

In tema di prova della pratica concordata caratterizzata da scambi di informazioni particolarmente interessanti sono i principi enunciati dal Consiglio di Stato nella decisione n. 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*. A questo riguardo i giudici d'appello, richiamando la giurisprudenza nazionale e comunitaria, hanno chiarito che “*un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente: a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali (onere a carico dell'Autorità); b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala (l'onere probatorio contrario viene spostato in capo alle imprese)*”.

Ancora, il Consiglio di Stato nella sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ritenuto priva di rilievo, ai fini dell'accertamento dell'intesa, la “circostanza che non tutti gli indizi gravino su tutte le società”, osservando che “rileva, da un lato, che gli elementi abbiano consistenza tale da delineare l'accordo, dall'altro che ciascuna società sia gravata da plurimi indizi in ordine alla sua partecipazione alla medesima”.

#### *Intese di prezzo vietate*

Con particolare riferimento al parallelismo in materia di prezzi, il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha sostenuto che “*la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese) induce a ritenere vietata ogni forma di condotta collusiva mediante la quale le imprese ne alterino il meccanismo di formazione, gonfiandolo a proprio vantaggio e al di sopra del livello che esso avrebbe raggiunto dall'incontro della domanda e dell'offerta*”. Per cui, sono vietate non solo le intese volte alla fissazione di determinati prezzi o prezzi minimi, ma anche quelle il cui obiettivo o effetto sia di “*cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità*”.

*Intese ed associazioni temporanee di imprese*

Con riferimento all’istituto della associazione temporanea di imprese (ATI), il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2008 del 6 maggio 2008, *Aziende di trasporto pubblico locale – Petrolieri*, ha chiarito che “*il fatto che ATI e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro qualificabilità in termini di illecito, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell’affare, sia appunto illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative*” (sul punto si è espresso anche il Tar del Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6215 *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*).

*Intesa e bid rigging*

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2008 del 6 maggio 2008, *Aziende di trasporto pubblico locale – Petrolieri*, a fronte di una pratica concordata consistita nell’organizzazione di un sistema di turnazione nell’aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica, ha rilevato che l’eventualità che la «turnazione» sia “*un esito spontaneo del mercato costituisce un caso estremo, circoscritto dalla teoria economica alle ipotesi in cui le imprese presentino vincoli di capacità o si sia in presenza di diseconomie di scala*”.

*Consistenza*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto che “*è ben possibile che il mercato rilevante sia territorialmente limitato e tuttavia l’intesa possa comportare una consistente restrizione della concorrenza tale da integrare la fattispecie di cui all’art. 2 L. 287/1990*”.

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ricordato che, nel caso di restrizioni gravi (*hardcore*) della concorrenza, l’accordo è automaticamente escluso dall’applicabilità del beneficio *de minimis* previsto dalla Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore (2001/C 368/07 in G.U.C.E. 22.12.2001, C368/13), anche

qualora le quote di mercato espresse dall'intesa siano inferiori alle soglie minime di mercato ivi individuate.

#### *Durata dell'intesa*

Nella decisione del 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinettanti*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, quando dalla durata dell'intesa dipende l'applicazione di un regime sanzionatorio più o meno favorevole, la prova della durata deve essere fornita con lo stesso rigore richiesto per la prova dell'intesa. A tal fine possono essere usate anche presunzioni semplici, purché fondate su indizi gravi, precisi e concordanti.

#### *Ripetizione delle condotte nel tempo*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha riaffermato il principio in base a cui, ai fini dell'accertamento della sussistenza di un'intesa, “*la reiterazione dei comportamenti nel tempo [...] costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa*”.

#### *Condotte dei dipendenti ed irrilevanza di un potere di rappresentanza*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ribadito che “*secondo un pacifico principio desumibile dalla giurisprudenza comunitaria, non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o abbiano predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, dovendo ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società*”.

#### *Caratteristiche del mercato*

Il Tar del Lazio, nella citata sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto che “*le differenze sussistenti tra [i*

prodotti], nonché le asimmetrie e la variabilità delle quote di mercato delle società parti del procedimento sono circostanze [...] inidonee ad escludere la possibile configurazione dell'intesa antitrust”.

### ***Base normativa***

#### ***Pregiudizio al commercio comunitario e applicabilità dell'art. 81***

Nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo secondo cui, in presenza di una pratica restrittiva della concorrenza applicata all'insieme del territorio di uno Stato membro, sussiste “una forte presunzione” che tale pratica “possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari”. In tal caso, grava sulle imprese l'onere di sovvertire tale presunzione. Né, secondo il Consiglio di Stato, vi è “alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 TCE”.

