

Sviluppi giurisprudenziali

Introduzione

Nell'ultimo anno solare (gennaio - dicembre 2012) 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 sulla prova delle intese e del coinvolgimento delle imprese che abbiano partecipato a solo uno degli incontri anticoncorrenziali; sulla restrittività delle intese che alterino la formazione del prezzo; sui rapporti tra intesa e associazione temporanea di imprese per la partecipazione a una gara pubblica; sulla competenza dell'Autorità nei settori regolamentati, sulla finalità dei programmi di clemenza e l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dai *leniency applicant*; sull'autonoma impugnabilità dei provvedimenti di avvio per carenza di potere.

Profili sostanziali

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante

Il giudice amministrativo ha avuto modo di ribadire la pacifica definizione di mercato rilevante, con cui si intende *“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 fra loro in rapporto di concorrenza”* (sentenze del Consiglio di Stato 1° marzo 2012 n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*; 13 settembre 2012, n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato* e 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment / Publiacqua*, nonché sentenze del TAR Lazio, 3 luglio 2012 n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane* e 18 dicembre 2012, n. 8614, *Alitalia*).

Ricorda inoltre il giudice amministrativo come tale delimitazione del mercato sia distinta a seconda che si valutino casi di abuso di posizione dominante, nel qual caso la sua delimitazione *“inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento..., dal momento che occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso”*, ovvero ipotesi di intese restrittive, laddove *“la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato”* (TAR Lazio, 18 dicembre 2012, n. 8614, *Alitalia*; cfr. altresì Consiglio di Stato, 1° marzo 2012, n. 1192,

Mercato dello zolfo grezzo e 24 settembre 2012, n. 5067, Acea - Suez Environment/Publiacqua).

Con particolare riguardo alla definizione del mercato rilevante nell'ambito di procedure di gara, il giudice amministrativo ha avuto modo di richiamare il proprio orientamento secondo il quale *“le gare di pubblici appalti possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto”* (Consiglio di Stato, 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua* e TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*). Pertanto, secondo il giudice, l'ammissibilità di una coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara. Con particolare riguardo alle gare per l'affidamento del servizio idrico integrato, il Consiglio di Stato ha condiviso le conclusioni dell'Autorità secondo cui, poiché le gare in questione non si svolgono su base nazionale ma sempre su base locale, il mercato dove si incontrano domanda e offerta è costituito dalla singola gara d'appalto (sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*).

Intese

Nozione di intesa

Nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3268, 3269, 3270, 3271, 3273, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha rammentato come *“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”* (così pure TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*; 18 giugno 2012, nn. 5559 e 5609, *Gara d'appalto per la sanità per le apparecchiature per la risonanza magnetica*; nonché 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Inoltre, nelle sentenze 18 giugno 2012, nn. 5559 e 5609, nonché 31 luglio 2012, n. 7084, e 7 agosto 2012, n. 7286, *Gara d'appalto per la sanità per le apparecchiature per la risonanza magnetica*, il giudice di primo grado ha ribadito il principio in base a cui, *“pur dovendosi tenere ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti - è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto”*.

Nozione di accordo

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare che, ai sensi della normativa antitrust, 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*” (sentenza del 13 settembre 2012, n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*).

Nozione di pratica concordata

Nella sentenza del 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, il giudice di primo grado ha ricordato che, secondo la pacifica giurisprudenza comunitaria, “*nella pratica concordata 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*” (nello stesso senso, TAR Lazio, 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Oggetto ed effetti dell’intesa

Nelle sentenze dell’11 aprile 2012, nn. 3268, 3269, 3270, 3271, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui, nel caso di intesa avente un oggetto anticoncorrenziale, non è necessario, al fine della qualificazione della condotta in termini di illiceità, apprezzarne gli effetti concreti, atteso che detta qualificazione discende dall’oggettiva idoneità della condotta ad alterare la concorrenza, potendo semmai l’analisi degli effetti refluire sulla valutazione di gravità (nello stesso senso, TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*; 18 giugno 2012, nn. 5559 e 5609, nonché 7 agosto 2012, n. 7286, *Gara d’appalto per la sanità per le apparecchiature per la risonanza magnetica*; 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Elemento soggettivo dell’intesa

Nella sentenza del 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’Autorità avesse correttamente considerato che, al fine di verificare l’esistenza di una restrizione alla concorrenza, non è necessario dimostrare che i comportamenti delle imprese siano stati “*volontariamente diretti a restringere la concorrenza, quanto che tali comportamenti abbiano effettivamente e obiettivamente avuto questo effetto*”. Nello stesso senso, il TAR Lazio ha precisato che, ai fini della configurabilità dell’illecito, non è dirimente la questione “*concernente la qualificazione dell’elemento soggettivo: e, con esso, della qualità, del grado*”.

e/o dell'intensità dell'atteggiamento psicologico tenuto dagli operatori" (sentenza 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Il Consiglio di Stato ha altresì chiarito, nella sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*, che l'illecito anticoncorrenziale che era stato ascritto alle parti (ripartizione dei mercati) fosse a dolo generico e non a dolo specifico, *"richiedendosi la volontarietà delle condotte ma non anche dei suoi effetti pregiudizievoli per il mercato"*.

