

***Antitrust* tra procedimento e processo. La giurisprudenza amministrativa nel biennio 2022-2023**

Cecilia Police

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Aspetti procedurali. – 2.1 Termini per la contestazione della violazione e applicabilità art. 14 l. 689/1981. – 2.2 Congruità del tempo dell'accertamento dell'infrazione: termine iniziale e comunicazione di avvio del procedimento. – 3. Diritto di difesa. – 3.1 Il principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti *antitrust*. – 3.2 Accesso agli atti del procedimento. – 3.3 Violazione del principio di collegialità. – 3.4 Coincidenza tra contestazione iniziale e conclusiva nel provvedimento sanzionatorio. – 4. Riparto di competenze tra Autorità nazionali e Commissione europea. – 4.1 Riparto di competenze tra AGCM e altre Autorità di settore. – 5. Sanzioni *antitrust*. – 5.1 Calcolo della sanzione. – 5.2 Collaborazione delle imprese con l'Autorità. – 5.3 Provvedimento di accettazione degli impegni. – 6. Aspetti processuali. – 6.1 Limiti al sindacato del giudice amministrativo. – 7. Poteri dell'Autorità *antitrust ex* art. 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo analizza i principi ed orientamenti in materia *antitrust* emersi in seno alla giustizia amministrativa italiana nel biennio, principalmente alla Prima Sezione del Tar Lazio, sede di Roma e dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con riguardo ai giudizi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti, "Autorità" o "AGCM").

Il lavoro è stato organizzato per aree tematiche facendo riferimento, in particolare, ai profili procedurali e/o processuali del diritto della concorrenza (partecipazione al procedimento e contraddittorio, diritto di difesa, impegni), e alle sanzioni.

2. *Aspetti procedurali*

2.1. *Termini per la contestazione della violazione e applicabilità dell'art. 14 l. 689/1981*

La questione circa la diretta applicabilità della legge 689/1981 e, più in particolare, dell'art. 14 della l. 689/1981 ai procedimenti *antitrust* si è nel corso degli anni resa necessaria al fine di evitare l'esposizione di imprese e società a gravi pericoli e ripetute violazioni del diritto di difesa, costituzionalmente garantito. Ciò anche per denunciare le inerzie, spesso ingiustificate dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'accertamento e contestazione di presunte violazioni *antitrust*. Si è assistito negli ultimi anni ad una maggiore attenzione dei giudici amministrativi volta a colmare una lacuna normativa non indifferente, ossia la mancata previsione nei Regolamenti dell'AGCM, nonché nella stessa legge *antitrust* italiana, di un termine per l'avvio dell'attività istruttoria, per l'accertamento della presunta condotta illecita e per la successiva contestazione. Termine che, invece, è previsto per tutte le altre ipotesi di contestazione di sanzioni amministrative pecuniarie, dall'art. 14 della l. 689/1981. Quest'ultimo, infatti, prevede che «la violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa [...]».

Sul tema della diretta applicabilità dell'art. 14 della legge n. 689/1981 ai procedimenti dell'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato si sono formati, in giurisprudenza due diversi orientamenti. Secondo alcune più risalenti pronunce, i termini perentori previsti dall'art. 14 l. n. 689/1981 non sarebbero applicabili, avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, nel caso di specie costituita da quella prevista per i procedimenti di competenza dell'Autorità. L'orientamento più recente, invece, ritiene l'art. 14 dotato di applicazione generale, dal momento che, in base all'art. 12 della medesima legge, il termine decadenziale ivi previsto deve essere osservato con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è applicata la sanzione del pagamento di una somma di denaro. Questo secondo orientamento si è formato, in particolare, in relazione ai procedimenti in materia di tutela della concorrenza avviati dall'Autorità e tiene conto della circostanza che la regolamentazione delle procedure in questione, contenuta nel D.P.R. n. 217/1998, non reca alcuna indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti.

Del resto, anche a voler ritenere non applicabile l'art. 14 in questione ai procedimenti *antitrust* in relazione alla durata della fase preistruttoria ed istruttoria, la non applicabilità diretta del termine non potrebbe comunque giustificare

il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi per un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile *modus operandi* sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/1990 e, più in generale, con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento. È infatti, opportuno ricordare quali riferimenti interpretativi anche i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta Fondamentali dei diritti UE, che costituiscono parametri imprescindibili. Ebbene, dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto *antitrust* e di applicare le relative sanzioni procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato¹.

