

## 2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

### Introduzione

---

Nell'ultimo anno solare completo (1° gennaio 2008 - 31 dicembre 2008) 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. In talune di esse sono stati affermati, o più semplicemente ribaditi, rilevanti principi riguardanti profili sostanziali e procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala una pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza 17 marzo 2008, n. 7063), la quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione avverso la decisione con cui il Consiglio di Stato aveva definitivamente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

#### PROFILI SOSTANZIALI

##### *Mercato rilevante*

##### *Definizione del mercato rilevante*

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha richiamato il principio consolidato secondo cui, nel caso di un'intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato di riferimento è funzionale alla identificazione del grado di offensività dell'intesa stessa, essendo detta operazione essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca il coordinamento fra imprese concorrenti. In tal senso, la definizione del mercato è successiva all'individuazione dell'intesa.

##### *Mercato geografico*

Nella sentenza 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar Lazio ha affermato che “*ai fini dell'individuazione del mercato rilevante sul piano geografico, può essere presa in considerazione*

*anche una porzione limitata del territorio, quando sia individuabile un'area nella quale si svolga l'incontro della domanda e dell'offerta di un determinato prodotto, in condizioni di completa autonomia, rispetto ad altri ambiti anche contigui". In questo contesto, "nella costruzione del mercato rilevante in senso geografico un fattore decisivo può essere quello delle abitudini dei consumatori, delle loro preferenze per prodotti regionali o locali, delle tradizioni, o, ancora, dall'abitudine sociale allo spostamento per acquisire beni o servizi di una certa tipologia".*

Al riguardo, il Tar Lazio, con la sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha precisato che *"la circostanza che il mercato rilevante sia stato individuato in un ambito territoriale limitato non determina l'insussistenza della fattispecie"*. Per il giudice di prime cure, infatti, *"è il segmento geografico in relazione al quale l'intesa è potenzialmente in grado di produrre i propri effetti che deve essere tenuto in considerazione al fine di qualificare la fattispecie come illecita, anche nel caso in cui [...] la presunta intesa si è tradotta nella mancata partecipazione a singole gare bandite da stazioni appaltanti che operano in una ben circoscritta area geografica"*.

Il mercato rilevante, come ribadito dal Tar Lazio, nella citata sentenza resa nel caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, può quindi coincidere anche con una singola gara bandita dalla p.a.

### ***Accertamento e prova delle intese***

#### ***Nozione di intesa***

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nel distinguere tra le intese e pratiche concordate, ha ribadito che l'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, mentre la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

Nella citata sentenza n. 5578/2008, relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar Lazio ha richiamato il consolidato principio, in virtù del quale *"il divieto [di intese restrittive della concorrenza], (...) si specifica nel precetto che - 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”. “Tali iniziative”, ha precisato il Tar, sostituiscono “all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione”, erodendo i benefici che ai consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale.

### *Oggetto o effetto dell’intesa*

Il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha confermato il consolidato orientamento in base al quale “per la sussistenza dell’illecito [...] [ivi incluse le pratiche concordate] è sufficiente la presenza dell’oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente dall’effetto” (in termini analoghi, Tar Lazio, sentenze: 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato* e 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*). Di conseguenza, come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinfettanti*, una volta dimostrato “un incontro di volontà in senso anticoncorrenziale (...) poco importa (...) che quel comportamento sia stato, o no, effettivamente posto in essere sul mercato”.

L’analisi degli effetti - come affermato dal Tar Lazio nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolati* - può incidere invece in termini di gravità dell’illecito e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria.

### *Prova dell’intesa*

Il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008 relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ricostruito i principi sottesi all’accertamento dell’intesa nella forma della pratica concordata. In primo luogo, il giudice ha ricordato che “l’intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti, e gli elementi indiziari, sebbene singolarmente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, vanno inquadrati nel contesto complessivo del sistema per apprezzarne l’eventuale rilevanza”. In questo contesto, il Tar Lazio ha ritenuto che elementi significativi a supporto della concertazione - posta la “rarietà dell’acquisizione di una prova piena (c.d.

*smoking gun*)” - possono essere considerati “*la durata, l’uniformità ed il parallelismo dei comportamenti; gli incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate*” (in senso analogo Tar Lazio, sentenze: 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, e 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolati*; nonché Consiglio di Stato, decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Latti artificiali per l’infanzia*).

