

Intese*Nozione di accordo e di pratica concordata*

Nelle sentenze 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*, il Consiglio di Stato ha precisato che per accordo deve intendersi *“qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti, che può estrinsecarsi anche nell’attuazione di fatto di una semplice lettera d’intenti, oppure ad un’acquiescenza tacita ad una proposta altrui, a prescindere dalla circostanza che abbia dato luogo ad obbligazioni giuridicamente vincolanti alla stregua di un vero e proprio contratto”*.

È stato poi ribadito il consolidato principio secondo cui, mentre la fattispecie dell’accordo ricorre qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, *“la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un’espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. [...] sicché nella pratica concordata manca, o comunque non è 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 o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto”* (Tar Lazio, 14 ottobre 2016, nn. 10303, 10305, 10307, 10309, 1785 - *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole*; 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori*; 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*; 5 aprile 2016, nn. 4097, 4098, 4096, 4095, 4099, 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*; 10 marzo 2016, nn. 3075 e 3078 e 26 febbraio 2016, nn. 2668, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 1759 - *Forniture Trenitalia*).

Il giudice di primo grado ha richiamato anche la giurisprudenza comunitaria, secondo la quale un *pattern* di collusione ripetuto da imprese diverse, per un certo periodo di tempo, può essere considerato manifestazione di un illecito unico, *“caratterizzato in parte da accordi e in parte da pratiche concertate, avuto presente che lo scopo dell’art. 101 del Trattato è, sostanzialmente, quello di ‘catturare’ le differenti forme di coordinazione e di collusione tra le imprese (Anic, cit.)”* (Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori* e 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

Principio di autonomia delle condotte

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ribadito anche nel corso del 2016, “ogni operatore economico deve determinare in maniera autonoma il suo comportamento nel mercato di riferimento (Case C-49/92 *Commission v Anic Partecipazioni s.p.a.* [1999] ECR I-4125), non essendogli consentito instaurare con gli altri ‘competitors’ contatti diretti o indiretti aventi ‘per oggetto’ o ‘per effetto’ di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato” (Tar Lazio, 14 ottobre 2016, nn. 10303, 10305, 10307, 10309, 1785 - *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole*; in termini simili, TAR Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori* e 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Oggetto ed effetti dell'intesa

Con riguardo alla qualificazione di una pratica come restrittiva “per oggetto”, il giudice amministrativo ha ricordato che “talune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario” (Consiglio di Stato, 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*; Consiglio di Stato, 22 marzo 2016, n. 1164, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*; TAR Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori* e Tar Lazio, 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Tra le intese restrittive “per oggetto” rientrano senz'altro la ripartizione del mercato (Consiglio di Stato, citate sentenze 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte* e Tar Lazio, 26 febbraio 2016, n. 2669, 1776 - *Poliuretano espanso flessibile*), la determinazione concordata delle offerte, “ulteriormente connotata dal fatto di insistere su pubbliche procedure di gara” (Tar Lazio, 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*), così come l'intesa volta a “rendere più difficoltoso l'accesso al mercato delle professioni di avvocato” (Consiglio di Stato, 22 marzo 2016, n. 1164, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*).

Intesa e crisi di settore

Con riguardo ad intese realizzate in un momento di crisi del settore, il giudice amministrativo, richiamando l'orientamento della Corte di Giustizia, ha osservato che “l'obiettivo di un cartello ben può consistere anche soltanto nell'attenuare in maniera collusiva la riduzione dei prezzi

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

di taluni beni o servizi in un contesto caratterizzato da fattori esogeni quali ad esempio la progressiva crisi di un settore o la riduzione della domanda. A questo proposito la Corte di Giustizia ha statuito che la formulazione dell'art. 101 TFUE non è tale da indurre a ritenere che siano vietate unicamente quelle intese "che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali" (Consiglio di Stato, 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte). Confermando l'orientamento giurisprudenziale sul punto, il Collegio ha dunque affermato che "neppure l'eventuale esistenza di una crisi nel settore può integrare una condizione legittimante l'intesa restrittiva atteso che la presenza della crisi non può certo comportare l'applicazione automatica dell'esenzione, in mancanza delle condizioni previste cumulativamente dall'art. 81.3 del Trattato [attuale art. 101, paragrafo 3, del TFUE]".