Prova dell'intesa

Nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, il Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato orientamento in materia di prova dell'intesa, secondo il quale *"dal momento che in materia di intese vietate è ben rara l'acquisizione di una prova piena (il cosiddetto smoking gun: il testo dell'intesa; documentazione inequivoca della stessa; atteggiamento confessorio dei protagonisti) e dal momento che un atteggiamento di eccessivo rigore finirebbe per vanificare nella pratica le finalità perseguite dalla normativa anti-trust, può reputarsi sufficiente (e necessaria) l'individuazione di indizi, purché gravi precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento"* (nello stesso senso, Tar Lazio, 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*). Pertanto, le determinazioni dell'Autorità potranno dirsi esenti da censure *"quante volte esse rappresentino una sintesi attendibile e documentata del complesso delle risultanze in atti, non essendo necessario (e invero, neppure possibile) che esse scaturiscano dalla mera sommatoria di elementi del tutto univoci nella rispettiva portata indiziante"*. Sottolinea infatti il giudice di appello che *"la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa sia meno forte"*. Analogamente si è espresso il Consiglio di Stato nella sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*, secondo cui *"il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cosiddetta 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 nella ricostruzione della intesa illecita"* (così pure TAR Lazio, 18 giugno 2012, nn. 5559 e 5609, *Gara d'appalto per la sanità per le apparecchiature per la risonanza magnetica*). Unitamente all'acquisizione di informazioni congrue rispetto alle contestazioni mosse, deve altresì essere esclusa l'esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall'Autorità: infatti, *"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"* (Consiglio di Stato, 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua* e TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, che richiama Consiglio di Stato, sentenze 25 marzo 2009, n. 1794 e 20 febbraio 2008, n. 594).

Con specifico riferimento alla prova della pratica concordata, nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha fatto rinvio alla giurisprudenza consolidata che ha individuato due tipologie di elementi indiziari: quelli endogeni, “*ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato*”, e quelli esogeni, concernenti invece i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita e attinenti, in particolare, ai contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni (se non addirittura a veri e propri concordamenti), non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita.

Ribadendo tale distinzione, il Consiglio di Stato, nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, ha ricordato che “*un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese operanti su un determinato mercato, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale laddove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali e, in tal caso, l'onere dell'impossibilità di spiegazioni alternative grava sull'Autorità procedente, ovvero anche per la presenza di elementi indiziari esogeni, rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala e, in tal caso, l'onere probatorio di spiegare la razionalità della condotta grava sulle imprese*”.

Prova dell'intesa e unicità dell'infrazione

Nella sentenza del 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, in materia di intese restrittive della concorrenza, singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) “*possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di «accordo», in parte a quello di «pratica concordata»*” (nello stesso senso si è espresso il TAR Lazio nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, nonché 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*). In tale situazione i dati singoli debbono essere considerati quali “*tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario qualificabile come intesa restrittiva della libertà di concorrenza o abuso di posizione dominante*” (Consiglio di Stato, 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*).

Inoltre, nella sentenza del 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, il TAR Lazio ha respinto le censure delle ricorrenti circa l'asserita intervenuta prescrizione della condotta attuata nel-

l'anno 2003, in quanto parte di *“un unico disegno collusivo in cui le azioni delle singole Società erano dirette ad alterare, dal 2003, il libero dispiegarsi della competizione”*. Nello stesso senso, con riferimento a una infrazione unica, il TAR Lazio ha inoltre chiarito che la continuità dell'infrazione *“non può essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico - nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale - isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati e/o circoscritti periodi”* (sentenza del 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*); nella medesima pronuncia il giudice ha altresì richiamato la molteplicità dei *“criteri identificati dalla giurisprudenza comunitaria al fine di valutare la continuità di un'infrazione”*, quali: i) *“l'identità o la diversità degli obiettivi dei comportamenti incriminati”*; ii) *l'identità dei prodotti e dei servizi in questione*; iii) *l'identità delle imprese partecipanti*; nonché, iv) *l'identità delle modalità di attuazione”*.

Prova dell'intesa e scambio di informazioni

Con riguardo allo scambio di informazioni, il TAR Lazio, nella sentenza del 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, ha richiamato l'orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale sul carattere illecito dello scambio di informazioni *“se capace di eliminare o attenuare il grado di incertezza riguardo al comportamento dei concorrenti”*. Posto che la nozione di intesa è oggettiva, continua il giudice, *“grava sull'impresa indagata l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle proprie condotte, in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese (Corte di Giustizia UE, 8 luglio 1999, C. 49/92, Anic; Caso Total Italia Spa, Cons. di Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 10)”*.