Di contro, il giudice ha evidenziato che “*in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, invece, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell’altrui possibile risposta ad un’iniziativa differenziatrice*” (così anche Tar Lazio, sentenza n. 6213/2008, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nonché Consiglio di Stato, decisione *Latti artificiali per l’infanzia*).

Nella citata sentenza n. 5578/2008, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar, riprendendo l’ormai consolidata distinzione tra elementi di prova c.d. endogeni ed esogeni, ha ricordato come i primi sono “*collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato*”; mentre i secondi concernono “*i riscontri esterni circa l’intervento di un’intesa illecita ed attengono, 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; detti scambi di informazioni assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico in quanto risultano idonei ad eliminare l’unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente*” (analogamente Tar Lazio, sentenze n. 2312/2008, *Pannelli truciolari* n. 6213/2008, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*).

Quanto all’onere della prova dell’intesa, il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008, relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ribadito il principio in base a cui “*un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come*

*frutto di un'intesa anticoncorrenziale (...) ove 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, quali contatti e scambi di informazioni, 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” (analogamente Tar Lazio, sentenza n. 2312/2008, Pannelli truciolari, e Consiglio di Stato, sentenza n. 102/2008, Prezzi del latte per l'infanzia).*

Come osservato dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'8 febbraio 2008, n. 423, resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*, in ogni caso “*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*”. 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*”.

Con riguardo alla prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico, nel cui ambito può verificarsi un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha ribadito la liceità del mero parallelismo consapevole, “*proprio perché suscettibile di essere spiegato come sommatoria di decisioni razionali e autonome dei singoli operatori, cui non può essere precluso di adattarsi intelligentemente alla condotta, attuale o prevista, dei rivali*”. A ciò si contrappone, tuttavia, il parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali che può essere desunto: “*a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie; b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un'intesa concorrenziale; c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo*”.

Con riferimento al rapporto tra parallelismo consapevole in un contesto oligopolistico e scambi di informazioni, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale alla cui stregua “*la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale*”.

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

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

#### *Intese di prezzo vietate*

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

#### *Intese ed associazioni temporanee di imprese*

Con riferimento all'istituto della associazione temporanea di imprese (ATI), il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2008 del 6 maggio 2008, *Aziende di trasporto pubblico locale - Petrolieri*, ha chiarito che “*il fatto che ATI e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro qualificabilità in termini di illecito, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia*

*appunto illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative*” (sul punto si è espresso anche il Tar del Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6215 *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*).

### *Intesa e bid rigging*

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

### *Consistenza*

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

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

### *Durata dell'intesa*

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

### *Ripetizione delle condotte nel tempo*

Il Tar Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha riaffermato il principio in base a cui,

ai fini dell'accertamento della sussistenza di un'intesa, "la reiterazione dei comportamenti nel tempo [...] costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa".

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

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

#### *Caratteristiche del mercato*

Il Tar Lazio, nella citata sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto che "le differenze sussistenti tra [i prodotti], nonché le asimmetrie e la variabilità delle quote di mercato delle società parti del procedimento sono circostanze [...] inidonee ad escludere la possibile configurazione dell'intesa antitrust".

#### *Base normativa*

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

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

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

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

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

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ricordato come l’onere di provare la sussistenza delle condizioni di esenzione di cui all’art. 81.3 spetti alle imprese interessate, le quali devono, in particolare, dimostrare che la cooperazione tra imprese comporta incrementi di efficienza che non possono essere conseguiti con mezzi meno restrittivi e che devono avere carattere rigorosamente oggettivo e verificabile.

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

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

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

#### ***Accertamento di una posizione dominante***

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

*dalla circostanza che, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale”.*

Con sentenza 23 settembre 2008, n. 8481, *Bernabei Liquori/Italaquae*, il Tar Lazio ha confermato che, per l'accertamento di una posizione dominante, *“la quota di mercato rappresenta il principale indicatore della potenza economica di un'impresa o di un gruppo di imprese e della capacità di queste ultime di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai loro concorrenti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei loro prodotti o servizi”*. A tal fine la Corte di Giustizia ha ritenuto sufficienti *“anche quote comprese tra 40% e il 70% in presenza di ulteriori indizi quali la struttura del mercato, il numero, la dimensione e il dinamismo delle imprese concorrenti”*.

