

Con riferimento ai problemi della composizione delle commissioni giudicatrici delle gare e delle possibili cointeressenze dei membri delle medesime, l'Autorità ha osservato come il richiamo all'articolo 84 del Codice dei contratti pubblici e al "*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*" non fosse in grado di risolvere possibili situazioni di conflitto di interesse idonee ad alterare le dinamiche concorrenziali del mercato. Pertanto, ha auspicato l'inserimento di una previsione più efficace, quale, ad es. l'attribuzione all'organo che nomina la commissione giudicatrice del compito di verificare la concreta sussistenza del rischio di compromettere l'indipendenza di giudizio dei membri della commissione, con il conseguente divieto di nominare tali membri; tale divieto avrebbe dovuto essere previsto espressamente nel codice deontologico dei dipendenti del Mibac, giacché questi sono generalmente chiamati a far pare delle commissioni giudicatrici. A tal riguardo, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di prevedere specifiche norme relative all'attività svolta dall'amministrazione stessa, finalizzate a disciplinare, in particolare, limiti, doveri e modalità di partecipazione ai procedimenti ad evidenza pubblica, nonché i criteri di formazione degli organi tecnici e decisionali, quali, ad esempio, le commissioni di aggiudicazione.

Infine, l'Autorità ha ribadito il principio secondo cui l'affidamento dei servizi aggiuntivi deve essere limitato nel tempo e non può essere tacitamente rinnovato o prorogato

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato che nel testo definitivo delle Linee guida fossero tenute in considerazione le modifiche normative evidenziate, così da rendere chiari e trasparenti per gli operatori del settore e le stazioni appaltanti tutti i criteri per l'affidamento dei servizi aggiuntivi.

VARIE

PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA

Nel febbraio 2010 l'Autorità ha trasmesso al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro per lo Sviluppo Economico, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 47 della legge n. 99/09, *Legge Annuale per il mercato e la concorrenza*, le principali indicazioni contenute nei propri interventi consultivi e di segnalazione effettuati negli ultimi anni ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90.

L'Autorità ha sottolineato come l'istituzione di una legge annuale per il mercato e la concorrenza è idonea a consentire un efficace completamento del processo di modernizzazione concorrenziale dell'economia italiana, in quanto consente al Legislatore di compiere una valutazione sistematica e periodica della rispondenza del quadro normativo ai principi concorrenziali, affiancandosi in modo coerente all'attività

di tutela e promozione della concorrenza svolta dall'Autorità mediante l'esercizio dei propri poteri di *enforcement antitrust* e di quelli consultivi e di segnalazione.

L'Autorità, in particolare, ha segnalato gli ambiti ritenuti più critici dal punto di vista concorrenziale e suscettibili di urgenti e rilevanti interventi riformatori.

In primo luogo sono venuti in rilievo alcuni settori di servizio pubblico, di grandissima rilevanza per l'economia nazionale e il benessere dei cittadini, in cui si riscontrano scarsi livelli qualitativi, condizioni economiche insoddisfacenti, distorsioni concorrenziali di varia natura ed elevate barriere all'entrata per i nuovi concorrenti; ciò come retaggio di un'incompleta o non corretta liberalizzazione che ha determinato il permanere di assetti sostanzialmente monopolistici.

Con specifico riferimento a tali settori, le osservazioni svolte dall'Autorità hanno riguardato essenzialmente i servizi postali, i servizi di trasporto ferroviario, i servizi autostradali e quelli aeroportuali.

In relazione al settore dei servizi postali, l'Autorità, nel riaffermare la propria contrarietà alla previsione di mercati riservati, ha rilevato come nelle poche aree liberalizzate del settore postale l'effettivo svolgimento di dinamiche competitive sia stato ostacolato dalle scelte normative compiute alla fine degli anni '90 che hanno consentito a Poste Italiane, fornitore del servizio universale, di estendere il proprio monopolio in riserva legale anche nelle aree già aperte alla competizione. L'Autorità ha quindi auspicato che interventi pro-competitivi nel settore postale potessero essere inseriti, entro la fine del 2010, nel provvedimento legislativo di recepimento della direttiva 2008/6/CE, che prevede la completa apertura alla concorrenza, eliminando ogni possibilità di mantenere ambiti di mercato riservati.

Nel settore dei trasporti ferroviari, i più rilevanti profili di criticità rilevati dall'Autorità hanno riguardato, da un lato, l'assenza di una chiara distinzione tra settori aperti alla concorrenza e settori che svolgono il servizio pubblico, dall'altro, il numero estremamente ridotto di gare per l'affidamento dei servizi di trasporto regionale in relazione ai quali si è fatto ampio ricorso alla prassi di prevedere delle proroghe alle concessioni di lunga durata. Il risultato di tale situazione è stata la previsione di sussidi pubblici di importo superiore a quelli che sarebbero stati strettamente necessari ad assicurare una efficiente prestazione dei servizi pubblici, condizioni non competitive di offerta e in generale bassi standard qualitativi dei servizi ferroviari.