Sin dall'inizio del 2022, si è infatti affermato, nella sentenza n. 500 del 25 gennaio 2022 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I811 – *Finanziamenti auto*, che l'inesistenza di una preclusione a livello legale, a fronte di un'iniziale segnalazione comunque rilevante, nel trascorrere dei mesi e poi degli anni senza che nessuna istruttoria fosse avviata, e senza neppure che si realizzasse mai un coordinamento formale con la Commissione, rende inevitabilmente tardivo l'atto di avvio dell'Autorità. Tale orientamento è stato ribadito con sentenza del 3 febbraio 2022, n. 735 nella quale i giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto diretta applicabilità del termine decadenziale di cui all'art. 14 l. 689/1971, per il rispetto delle esigenze di difesa e tutela delle imprese. Infatti, «il tempo trascorso, prima dell'avvio dell'istruttoria, non può ritenersi privo di conseguenze in più di una direzione: nei confronti delle imprese “incolpate”, nella misura in cui il protrarsi della pratica contestata può avere aggravato la loro posizione, con effetti sia sulla (accresciuta) rilevanza dell'infrazione e quindi sulla conseguente sanzione, che in ordine alla loro esposizione, a valle dell'intesa, ad un numero di cause risarcitorie verosimilmente maggiore; ma anche nella direzione del mercato, che da una pratica concordata restrittiva per oggetto può ricevere un pregiudizio ancora maggiore ove l'intervento inibente dell'enforcement pubblico non sia tempestivo»².

In una successiva sentenza, il Tar Lazio esamina anche i principi generali europei che impongono una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata di tali norme anche in funzione dei diritti di difesa degli operatori. Con sentenza del 24 marzo 2022, n. 3334, relativa al procedimento A523 – *Ticketone/Condotte escludenti nella vendita dei biglietti*, infatti, la Prima Sezione ribadisce che la non

¹ Negli stessi termini si veda Tar Lazio, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, conf. da Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512.

² In tal senso si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2022, n. 823.

diretta applicabilità dell'art. 14 non può giustificare il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso temporale totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato e ricorda «i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dei diritti dell'UE che costituiscono parametri imprescindibili. dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto antitrust e di applicare le relative sanzioni, procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato»³.

Con sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, il Consiglio di Stato, nel riaffermare la diretta applicabilità dell'art. 14 citato ai procedimenti *antitrust*, ha stabilito che «le norme di principio contenute nel Capo I, l. 24 novembre 1981, n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro». L'intento del Legislatore è stato proprio quello di «assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo», e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso, «tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati ab origine come amministrativi». La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo (idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato), attiene ai principi del contraddittorio ed è garantito dalla legge 689/1981 attraverso la prescrizione di una tempestiva contestazione, la cui osservanza è assicurata mediante la previsione espressa dell'inapplicabilità della sanzione. Si aggiunge, infine, che «il termine per la contestazione delle violazioni ha infatti pacificamente natura perentoria avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa».

L'ampia portata precettiva è esclusa soltanto alla presenza di una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio. Lo stesso art. 31 della legge n. 287 del 1990 prevede infatti l'applicazione delle norme generali di cui alla legge n. 689 del 1981 “in quanto applicabili”. Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina della potestà sanzionatoria dell'Autorità non emergono le condizioni per derogare al sistema di repressio-

³ Tar Lazio, Roma, sez. I, 24 novembre 2020, n. 12532.

ne degli illeciti amministrativi per mezzo di sanzione pecuniaria ivi delineato. Il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) non reca indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, e quindi non può far ritenere "diversamente stabilita" la scansione procedimentale e, quindi, inapplicabile il termine di cui si discute. Tale interpretazione è preferibile anche orientata dalla sicura ascendenza costituzionale del principio di tempestività della contestazione, posto a tutela del diritto di difesa.

I giudici concludono che «la soluzione proposta si impone anche alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme, quale logico corollario della natura sostanzialmente "penale" delle sanzioni antitrust e della conseguente applicabilità ad esse dei principi fondamentali del diritto punitivo». Si tratta, infatti, del principio di immediatezza quale logico corollario del giusto procedimento sanzionatorio. Come osservato dalla Corte costituzionale⁴, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo «impone la predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti, ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere».

Con la sentenza 26 maggio 2022, n. 8505, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*, il Consiglio di Stato ha nuovamente affrontato il tema dell'applicabilità dell'art. 14 l. 689/81 ai procedimenti *antitrust*. Nello specifico i giudici hanno concluso che «il comportamento procedimentale assunto nella specie dall'Autorità abbia "tradito" le coordinate normative recate dall'art. 14 l. 689/1981, non potendosi in alcun modo giustificare, sia nell'ottica di garantire il rispetto dei diritti difensivi, sia nell'ottica di tutelare l'interesse pubblico al sollecito ripristino del corretto assetto del mercato, il decorso di un lasso di tempo così lungo, che non risulta sia stato utilizzato dall'Autorità per approfondire le segnalazioni originarie». L'intrinseca completezza e genuinità di queste ultime risulta indirettamente confermata e ciò determina l'illegittimità della procedura poi svolta, in quanto avviata tardivamente rispetto alla piena cognizione degli elementi utili ad avviare, in modo palese, la procedura istruttoria a carico delle imprese coinvolte nell'indagine. La rilevanza di tale patologia e la primarietà della censura dedotta in sede di appello, dopo essere stata già avanzata in primo grado, relativa al sopra segnalato rilevante grave deficit comporta-

⁴ Corte Costituzionale, sentenza del 12 luglio 2021, n. 151, sia pure con riguardo al termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.

mentale, è di per sé sola in grado di travolgere l'intero procedimento e il provvedimento sanzionatorio impugnato.