#### *Abuso di posizione dominante*

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

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

### *Abuso escludente*

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

### *Accertamento di una condotta predatoria*

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

### *Posizione dominante collettiva*

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio, dopo aver ricordato che i c.d. “*criteri Airtours*” utilizzati nell’accertamento di una posizione dominante collettiva sono stati elaborati ai fini del controllo di operazioni di concentrazione, dunque per una valutazione *ex ante*, ha sottolineato che “*per farne applicazione ex post, il margine di valutazione discrezionale della Commissione (e delle ANC) appare più ridotto, essendo necessario il riscontro di elementi di natura storica ed oggettiva (quali, ad esempio, la presenza di stretti legami strutturali tra le imprese)*”.

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

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

### *Dominanza*

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

### *Abuso di posizione dominante ed autotutela*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che *“non può costituire idonea causa di giustificazione di una condotta anticompetitiva posta in essere da un'impresa dominante la realizzazione di un illecito antitrust da parte di un concorrente: la reazione consistente in una condotta analoga, con effetti escludenti rispetto ai terzi, non è infatti un comportamento proporzionato né necessario, essendovi sempre la possibilità per l'operatore di denunciare l'abuso alla competente Autorità antitrust, ed eventualmente di ottenere il risarcimento del danno in sede civile”*.

### *Valutazione degli impegni*

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

In materia di impegni presentati dalle imprese *ex art. 14-ter*, legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, e nella sentenza 6 giugno 2008,

n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ricordato che “*la norma ha attribuito all’Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti dell’ordinamento comunitario*”.

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

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

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

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

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

Con riguardo al rigetto di impegni proposti *ex art. 14 ter*, legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella pronuncia 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare*

*per la fornitura di dispositivi per stomia, ha statuito inoltre che, posto il carattere fisiologicamente complesso delle fattispecie antitrust, “l’eventuale provvedimento di accettazione degli impegni intervenuta in una determinata ipotesi non è idonea di per sé sola a tradursi, come tertium comparationis, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi”.*

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

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

#### *Impegni e regolazione*

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

#### *Impegni e illeciti plurisoggettivi*

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

### *Pertinenza e proporzionalità degli impegni*

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

### *Impegni e diffida*

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

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

### *Termine per la presentazione di impegni*

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

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

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542/08, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha chiarito che la risalente prassi di accogliere in una fase terminale del procedimento impegni presentati dalle parti non va confusa né con l’istituto della “*decisione con impegni*”, né con i programmi di clemenza introdotti dal Regolamento CE n. 1/2003. I primi, ha osservato il Tar, costituiscono “*una sorta di ravvedimento operoso, grazie al quale, ove*

*le misure proposte dalle imprese siano idonee a rimuovere l'infrazione e a ristabilire le condizioni di concorrenza sul mercato rilevante, l'Autorità può dichiarare cessate le infrazioni, non procedere all'intimazione di una diffida ed eventualmente non irrogare sanzioni amministrative pecuniarie".* In quel caso non viene comunque meno il potere/dovere dell'Autorità di valutare l'anticoncorrenzialità della fattispecie.

#### *Imputabilità dell'illecito*

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

#### *Sanzioni*

##### *Natura ed efficacia deterrente*

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

##### *Presupposti e criteri di quantificazione*

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

##### *Gravità*

In merito alla gravità, il Tar Lazio nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Produttori di pannelli truciolari*, ha osservato che l'intesa restrittiva della concorrenza accertata nel caso di specie era "oggettivamente grave", in quanto consistente "nel contingentamento della produzione, nella ripartizione della clientela e nella fissazione dei prezzi e delle altre condizioni commerciali". Nel caso di specie, ha osservato il Tar, l'intesa accertata poteva senz'altro essere qualificata molto grave, essendo stati adeguatamente provati gli effetti prodotti sul mercato sotto forma di un irrigidimento delle quote di mercato e di un allineamento verso l'alto dei prezzi.