Intesa e fattispecie di pericolo

In diverse sentenze il Tar del Lazio ha ribadito che un'intesa restrittiva della concorrenza integra "una fattispecie di pericolo, nel senso che il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato" (sentenze 14 ottobre 2016, n. 10309, 1785, Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole; 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - Mercato dei servizi tecnici accessori; 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi).

Prova dell'intesa

Il Consiglio di Stato ha ricordato che, nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale "dev'essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza, in quanto è ben difficile che di una intesa possano rinvenirsi prove dirette, desumibili da materiale documentale o da altre evidenze istruttorie che attestino la conclusione dell'accordo anticoncorrenziale illecito" (Consiglio di Stato, 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte).

Il giudice di primo grado ha altresì ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nell'ambito dei procedimenti antitrust, "il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della c.d. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

‘storia’ che si propone per la ricostruzione dell’intesa illecita. Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all’accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la ‘corroboration’, che consiste nell’acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell’inferenza, e la ‘cumulative redundancy’, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti. In tale quadro i vari ‘indizi’ costituiscono elementi del modello globale di ricostruzione del fatto, coerenti rispetto all’ipotesi esplicativa, coincidente con la tesi accusatoria. Unitamente all’acquisizione di informazioni coerenti con le contestazioni mosse (riscontri), deve essere esclusa l’esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall’Autorità. L’ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l’unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.” (Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - Mercato dei servizi tecnici accessori).

196

Nelle sentenze 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*, il Consiglio di Stato ha poi ricordato che, nel contesto complessivo della concertazione, taluni comportamenti devono essere considerati come *“tasselli di un mosaico”*, *“i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza soprattutto se nessuna delle imprese non solo non si è mai dissociata dall’oggetto delle riunioni, ma ha tenuto condotte conformi a quanto in esse emerso”* (in termini analoghi, Consiglio di Stato, 1 giugno 2016, n. 2328, 1723 - *Intesa nel mercato delle barriere stradali* e Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori*).

Il Collegio chiarisce dunque che, nell’ambito di un’infrazione estesa su più anni, *“il fatto che le manifestazioni dell’intesa si verifichino in periodi differenti, eventualmente separati da intervalli di tempo più o meno lunghi, resta ininfluyente ai fini dell’esistenza dell’intesa stessa, a condizione che le diverse azioni che compongono tale infrazione perseguano una medesima finalità e si inscrivano nel quadro di un’infrazione a carattere unico e continuato”*.

Prova dell’intesa e documenti acquisiti presso terzi

Il giudice amministrativo ha avuto modo di richiamare l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“documenti di cui è accertata l’attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di*

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili, posto che è difficile che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni" (Consiglio di Stato, 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*; Tar Lazio, 26 febbraio 2016, n. 2671, 1759 - *Forniture Trenitalia*).

Prova dell'intesa e ruolo delle singole imprese

Il Tar del Lazio ha chiarito che il cartello rappresenta *"una collusione ('conspiracy') dei suoi membri e, dunque, anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a tutti gli aspetti dell'accordo anticompetitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva"* (Tar del Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori*, nonché 25 luglio 2016, n. 8502, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Prova dell'intesa e dissociazione

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza 30 giugno 2016 n. 2947, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*, il fatto stesso di approvare tacitamente una iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, *"rappresenta una modalità di partecipazione all'intesa, idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo, anche qualora l'impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale"*.

Intesa e scambio di informazioni

Nella sentenza 26 febbraio 2016, n. 2669, 1789 - *Poliuretano espanso flessibile*, il Tar del Lazio ha osservato che è restrittivo della concorrenza lo scambio di informazioni tra concorrenti che, pur non consentendo la piena conoscenza di tutti i dati (acquisti di materie prime e relativi costi, portafoglio clienti e relativi prezzi) riferiti alla politica commerciale seguita dall'altra impresa, è tuttavia suscettibile di sostituire forme di concertazione delle politiche commerciali ad una corretta dinamica concorrenziale.

Intese sui prezzi e delibera associativa

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 22 marzo 2016, n. 1164, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*, ha sottolineato che, ai fini della configurazione dell'illecito antitrust, è irrilevante l'intervenuta abrogazione di una circolare palesemente contraria alle regole a tutela della concorrenza, in quanto ciò che rileva *"è il comportamento tenuto dal soggetto, che, al di là della*

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

formale vigenza dell'atto, non decisiva ai fini comunitari, ha consentito alla circolare solo apparentemente ritirata di risultare sostanzialmente vigente in modo da indirizzare in chiave potenzialmente anticoncorrenziale la condotta degli operatori".