In tale contesto, dunque, l'Autorità ha auspicato che attraverso la Legge annuale venissero definite in modo chiaro le nuove linee di regolazione del settore attraverso una precisa definizione dell'ambito del c.d. servizio universale, identificando direttrici e servizi meritevoli di contribuzione e distinguendo fra dimensione regionale e interregionale del servizio ferroviario.

La nuova regolazione di settore dovrebbe, inoltre, prevedere l'obbligo di procedere sempre tramite gara all'aggiudicazione della gestione dei servizi di trasporto

nelle aree non profittevoli, ad iniziare da quelli regionali, per minimizzare il ricorso ai sussidi pubblici a parità di livelli tariffari e di qualità dei servizi resi.

Una situazione di scarsa concorrenzialità ha altresì caratterizzato i servizi autostradali e aeroportuali, gestiti da concessionari, operanti in regime in monopolio, con livelli di erogazione dei servizi insoddisfacenti. Anche in relazione a tali settori, dunque, l'Autorità ha rilevato la necessità di procedere a selezioni ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario, e di limitare durata e ambito delle concessioni assentite.

Anche sulle gestioni aeroportuali hanno pesato l'assenza di procedure di gara, mediante sistematici rinnovi di concessioni di durata ingiustificatamente lunga (fino a 40 anni) e l'elevata frammentazione dell'attività regolatoria, in parte svolta dall'ENAC, in parte dal CIPE. Per l'Autorità i corrispettivi applicati dai gestori agli operatori aeroportuali dovrebbero trovare la loro base unicamente nei costi effettivamente sostenuti per la gestione dell'infrastruttura, essendo altresì necessario rimuovere le disposizioni regolamentari che, mantenendo restrizioni alle capacità operative dei più importanti aeroporti, costituiscono impedimenti all'incremento del numero dei concorrenti.

In conclusione, al fine di assicurare l'effettività di processi riformatori pro-competitivi nei settori dei servizi postali e dei trasporti, l'Autorità ha ritenuto necessario individuare due regolatori caratterizzati da indipendenza ed elevata competenza tecnica; ritenendo anche che, in osservanza dei generali principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, sarebbe stato opportuno evitare la proliferazione di organismi di controllo e, quindi, attribuire le suindicate funzioni ad Autorità già esistenti dotate delle caratteristiche richieste di indipendenza e capacità tecnica.

Con riferimento alle riforme pro-concorrenziali nel settore energetico, l'Autorità ha ribadito la necessità di intervenire sul settore della distribuzione dei carburanti, caratterizzato da un grado molto elevato di inefficienza. In particolare, si è sostenuta la possibilità di eliminare alcuni vincoli regolamentari residui (ad esempio, sui limiti di orari, sulla varietà merceologica dei servizi offerti, ecc.) e di promuovere iniziative volte a garantire una maggiore indipendenza, nell'ambito della filiera di settore, tra distributori e produttori.

Nel mercato del gas, per l'Autorità sono apparse necessarie sia la previsione di procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei nuovi concessionari della distribuzione, sia procedure di accesso all'attività di stoccaggio, per ridurre i vantaggi del concessionario della coltivazione, rendendo più efficienti e trasparenti le procedure di assegnazione delle nuove concessioni gestite dal Ministero dello sviluppo economico.

Con riferimento alle dinamiche competitive nel settore bancario-assicurativo, il più rilevante profilo di criticità rilevato dall'Autorità è stato quello relativo agli assetti di *governance* delle banche e delle assicurazioni: l'ampia diffusione di legami azionari e personali (*interlocking directorates*) fra operatori concorrenti e la figura ambigua

dell'amministratore indipendente sono elementi che concorrono ad ostacolare l'instaurarsi di una reale concorrenza nei mercati dei servizi finali.

Notevoli profili di criticità sono poi stati rilevati dall'Autorità in relazione agli affidamenti pubblici. In particolare, sono state espresse perplessità in riferimento ad alcune recenti modifiche del quadro normativo che, nel dare attuazione alla sentenza 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, hanno disposto la presentazione di una semplice auto-dichiarazione da parte delle imprese circa il fatto che il rapporto di controllo con altri partecipanti alla gara, laddove esistente, non sia atto a condizionare l'autonomia delle relative offerte (cfr., l'art. 3 della legge n. 166/2009 di conversione del d.l. n. 135/2009). Sul punto, dunque, l'Autorità ha osservato che le disposizioni recentemente introdotte avrebbero potuto aumentare potenzialmente il rischio collusivo rispetto al passato, in particolare laddove non garantiscono appieno la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere una completa e ponderata valutazione in ordine alla effettiva capacità del rapporto di controllo di influire sulla necessaria autonomia delle offerte.