Con riguardo alla fattispecie dell'abuso, il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha rilevato

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

### *Criteria di quantificazione*

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

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

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

### *Fatturato*

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

### *Rilevanza dell'elemento soggettivo*

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

### *Sanzione e diffida in relazione ad illecito cessato*

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

### *Circostanze aggravanti e attenuanti*

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

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

Nella pronuncia 13 marzo 2008, n. 2312, relativa al caso *Produttori di pannelli truciolari*, il Tar Lazio ha ritenuto, in sede di quantificazione della sanzione, per un verso legittimo l’aver tenuto conto, come attenuante, della collaborazione prestata dalle parti nel corso dell’istruttoria, per altro verso corretto non prendere in considerazione nella determinazione della sanzione la generica situazione di crisi dell’industria dei produttori di pannelli in Italia. Come precisato dal Tar Lazio nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, “ammettere un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un ingiustificato vantaggio concorrenziale alle imprese meno adattate alle condizioni del mercato”. A tal fine è quindi necessaria la presentazione “di prove oggettive dalla quali risulti che l’imposizione di un’ammenda [...] pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell’impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore”. Peraltro, si osserva nella medesima decisione n. 6215/08, “il fatto che un provvedimento assunto da un’authority comunitaria cagioni il fallimento ovvero la liquidazione di una determinata impresa non è vietato, in quanto tale, dal diritto comunitario”. L’onere della prova del collegamento tra l’importo della sanzione e la probabile liquidazione o fallimento grava comunque sull’impresa.

Il Consiglio di Stato, nella decisione 17 gennaio 2008, n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, ha sottolineato altresì la necessità di tenere in considerazione come circostanza attenuante il fatto che l’Autorità avesse “suscitato in capo alle Parti un legittimo affidamento (o quanto meno un ragionevole dubbio) in ordine alla liceità o, comunque, alla neutralità, sotto il profilo concorrenziale, della condotta poi successivamente contestata”, ed in particolare “il mancato esercizio da parte dell’AGCM del potere sanzionatorio in ordine a condotte dalla stessa certamente conosciute nell’ambito di un diverso procedimento a carico delle medesime imprese”.

#### *Circostanze attenuanti e rigetto degli impegni*

Nel caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia* (sentenza 6 giugno 2008, n. 5578), il Tar Lazio ha affermato che la manifesta inidoneità degli impegni proposti da un’impresa ad escludere preoccupazioni di carattere concorrenziale in ragione della loro genericità ed indeterminatezza fa sì che, “conseguenzialmente, la loro presentazione non può integrare una circostanza attenuante”.

La presentazione di impegni, ancorché rigettati dall’Autorità, come precisato dal Consiglio di Stato nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*, può essere infatti apprezzata come manifestazione di collaborazione a fini sanzionatori, nella misura in cui essi si configurano come un ravvedimento operoso e “*riguardano non comportamenti futuri, ma concrete determinazioni*”.

Nelle pronunce 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel quantificare le sanzioni, l’Autorità avrebbe dovuto considerare la circostanza che il settore in cui era stata accertata la violazione antitrust era per la prima volta interessato dall’intervento repressivo antitrust, benché fosse nota all’Autorità l’esistenza di accordi tra gestori come emerso da un’indagine conoscitiva nel 1994.

#### *Disparità di trattamento sanzionatorio*

Con la sentenza 17 gennaio 2008, n. 102, resa sul caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, il Consiglio di Stato ha negato la sussistenza di una disparità di trattamento sanzionatorio nell’ipotesi in cui l’entità della sanzione non rifletta le quote di mercato degli operatori, posto che il criterio incentrato sull’ampiezza delle quote di mercato era soltanto uno dei parametri adoperati dall’Autorità per la concreta determinazione della sanzione. Così anche con riguardo al parametro del fatturato delle società coinvolte.

#### *Disparità di trattamento - clemenza*

Nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha escluso che le imprese partecipanti ad un cartello possano avere alcun interesse giuridicamente rilevante a contestare l’ammissione di altra parte dell’intesa al programma di clemenza, “*in quanto non sono percepibili le conseguenze che ... deriverebbero da tale ammissione, essendo da escludere sia l’ipotesi discriminatoria, in quanto è la norma di legge che, con la novella del 2006, ha previsto la possibilità della misura premiale, sia l’ipotesi dell’aggravamento del trattamento sanzionatorio, non sussistendo alcun nesso eziologico tra l’ammissione (di un’impresa) alla misura premiale e la quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata alle imprese responsabili dell’illecito*”.