In ogni caso, ha aggiunto il Consiglio di Stato nella decisione 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di “comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte” (in senso analogo Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pallennli truciolari*).

In ogni caso, come affermato dal Tar del Lazio nella decisione 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, anche un mercato subnazionale costituisce parte sostanziale del mercato comune quando la sua “chiusura” contribuisce ad ostacolare l'integrazione economica voluta dal Trattato”.

#### ***Applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 81.3***

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ricordato come l'onere di provare la sussistenza delle condizioni di esenzione di cui all'art. 81.3 spetti alle imprese interessate, le quali devono, in particolare, dimostrare che la cooperazione tra imprese

comporta incrementi di efficienza che non possono essere conseguiti con mezzi meno restrittivi e che devono avere carattere rigorosamente oggettivo e verificabile.

### ***Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati***

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze 22 gennaio 2008, n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, ha ribadito il principio per cui la norma che impone una condotta anticoncorrenziale rileva come causa scriminante dell'illecito solo quando l'esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento. Tali principi, ha osservato il giudice, sono parimenti validi anche nell'ipotesi in cui “*la condotta anticoncorrenziale sia imposta o facilitata da un'autorità amministrativa in eventuale applicazione della normativa interna*”.

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

#### *Accertamento di una posizione dominante*

Il Tar del Lazio, nella sentenza del 26 giugno 2008, n. 6213, resa nel caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, è ritornato sulla definizione della posizione dominante, ribadendo che “*per posizione dominante si intende una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. L'impresa in posizione dominante, quindi, è l'impresa che, detenendo un considerevole potere di mercato, non è soggetta a vincoli concorrenziali*”. Il Tar ha altresì evidenziato che “*l'esistenza di una posizione di tal genere (determinata dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi) non è esclusa dalla circostanza che, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale*”.

Con sentenza 23 settembre 2008, n. 8481, *Bernabei Liquori/Italaquae*, il Tar del Lazio ha confermato che, per l'accertamento di una posizione dominante, “*la quota di mercato rappresenta il principale indicatore della potenza economica di un'impresa o*

*di un gruppo di imprese e della capacità di queste ultime di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai loro concorrenti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei loro prodotti o servizi” (pp. 3-4). A tal fine la Corte di Giustizia ha ritenuto sufficienti “anche quote comprese tra 40% e il 70% in presenza di ulteriori indizi quali la struttura del mercato, il numero, la dimensione e il dinamismo delle imprese concorrenti”.*

#### *Abuso di posizione dominante*

Il Tar del Lazio, nella citata sentenza del 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, ha ribadito il consolidato principio in base a cui è “*individuabile in capo all’impresa in posizione dominante una «speciale responsabilità», in ragione della quale incontrano ragioni di preclusione quei comportamenti concretamente preordinati ad ostacolare lo sviluppo della concorrenza nel mercato rilevante, all’interno del quale, proprio per la presenza dell’impresa dominante, il grado di concorrenza si presenta con ridotta configurazione*” (cfr. anche Tar Lazio, 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*). In questo contesto, dopo aver evidenziato che le condotte riconducibili all’abuso di posizione dominante elencate nell’art. 3 della legge n. 287/90 “*rivestono valenza (non tassativa ma) meramente esemplificativa*”, il Tar ha rilevato come, nel caso di specie, non potesse non essere ricondotta ad un abuso di posizione dominante “*la presenza di comportamenti, posti in essere da un’impresa in posizione dominante nel mercato della messa a disposizione dei bacini di carenaggio, sostanziatisi nella determinazione di una situazione non episodica di opacità nella gestione dei bacini stessi, avente concreta attitudine ad ostacolare l’accesso a tali infrastrutture da parte degli altri operatori in ambito di riparazioni navali*”.

Nella stessa sentenza 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha anche riaffermato la natura di mero “*un illecito (di pericolo e non di danno)*” della fattispecie disciplinata dall’art. 3 della legge n. 287/90 (così anche Tar Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*).

### *Abuso escludente*

Il Tar del Lazio, nella citata sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha rilevato che “*l’abuso di posizione dominante si verifica quando su un piano obiettivo vi è una condotta illecita, non rilevando l’intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente. Il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è irrilevante se se attuato con legittimi comportamenti e strategie economiche, mentre la condotta escludente da parte dell’impresa in posizione dominante è obiettivamente illecita e deve essere qualificata come abuso di posizione dominante*”.