Ancora, secondo il TAR Lazio, *“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 che degli stessi sia stato fatto”*. Alla stregua del predetto orientamento, *“si dimostrano .. irrilevanti le argomentazioni dirette a dimostrare l'autonomia delle politiche commerciali delle singole imprese”* mentre va valorizzata la valenza anticompetitiva dell'intesa (sentenza del 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Partecipazione alle riunioni

Nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3269, 3270, 3271, 3273, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha ricordato che è *“sufficiente la mera partecipazione dell'impresa a riunioni durante le quali siano stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, affinché sia provata la partecipazione della detta impresa all'intesa”*. Secondo il giudice, in tale ipotesi si determina un'inversione dell'onere della prova *“poiché la tacita approvazione di un'iniziativa illecita, senza manifestare all'esterno*

la distanza dal suo contenuto o senza una denuncia agli organi amministrativi, ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudicare la sua scoperta. Tale complicità rappresenta una modalità passiva di partecipazione all'infrazione, idonea quindi a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo". In tal caso "è l'impresa interessata a dover dedurre elementi atti a dimostrare che la sua presenza in incontri di tal specie era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale".

Il principio è stato confermato dal TAR Lazio anche con riferimento alla partecipazione a una singola riunione, in considerazione della circostanza che "non è possibile escludere la sufficienza, ai fini di che trattasi (ed in relazione alla struttura del mercato), anche di una sola presa di contatto, purché le imprese interessate concordino i rispettivi comportamenti sul mercato e, in tal modo, pervengano ad una cooperazione di fatto sostitutiva della concorrenza e dei rischi che quest'ultima comporta" (così, nella sentenza del 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*). Secondo lo stesso orientamento, nel "caso di accordi che si manifestino in occasione di riunioni di imprese concorrenti, si verifica dunque un'infrazione all'art. 81 del Trattato qualora tali riunioni abbiano un oggetto siffatto e mirino in tal modo ad organizzare artificialmente il funzionamento del mercato: in un caso del genere, la responsabilità di una determinata impresa per l'infrazione in questione (risulta) validamente accertata allorché l'impresa abbia partecipato a queste riunioni conoscendone l'oggetto, anche qualora non abbia poi attuato le misure concordate in occasione delle riunioni stesse".

Intese sui prezzi

Nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, il Consiglio di Stato ha richiamato la pacifica giurisprudenza secondo cui "la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese) induce a ritenere vietata ogni forma di condotta collusiva mediante la quale le imprese ne alterino il meccanismo di formazione. Sono, conseguentemente, vietate non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità": sulla scorta di tali principi il giudice di appello ha confermato l'illiceità della determinazione congiunta del prezzo di listino in quanto esso "costituisce necessariamente il fondamentale punto di partenza su cui impernare" la determinazione del prezzo finale.

Analogamente si è espresso il TAR Lazio, ritenendo che è del tutto influente nell'apprezzamento di un'intesa avente ad oggetto i prezzi di listino ogni questione relativa al prezzo effettivo al quale i beni siano stati effettivamente ceduti: "la dinamica di formazione del prezzo effettivo, dipanandosi

su un parametro originario di riferimento che non può mai ritenersi... quello che sarebbe stato proprio di un reale confronto concorrenziale, risulta, in ogni caso, falsata, avendo già l'intesa comunque raggiunto compiutamente, in disparte il prezzo effettivo di cessione del bene, gli effetti distorsivi che le sono propri” (così sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Ripartizione dei mercati

Con specifico riguardo all'intesa avente ad oggetto la ripartizione dei mercati o della clientela, il giudice amministrativo ha evidenziato che essa è considerata dalla Commissione una restrizione grave (*hardcore*) della concorrenza. Pertanto, in tale ipotesi, *“anche al di sotto delle soglie minime di mercato dalla stessa individuate, la Comunicazione sopra citata [relativa agli accordi di importanza minore] prevede l'automatica esclusione dell'accordo dall'applicabilità del beneficio de minimis”* (Consiglio di Stato, 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua* e TAR Lazio, 3 luglio 2012 n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*).

Rileva poi il giudice che le intese che hanno per oggetto la ripartizione del mercato sono annoverate nella categoria delle restrizioni della concorrenza “per oggetto”, in quanto, alla luce delle regole di concorrenza comunitarie, *“hanno una potenzialità talmente alta di causare gravi restrizioni della concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 81.1. Tr. CE, dimostrare l'esistenza di specifici effetti sul mercato”* (Consiglio di Stato, 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*).

Intese e partecipazione a gare pubbliche

Nella sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*, il Consiglio di Stato ha affrontato il tema dei rapporti tra illecito anticoncorrenziale e associazione temporanea d'impresa (A.T.I.) per la partecipazione a una gara pubblica, evidenziando come il problema si ponga quando l'A.T.I. si riveli sovrabbondante o comunque non necessaria ai fini partecipativi. Il Collegio, ripercorrendo le proprie decisioni in materia (cfr. sentenze n. 1267/2006 e n. 2208/2009) e la segnalazione dell'Autorità AS251 del 7 febbraio 2003 (nella quale si auspicava che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitassero la possibilità di associarsi in A.T.I. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero state in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara), ha sottolineato che non è il sovradimensionamento dell'A.T.I. in sé a essere illecito, ma *“l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'A.T.I., in sé lecito”*. In ogni caso, continua il giudice, *“eventuali incentivi legislativi ovvero più generali considerazioni circa l'opportunità che le imprese italiane, eccesivamente frammentate, si uniscano e formino <<massa critica>>, possono evi-*

dentemente giustificare soltanto forme aggregative lecite e economicamente razionali, giammai illecite intese restrittive della concorrenza”.