#### *Potere di diffida dell’Autorità e ottemperanza*

##### *Diffida*

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542/08, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha precisato che la diffida deve essere correlata al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso delle

pratiche escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella medesima pronuncia il Tar ha altresì ribadito che la finalità della diffida, *“non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell’intesa ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro”*; a tale proposito, il giudice di prime cure ha statuito che *“l’art. 15 della l. n. 287/90 non attribuisce espressamente all’Autorità il potere di imporre rimedi alle imprese (ad es. misure di natura strutturale), ancorché detto potere sia stato considerato dalla giurisprudenza connesso al ruolo dell’Autorità”*. Pertanto, per poter ingiungere specifici comportamenti diversi dalla mera cessazione di quelli tramite cui è stato realizzato l’illecito, essa *“deve comunque fornire un’adeguata motivazione e valutare l’idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l’inclusione nella diffida di tali specifiche misure”* (analogamente Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2008, n. 423, *Rifornimenti aeroportuali*).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 423, *Rifornimenti aeroportuali*, ha ritenuto che l’inibitoria di intese anticoncorrenziali e di fattispecie di abuso di posizione dominante *“non possa prescindere dalla puntuale individuazione e dall’inibitoria delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo - in caso contrario - in alcun modo verificabile (se non a distanza di molto tempo e in base all’andamento generale del mercato) il superamento dei patti occulti, indirizzati al sovvertimento della libera concorrenza”*.

#### *Sanzioni per inottemperanza alle misure cui è subordinata l’autorizzazione della concentrazione*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia del 22 aprile 2008, n. 1828, *Henkel/Loctite*, ha confermato la sanzionabilità dell’inottemperanza alle misure cui era stata subordinata l’autorizzazione di un’operazione di concentrazione, sulla base del combinato disposto degli artt. 6, 18 e 19 della legge n. 287/1990. Al riguardo il Consiglio di Stato ha considerato rilevante ai fini sanzionatori anche la singola misura non ottemperata *“in quanto [...] il comportamento è stato condotto in violazione di un obbligo liberamente assunto, la cui rilevanza era stata inizialmente definita da entrambe le parti del rapporto”*.

#### *Inottemperanza all’obbligo di comunicazione di una concentrazione*

Secondo il Tar, nella sentenza 19 marzo 2008, n. 2478, *Lidl*, l’uso della voce verbale “può” nell’art. 19, comma 2, della legge n. 287/1990,

*“non è indicativa della spettanza all’Autorità di una discrezionalità estesa all’an del trattamento sanzionatorio, ma si spiega semplicemente con l’intento legislativo di sottolineare - oltre che il potere di graduarne il quantum - la cumulabilità della sanzione per l’inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva con l’ulteriore sanzione applicabile, in forza del 1° comma dello stesso art. 19, in dipendenza degli eventuali effetti anticoncorrenziali della concentrazione”.*

## **PROFILI PROCEDURALI**

### *Rapporto tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale*

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha statuito che il provvedimento finale può disattendere la ricostruzione della fattispecie prospettata nella Comunicazione delle Risultanze istruttorie (CRI) e pervenire dunque ad una valutazione diversa, in quanto la CRI *“si limita a rappresentare l’ipotesi ‘accusatoria’ formulata dagli uffici in rapporto agli elementi probatori sino allora acquisiti ... dei quali, in un primo momento, l’Autorità si limita a verificare la non manifesta infondatezza ai fini dell’invio alle imprese”* (sentenza n. 12536/08).

Come ribadito dal Consiglio di Stato nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l’infanzia*, *“le eventuali differenze rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie rilevano solo se comportano un mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell’imputazione, perché solo in tal caso sarebbe violato il diritto di difesa, mentre nulla impedisce che l’Autorità (...) ad esito del procedimento mantenendosi all’interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese (...) pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie”.*

Inoltre, come precisato dal Tar nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, *“la circostanza che le valutazioni contenute nel provvedimento finale siano corrispondenti a quelle contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie non è di per sé sintomatica della omessa valutazione di memorie e documenti”.* L’Autorità, si osserva nella suddetta sentenza, non è infatti tenuta a ribattere analiticamente a tutte le argomentazioni delle imprese interessate, essendo sufficiente che, sotto il profilo sostanziale, sia adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione a quanto dedotto dalle parti.

### **Profili processuali**

#### *Termine per il deposito del ricorso*

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca*

*Cola*, il Tar ha precisato che la data della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario rileva per il rispetto del termine di impugnazione mentre, per la determinazione del perfezionamento della notifica a mezzo posta e per la decorrenza del termine per il deposito del ricorso, rileva invece la data della consegna al destinatario.

#### *Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità*

Il Tar Lazio, nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale che estende la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti in materia *antitrust* anche alle imprese concorrenti.

