il coordinamento tra le imprese abbia avuto luogo in relazione a un episodio unico, cui i comportamenti erano finalizzati. In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che *“la ripetizione va valutata avuto riguardo ai comportamenti omogenei di una pluralità di imprese, e assume rilievo anche il comportamento singolo di una impresa, che tuttavia si inserisca nell'ambito di una pluralità di comportamenti omogenei di altre imprese”*. Pertanto, secondo il giudice amministrativo, ciò che rileva è che il comportamento anticoncorrenziale dell'impresa singola, ancorché unico, sia rispondente a uno schema di comportamento standard,

ripetuto costantemente anche da altre imprese. Per la singola impresa deve darsi rilievo non solo all'unicità o pluralità di azioni anticoncorrenziali, ma all'inserimento dell'azione o delle azioni in un programma complessivo concertato con altri soggetti.

Circa l'ammissibilità degli accordi di cooperazione orizzontale, il Tar Lazio, nel caso *Lottomatica/Sisal*, ha precisato che, nonostante la riconosciuta liceità di tali accordi, *“non è tuttavia consentito distorcere tali moduli per il conseguimento di finalità vietate, stante la facile verifica di strumentalizzazioni dirette ad occultare accordi, tra concorrenti attuali o potenziali, volti alla ripartizione del mercato, a conseguire l'innalzamento delle tariffe, ovvero ancora ad escludere competitori dai mercati, il tutto a danno dei consumatori”*.

Nella sentenza n. 3572/2005, *Emilcarta/Agrifood Machinery*, il Tar Lazio ha confermato l'orientamento secondo il quale *“la tipicità di un contratto non esclude in senso assoluto la sua possibile illiceità dal punto di vista della disciplina antitrust, dovendo a tal fine essere verificato, in pratica, se lo schema tipico sia eventualmente stato utilizzato, nel singolo caso, per fini anticoncorrenziali, o se comunque esso presenti un contenuto lesivo della concorrenza”*.

Elementi di prova dell'intesa e inversione dell'onere

Nella sentenza resa nel caso *Test diagnostici per diabete*, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire i consolidati principi in materia di prova delle intese, partendo dalla considerazione che *“la prova della sussistenza di un'intesa va valutata non secondo un'accezione rigorosa incompatibile con l'effetto utile del diritto europeo antitrust, ma in funzione di elementi indiziari se univoci e concordanti”* (in senso conforme si veda anche la sentenza del Tar Lazio nel caso *Lottomatica/Sisal*). Inoltre, è stata ripresa la dicotomia tra elementi di prova endogeni ed esogeni: i primi *“collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato”*; mentre la seconda tipologia di elementi concerne i rapporti esterni circa l'intervento di un'intesa illecita e riguarda la *“prova di contatti tra le imprese e, soprattutto, di scambi di informazioni se non di veri e propri concordamenti, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi,*