Da ultimo, alla luce dell'esperienza maturata in molti anni di attività, l'Autorità ha sottoposto al Legislatore alcune proposte di rafforzamento dei poteri di intervento, al fine di accrescere l'efficacia della propria azione amministrativa.

In primo luogo, vista la ricorrente difficoltà di applicazione a livello regionale e locale dei principi pro-concorrenziali stabiliti dalle norme nazionali, con conseguenti effetti discriminatori per le imprese e pregiudizievoli per lo sviluppo dell'economia nazionale, l'Autorità ha auspicato che le sue competenze potessero includere la legittimazione a sollevare, nell'ambito dei procedimenti volti all'accertamento degli illeciti, questioni di legittimità costituzionale della normativa in contrasto con il principio di concorrenza, nonché la facoltà di proporre al Consiglio dei Ministri l'impugnativa delle discipline regionali in contrasto con l'art. 117 della Costituzione.

Inoltre, in ragione della mancata osservanza delle regole concorrenziali nell'azione delle amministrazioni pubbliche, si è auspicato che l'Autorità potesse essere legittimata ad adire il giudice amministrativo, al fine di chiedere l'annullamento degli atti di particolare rilevanza della pubblica amministrazione illegittimi per violazione dei principi e delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza.

L'Autorità ha, infine, auspicato che il Legislatore concentri in capo all'Autorità le competenze in materia di tutela diretta dei consumatori, tra cui in particolare quella volta a inibire in via amministrativa le clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati, fatta salva la competenza dell'AGO di dichiararne la nullità; introduca, in materia di pubblicità televisiva, la possibilità per il professionista, nel termine perentorio di sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'atto di avvio del procedimento, di proporre ed eseguire impegni idonei a rimuovere i profili di illiceità indicati nell'atto di avvio; preveda sanzioni amministrative per le ipotesi in cui il proprietario del mezzo di diffusione rifiuti senza giustificato motivo di identificarne il

committente o di fornire copia della comunicazione commerciale, ovvero fornisca informazioni non corrispondenti al vero; stabilisca che l'acquisizione del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sia obbligatoria per le sole ipotesi in cui la pratica commerciale esaminata riguardi prodotti e servizi relativi al settore della stampa periodica o quotidiana ovvero il settore della radiofonia o della televisione ovvero il settore delle telecomunicazioni; secondo l'Autorità, la stessa dovrebbe inoltre essere esclusa in caso di decisione con impegni.

ATTIVITÀ SVOLTA DALL'AUTORITÀ AI SENSI DELL'ARTICOLO 23-BIS DEL DECRETO LEGGE N. 112/08, CONVERTITO NELLA LEGGE N. 133/08 E SUCCESSIVE MODIFICHE

Nel corso del 2010 è stato completato il quadro normativo in materia di servizi pubblici locali con l'emanazione del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 recante *Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*, attuativo dell'articolo 23-bis, comma 10, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008 e successive modifiche. Tale Regolamento, specificando le condizioni e i casi di richiesta del parere all'Autorità ex articolo 23-bis comporta alcune rilevanti conseguenze per l'attività istituzionale, sia con riguardo all'individuazione delle soglie oltre le quali è obbligatorio il parere dell'Autorità per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, sia per quanto concerne la verifica periodica delle condizioni che giustificano tale genere di affidamento nel settore idrico.

Su un piano generale, il Regolamento *de quo* si applica a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, fatta eccezione per i servizi di distribuzione del gas naturale, trasporto ferroviario regionale, distribuzione di energia elettrica, gestione delle farmacie comunali (esclusi dal campo di applicazione dell'art. 23-bis), nonché per i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli stessi enti locali affidanti.

La regola cardine che il Regolamento introduce è quella secondo cui la gestione dei servizi pubblici locali deve essere liberalizzata, sia pure compatibilmente con le caratteristiche di universalità e di accessibilità del servizio.

L'unica eccezione alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali è ammessa nei casi in cui “*in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica non risulta idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*”: in tale caso il regolamento prevede, al comma 3 dell'art. 2, che l'Ente affidante debba, tra l'altro, inviare la delibera consiliare all'Autorità “*ai fini della Relazione annuale*”.

Con riguardo alla definizione della soglia oltre la quale l'affidamento diretto di un servizio locale assume rilevanza ai fini dell'espressione del parere dell'Autorità ex art. 23-bis (laddove non sia possibile un utile ricorso al mercato), il regolamento attuativo dispone che detto parere debba essere richiesto quando il servizio oggetto di affidamento supera il valore economico complessivo di 200 mila euro annui.