#### *Interesse a ricorrere*

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha osservato che il considerevole lasso di tempo intercorso tra l'adozione del provvedimento di accertamento dell'infrazione e la proposizione del relativo ricorso non è di per sé causa di improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse. L'improcedibilità, ha precisato il giudice, “*consegue al verificarsi di una situazione tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, anche sotto il profilo strumentale e morale*”, dovendo considerare anche le possibili ulteriori iniziative attivate o attivabili dal ricorrente per soddisfare la pretesa vantata (ad esempio di natura risarcitoria) ovvero ogni possibile effetto pregiudizievole, anche indiretto, tuttora derivante dal provvedimento impugnato”.

#### *Inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione (ex articolo 111 Cost.)*

La Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 7063 del 17 marzo 2008, ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione (ex art. 360 cpc e art. 111 Cost.), promosso avverso una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva respinto gli appelli contro una sentenza del Tar Lazio che, a sua volta, aveva confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

Tra le statuizioni maggiormente significative della pronuncia, si segnala quella inerente l'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia di concorrenza.

In particolare, le Sezioni Unite indicano che “*con riguardo alle sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza, sussista l'esigenza d'una tutela giurisdizionale piena, dovendosi interpretare il rinvio operato dalla l. n. 287 del 1990, art. 31, alle disposizioni della l. n. 689 del 1981 - in ottemperanza al principio di legalità posto dall'art. 23 Cost., dal quale si tutela il diritto del privato a non subire imposizioni*

*patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge - come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della richiamata L. n. 689 del 1981, ond'è che devesi ritenere consentita anche al giudice amministrativo, al pari di quanto già da tempo e ripetutamente riconosciuto al giudice ordinario nei giudizi d'opposizione introdotti ai sensi dell'art. 23 cit., la verifica dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust sotto il profilo della verità degli stessi, eppertanto la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione, al fine di annullare in tutto o in parte il provvedimento o di modificarlo anche solo limitatamente all'entità della sanzione dovuta". Le Sezioni Unite precisano tuttavia che: "Ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza. Ma, come hanno evidenziato queste SS.UU. con la citata sentenza 8882/05, questa è questione concernente non già l'essenza della funzione giurisdizionale demandata al giudice amministrativo, bensì le sue modalità di esercizio nonché l'individuazione del suo ambito operativo, e tale aspetto esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall'art. 111 Cost., comma 8, sindacato che comunque non potrebbe essere esteso ad (eventuali) errori di giudizio.*

### **Termini dell'istruttoria**

#### *Durata della fase pre-istruttoria e termini per l'avvio del procedimento*

Nel respingere la censura di ingiustificata protrazione della fase pre-istruttoria il Tar Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha statuito che la protrazione nel tempo della fase pre-istruttoria - tenuto conto della mancata previsione all'art. 14 della legge n. 287/90 di un termine di inizio del procedimento e della inapplicabilità al caso di specie dell'art. 14 della legge n. 689/81- non può ritenersi di per sé lesiva del diritto di difesa dei soggetti coinvolti nel procedimento. Il Tar ha altresì chiarito che la valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria è "complessa e richiede un intervallo di tempo che può divenire rilevante, in quanto il potere di indagine precedente l'istruttoria può essere protratto sino a quando non emergano elementi tali da rendere ragionevole l'avvio dell'istruttoria che, altrimenti, si rivelerebbe inutile ed antieconomica". In senso analogo anche Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*.

### *Legittimo affidamento*

Nella decisione 8 febbraio 2008, n. 423, resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, il Consiglio di Stato ha chiarito che nessun legittimo affidamento può essere invocato dalle imprese che abbiano comunicato un'intesa all'Autorità per il fatto che essa abbia omesso di avviare un'istruttoria nei termini di cui all'art. 13 della legge n. 287/1990. Ciò, “*sia perché il precluso avvio di un'istruttoria non tempestiva non si estende al caso di “comunicazioni incomplete o non veritiere”, sia perché anche un'intesa originariamente legittima può dare luogo ad interventi sanzionatori, in caso di deviazioni poste in essere in un secondo tempo*”.

### *Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa*

#### *Garanzie procedurali in fase pre-istruttoria*

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar Lazio ha ribadito che la fase pre-istruttoria è «*caratterizzata da formalità meno penetranti di quelle successive all'avvio di un'istruttoria e dall'esistenza di ampi poteri officiosi*».