Intesa restrittiva e associazione temporanea di imprese

Nelle sentenze 30 giugno 2016 n. 2947 e 11 luglio 2016 n. 3047, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte 2015*, il Consiglio di Stato ha condiviso le considerazioni del giudice di primo grado secondo cui l'associazione temporanea di imprese (ATI) *"dovrebbe rappresentare uno strumento potenzialmente idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale nella gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese che singolarmente non avrebbero la capacità di partecipare alle gare"*, laddove, nella fattispecie al suo esame, l'Autorità aveva dimostrato *"l'assenza di ogni effettiva esigenza di costituire l'ATI per specifiche ragioni economico-tecniche in relazione a ciascuna delle procedure, possedendo autonomamente ogni concorrente i requisiti di partecipazione e non rispondendo l'ATI neppure a strategie economiche di specializzazione o differenziazione dell'attività delle singole partecipanti"*.

Il Collegio ha quindi ricordato che *"l'uso di strumenti consentiti in via generale non è di per sé neutro ben potendo esserne apprezzato il concreto esito, anche e soprattutto alla luce del principio della tutela della concorrenza. I comportamenti lesivi della concorrenza ben possono desumersi anche sulla base di un uso di facoltà e/o di diritti riconosciuti dall'ordinamento, dei quali si faccia però un impiego strumentale e non coerente con il fine per il quale essi sono riconosciuti"*. Ciò che rileva a fini antitrust, infatti, non è la legittimità o meno di una specifica condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti, anche in sé legittimi (richiama in tal senso Cons. Stato, 4 novembre 2014, n. 5423; 13 giugno 2014, n. 3032 e 8 aprile 2014, n. 1673). In questa prospettiva, *"atti quali la sottoscrizione di un'ATI, di un consorzio o di un accordo quadro anche se legittimi da quel punto di vista settoriale, si colorano come elementi indicatori di questo sproporzionato intento o effetto anticoncorrenziale - Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479"*.

Programmi di clemenza

Nell'anno di riferimento, il Consiglio di Stato ha emesso un'importante pronuncia in materia di programmi di clemenza e rapporti tra domande di leniency nazionali e comunitarie (sentenza 20 ottobre 2016, n. 4374, 1722 - *Logistica internazionale - DHL*), resa a seguito di quanto statuito dalla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, con sentenza del 20 gennaio 2016,

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

causa C-428/14. Nello specifico, il giudice ha indicato che:

- “- in assenza di un regime di trattamento favorevole pienamente armonizzato a livello di Unione europea, una domanda di trattamento favorevole presentata ad una data autorità non viene considerata presentata anche ad altre autorità;*
- la coesistenza e l'autonomia che caratterizzano così i rapporti esistenti tra il programma di clemenza dell'Unione e quelli degli Stati membri sono l'espressione del regime delle competenze parallele della Commissione e delle autorità nazionali garanti;*
- nel caso di un'intesa i cui effetti anticoncorrenziali possono prodursi in diversi Stati membri, l'impresa che intenda beneficiare del regime di clemenza [...] ha [...] un proprio interesse a presentare domande d'immunità, non soltanto alla Commissione, ma anche alle autorità nazionali eventualmente competenti;*
- l'autonomia dei programmi di clemenza deve necessariamente estendersi alle diverse domande d'immunità presentate alla Commissione e alle autorità nazionali garanti, [mancando] a livello dell'Unione [...] un sistema unico di autodenuncia delle imprese, detta autonomia, peraltro, non può essere inficiata dalla circostanza che le diverse domande hanno ad oggetto la medesima infrazione al diritto della concorrenza;*
- l'asserita esistenza di una connessione giuridica tra la domanda d'immunità presentata alla Commissione e la domanda semplificata presentata alle autorità nazionali [...] rimetterebbe in discussione l'autonomia delle diverse domande e, di conseguenza, la ratio del sistema stesso delle domande semplificate [...];*
- nessuna disposizione del diritto dell'Unione in materia di intese impone alle autorità nazionali [...] di interpretare una domanda semplificata alla luce di una domanda d'immunità presentata alla Commissione [...];*
- per quanto concerne, inoltre, l'eventuale obbligo dell'autorità nazionale [...] di contattare la Commissione o l'impresa che le abbia presentato una domanda semplificata, qualora tale domanda abbia un ambito materiale più ristretto di quello della domanda d'immunità, un obbligo del genere rischierebbe di ridurre il dovere di cooperazione di coloro che richiedono il trattamento favorevole, che è uno dei pilastri di qualunque programma di clemenza;*
- spetta all'impresa [...] che chiede alle autorità nazionali garanti della concorrenza di beneficiare del regime di clemenza accertarsi che ogni domanda da essa presentata sia priva di incertezze riguardo alla sua portata, tanto più che le autorità nazionali garanti non sono obbligate a*