Nella sentenza del 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, il giudice di *prime cure* ha condiviso le argomentazioni dell’Autorità secondo le quali un istituto di per sé lecito e con finalità formalmente lecite (nel caso di specie, la coassicurazione) può essere utilizzato dalle parti in modo distorto e per un fine anticoncorrenziale, quale la costituzione di un’unica e complessa intesa per la ripartizione dei mercati.

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Nella sentenza del 18 dicembre 2012, n. 8614, *Alitalia*, il TAR Lazio ha riaffermato la consolidata nozione di posizione dominante, secondo cui tale è la *“posizione economica detenuta da un’impresa che conferisce alla stessa il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante, fornendole la possibilità di comportamenti indipendenti in misura apprezzabile rispetto ai propri concorrenti, ai clienti ed ai consumatori, senza per questo subire conseguenze”*. Inoltre, secondo il medesimo giudice, nella sentenza del 21 giugno 2012, n. 5689, *Sky Italia/Auditel*, la verifica della sussistenza della dominanza di un’impresa deve essere condotta alla stregua di una *“analisi di tipo storico fattuale”* (nell’ambito della quale la consistenza della quota di mercato detenuta è il principale indice di dominanza), cui si affianca una *“valutazione prospettica e dinamica circa la (sua) possibile evoluzione”* (nell’ambito della quale assumono rilievo le barriere all’ingresso al mercato, la replicabilità dell’attività dell’operatore dominante e la reputazione da esso vantata). Inoltre, stante la valenza *“oggettiva”* e *“strutturale”* della nozione di dominanza e l’estraneità alla relativa valutazione dell’analisi del comportamento - che attiene invece alla fase successiva di verifica dell’abuso -, essa prescinde dall’eventuale imputabilità delle relative cause, *“potendo gli elementi che concorrono a determinarla essere né leciti né illeciti, ma semplici fattori che incidono su una certa situazione di mercato”*. Infine, il TAR Lazio ha sottolineato *“l’irrelevanza, ai fini della sussistenza di una posizione dominante, dell’attività di regolazione esercitata dall’AGCom nel settore, non potendo escludersi posizioni di monopolio o di dominanza in settori regolamentati”*.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 13 settembre 2012, n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, ha avuto modo di evidenziare che l’impresa in posizione dominante deve ritenersi soggetta a un particolare regime di responsabilità, *“in virtù del quale è tenuta a comportamenti diversi da quelli normalmente consentiti agli operatori del mercato e all’osservanza di un grado di diligenza e precauzione maggiore nell’esplicazione della propria attività nel mercato, onde non compromettere ulteriormente con la propria condotta il confronto concorrenziale residuo, già pregiudicato dal significativo potere di mercato di cui essa è detentrica”*.

Abuso di posizione dominante e offerte predatorie

Nella citata sentenza del 13 settembre 2012, n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo la quale i prezzi predatori possono estromettere dal mercato imprese che potrebbero essere altrettanto efficienti rispetto all'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, non sono in grado di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti. Rispetto a tali pratiche abusive, il Collegio ha altresì ritenuto che assume rilevanza, per la configurazione dell'illecito, unicamente *“l'idoneità oggettiva delle condotte predatorie”* e *“la tensione soggettiva dell'impresa agente a conseguire siffatto effetto gravemente turbativo dell'assetto concorrenziale nel mercato in questione, in violazione dei precisi obblighi comportamentali scaturenti dalla specifica responsabilità incombente ad un'impresa [...] che si trovi in una posizione dominante di mercato, specie a struttura oligopolistica”*.

Competenza dell'Autorità e settori regolamentati

Secondo il TAR Lazio, nella sentenza del 21 giugno 2012, n. 5689, *Sky Italia/Auditel*, la questione del riparto di competenze tra l'Autorità antitrust e le altre autorità indipendenti nei settori regolamentati, *“va risolta in via interpretativa tenuto conto della necessità di evitare duplicazioni di interventi, in violazione del principio del ne bis in idem”*. L'operazione interpretativa cui è chiamato il giudice amministrativo *“deve prendere le mosse dalla ricognizione delle norme che, nel delineare le attribuzioni delle due Autorità in astratto competenti, possano entrare in potenziale conflitto stante la loro sovrapponibilità in quanto regolanti fattispecie analoghe”*, verificando in particolare *“l'identità delle finalità sottese alla disciplina generale in materia di tutela della concorrenza e a quella di regolazione al fine di verificare la sussistenza di un'ipotesi di concorso apparente di norme”*, in linea generale risolvibile attraverso il criterio di specialità.