### *Accertamento di una condotta predatoria*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, nel confermare le valutazioni dell’Autorità, ha rilevato che “*in linea di massima sono abusive solo le pratiche di prezzo idonee ad escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, con il benchmark che è rappresentato dai costi che l’impresa dominante sopporta*”. Il giudice ha poi ricordato che “*l’applicazione di prezzi al di sotto dei costi totali medi è indice di comportamento predatorio se fa parte di un piano per eliminare la concorrenza, a differenza dei prezzi al di sotto dei costi medi variabili che si presumono predatori salvo circostanze eccezionali. Ove siano applicati prezzi inferiori al costo totale medio, quindi, è necessario verificare la presenza di un intento predatorio per accertare la sussistenza di un abuso di posizione dominante*”. Nel caso di specie, a giudizio del Tar viene in rilievo la circostanza che i casi in cui l’operatore in posizione dominante ha applicato prezzi inferiori ai costi totali medi “*sono stati sensibilmente più frequenti per i clienti condivisi con il concorrente che per i propri clienti esclusivi*”.

### *Posizione dominante collettiva*

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio, dopo aver ricordato che i c.d. “*criteri Airtours*” utilizzati nell’accertamento di una posizione dominante collettiva sono stati elaborati ai fini del controllo di operazioni di concentrazione, dunque per una valutazione *ex ante*, ha sottolineato che “*per farne applicazione ex post, il margine di valutazione discrezionale della*

*Commissione (e delle ANC) appare più ridotto, essendo necessario il riscontro di elementi di natura storica ed oggettiva (quali, ad esempio, la presenza di stretti legami strutturali tra le imprese)”.*

#### *Onere probatorio relativo alla posizione dominante collettiva*

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio - dopo aver richiamato i tre requisiti cumulativi richiesti dalla giurisprudenza comunitaria per l'accertamento di una posizione dominante collettiva - vale a dire, i) la perfetta trasparenza del mercato; ii) la stabilità dell'equilibrio collusivo; iii) la neutralità della reazione prevedibile dei concorrenti, attuali e potenziali, in relazione ai risultati attesi – ha fatto proprio l'orientamento comunitario secondo cui incombe sull'Autorità l'onere di “*fornire elementi di prova particolarmente solidi*” sugli elementi decisivi ai fini della valutazione, e in particolare “*dimostrare che il ‘parallelismo consapevole’ delle condotte degli operatori, tipico di un mercato oligopolistico, non costituisse il frutto di autonome scelte imprenditoriali quanto l'espressione di un vero e proprio equilibrio collusivo*”.

#### *Dominanza*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha ricordato che la giurisprudenza comunitaria non esclude affatto, in caso di mercati integrati o comunque collegati, l'illiceità di un comportamento tenuto da un'impresa dominante nel mercato “a monte” per il solo fatto della mancanza di una posizione dominante in quello “a valle”, potendo il potere di leva essere sfruttato per “estendere” sul secondo mercato la posizione detenuta nel primo mercato.

#### *Abuso di posizione dominante ed autotutela*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che “*non può costituire idonea causa di giustificazione di una condotta anticompetitiva posta in essere da un'impresa dominante la realizzazione di un illecito antitrust da parte di un concorrente: la reazione consistente in una condotta analoga, con effetti escludenti rispetto ai terzi, non è infatti un comportamento proporzionato né*

*necessario, essendovi sempre la possibilità per l'operatore di denunciare l'abuso alla competente Autorità antitrust, ed eventualmente di ottenere il risarcimento del danno in sede civile”.*

### ***Valutazione degli impegni***

#### ***Potere discrezionale dell'Autorità e rigetto degli impegni***

In materia di impegni presentati dalle imprese *ex art. 14-ter*, legge n. 287/90, il Tar del Lazio, nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, e nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ricordato che “*la norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti dell'ordinamento comunitario*”.

Il Tar del Lazio, nella decisione 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, ha ricordato che il procedimento di cui all’art. 14-ter, legge n. 287/90 è, al pari di quello previsto dall’art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, cui la norma nazionale è sostanzialmente ispirata, un procedimento ad istanza di parte in cui l’Autorità valuta l’idoneità degli impegni presentati a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto d’istruttoria. In caso di valutazione positiva essa può quindi arrestare il procedimento senza accertare l’infrazione, rendendo gli impegni obbligatori per il proponente.

Nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar ha poi chiarito che, per una corretta esegesi dell’art. 14-ter, legge n. 287/90, la disposizione va coordinata sia con l’art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, che con il relativo 13° considerando, che con l’art. 15, comma 2 bis, della legge n. 287/90 sui c.d. programmi di clemenza.

Il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, ha chiarito, inoltre, che la scelta dell’Autorità di preferire la procedura negoziata di impegni a quella ordinaria di infrazione ha carattere discrezionale (così anche Consiglio di Stato, VI, sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*). Rispetto ad essa il giudice non può interferire, salvo l’esistenza di decisioni chiaramente arbitrarie nelle valutazioni di ammissione alla procedura negoziata.

Nelle sentenze 7 aprile 2008, n. 2900 e n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha precisato che l’Autorità, nell’esercizio del potere di accettazione degli impegni deve solo tenere presente che, alla luce del diritto comunitario, le decisioni concernenti impegni non sono “opportune” nei casi in cui si intenda comminare un’ammenda (così il Tar Lazio anche nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*), né a fronte di cartelli segreti di particolare gravità, c.d. “hardcore”: il riferimento alle c.d. violazioni *hard core* costituisce, infatti, “già di per sé” una motivazione sufficiente per giungere, in linea con l’orientamento comunitario, al rigetto degli impegni.

In caso di reiezione degli impegni, la prognosi sulla sussistenza e sulla gravità dell’intesa non può comunque costituire vizio dell’atto di diniego che, al momento della sua adozione, è stato logicamente adottato e congruamente motivato (sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*).

Con riguardo al rigetto di impegni proposti *ex art.-14 ter*, legge n. 287/90, il Tar del Lazio, nella pronuncia 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha statuito inoltre che, posto il carattere fisiologicamente complesso delle fattispecie antitrust, “*l’eventuale provvedimento di accettazione degli impegni intervenuta in una determinata ipotesi non è idonea di per sé sola a tradursi, come tertium comparationis, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi*”.

#### *Accettazione degli impegni e contenuto degli impegni*

Nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, il Tar del Lazio ha affermato che gli impegni resi vincolanti dall’Autorità devono essere esattamente quelli che l’impresa ha proposto, “*non potendo l’Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l’impresa si è dichiarata pronta ad accettare*”: “*l’eventuale contraddizione intrinseca degli impegni [...] non abilita [infatti] l’Autorità ad interpretare in un certo modo anziché in un altro la proposta, potendo invece l’amministrazione chiedere ulteriori chiarimenti al soggetto interessato e, ove del caso, respingere gli impegni perché la loro formulazione non garantisce il pieno superamento della preoccupazioni anticoncorrenziali*”.

*Impegni e regolazione*

Con riferimento al rapporto tra impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90 e regolazione di settore, il Tar Lazio, nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, ha ribadito che l'accettazione di impegni assunti da un'impresa non incide affatto sui perduranti obblighi regolamentari imposti alla stessa dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

*Impegni e illeciti plurisoggettivi*

Nelle sentenze 7 aprile 2008, nn. 2900 e n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che va esclusa l'estensione dell'immunità derivante dalla valutazione di idoneità degli impegni presentati unilateralmente da una delle parti di un illecito plurisoggettivo anche alle altre parti dell'illecito. Ciò in quanto: i) essa non è prevista da alcuna disposizione del Reg. CE n. 1/2003, né dalla giurisprudenza comunitaria; ii) è necessaria una loro “valutazione individualizzata”; iii) anche ove si ritenesse che l'impegno di uno determini la cessazione dell'infrazione per tutti, l'Autorità conserverebbe il potere di accertamento storico, di sanzione e di inibitoria; iv) l'accertamento dell'illecito nei confronti degli altri non espone di per sé colui che ha presentato l'impegno alle azioni civili di danno.

*Pertinenza e proporzionalità degli impegni*

Secondo il Tar Lazio, sentenze 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, le misure correttive proposte dalle imprese debbono essere: i) “pertinenti” rispetto all'oggetto del procedimento e quindi funzionali alla soluzione del problema concorrenziale evidenziato; ii) analoghe a quelle che potrebbero essere imposte ove si adottasse una decisione di infrazione; iii) proporzionate alla violazione contestata, non essendo necessario alcun *quid pluris* rispetto a quanto sufficiente a rimuovere gli effetti dell'illecito. L'onere di effettuare il controllo di proporzionalità grava comunque sull'Autorità.