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

valutare una domanda semplificata alla luce di una domanda d'immunità presentata alla Commissione. Tale interpretazione [...] è l'unica idonea a garantire il rispetto dell'autonomia dei diversi regimi di clemenza;

- *se alla mera facoltà [...] di cui dispongono le autorità nazionali garanti di rivolgersi alle imprese che hanno depositato dinanzi ad esse domande semplificate al fine di ottenere informazioni supplementari si sostituisce un obbligo di contattare le stesse imprese o la Commissione qualora tali domande abbiano un ambito materiale più ristretto di quello delle domande d'immunità presentate a quest'ultima, si istituirebbe una gerarchia tra le domande interessate, in violazione del sistema decentralizzato previsto dal regolamento n. 1/2003".*

Tenendo conto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato ha ricordato che i programmi di clemenza costituiscono strumenti utili nella lotta efficace ai cartelli e pertanto *"le disposizioni regolatorie di settore interne ad uno Stato membro devono essere lette secondo lettera e spirito dei diversi principi enunciati ora nella sentenza CGUE"*.

Con riguardo ai rapporti tra domanda di riduzione di ammende presentata alla Commissione e domanda di immunità presentata all'autorità nazionale, il giudice ritiene che, alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, *"le disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un'autorità nazionale garante della concorrenza accetti una domanda semplificata d'immunità di un'impresa che abbia presentato alla Commissione non una domanda d'immunità totale, bensì una domanda di riduzione di ammende"*. Le modifiche in tal senso introdotte nel 2012 nel programma di clemenza ECN e poi nella comunicazione dell'Autorità hanno semplicemente fornito *"maggiore chiarezza"* a un regime in realtà già esistente.

Art. 8, comma 2-quater

Il Tar del Lazio, nella sentenza 22 giugno 2016, n. 9965, SP157 - H3G/condotte Poste Italiane e Postemobile, ha avuto modo di pronunciarsi sulla prima applicazione, da parte dell'Autorità, della fattispecie di cui all'art. 8, comma 2-quater, della l. 287/90, affermando innanzitutto che il fatto per cui la *"questione all'esame dell'AGCM fosse del tutto nuova non imponeva di per sé una "struttura motivazionale di particolare rilievo" dato che l'Autorità "nella sua qualità, non doveva dar luogo a una trattazione "dottrinarica" dell'istituto ma doveva unicamente evidenziare i presupposti di fatto e di diritto, solitamente descritti come 'iter logico' seguito, per fondare la sua decisione concreta"*.

Inoltre, il giudice ha confermato la piena competenza dell'Autorità ad adottare il provvedimento impugnato, *"nel rispetto della normativa speciale*

di cui all'art. 8, comma 2-quater, che prevale nella fattispecie, in assenza di specifiche indicazioni contenute nel Codice delle Comunicazioni".

È stato altresì chiarito che l'art. 8, comma 2-quater, non pone alcuna "condizione ulteriore" che imponga all'Autorità competente di verificare l'estensione della quota di mercato della società partecipata e delle sue concorrenti. Sul punto, il giudice di prime cure ha precisato che *"la norma si pone a tutela della struttura concorrenziale del mercato intesa in senso lato, vale a dire a garanzia di parità di strumenti concessi alla libera iniziativa imprenditoriale, al fine di stimolare tutti i 'competitors' a confrontarsi e concentrarsi sulla qualità del prodotto offerto, intesa come migliore proposta al consumatore, evitando posizioni di 'nicchia' o benefici/rendite di posizione derivanti dall'usufruire di risorse riservate"*.