Alcune previsioni peculiari rispetto a quanto disposto per la generalità dei servizi pubblici locali sono dettate in materia di servizio idrico integrato.

In proposito, il d.P.R. n. 168 ribadisce innanzitutto il principio già stabilito nell'art. 23-*bis* dell'autonomia gestionale del soggetto gestore, della piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche e della spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle stesse risorse. Dispone, poi, che nella richiesta di parere all'Autorità *“l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in house non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali”*, sulla base di una serie di indici di efficienza normativamente predeterminati. L'ente affidante deve valutare annualmente il permanere di tali condizioni di efficienza ed inviare gli esiti di tale verifica all'Autorità; in caso di esito negativo, l'ente locale dovrà procedere, anche su segnalazione dell'Autorità, alla revoca dell'affidamento diretto.

In aggiunta a tali previsioni che incidono direttamente sull'attività corrente dell'Autorità, il regolamento detta poi anche altre norme di rilievo nella prospettiva concorrenziale.

In particolare, per quanto concerne i bandi di gara per l'affidamento dei SPL, esso introduce una serie di prescrizioni volte a garantire il corretto disegno della procedura ad evidenza pubblica. In tale ottica, il regolamento dispone che il bando di gara deve essere formulato in modo tale da escludere che la disponibilità a qualunque titolo di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali non duplicabili possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando, inoltre, deve indicare la durata dell'affidamento e garantire la proporzionalità dei requisiti tecnici ed economici alle caratteristiche del servizio e una definizione dell'oggetto di gara in grado di favorire la più ampia partecipazione; prevedere l'adozione di carte di servizi ed indicare i criteri per l'individuazione dei beni strumentali e delle loro pertinenze che devono essere trasferiti dal gestore uscente a quello subentrante a titolo gratuito; infine, assicurare che i criteri di valutazione delle offerte siano basati precipuamente su qualità e corrispettivo del servizio, che il socio privato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, pena il ricorso ad un nuovo affidamento, e che siano previsti criteri di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

In tema di separazione tra gestione e controllo, invece, il regolamento prevede un peculiare regime di incompatibilità, in virtù del quale gli amministratori, i dirigenti e responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale e degli altri organismi esercitanti funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo dei SPL non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Analoghe limitazioni sono previste per i componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione dei SPL.

In ordine all'attività consultiva svolta dall'Autorità in attuazione dell'articolo 23-*bis*, nel corso del 2010 sono state valutate le relazioni che gli Enti locali hanno l'obbligo di trasmettere ogni volta che intendono fare ricorso all'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali. Nello svolgimento di tale attività, l'Autorità ha esaminato complessivamente 46 richieste di parere.

In 15 casi l'Autorità ha ritenuto che non ricorressero i presupposti per l'applicabilità dell'articolo 23-*bis* in quanto i servizi oggetto di affidamento non configuravano servizi pubblici locali di rilevanza economica, ovvero si trattava di richieste di proroghe di affidamenti *in-house* già in essere, non rientranti come tali nel campo di applicazione della norma sopra citata.

In 25 casi, l'Autorità ha rilasciato parere negativo per una varietà di ragioni riconducibili, in linea di massima, all'assenza delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento di cui al comma 3 dell'art. 23-*bis*, ovvero alla non configurabilità nel caso esaminato del modello dell'affidamento *in house* per mancanza di uno dei requisiti prescritti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia.

In 3 casi, l'Autorità ha ritenuto che i servizi locali considerati fossero inidonei ad incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato.

In altri 3 casi, infine, sono state ritenute sussistenti le condizioni per il rilascio del parere positivo. Più specificamente, in un caso l'Autorità ha riscontrato l'effettiva impossibilità per l'Ente locale di procedere all'affidamento del servizio mediante procedura competitiva per l'assenza di soggetti interessati ad acquisirne la gestione: la gara infatti previamente espletata a tal fine aveva avuto esito negativo. Negli altri due casi, invece, il parere positivo è stato espresso in considerazione del fatto che le Amministrazioni comunali avevano dimostrato la sussistenza delle peculiari condizioni che giustificano la deroga alla regola ordinaria.

Con riferimento invece alle delibere-quadro da trasmettersi all'Autorità da parte degli Enti locali, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, del d.P.R. n. 168/2010, nei casi in cui essi ritengano, in base ad un'analisi di mercato, che l'apertura dei singoli servizi locali alla libera iniziativa non sia idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, nel periodo di riferimento è pervenuto all'Autorità un numero assai ridotto di delibere comunali (2), dato, questo, da imputarsi alla circostanza che il regolamento attuativo dell'art. 23-*bis* è entrato in vigore negli ultimi mesi del 2010.