#### *Obbligo di motivazione nei provvedimenti di archiviazione*

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar Lazio ha precisato che la motivazione “*deve evidenziare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento dell'istituzione in maniera tale da fornire da un lato, agli interessati sufficienti indicazioni per rendersi conto se detta decisione sia fondata o se eventualmente sia inficiata da un vizio che consenta di contestarne la validità e dall'altro consentire al giudice comunitario di esercitare il suo sindacato di legittimità*”.

### *Aspetti procedurali relativi al subprocedimento di valutazione degli impegni*

#### *Annullamento parziale delle decisione di accettazione degli impegni*

Nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, il Tar Lazio ha affermato che, a seguito dell'annullamento parziale di un provvedimento di accettazione degli impegni, l'Autorità dovrà “*nuovamente valutare se gli impegni proposti siano soddisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali [...], nel qual caso la delibera come emendata delle parti illegittime resterà vincolante per la ricorrente ed il procedimento rimarrà chiuso senza l'accertamento di alcuna infrazione; o, viceversa, non siano soddisfattivi ai fini in questione, nel qual caso, essendosi modificata la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si è fondata la decisione, l'Autorità potrà riaprire d'ufficio il procedimento ai sensi dell'art. 14 ter, co. 3, l. 287/90*”.

In materia di impegni il Tar Lazio, nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, ha affermato che l'annullamento *in parte qua* del provvedimento di accettazione degli impegni presentati dall'impresa nei confronti della quale è stata avviata l'istruttoria non esclude la possibilità che l'Autorità, “*ritenendo gli impegni non più idonei ad eliminare i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, riapra il procedimento in precedenza arrestato al fine di accertare la commissione dell'illecito anticoncorrenziale ai sensi della l. n. 287/90*”.

#### *Consultazione della Commissione ex art. 11.4 Reg. n. 1/2003 CE*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che l'omissione di una compiuta informativa alla Commissione europea in ordine alla decisione prevista dall'Autorità e l'invio, ex art. 11.4 del Reg. CE n. 1/2003, anziché di una bozza del provvedimento finale, della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, non ridonda in un vizio di legittimità della medesima decisione: “*la consultazione della Commissione non appare infatti finalizzata all'emissione di un parere, o comunque all'adozione di un provvedimento idoneo ad inserirsi, quale atto preparatorio, nella serie procedimentale interna, bensì soltanto alla formulazione di eventuali “osservazioni” sul caso, idonee ad assicurare un'applicazione uniforme del diritto comunitario*”.

#### *Potere di avocazione della Commissione ex art. 11.6 Reg. n. 1/2003 CE*

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che l'unico atto in grado di privare le autorità nazionali di concorrenza della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato è rappresentato dall'esercizio del potere di avocazione da parte della Commissione europea. Quest'ultima può tuttavia avviare il procedimento ai sensi dell'art. 11, par. 6, del Reg. CE n. 1/2003 solo nel corso del c.d. “periodo iniziale di attribuzione”, cioè immediatamente dopo la comunicazione dell'avvio di un'indagine ai sensi dell'art. 11, par. 3, mentre, successivamente, l'intervento “autoritativo” della Commissione appare piuttosto come uno strumento di “risoluzione dei conflitti”, determinati dal fatto che i membri della rete ECN prevedano “*di adottare decisioni contrastanti sul medesimo caso*” ovvero “*una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata*”.

#### *Pareri dell'Autorità di settore*

Relativamente alle attribuzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti, il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-*

*Vodafone-Wind*, ha ribadito come tali attribuzioni non abbiano fatto venir meno la generale competenza spettante all’Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di concorrenza. Le valutazioni dell’Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina del settore regolato ovvero siano attinenti l’applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza: solo nella prima ipotesi l’Autorità dovrà indicare in modo particolarmente esauriente le ragioni per le quali si è discostata dal parere del regolatore.

### ***Rettifica della sanzione***

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 27 febbraio 2008, n. 720, *Rifornimenti Aeroportuali*, ha chiarito che in caso di rettifica della sanzione da parte dell’Autorità, laddove ciò porti all’aggravamento della sanzione a carico di un’impresa, è necessaria la previa comunicazione dell’avvio del procedimento all’impresa interessata.

### ***Autorizzazione in deroga ex art. 4 legge n. 287/1990***

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 7 marzo 2008, n. 1006, *Gas Tecnici*, ha posto in evidenza che i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa impongono all’Autorità garante della concorrenza e del mercato - prima di negare l’autorizzazione in deroga ex art. 4 della legge n. 287/1990 ed ordinare la misura delle dismissione delle imprese comuni - di segnalare “*alle imprese madri la necessità di rimuovere eventuali restrizioni ritenute eccessive rispetto alla finalità dell’intesa, al fine di giungere all’autorizzazione di un’intesa che poteva essere ritenuta, in assenza dei predetti elementi di criticità, vantaggiosa per il mercato*”.