Sulla scorta di tali premesse, il TAR Lazio ha rilevato nel caso di specie la coesistenza della competenza dell'AGCM con quella dell'Autorità di vigilanza preposta allo specifico settore delle telecomunicazioni *“in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due Istituti”*, essendo la prima indirizzata alla protezione degli interessi concorrenziali delle imprese, mentre la seconda finalizzata ad assicurare il pluralismo dei sistemi di informazione. Sotto un profilo più generale, di tipo sistematico, il giudice ha rilevato che le discipline speciali di settore, *“se prevalgono per gli aspetti specifici ivi disciplinati, vanno coordinate e completate con le norme dettate a tutela della concorrenza, posto che, a fronte delle diverse finalità perseguite (non è) configurabile una completa sovrapponibilità di ambiti in conseguente rapporto di esclusione - per prevalenza - l'uno con l'altro in virtù del criterio di specialità”*. Infatti, *“la presenza di un compiuto e completo*

apparato normativo regolante un determinato settore non esclude la contemporanea applicazione della disciplina dettata in materia di tutela della concorrenza, la quale non riveste natura residuale se non nei casi in cui sussista una disciplina speciale di settore che, oltre a regolare puntualmente e compiutamente il contenuto degli obblighi comportamentali, definisca anche i poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori dell'autorità settoriale". Conseguentemente, le regole dettate a tutela della concorrenza sono applicabili anche nei mercati regolamentati, *"conservando l'AGCM il potere di accertare condotte anticoncorrenziali anche a fronte della conformità delle condotte alla disciplina di settore"*, espressamente in linea con quanto indicato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2012.

Programmi di clemenza

Finalità dei programmi di clemenza

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, ha rilevato come lo strumento dei programmi di clemenza *"ha per legge acquisito una fondamentale importanza per fronteggiare le intese orizzontali segrete (le quali costituiscono talune fra le più gravi minacce al libero gioco concorrenziale), con la conseguenza che gli strumenti offerti agli operatori nazionali e comunitari per farvi fronte debbano ampliare in massimo grado le effettive potenzialità dello strumento, sia pure entro i limiti della sua complessiva tenuta sistemica"*.

Efficacia probatoria delle dichiarazioni di leniency

Con riguardo alla questione della valenza probatoria delle dichiarazioni di *leniency*, il Consiglio di Stato, nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, ha affermato che *"l'idoneità delle dichiarazioni - offerte dall'applicant nell'ambito di un programma di clemenza a dare atto dell'effettiva esistenza dell'intesa vietata - deve essere valutata operando un accorto bilanciamento fra - da un lato - l'esigenza di non estendere oltre misura gli strumenti presuntivi e - dall'altro - l'esigenza di supplire alle difficoltà istruttorie tipiche di una tipologia di condotte anticoncorrenziali nel cui ambito è tipicamente assente qualunque prova documentale"*. Pertanto, il giudice di appello ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui *"pur non potendosi ritenere che le dichiarazioni del denunciante nell'ambito di un programma di clemenza possano costituire di per sé prova piena dell'esistenza dell'accordo collusivo, nondimeno a tali dichiarazioni deve essere riconosciuto un valore probatorio non trascurabile"*. Al riguardo il Tar Lazio ha precisato che *"deve ritenersi fisiologica alla natura delle dichiarazioni dei soggetti che richiedono il programma di clemenza una certa imprecisione ed approssimazione (...), senza che tali approssimazioni e imprecisioni possano costituire, ex se, indice di non attendibilità e non affidabilità delle dichiarazioni laddove esse permettano all'Autorità di venire a conoscenza, seppur approssimativa-*

mente, dell'esistenza dell'intesa, dei meccanismi di funzionamento e della sua durata, consentendo quindi di orientare l'indagine, incombando comunque sull'Autorità l'onere di sottoporre tali dichiarazioni al test di attendibilità attraverso la ricerca di riscontri probatori esterni, precisi e concordanti" (così, sentenza 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*). Inoltre, nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3269, 3281, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Tar Lazio ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui "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 applicants 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 di una infrazione".

Dichiarazioni dei rappresentanti delle imprese

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui "le dichiarazioni di un soggetto qualificato nell'ambito dell'organizzazione di uno dei soggetti coinvolti nell'ambito dell'intesa (nel caso all'esame del Collegio: l'amministratore delegato della società) devono essere considerate come elementi di prova particolarmente affidabili".

Sanzioni

Natura della sanzione antitrust

Il TAR Lazio nella sentenza 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*, ha rilevato come le sanzioni "debbono avere il necessario e sufficiente carattere dissuasivo allo scopo, da un lato, di sanzionare le imprese responsabili dell'infrazione (scopo dissuasivo specifico) e, dall'altro, di dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare in comportamenti illeciti (scopo dissuasivo generale)".

Gravità

Nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha distinto tra la "qualificazione astratta della gravità del comportamento illecito" e la "gravità in concreto dell'infrazione medesima". La prima "non può che dipendere dalla natura dei comportamenti tenuti dalle imprese, sotto il profilo della loro idoneità a restringere la concorrenza", ed è determinata alla luce degli Orientamenti per il calcolo delle ammende elaborati in sede comunitaria, secondo cui "le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (cosiddetto *hardcore violations*) costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza".