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali per i quali gli Enti locali hanno ritenuto giustificata la sottrazione al processo di liberalizzazione, si è trattato, rispettivamente, dei servizi di igiene ambientale, del servizio di necroforia ed illuminazione votiva dei cimiteri, del servizio di riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali dell'ente, dei servizi di gestione, accertamento e riscossione

dell'imposta di pubblicità, dei diritti di affissione e della tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche.

2. Sviluppi giurisprudenziali

INTRODUZIONE

Nell'ultimo anno solare (gennaio-dicembre 2010) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza.

I giudici amministrativi hanno avuto modo di pronunciarsi su alcune rilevanti questioni, sia attinenti a profili di valutazione sostanziale delle fattispecie *antitrust*, sia relative a problematiche di natura procedurale.

Più in particolare, si segnalano le decisioni in cui i giudici si sono pronunciati sui criteri sottesi alla definizione del mercato rilevante; sulla nozione di intesa, con precipuo riferimento alla riconducibilità dello scambio di informazioni *in sé* alla fattispecie di concertazione illecita tra imprese concorrenti; sugli elementi di prova delle intese e degli abusi di posizione dominante; nonché sulla qualificazione delle condotte di un operatore *incumbent* verticalmente integrato quale fattispecie abusiva. Meritevoli di attenzione sono altresì le pronunce relative alla nozione e valutazione delle operazioni di concentrazione tra imprese; alla valutazione degli impegni *ex art. 14 ter* della legge n. 287/90; all'esercizio da parte dell'Autorità del potere sanzionatorio. Quanto agli aspetti procedurali, si segnalano le sentenze relative alle regole applicabili al procedimento avanti l'Autorità, con precipuo riferimento alla valutazione delle operazioni di separazione societaria, ai sensi dell'art. 8, comma 2 *bis* e seguenti, della legge n. 287/90, all'accesso agli atti ed alla motivazione del provvedimento.

PROFILI SOSTANZIALI

Mercato rilevante

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo* ha ribadito la definizione di mercato rilevante, ricordando che esso viene “*definito come quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono tra loro in rapporto di concorrenza. Pertanto, l'estensione merceologico-geografica del mercato rilevante è finalizzata ad individuare la possibilità per il consumatore di rivolgersi ad altri prodotti ugualmente idonei o l'area all'interno della quale il*

consumatore stesso possa rivolgersi ad altri fornitori". In tale contesto, il giudice di prime cure ha ritenuto esente da vizi la definizione del mercato rilevante adottata dall'Autorità, relativa al mercato della "messa a disposizione dei bacini di carenaggio e della aree adiacenti strettamente necessarie per le operazioni di riparazione in bacino, nel porto di Napoli"; ha ritenuto altresì condivisibile l'individuazione di "un mercato a valle dei servizi di riparazione, per operare nel quale l'accesso ai bacini è presupposto indispensabile", nell'ambito della c.d. "filiera portuale".

Mercato merceologico

Il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *ENI-TTPC*, ha ritenuto corretta la definizione del mercato merceologico rilevante operata dall'Autorità, coincidente con il mercato nazionale dell'approvvigionamento di gas naturale, in ragione del fatto che la condotta escludente posta in essere dall'operatore dominante *"produce[va] effetti su tale mercato"*.

Mercato geografico

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, dopo aver ripercorso i principi di matrice comunitaria sottesi alla definizione del mercato geografico rilevante, ha evidenziato che ai fini della valutazione della sostituibilità geografica fra due porti *"è necessario valutare le ricadute di ordine economico indotte dalla scelta di un'infrastruttura di riparazione anziché un'altra, atteso che, ove i relativi oneri venissero a differenziarsi significativamente, non potrebbe sostenersi che vi sia una generalizzata potenzialità di offerta, ma la domanda non potrebbe che concentrarsi sulle strutture presso le quali l'effettuazione dell'intervento avviene a costi più bassi"*.

Intese

Nozione di intesa

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*, ha ribadito che *"i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire la nozione [di intesa], vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del*

mercato". Il Collegio ha altresì rilevato che *"nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990, 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 (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827; C. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671)"*.

Anche il Tar del Lazio, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, ha ribadito che la nozione di intesa è oggettiva e tipicamente comportamentale, anziché formale, avendo al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire con una collaborazione pratica la competizione che la concorrenza comporta; a giudizio del Tar, ciò comporta il depotenziamento della sacralità formale dell'accordo e la speculare valorizzazione del concordamento sostanziale delle condotte. *"Tale criterio sostanzialistico – che consente l'assimilazione quoad effectum dell'accordo alla pratica concordata (nella quale manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento fra imprese che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza) – impone di valorizzare il dato fattuale integrato dal concordamento di condotte e dalla direzione da queste ultime assunte in senso anticompetitivo"*.