### ***Rapporti tra giudicato penale e determinazioni dell’Autorità***

Il Consiglio di Stato, nella decisione *Prodotti disinfettanti* del 7 marzo 2008, n. 1009, sul rapporto tra giudicato penale e determinazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha chiarito che il giudicato penale si impone alle altre giurisdizioni principalmente sotto il profilo relativo all’accertamento dei fatti. Essendo volto alla tutela di interessi diversi rispetto al procedimento antitrust, il giudizio penale di irrilevanza dei fatti “*non vincola l’autorità amministrativa nel formulare il giudizio di rilevanza dei medesimi fatti in relazione agli interessi al cui presidio è preposta l’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, e nemmeno il giudice amministrativo*”.

### ***Accesso e riservatezza***

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l’infanzia*, ha nuovamente affrontato il tema dei rapporti

tra diritto d'accesso e riservatezza nei procedimenti antitrust, e la necessità di un bilanciamento tra i due interessi. In tal senso, il Consiglio di Stato ha indicato che il diniego di accesso agli atti per ragioni di riservatezza *“può assumere rilievo come violazione del diritto di difesa solo quando si ritenga che, in mancanza del diniego il procedimento si sarebbe potuto concludere in modo diverso”*. La valutazione della rilevanza dei documenti non resi accessibili deve essere quindi fatta alla luce degli addebiti mossi all'impresa e della difesa da quest'ultima svolta. Quando il diniego d'accesso riguardi *“dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all'impianto accusatorio creato dall'Autorità”*, esso deve quindi ritenersi legittimo. In ogni caso, ha osservato il Consiglio di Stato, *“L'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (...) rappresenta un'eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese”*.

Il Tar Lazio, nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, caso *Pannelli Truciolari*, ha affermato che l'amministrazione *“deve esibire gli atti laddove questi siano funzionali al concreto esercizio del diritto di difesa, racchiudendo elementi che l'autorità procedente sta valutando o ha valutato nello svolgimento della sua azione”*. Ricade comunque su chi lamenta la lesione del diritto di difesa l'onere indicare la sussistenza di fatti o circostanze posti a base del provvedimento adottato e indebitamente sottratti all'accesso.

### ***Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale***

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, per principio giurisprudenziale consolidato, è volto a valutare che la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità sia immune da travisamenti, vizi logici e vizi di violazione di legge, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, senza potersi comunque sostituire all'Autorità. (così il Tar Lazio nelle sentenze: 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*; 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*; 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*; 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*). In relazione all'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia antitrust v. anche Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 17 marzo 2008, n. 7063, cit.

Il Tar Lazio, nella sentenza del 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha precisato ulteriormente che *“su un piano generale [...] il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato*

*giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere esercitato".*

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, quale l'individuazione del mercato rilevante, il giudice, come affermato dal Tar nella decisione 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, non può comunque sostituirsi all'Autorità.

Nella sentenza del 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha osservato infatti come “*costituisca principio ormai consolidato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante non possa spingersi fino a sostituire le valutazioni dell'Autorità; mentre al medesimo è demandata la verifica in ordine alla correttezza del sotteso processo logico-induttivo, con riferimento all'osservanza delle norme tecniche e procedurali, all'obbligo di motivazione, all'esatta percezione materiale dei fatti, all'insussistenza di errori manifesti di valutazione ovvero di sviamento di potere*” (analogamente Tar Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6238, *Acea-Sueza Environment/Publiacqua*). Più specificamente, il giudice di prime cure ha puntualizzato che “*la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di «contestualizzazione» delle norme frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quali il mercato rilevante o la posizione dominante, al caso specifico. Non di rado, tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni*”.

### ***Sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni***

Nella sentenza 16 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar Lazio ha ribadito l'applicabilità ai giudizi in materia antitrust dell'art. 23, comma 11, della legge n. 689/1981, da cui consegue il sindacato giurisdizionale “pieno” e “di merito” in materia di sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità, con possibilità quindi per il giudice amministrativo di modificarle in sede giurisdizionale (analogamente Tar Lazio, sentenze 26 giugno 2008, n. 6213, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*; 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*; 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*).