Tuttavia, tale “*qualificazione di gravità, se esaurisce e soddisfa la necessità di apprezzare il livello di scostamento tra la condotta illecita posta in essere dalle imprese partecipanti all’intesa anti-concorrenziale avente per precipuo oggetto la fissazione dei prezzi, rapportandolo al suo parametro massimo, non necessariamente è destinata a riflettersi automaticamente nella determinazione della sanzione*”, sulla quale incidono invece un complesso di fattori e, in specie, i quattro fattori di cui al punto 22 degli Orientamenti comunitari (natura dell’infrazione, quota aggregata delle imprese interessate, estensione geografica dell’infrazione e attuazione o meno dell’illecito) (in termini simili TAR Lazio, sentenze dell’11 aprile 2012, nn. 3268, 3269, 3270, 3271, 3273, 3281, nonché 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, tra gli indici rilevanti ai fini della valutazione di gravità dell’intesa si annovera “*il carattere particolarmente pernicioso della condotta posta in essere, (trattandosi) di intesa segreta di carattere orizzontale, tradizionalmente ascritta fra le violazioni più gravi del diritto comunitario e nazionale della concorrenza*”.

Analogamente si è espresso il Consiglio di Stato nella sentenza 29 maggio 2012, n. 3189, *Produttori vernici marine*, che ha ridotto, rispetto alla pronuncia di primo grado, l’incidenza da attribuire all’elemento degli effetti nel giudizio di gravità dell’illecito, proprio “*considerando il rilievo predominante che deve riconoscersi alla natura dell’intesa e gli elementi ulteriori... che maggiormente aggravano il peso dell’illecito*”.

Durata

Nella sentenza dell’11 aprile 2012, n. 3268, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha confermato che, in applicazione dei Nuovi Orientamenti comunitari per la determinazione delle ammende, i periodi di durata superiore a sei mesi debbono essere conteggiati come anno intero.

Criteri di quantificazione della sanzione

Con riguardo ai criteri adottati dall’Autorità nella quantificazione della sanzione, il TAR Lazio, nelle sentenze dell’11 aprile 2012, nn. 3268, 3269, 3270, 3271, 3273, 3281, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha espresso “*l’auspicio che in futuro l’Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all’importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, con particolare riferimento alla percentuale della sanzione base come nuovamente determinata, alla percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati*” (cfr. altresì TAR Lazio, 3 luglio 2012 n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, che richiama Consiglio di Stato, 17 dicembre 2007, n. 6469 e 20 maggio 2011, n. 3013).

Base di calcolo del fatturato

In ordine al computo della base di calcolo della sanzione, il TAR Lazio, nel confermare la legittimità dell'inclusione del fatturato infragruppo, ha ribadito il principio secondo cui *“la corrispondenza tra il valore dei servizi cui l'infrazione si riferisce ed il fatturato da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, rinvia necessariamente alla delimitazione dell'infrazione come discendente dalla definizione del mercato rilevante di riferimento. Ne discende che il valore delle vendite da prendere in considerazione è quello riferito alle vendite dei servizi riferiti al mercato rilevante, quale nozione che identifica l'infrazione sotto il profilo merceologico e della sua estensione geografica, delimitando il contesto economico in cui operano le imprese coinvolte nella violazione”* (sentenza 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*).

Circostanze attenuanti

Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, non rileva come attenuante l'offerta di impegni *“rigettata dall'Autorità, in quanto non ritenuta idonea a rimuovere (gli) effetti anticoncorrenziali”*, né *“la spontanea cessazione della condotta anticoncorrenziale prima dell'apertura del procedimento di indagine, trattandosi di circostanza che è stata adeguatamente valutata per ciò che attiene la complessiva durata della condotta”*.

Nella sentenza dell'11 aprile 2012, n. 3269, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il TAR Lazio ha invece avallato la misura del decremento sanzionatorio operato dall'Autorità in ragione della collaborazione resa nel procedimento, rilevando come, *“nell'ambito del suo apprezzamento discrezionale, l'Autorità ha valutato l'apporto collaborativo...come non paragonabile a quello dei leniency applicants che avevano consentito la scoperta del disegno collusivo”*, in quanto reso in un secondo momento ed effettuato in adempimento di un obbligo specifico di fornire informazioni ai sensi dell'articolo 14, comma 2, legge n. 287/90.