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-general/IAMA Consulting*, ha ribadito che, trattandosi di *"fattispecie di illecito a forma libera, nel senso che, ai fini della integrazione della intesa vietata, non è richiesta una particolare modalità di condotta, dato che la pratica concordata (ed il sotteso animus concertativo) può essere desunta anche dal comportamento omogeneo e convergente tenuto, uti singuli, dagli operatori economici concorrenti, il che è accaduto nel caso di specie, in cui più soggetti concorrenti si sono determinati, evidentemente coordinandosi tra loro, ad acquisire ed ad utilizzare ciascuno il medesimo e riservato strumento informatico che, per quel che si dirà, ha carattere essenziale per la circolazione continua tra loro di un flusso di informazioni rilevanti ai fini delle strategie commerciali"*.

Nozione di pratica concordata

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*, ha ricordato che *"l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali. Il concetto di «pratica» 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. Il giudice d'appello, inoltre, ha evidenziato come “nella pratica concordata manc[hi], o comunque non [sia] rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto”.

Oggetto o effetto dell'intesa

Con la sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, il Tar del Lazio ha richiamato il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, per la sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche, necessariamente, dell'effetto: *“le pratiche concordate ben rivelandosi possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che il comportamento stesso abbia avuto ricadute effettuali nel senso di impedire o falsare la concorrenza”.*

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, con la decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *RAS-Generali/IAMA Consulting*, ha ritenuto, con riferimento ad un'intesa restrittiva della concorrenza consistente in uno scambio di informazioni tra imprese concorrenti, *“condivisibile in punto di fatto l'affermazione [...] in ordine al carattere meramente potenziale del pregiudizio alla libertà di concorrenza che ricorre nella particolare tipologia, sub specie di pratica concordata, di intesa di cui qui si discorre. Vale al riguardo considerare che, secondo la giurisprudenza in tema di pratica concordata avente ad oggetto uno scambio di informazioni rilevanti, non si giunge a richiedere ch'essa abbia prodotto in concreto effetti restrittivi, ma è sufficiente che abbia l'attitudine a produrne (Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in tema di prezzi dei prodotti assicurativi sulla r.c.a., sconti, incassi e costi dei sinistri)”.*

Scambio di informazioni

Il Tar del Lazio, con sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, ha ricordato che, quanto alla rilevanza

anticoncorrenziale dello scambio di informazioni fra operatori economici, la giurisprudenza comunitaria ha affermato come *“tale condotta consenta ai partecipanti di venire a conoscenza di elementi informativi in un modo più semplice, rapido e diretto che mediante il mercato, creando per di più un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti, incompatibile con i principi della concorrenza”*. Né può assumere carattere dirimente, al fine di confutare il carattere illecito dello scambio di informazioni, la circostanza dell’assenza di prove circa l’effettiva utilizzazione dei dati scambiati per comportamenti anticoncorrenziali. A tale riguardo – ha osservato il giudice di prime cure – rileva non già la concreta utilizzazione dei dati da parte di tutte le imprese, ma la utilizzabilità dei dati scambiati a prescindere dall’effettivo uso. Inoltre, secondo il Tar, *“irrilevante si dimostra la funzione concreta che l’utilizzabilità dei dati ha assolto in conseguenza dei documentati scambi intercorsi fra le parti: nell’ipotesi di acquisizione di informazioni volte a verificare il concreto andamento dei mercati, come nel caso in cui, effettivamente, si sia inteso procedere ad un monitoraggio in ordine all’efficacia ed al “funzionamento” dell’intesa, ci troviamo – sempre e comunque – di fronte a condotte affatto estranee ad una fisiologica attuazione della dinamica competitiva, atteso che la circolazione di un omogeneo quadro informativo fra operatori che avrebbero dovuto, diversamente, improntare le proprie strategie imprenditoriali in una logica concorrenziale evidentemente dimostra, con carattere (pur indiziario, ma) univoco la sostanza di un concordamento in contrasto con la disciplina antitrust”*.

Ancor più diffusamente, il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, si è pronunciato in ordine alla riconducibilità, per sé, di uno scambio di informazioni fra imprese concorrenti nella fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza. Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il provvedimento sanzionatorio dell’Autorità, sulla base del presupposto che lo scambio sistematico di informazioni rilevanti tra imprese concorrenti *“integra[sse] in sé una vera e propria intesa vietata in quanto già di pregiudizio per la concorrenza. Attraverso questa pratica, infatti, le stesse imprese si sono assicurate la fruizione costante (rectius, a scansioni temporali predeterminate) di flussi di informazioni riguardanti le tariffe e le condizioni generali dei contratti stipulati dalle imprese concorrenti aderenti all’intesa, di cui non pare ragionevole ipotizzare l’irrilevanza ai fini del condizionamento delle rispettive strategie commerciali”*. In questo contesto, il giudice d’appello ha ritenuto che il coordinamento tra le imprese fosse rinvenibile nell’accordo finalizzato a fornire ad una società terza i dati di *input* rilevanti su elementi salienti dei contratti stipulati con la clientela per ciascuna categoria di prodotto. Inoltre – a giudizio del Consiglio di Stato – il fatto che fosse stata coinvolta una società terza nella fornitura dei dati immessi, attesterebbe che a tale società era stata evidentemente affidata anche un’attività di controllo e monitoraggio sui dati scambiati, ai fini della