Sanzioni

Sanzioni e applicazione delle Linee Guida

Con riferimento alla Delibera dell'Autorità n. 25152 del 22 ottobre 2014, recante *"Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90"* il Tar del Lazio ha rilevato che l'introduzione di apposite Linee Guida nazionali per la determinazione delle sanzioni non determina alcuna successione di norme nel tempo. Le Linee Guida ben possono trovare applicazione - senza che sia configurabile alcuna violazione dei principi CEDU in materia di certezza del diritto, legittimo affidamento e non retroattività delle norme - anche in relazione ad illeciti verificatisi prima della loro introduzione, atteso che *"in assenza di applicazione delle linee guida, l'Autorità sarebbe stata tenuta solo all'applicazione della legge n. 689/81, con ben più ampi margini di discrezionalità e di libero apprezzamento dei fatti, salvo il rispetto del limite edittale"* (Tar Lazio, 22 giugno 2016, nn. 8504 e 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi* e 14 ottobre 2016, nn. 10303, 10309, 1785 - *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole*).

Il giudice di primo grado ha inoltre affermato che quando l'Autorità accerta una violazione degli artt. 101 o 102 TFUE non è per questo tenuta, in sede di determinazione della sanzione, ad applicare gli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende, di cui alla comunicazione della Commissione 2006/C 210/02, ben potendo fare riferimento alle Linee Guida nazionali. Ciò in quanto *"il meccanismo di cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza, che è stato previsto al capitolo IV del regolamento n. 1/2003 (...) comporta che la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza"*

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

dell'Unione in stretta cooperazione" (Tar Lazio, 25 luglio 2016, n. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi* e 14 ottobre 2016, nn. 10303, 10307, 10309, 1785 - *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole*).

Violazioni molto gravi

Il Tar del Lazio ha sottolineato che, innanzi a violazioni "molto gravi" della concorrenza, aventi ad oggetto il coordinamento delle condizioni economiche e la determinazione dei prezzi, è "ininfluente, ai fini della determinazione dell'ammontare della sanzione, [...] qualunque considerazione in merito alla mancata prova di effetti pregiudizievoli per il mercato" (6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori*).

Lo stesso giudice ha altresì richiamato gli orientamenti consolidati della Commissione e della Corte di Giustizia, "le quali hanno più volte ribadito l'intrinseca e per così dire 'ontologica' gravità delle intese orizzontali fra operatori economici volte alla spartizione del mercato, in relazione al conseguente forte pregiudizio per il rapporto di libera concorrenza indipendentemente dalla quantificazione dei relativi effetti rapportabili alle singole imprese facenti parte dell'intesa" (Tar Lazio, 2 agosto 2016, n. 8930, 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*; 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*; 10 marzo 2016, n. 3075 e 3078 e 26 febbraio 2016, n. 2668, 2670, 2672, 2673, 2674, 1759 - *Forniture Trenitalia*).

Gravità e crisi di mercato

Secondo il giudice amministrativo di primo grado, "l'eventuale situazione di crisi di un settore economico non è contemplata tra i criteri rilevanti nell'ambito del giudizio di gravità dell'infrazione né negli Orientamenti UE 2006 né nelle Linee Guida, né figura negli uni e nelle altre quale circostanza attenuante, e neppure la dimensione geografica solo locale ed infraregionale dei mercati interessati può incidere sulla valutazione di gravità dell'infrazione" (Tar Lazio, 2 agosto 2016, n. 8930 e 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*).

Importo base della sanzione e procedure di gara

Ai fini dell'individuazione dell'importo base della sanzione da irrogare in caso di collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, il Tar del Lazio ha ritenuto corretto determinare il "valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito" facendo riferimento, per ciascuna impresa partecipante, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta (in caso di assenza di aggiudicazione) o

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione. È altresì corretto, per il caso in cui la partecipazione alla concertazione si serva della costituzione di apposite ATI strumentali all'attuazione dell'intesa, procedere poi ad una ripartizione del valore delle vendite come sopra definito tra le partecipanti alle ATI in base alle *“quote di partecipazione al raggruppamento, per come definite negli atti costitutivi delle ATI e nella documentazione di offerta”* ovvero *“laddove le quote di partecipazione alla ATI siano state definite non in termini di percentuale sul valore complessivo del contratto, ma con riferimento alle tipologie di lavorazioni da eseguire (attività di bonifica - attività di supporto)”*, facendo riferimento *“alla suddivisione percentuale di ciascuna tipologia di lavorazioni per come risultate dall'esecuzione delle commesse aggiudicate”* (sentenze 25 luglio 2016, n. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Importo base della sanzione e limite minimo del 15% per le intese hardcore

Nelle sentenze 2 agosto 2016, n. 8930 e 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, rese nel caso 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*, e 26 febbraio 2016, n. 2669, 1776 - *Mercato della produzione di poliuretano espanso flessibile*, il Tar del Lazio ha chiarito che la locuzione *“di regola”*, riferita all'applicazione del limite minimo del 15% del valore delle vendite per il calcolo dell'importo base per le intese *hardcore*, consente *“di procedere ad una riduzione della sanzione concretamente irrogata qualora, anche in relazione alle condizioni economico-finanziarie dell'impresa, una somma minore risulti a giudizio dell'Autorità procedente comunque sufficiente a garantire l'effetto di deterrenza, con la conseguente attribuzione di un ampio margine di discrezionalità”*.