### *Impegni e diffida*

Nelle pronunce 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che, nascendo dal medesimo problema concorrenziale, il rapporto tra procedimento istruttorio ordinario e decisione con impegni non è di totale e assoluta autonomia: pertanto, “*la decisione con impegni può costituire un utile modello di raffronto in ordine al contenuto delle misure comportamentali che le imprese sanzionate possono adottare per ottemperare alla decisione di infrazione*”, rilevando quale espressione di uno dei possibili modelli di comportamento che l’Autorità ritiene idonei a rimuovere gli effetti anticoncorrenziali delle fattispecie oggetto di istruttoria.

Al riguardo il Consiglio di Stato, peraltro, nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*, ha precisato che “*contenuto della diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all’art. 15 della legge n. 287/90 e all’art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell’illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure, estranee al contenuto della diffida*”.

### *Termine per la presentazione di impegni*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che il termine trimestrale per la presentazione degli impegni non è perentorio, ma meramente sollecitatorio.

### *Impegni presi dalle parti e decisione con impegni*

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542/08, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha chiarito che la risalente prassi di accogliere in una fase terminale del procedimento impegni presentati dalle parti non va confusa né con l’istituto della “decisione con impegni”, né con i programmi di clemenza introdotti dal Regolamento CE n. 1/2003. I primi, ha osservato il Tar, costituiscono “*una sorta di ravvedimento operoso, grazie al quale, ove le misure proposte dalle imprese siano idonee a rimuovere l’infrazione e a ristabilire le condizioni di concorrenza sul mercato rilevante, l’Autorità può dichiarare cessate le infrazioni, non procedere all’intimazione di una diffida ed*

*eventualmente non irrogare sanzioni amministrative pecuniarie".* In quel caso non viene comunque meno il potere/dovere dell'Autorità di valutare l'anticoncorrenzialità della fattispecie.

### *Imputabilità dell'illecito*

Il Consiglio di Stato con decisione del 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinettanti*, ha affermato il principio secondo cui l'agente, quando sostiene specifici rischi economici e finanziari, deve essere considerato impresa autonoma rispetto al proponente e, dunque, soggetto direttamente ed unicamente responsabile per le proprie scelte imprenditoriali. Tale regola vale soprattutto quando sull'agente gravi il rischio di impresa.

### *Sanzioni*

#### *Natura ed efficacia deterrente*

Il Consiglio di Stato, nel periodo di riferimento, ha inoltre ribadito sia la natura tipicamente punitiva della sanzione (v. sentenze 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*), sia la sua necessaria efficacia deterrente (pronunce 7 marzo 2008, n. 1006, *Gas Tecnici*; 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*).

#### *Presupposti e criteri di quantificazione*

La giurisprudenza ha chiarito che l'Autorità è dotata di "ampi poteri discrezionali" in sede di comminazione delle sanzioni (Consiglio di stato, decisione 27 febbraio 2008, n. 720, *Rifornimenti aeroportuali*).

### *Gravità*

In merito alla gravità, il Tar Lazio nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Produttori di pannelli truciolari*, ha osservato che l'intesa restrittiva della concorrenza accertata nel caso di specie era "oggettivamente grave", in quanto consistente "nel

*contingentamento della produzione, nella ripartizione della clientela e nella fissazione dei prezzi e delle altre condizioni commerciali*”. Nel caso di specie, ha osservato il Tar, l’intesa accertata poteva senz’altro essere qualificata molto grave, essendo stati adeguatamente provati gli effetti prodotti sul mercato sotto forma di un irrigidimento delle quote di mercato e di un allineamento verso l’alto dei prezzi.

Con riguardo alla fattispecie dell’abuso il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha rilevato che “*l’abuso di posizione dominante costituisce ontologicamente un illecito grave e che ai sensi dell’art. 15 della legge n. 287/90, nel caso di infrazioni gravi e tenuto conto della loro gravità e durata, l’Autorità dispone l’applicazione di una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida*”. Il Tar ha quindi ritenuto non sproporzionata una sanzione inferiore all’1% del fatturato consolidato del gruppo.