verifica della loro costante corrispondenza alle condizioni effettivamente praticate sul mercato dai concorrenti: *“dal che si desume il non trascurabile valore aggiunto e riservato del servizio fornito da Iama Consulting s.r.l., ritraibile da ciascuna impresa interessata dal data-base, capace di garantire un pressoché continuo flusso informativo su dati certi, controllati e sicuramente sensibili dei concorrenti (tariffe di polizza e condizioni di contratto) circa la variegata ed eterogenea categoria dei prodotti assicurativi del ramo vita e previdenza. E tanto con l’effetto di essere concretamente ed autonomamente atto a ridurre (se non completamente eliminare) ogni margine di incertezza sui contenuti dei singoli prodotti offerti alla clientela da parte di ciascun concorrente e dunque di essere di suo concretamente idoneo a condizionare, in senso sfavorevole al consumatore, le scelte di strategia commerciale dei singoli offerenti”*. Il Consiglio di Stato, in merito, ha aggiunto che *“un tale circuito informativo esclusivo [...] già agisce in funzione anticoncorrenziale, perché elimina le incertezze sul comportamento dei concorrenti e perciò disincentiva ogni diversa strategia commerciale dell’impresa singola. L’eliminazione di tanta incertezza sul regime contrattuale praticato dai concorrenti consente invero a ogni singolo operatore coinvolto di calibrare la propria offerta in una logica stretta ed esclusiva di massimizzazione del profitto d’impresa e lo distoglie, nell’azione commerciale, dall’adattamento competitivo alle esigenze e agli orientamenti del consumatore”*. In tale contesto, il Consiglio di Stato ha altresì rigettato le censure tese ad affermare la liceità dello scambio di informazioni, in quanto relativo *“alle sole condizioni praticate nel passato (ancorché prossimo)”*. Il giudice d’appello, in merito, ha evidenziato che *“l’acquisizione costante dei dati sulle condizioni praticate nel recente passato dai concorrenti è la base conoscitiva per un orientamento prezioso circa la condotta commerciale, come per rettificare di volta in volta le condizioni contrattuali praticate ai consumatori, allineandole a quelle altrui (il settore d’altra parte non è connotato da significativa volatilità dei prezzi e delle condizioni contrattuali)”*. Quanto alle caratteristiche del mercato in cui si realizza lo scambio di informazioni tra concorrenti, il Consiglio di Stato ha ricordato che *“è corollario acquisito nella giurisprudenza nazionale che la concentrazione oligopolistica del mercato rilevante non è necessaria per ravvisare il carattere pregiudizievole dello scambio di informazioni tra competitori [...], dato che la concentrazione più o meno accentuata del mercato di riferimento ha una diretta interferenza sul fronte della efficacia anticoncorrenziale dello scambio informativo di dati sensibili. In un mercato oligopolistico, lo scambio di informazioni su dati sensibili tra i pochi offerenti è considerato un illecito in sé, a differenza di ciò che accade in un mercato meno concentrato”*. Il giudice d’appello, infine, ha evidenziato che *“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; e che, inoltre, l'organizzazione di uno scambio di informazioni consente ai partecipanti di venire a conoscenza di tali informazioni in modo più semplice, rapido e diretto che mediante il mercato, creando per di più un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti, incompatibile con il principio di libera concorrenza”.

Prova dell'intesa

Con sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, il Tar del Lazio ha ribadito il consolidato principio in materia di prova dell'intesa, secondo il quale *“l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere anche solo indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti: gli elementi indiziari, quantunque isolatamente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, dovendo conseguentemente essere inquadrati in un complessivo contesto sistemico, onde consentire di apprezzarne l'eventuale rilevanza ai fini in discorso”.* In questo contesto, il Tar ha ritenuto che elementi oggettivi da cui desumere la concertazione – attesa la rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. *smoking gun*) – possano essere considerati la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti, gli incontri tra le imprese, gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni, i segnali e le informative reciproche, il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate. Di contro, il giudice di prime cure ha ribadito che *“in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo soltanto ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice”.* Il Tar del Lazio, riprendendo la consolidata distinzione tra elementi di prova c.d. endogeni ed esogeni, ha ricordato come i primi siano collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative, mentre i secondi concernano

invece i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita (in particolare, contatti tra le imprese, scambi di informazioni, nonché veri e propri "concordamenti" non altrimenti spiegabili in un contesto di fisiologico confronto concorrenziale: e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita).