Circostanze attenuanti

In relazione al mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti, il giudice amministrativo ha rammentato che l'Autorità gode di un'ampia discrezionalità a riguardo, osservando che la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, *“pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza”* (TAR Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori*).

Il Tar ha inoltre escluso che la presentazione di impegni, che siano stati valutati negativamente dall'Autorità, possa costituire una forma di comportamento collaborativo suscettibile di essere preso in considerazione

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

come “attenuante” (Tar Lazio, 22 giugno 2016, n. 8500, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Anche il riconoscimento di un’*“efficace collaborazione assicurata nel corso del procedimento istruttorio”* rientra, secondo il giudice, nell’ambito di *“valutazioni ampiamente discrezionali dell’Autorità i cui esiti non possono essere censurati nella sede giudiziale se non nelle ipotesi (...) di palesi profili di irragionevolezza ed incongruità”*; tale attenuante non può in ogni caso trovare applicazione *“qualora l’impresa (...), si sia limitata a prestare la dovuta collaborazione informativa e documentale (Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2838, 1722 – Logistica Int)”*, senza che la collaborazione sia risultata talmente fattiva da rendere più agevole per l’Autorità competente il compito di accertare l’infrazione o di inibirla (Tar Lazio, 22 giugno 2016, n. 8500, 8504, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Con riguardo ai c.d. programmi di *compliance*, di cui al § 23 delle Linee guida, il giudice ha ritenuto che *“la mancata considerazione, quale circostanza attenuante, dei programmi di compliance antitrust, può essere congruamente motivata laddove si tratti di iniziative che non consentano un’adeguata valutazione, da parte dell’Autorità, in merito all’effettivo impegno al loro rispetto e all’efficacia della loro attuazione.”* (Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori* e 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*).

Sanzioni e ravvedimento operoso

Il giudice amministrativo ha ricordato che affinché un *“ravvedimento operoso”* possa condurre a una riduzione della sanzione, *“la società deve aver tempestivamente adottato iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all’infrazione o attuando misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall’illecito, non essendo quindi rilevante la mera interruzione ... del comportamento illecito (in tal senso Consiglio di Stato 24 ottobre 2014, n. 5276, Cosmetici; 23 maggio 2012, n. 3026, GPL), anche se avvenuta in data anteriore all’avvio dell’istruttoria (in tal senso Consiglio di Stato 24 ottobre 2014, n. 5276, Cosmetici; 23 maggio 2012, n. 3026, GPL)”* (Tar Lazio, 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, 1772 - *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*).

Sanzioni e inability to pay

Con riguardo alla riduzione della sanzione per limitata capacità contributiva dell’impresa (c.d. *inability to pay*), contemplata al § 31 delle Linee Guida, il Tar del Lazio ha sottolineato che l’Autorità *“non è tenuta, in*

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

sede di determinazione dell'importo delle sanzioni pecuniarie, a prendere in considerazione la situazione economica dell'impresa interessata, dal momento che il riconoscimento di un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un vantaggio concorrenziale ingiustificato alle imprese meno efficienti e adattate alle condizioni del mercato": l'*inability to pay*, infatti, "mantiene una connotazione eccezionale e residuale imponendo all'impresa l'onere di provare che la sanzione ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato" (Tar Lazio, 2 agosto 2016, n. 8930, 1772 - Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia; in termini simili, 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, 1772 - Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia).