#### *Criteri di quantificazione*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 7 marzo 2008, n. 1006, resa sul caso *Gas Tecnici*, ha svolto alcune considerazioni in merito alla prassi ricorrente dell’Autorità di dividere in fasce (o categorie) le società coinvolte nell’intesa sulla base del fatturato, rilevando che “*se da un lato, la prassi di dividere le imprese in categorie sulla base del fatturato realizzato appare ragionevole, perché consente di tener conto della diversa capacità economica dei soggetti coinvolti e, quindi, di determinare una sanzione che abbia una adeguata efficacia deterrente, dall’altro, tuttavia, non esime l’Autorità di indicare puntualmente, con riferimento a ciascuna impresa collocata all’interno della fascia, le ragioni che conducono alla concreta quantificazione della sanzione, valutando in maniera specifica la gravità dell’infrazione compiuta da ciascuna con riferimento all’entità del suo eventuale apporto all’intesa stessa*”.

Con riguardo al profilo della quantificazione della sanzione il Consiglio di Stato, nelle sentenze 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, nel richiamare la giurisprudenza comunitaria, ha ricordato che l’obbligo di motivazione non comporta la redazione da parte dell’Autorità di un elenco vincolante o esauriente dei criteri tenuti in considerazione: nel fissare l’importo di ciascuna ammenda, né di una formula matematica precisa.

E' comunque auspicabile, si è affermato nelle medesime sentenze, che le imprese interessate e, ove necessario, il Tribunale siano messi in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti dalla Commissione siano privi di errori e compatibili con le disposizioni e i principi applicabili in materia di ammende, dovendosi comunque consentire alla Commissione di poter spiegare, in corso di giudizio, i criteri utilizzati. L'assenza di idonea motivazione circa la quantificazione della sanzione non comporta comunque l'annullamento della sanzione, ma la verifica della congruità della stessa da parte del giudice amministrativo (sul punto anche Tar Lazio nella sentenza del 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*).

#### *Fatturato*

Nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, relativa al caso *Produttori di pannelli truciolati in legno*, il Tar del Lazio ha ritenuto che nella determinazione della percentuale del valore delle vendite per la determinazione dell'importo base della sanzione è corretto applicare una percentuale più elevata in presenza di un fatturato d'impresa particolarmente elevato realizzato anche per vendite di beni diversi da quelli ai quali l'infrazione si riferisce, così come una percentuale inferiore nel caso di imprese il cui fatturato è costituito quasi per intero dalle vendite dei beni oggetto dell'infrazione.

#### *Rilevanza dell'elemento soggettivo*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui, perché un'infrazione alle norme sulla concorrenza possa considerarsi 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. Tale principio vale soprattutto per le imprese di grandi dimensioni (sul punto v. in particolare Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*; Tar Lazio, sentenza del 19 marzo 2008, n. 2478, *Lidl*). In quest'ultima decisione il Tar del Lazio ha inoltre precisato che “*l'errore sulla illiceità del fatto, per essere incolpevole, deve trovare causa in elementi tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, la quale certamente non può essere identificata nella mera asserita incertezza del dettato normativo (...)*”.

*Sanzione e diffida in relazione ad illecito cessato*

Il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, ha ricordato che “l’Autorità può irrogare una sanzione pecuniaria nonostante la cessazione dei comportamenti anticoncorrenziali e l’impegno a non reiterarli in futuro, ove ritenga, con valutazione assistita da congrua motivazione, che le infrazioni commesse siano gravi”. (p. 49) (in questo senso anche Tar Lazio, decisione 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*).

*Circostanze aggravanti e attenuanti*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 17 gennaio 2008, n. 102, resa sul caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, ha chiarito che la recidiva, come circostanza aggravante, va intesa come reiterazione di “un’infrazione del medesimo tipo”; essa è quindi applicabile anche in relazione “a condotte che, seppure non identiche, si iscrivevano, nella stessa tipologia di illecito antitrust” (analogamente Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Produttori di pannelli truciolari*).

Il Tar del Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha precisato che, in ogni caso, “l’applicazione o meno delle circostanze attenuanti, come emerge dal punto 29 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’art. 23, par. 2, lett. a), del Regolamento (CE) n. 1/2003, costituisce una facoltà discrezionale dell’amministrazione precedente”.

Nella pronuncia 13 marzo 2008, n. 2312, relativa al caso *Produttori di pannelli truciolari*, il Tar Lazio ha ritenuto, in sede di quantificazione della sanzione, per un verso legittimo l’aver tenuto conto, come attenuante, della collaborazione prestata dalle parti nel corso dell’istruttoria, per altro verso corretto non prendere in considerazione nella determinazione della sanzione la generica situazione di crisi dell’industria dei produttori di pannelli in Italia. Come precisato dal Tar Lazio nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, “ammettere un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un ingiustificato vantaggio concorrenziale alle imprese meno adattate alle condizioni del mercato”. A