Ancora in materia di prova della concertazione, il Consiglio di Stato, con decisione 13 aprile 2010, n. 2041, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, ha puntualizzato che "i contatti, anche volti al raggiungimento di un'intesa anticoncorrenziale, non possono essere sanzionati, se l'intesa non è stata quanto meno raggiunta, anche se non concretamente attuata"; rilevando inoltre che "mentre la dimostrazione della concreta attuazione dell'intesa restrittiva dimostra anche il suo raggiungimento, qualora l'attuazione non sia certa, la prova del raggiungimento dell'intesa deve essere particolarmente rigorosa". A parere del giudice, "diversamente opinando, verrebbe sanzionata la semplice intenzione, magari unilaterale, di incidere negativamente sul mercato".

Prova della pratica concordata

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*, ha ribadito il principio in base a cui "la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordati. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: - la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti; - l'esistenza di incontri tra le imprese; - gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; - i segnali e le informative reciproche; - il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate". In questo contesto, il Collegio ha ricordato che "sotto il profilo dell'onere probatorio, va rilevato che in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte".

Prova dell'intesa e documentazione fornita dai leniency applicant

Il Tar del Lazio, nelle sentenze 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha escluso che "tutti i documenti forniti dai leniency applicant siano, per definizione, decisivi per l'accertamento dell'infrazione, e quindi per la difesa della società". In merito, il giudice ha aggiunto che "non tutte le informazioni trasmesse nell'ambito della domanda di clemenza e dei relativi allegati

possono essere ritenute dall'Autorità decisive per l'accertamento dell'infrazione per la quale è stato determinato l'avvio dell'accertamento, potendo i leniency applicant fornire, in vista del meccanismo premiale, elementi ultronei, rispetto ai quali l'Autorità dispone di un certo margine discrezionale per valutare se la cooperazione di un'impresa sia stata determinante per la constatazione dell'esistenza di un'infrazione" (sentenza confermata, sul punto, dal Consiglio di Stato, decisione 6 settembre 2010, n. 6481).

Affidabilità/attendibilità delle dichiarazioni confessorie

Il Tar del Lazio, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento Regione Sardegna*, ha affermato che *"la veridicità/attendibilità delle dichiarazioni [del leniency applicant] non transita attraverso l'imposizione dell'obbligo, in capo al collaborante, di corroborarne il contenuto con corrispondenti rilievi probatori. Laddove ciò non si verifichi, incombe alla procedente Autorità l'obbligo di dimostrare concludentemente l'esistenza di una collusione, quand'anche a mezzo di elementi indiziari".* Sulla base di un'ampia disamina della giurisprudenza comunitaria, il Collegio ha ritenuto pertanto che *"la sola dichiarazione del leniency applicant, ove non supportata da concludenti e concordanti elementi di prova – la ricerca dei quali fa, evidentemente, carico alla procedente Autorità – non sia sufficiente a dimostrare l'esistenza di una collusione anticompetitiva".* Ciò – a giudizio del Tar – in ragione di una duplice considerazione: da un lato, per l'esigenza di scongiurare possibili applicazioni distorsive dello strumento della clemenza in ipotesi veicolate da un intento strumentale dell'applicant di pregiudicare i concorrenti; dall'altro, per la necessità di salvaguardare le prerogative rimesse all'Autorità, evitando sia lo svuotamento della sua attività di indagine e ricerca di materiale probatorio, sia l'alterazione della fisiologica attuazione del principio del contraddittorio endoprocedimentale, che verrebbe infatti snaturato laddove venisse attribuita una *"autosufficienza"* all'apporto collaborativo del *leniency applicant*, con conseguente paradossale inversione a carico delle parti indagate dell'onere di confutazione dello stesso.

Prova dell'intesa e documentazione acquisita presso terzi

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di Trasporto Pubblico Locale-Petrolieri*, ha ribadito il principio ormai pacifico in base a cui *"la circostanza che i documenti non siano stati rinvenuti presso l'appellante ma presso terzi va nel caso di specie adeguatamente valutata. Se è vero che un terzo in un proprio scritto potrebbe affermare qualunque cosa, tuttavia questo non comporta l'assoluta inutilizzabilità del documento proveniente dal terzo, bensì la necessità di una valutazione dello stesso che sia particolarmente rigorosa e critica. Invero, lo scritto proveniente da un terzo è avvicinabile ad una prova testimoniale, di*