Sanzioni e impresa monoprodotto

Secondo il giudice amministrativo di primo grado, "la commisurazione della sanzione alla oggettiva gravità della partecipazione ad un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza, consentita dall'utilizzo del fatturato interessato come parametro di riferimento, non muta qualora tale fatturato esaurisca o quasi il fatturato complessivo dell'impresa (c.d. impresa monoprodotto), in quanto anche in tal caso l'impresa sarà ugualmente sanzionata in relazione al fatturato interessato dall'infrazione entro il limite edittale di legge del 10% del fatturato complessivo, al pari di ogni altra impresa, anche se in realtà la predetta garanzia opererà in modo più incisivo, stante la tendenziale coincidenza fra fatturato specifico e generale e - quindi - la tendenziale automatica riduzione della sanzione massima applicabile al 10% del fatturato specifico, oltretutto del fatturato generale, configurandosi in tal modo una fattispecie di favore per la c.d. impresa monoprodotto" (Tar Lazio, 2 agosto 2016, n. 8930, e 5 aprile 2016, nn. 4095, 4096, 4097, 4098, 4099, 1772 - Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia; TAR Lazio, 26 febbraio 2016, n. 2669, 1776 - Mercato della produzione di poliuretano espanso flessibile).

205

Sanzioni e adeguamenti per finalità di deterrenza

Il TAR ha ritenuto esente da rilievi l'applicazione da parte dell'Autorità di una maggiorazione del 25% della sanzione, ai sensi del § 25 delle Linee Guida, "al fine di renderla adeguata (anche sotto il profilo della deterrenza) rispetto al fatturato realizzato [...], che risultava particolarmente elevato rispetto all'importo della sanzione, come calcolato prima dell'applicazione della maggiorazione medesima" (TAR Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - Mercato dei servizi tecnici accessori).

Quantificazione della sanzione e successione economica

Nella sentenza 26 febbraio 2016, n. 02674, 1759 - Forniture Trenitalia,

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

il Tar del Lazio ha confermato le valutazioni dell'Autorità secondo le quali sussiste la continuità economica in una fattispecie di scissione parziale con costituzione di una nuova società, in virtù della quale le attività industriali tipiche, oggetto di istruttoria, sono state trasferite dalla società scissa a quella neo-costituita che è subentrata, per il fenomeno successorio, in tutti i diritti e gli obblighi legati a tali attività e ha beneficiato di gran parte del fatturato sociale di provenienza. Aggiunge il Collegio che *“sarebbe in caso contrario facile dare luogo a comportamenti ‘elusivi’, tesi ad evitare conseguenze rilevanti ai fini di deterrenza che le sanzioni in questo campo anche rivestono, mediante operazioni di scissione e cessione di specifici rami di azienda oggetto di precedente attività di ‘policy’ da parte dell'Autorità di settore”*. Nel caso di specie, il controllo delle società, scissa e neo costituita, era riconducibile ai medesimi soggetti ricorrendo, pertanto, *“la specifica ipotesi di derogabilità alla responsabilità personale di cui alla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia, 7.1.04 in C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P e C-219/00 P, Alborg), secondo la quale essa opera quando l'impresa ‘trasferita’ è identica - negli ‘asset’ ereditati - a quella precedentemente gestita nell'ambito del medesimo gruppo, indipendentemente dal fatto che tale società esista ancora come entità giuridica, e quando il trasferimento avviene tra imprese sotto il controllo del medesimo soggetto giuridico”*.

206

Prescrizione

Il Consiglio di Stato ha ribadito il proprio orientamento secondo cui, quando l'Autorità applica gli articoli 101 o 102 del TFUE ai procedimenti antitrust nazionali, *“deve applicarsi la medesima disciplina della prescrizione prevista dal regolamento del Consiglio richiamato [n. 1/2013] e, segnatamente, dell'art. 25 (Prescrizione in materia di imposizione di sanzioni), comma 3, per il quale la prescrizione si interrompe con qualsiasi atto dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione”*, anche con l'atto di avvio del procedimento (Consiglio di Stato, 1 giugno 2016, n. 2328, 1723 - *Intesa nel mercato delle barriere stradali*).

Profili procedurali

Conformità con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Il giudice amministrativo ha ricordato che, secondo l'interpretazione della Corte EDU, non si può ipotizzare un contrasto tra l'art. 6 della CEDU e l'ordinamento nazionale nel caso in cui una pena sia inflitta in prima istanza da un organo amministrativo, laddove *“sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione, con*

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

la conseguenza che le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente in sede giurisdizionale (Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1595 e n. 1596)” (Consiglio di Stato, 22 marzo 2016, n. 1164, 1748 - *Condotte restrittive del CNF*; TAR Lazio, 26 febbraio 2016, n. 2668, 1759 - *Forniture Trenitalia*).