Profili procedurali

Accesso agli atti del fascicolo istruttorio

Accesso agli atti e diritto alla riservatezza

Con riguardo ai rapporti tra diritto alla riservatezza e accesso agli atti del fascicolo istruttorio, nella sentenza del 10 febbraio 2012, n. 1344, *Riformimenti aeroportuali*, il TAR Lazio, richiamando la giurisprudenza comunitaria *“carbonato di sodio”* sul cosiddetto principio della *“parità delle armi”* (Tribunale CE, T - 30/91, 29-6-95, *Solvay* e Tribunale CE, T - 36/91, 29-6-95, *I.C.I.*), ha evidenziato che tale principio *“non comporta, neanche per il diritto comunitario, che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riser-*

vatezza, ma implica, più limitatamente, ma comunque incisivamente, che sia consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo in possesso della pubblica amministrazione, anche con l'indicazione degli atti eventualmente secretati e del relativo contenuto, e che, in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alle cosiddette parti sensibili del documento" (negli stessi termini si è espresso il TAR Lazio, 11 aprile 2012, n. 3269, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Inoltre, nella sentenza del 3 settembre 2012, n. 7467, *Ratiopharm/Pfizer*, il medesimo giudice ha evidenziato che, anche laddove siano stati ostesi i documenti per i quali si era chiesta la riservatezza, ciò non significa che non residui l'interesse del soggetto che ne lamenta l'eventuale illegittimità al ripristino, sotto il profilo del diritto, della posizione giuridica soggettiva lesa, "atteso che il sottostante accertamento giudiziale può essere fatto valere sia sotto il profilo della paralisi di ulteriori ostensioni da parte dell'amministrazione, sia in sede di difesa dall'opponibilità di elementi desunti da documenti indebitamente detenuti da parte di terzi, sia, infine, sussistendone i presupposti, in sede di risarcimento del danno derivante dalla indebita diffusione di dati riservati".

Accesso agli atti da parte dei terzi partecipanti

Nella citata sentenza del 3 settembre 2012, n. 7467, *Ratiopharm/Pfizer*, il TAR Lazio ha riconosciuto che, laddove si negasse al denunciante e all'interveniente la possibilità di accedere agli atti del procedimento recanti informazioni riservate o segrete, pur con le cautele ivi richieste, la posizione di tali soggetti "sarebbe del tutto priva delle prerogative concrete esercitabili solo a mezzo della previa conoscenza degli atti, ciò che evidentemente, non assicurerebbe alcuna effettività alla partecipazione procedimentale pure prevista e regolata dalla legge".

Accesso procedimentale e accesso informativo

Nella sentenza del 10 febbraio 2012, n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*, il giudice di primo grado ha evidenziato che l'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica n. 217 del 30 aprile 1998, prevede la possibilità dell'accesso cosiddetto procedimentale, mentre nulla stabilisce in ordine all'accesso cosiddetto informativo, vale a dire successivo alla conclusione del procedimento, per il quale troveranno applicazione i principi generali dettati dalla legge e, in particolare, il comma 7 dell'articolo 24 della legge n. 241 del 1990, secondo cui deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Le prerogative riconosciute da tale norma, tuttavia, "non possono certo risultare più ampie di quelle riconosciute dall'art. 13 del decreto del Presidente della Repubblica 217/98 alle parti del procedimento istruttorio ai fini del contraddittorio".

Anche nell'ambito dell'accesso cosiddetto informativo, l'Autorità è quindi chiamata “*prima, ad esprimere un giudizio di bilanciamento in relazione ai contrapposti interessi all'accesso ed alla riservatezza, poi, nel consentire l'accesso ai documenti, sussistendone le condizioni, deve adottare tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati*”. Saranno quindi applicabili i limiti dell'accesso cosiddetto procedimentale e i correlati principi affermati dalla giurisprudenza.

Riservatezza dei documenti e decorso del tempo

Nella citata sentenza del 10 febbraio 2012, n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*, il TAR Lazio ha ritenuto che, pur non potendosi affermare il principio che un documento, una volta considerato riservato, resti tale per sempre, “*in difetto di allegazione di una combinazione di fattori specifici, che possano far presumere la cessazione delle preesistenti esigenze di riservatezza, il decorso del tempo non possa, da solo, acclarare siffatta evenienza*”: del resto il fattore tempo, continua il giudice, non viene autonomamente preso in considerazione dall'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica 217/1998.

Ostensione di documenti e legal privilege

Nella menzionata sentenza del 3 settembre 2012 n. 7467, *Ratiopharm/Pfizer*, il giudice di *prime cure* ha avuto modo di ricordare che il *legal privilege* “*copre gli atti interni nella misura in cui gli stessi riproducano il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti*”.

Accesso agli atti e giudizio civile

Con riguardo alla possibilità di utilizzare i documenti del fascicolo istruttorio nel giudizio civile, il TAR Lazio, nella menzionata sentenza del 10 febbraio 2012, n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*, ha chiarito che, come già osservato in tema di accesso informativo (TAR Lazio, 2 novembre 2009, n. 10615), “*gli interessati ben possono proporre istanza al giudice civile ai sensi dell'art. 210 c.p.c.. Inoltre, l'art. 213 c.p.c. facoltizza il giudice civile a richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che ritiene necessario acquisire al processo*”.

Comunicazione delle risultanze istruttorie

Nella sentenza del Consiglio di Stato, 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Collegio ha sottolineato che la fase istruttoria serve a individuare la corretta imputazione degli addebiti che si cristallizza con la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), al ricevimento della quale le parti hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa. Il provvedimento finale non può invece contenere imputazioni diverse da quelle contestate con tale comunicazione, che costituisce “*la definitiva delimitazione dell'impu-*

tazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale”.