Provvedimento di avvio

Nelle sentenze del 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori*, il Tar del Lazio ha indicato che il provvedimento di avvio del procedimento “non può, per sua stessa natura, contenere in maniera analitica le argomentazioni poste a sostegno dell'accertamento sanzionatorio, che solo al termine dell'istruttoria potranno delinearsi nella loro compiutezza (Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 2014, nn. 5274 e 5276)”. Inoltre “...nel corso del procedimento il rinnovo della comunicazione di avvio si rende necessario nelle sole ipotesi in cui ‘muta la natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, ovvero se all'originaria violazione si aggiunge l'accertamento anche di una ulteriore violazione non contestata’ (Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2514); esso non è, invece, necessario ‘per una più specifica indicazione dell'arco temporale in cui la violazione ha avuto luogo ovvero per una analitica indicazione degli elementi probatori dell'infrazione’ (T.A.R. Lazio, Sez. I, 17 novembre 2011, n. 8952)”.

207

Comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale

Nella sentenza 14 ottobre 2016, n. 10309, 1785 - *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole*, il Tar del Lazio ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale per cui “non può pretendersi che la decisione finale sia una ‘copia’ della comunicazione degli addebiti formulati, dovendo avere il procedimento la sua funzione di acquisizione di ulteriori fatti, elementi e deduzioni (Cons. Stato, Sez. VI, 15.5.15, n. 2479 nonché Corte di Giustizia CE, 3.9.09, C-534/07)”.

Utilizzo di prove acquisite in sede penale

Con riguardo all'utilizzo di prove acquisite in sede penale, il Tar del Lazio ha ribadito che la documentazione inerente a un procedimento penale può essere ben utilizzata, a fini indiziari e nel complesso valutativo con altri elementi autonomamente acquisiti, “se la stessa - come avvenuto nel caso di specie - ha rispettato le formalità proprie dell'acquisizione in quella sede (Cons. Stato, Sez. VI, 2.7.15, n. 3291). Il principio è di ordine generale ed opera ogni qual volta vi sia un'autonomia sostanziale e funzionale tra due giudizi” (TAR Lazio, 10 marzo 2016, nn. 3075 e 3078 e 26 febbraio 2016, nn. 2668, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 1759 - *Forniture Trenitalia*).

In merito all'utilizzabilità di ‘brogliacci’ di intercettazioni in seno al

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

procedimento antitrust, il Collegio ha ricordato la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. Un., 12.2.13, n. 3271) secondo cui: *“è solo con riferimento ai procedimenti penali che una ipotetica, piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito di procedimenti penali diversi da quello per cui le stesse intercettazioni erano state validamente autorizzate contrasterebbe con le garanzie poste dall'art. 15 Cost., a tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni. In relazione poi al profilo della utilizzabilità in concreto, è stato precisato che presupposto per l'utilizzo esterno delle intercettazioni è la legittimità delle stesse nell'ambito del procedimento in cui sono state disposte”*. Non risulta poi violato, secondo il giudice, l'art. 8 CEDU *“in quanto il diritto alla riservatezza recede e non opera quando l'attività di intercettazione è prevista dalla legge (art. 267 c.p.p.) e - come osservato dalla stessa Corte di Strasburgo - costituisce uno strumento necessario in una società democratica per perseguire un fine legittimo, quale è quello dell'accertamento della verità in un processo penale e della tutela dell'ordine pubblico (in tal senso: Corte EDU, 9.7.2013, D'Auria e Balsamo c. Italia e 30.3.2013, Cariello c. Italia)”* (TAR Lazio, 10 marzo 2016, nn. 3075 e 3078 e 26 febbraio 2016, nn. 2673 e 2674, 1759 - Forniture Trenitalia).

208

Termine di conclusione del procedimento

Il giudice amministrativo ha evidenziato come *“nessuna disposizione di legge abbia elevato il termine per la conclusione del procedimento amministrativo a requisito di validità dell'atto amministrativo”*, avendo i termini fissati per il suo svolgimento carattere *“acceleratorio”*, in funzione del rispetto dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (TAR Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - Mercato dei servizi tecnici accessori).

Profili processuali

Sindacato del giudice amministrativo

Con riferimento all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sugli atti dell'Autorità, il Consiglio di Stato, richiamando la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 20 gennaio 2014, n. 1013, ha ricordato che *“il sindacato di legittimità del Giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come ad esempio nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della*