Parere dell'Autorità di settore

Il TAR Lazio, nella sentenza del 21 giugno 2012, n. 5689, *Sky Italia/Auditel*, ha ribadito l'orientamento consolidato secondo cui *“le valutazioni dell'autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina ed alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In entrambi i casi l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza”.*

Motivazione del provvedimento

Il TAR Lazio, nella sentenza del 21 giugno 2012, n. 5689, *Sky Italia/Auditel*, ha ribadito la regola generale in base alla quale *“non sussiste un obbligo, per l'Autorità procedente, di diffondersi in un'analitica confutazione delle argomentazioni delle parti, essendo sufficiente, al fine di ritenere integrata la pienezza del contraddittorio e garantite le prerogative difensive delle parti, che le loro argomentazioni difensive siano state prese in esame ed adeguatamente considerate, senza necessità che alle stesse siano opposte diffuse controdeduzioni”.*

Profili processuali

Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità e atti impugnabili

Il TAR Lazio, nelle sentenze del 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865, *Areanaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, ha esaminato la questione dell'autonoma impugnabilità degli atti di avvio del procedimento e di autorizzazione delle ispezioni. Richiamando la giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato - in base alla quale *“gli eventuali vizi inerenti l'atto di avvio del procedimento o comunque un atto endoprocedimentale sono in linea di massima privi di autonoma ed immediata lesività in quanto tale lesività è destinata ad attualizzarsi soltanto con l'eventuale adozione del provvedimento finale afflittivo”* - il TAR Lazio ha tuttavia ritenuto che l'autonoma impugnazione dell'atto di avvio del procedimento e dell'autorizzazione alle ispezioni possa essere ammessa laddove *“rigorosamente circoscritta all'an dell'esercizio del potere amministrativo non potendo involgere il quomodo dello stesso”*,

essendo così *“le censure ammissibili [...] solo e soltanto quelle afferenti alla competenza dell’Autorità ad avviare lo stesso, vale a dire alla prospettata carenza in concreto del potere, laddove gli altri vizi dedotti, relativi alle modalità di esercizio del potere, devono ritenersi invece non immediatamente ed autonomamente lesivi e, quindi, in questa sede inammissibili, in quanto, una volta che l’Autorità abbia legittimamente avviato il procedimento avendone competenza, gli stessi possono essere fatti valere in sede di eventuale impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento, sulla cui legittimità possono refluire con efficacia viziante”*.

Notifica ai controinteressati

Con la sentenza del 18 dicembre 2012, n. 8614, *Alitalia*, il TAR Lazio ha rigettato l’eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ai controinteressati ex articoli 29 e 41 c.p.a., rilevando che nel caso di specie difettava l’insorgenza di alcun interesse qualificato dotato di concretezza ed attualità tale da poter subire pregiudizio per effetto dell’eventuale annullamento della delibera impugnata.

Limiti del sindacato del giudice amministrativo

Secondo un consolidato principio, il giudice amministrativo *“deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate; laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice non può comunque sostituirsi nella definizione del mercato rilevante, se quella operata dall’Autorità è immune da travisamento dei fatti, da illogicità, da violazione di legge (ex multis, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896 e 14 luglio 2011, n. 4283)”* (Consiglio di Stato, 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo* e 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*; TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane* nonché 18 dicembre 2012, n. 8614, *Alitalia*).

In termini generali, il Consiglio di Stato ha ricordato che il giudice amministrativo, *“nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l’esigenza di garantire la pienezza e l’effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all’Autorità”*, può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell’indagine e il processo valutativo mediante il quale l’Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi (sentenza 13 settembre 2012, n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*).

Unicità del procedimento e valenza sostanziale dei vizi procedurali

Secondo il TAR Lazio, nella sentenza del 21 giugno 2012, n. 5689, *Sky Italia/Auditel*, lo svolgimento di un unico procedimento istruttorio volto all'accertamento di fatti tra loro connessi risponde *“al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, che si declina nei principi di efficienza, economicità e di concentrazione dei mezzi giuridici”*. In ogni caso, al fine di poter annettere all'unicità del procedimento un'efficacia viziante del conclusivo provvedimento, parte ricorrente dovrebbe indicare quali ripercussioni essa abbia avuto sulle proprie prerogative difensive o partecipative, specificamente allegando *“quali negative conseguenze siano discese da tale opzione procedimentale che, peraltro, risponde a regole generali”*.

Giudizio in materia di accesso

Nella sentenza del 10 febbraio 2012 n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*, il TAR Lazio ha ricordato che, per costante giurisprudenza, il giudizio in materia di accesso, pur atteggiandosi come impugnatorio nella fase della proposizione del ricorso, *“è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione per giustificarne il diniego. Tant'è vero che, anche nel caso di impugnativa del silenzio diniego sull'accesso, l'amministrazione può dedurre in giudizio le ragioni che precludono all'interessato di avere copia o di visionare i relativi documenti, e la decisione da assumere, che deve comunque accertare la sussistenza o meno del titolo all'esibizione, si deve formare tenendo conto anche di tali deduzioni”*.