Il Tar Lazio, nella sentenza del 3 ottobre 2022, n. 12507, relativa al procedimento I842 – *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace*, dopo aver brevemente passato in rassegna i due diversi orientamenti formati in materia, ha ritenuto di confermare la non diretta applicazione nei procedimenti *antitrust* del termine decadenziale di cui all'art. 14 l. 689/1981. Ciononostante però, la non applicabilità del termine di cui all'art. 14 cit. «non può giustificare il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi per un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile modus operandi sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento». Infatti, nel caso in esame, la Prima Sezione ha ritenuto fondata la censura di tardivo avvio dell'istruttoria nello specifico perché «il mancato rispetto di un termine ragionevole nel procedimento antitrust rappresenta un vulnus particolarmente grave dei surriferiti principi e dell'interesse dell'operatore che opera nel mercato alla rapidità della formulazione della contestazione, soprattutto in quelle fattispecie, come la presente, ove viene contestata l'esistenza di una intesa "per oggetto", in cui il tempestivo avvio dell'istruttoria è di fondamentale importanza per impedire il protrarsi dell'attività ritenuta non compatibile con le regole poste a tutela della concorrenza e a correggere tempestivamente le condotte illecite degli operatori»⁵.

Con sentenza del Tar Lazio, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 125, con riferimento al procedimento I839 – *Trasporti speciali infiammabili e rifiuti da e per le isole campane*, i giudici hanno evidenziato come il secondo orientamento sopra esaminato appaia consolidarsi. Tuttavia, operano un'importante ricostruzione della fase c.d. preistruttoria: «essa costituisce il momento in cui, senza contraddittorio, l'Autorità raccoglie i primi elementi indiziari al fine di verificare l'effettiva esistenza dell'illecito *antitrust*. La durata di tale fase non può – a legislazione vigente – esser fissata rigidamente, atteso che l'AGCM può, con valutazione discrezionale, avviare il procedimento nel momento che più ritiene opportuno secondo le proprie priorità operative. Similmente, rientra nella discrezionalità dell'Autorità individuare il momento nel quale essa reputa conclusa l'acquisizione di tutti gli elementi per contestare l'infrazione. Ovviamente, l'esercizio dei poteri da parte dell'AGCM nella fase preistruttoria risulta sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti della verifica estrinseca della ricorrenza del vizio di eccesso di potere».

I giudici amministrativi hanno avuto comunque modo di ribadire che, in tali ambiti, deve riconoscersi al giudice che sia chiamato a pronunciarsi sulla tempe-

⁵ In tal senso si veda anche, Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2021, n. 7795.

stività della contestazione dell'illecito la possibilità di sindacare la necessità o l'opportunità della protezione dell'attività istruttoria, da parte dell'amministrazione, con il compimento di atti di indagine collegati a quelli già effettuati. In particolare, con sentenza del 15 maggio 2023, n. 8259, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, la sezione Prima del Tar Lazio ha affermato che «tale sindacato deve essere svolto *ex ante* in relazione all'utilità potenziale delle ulteriori iniziative istruttorie e non già ai concreti esiti che tali iniziative abbiano effettivamente prodotto – e tenendo conto dell'interesse pubblico ad un accertamento unitario di vicende complesse e coinvolgenti plurime responsabilità, quando l'efficacia delle indagini dell'Autorità di vigilanza venga posta a repentaglio da una *discover* prematura, che consegua alla parcellizzazione dei risultati dell'indagine stessa».

Con la sentenza del Tar Lazio, sez. I, 9 ottobre 2023, n. 14838, relativa al procedimento I845 – *Gara manutenzione pavimentazioni tratte autostradali di Milano Serravalle-Milano Tangenziali*, si è ribadita l'operatività del secondo orientamento sopra descritto, ai sensi del quale non è ammissibile «il compimento di attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, dovendo la stessa essere contenuta entro termini ragionevoli, da valutare in relazione alla natura degli accertamenti richiesti, scomputando il tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie». Del resto, deve considerarsi che, pur se la durata della fase preistruttoria non può essere fissata rigidamente, giacché rientra nella discrezionalità dell'Autorità individuare il momento nel quale essa reputa conclusa l'acquisizione di tutti gli elementi per contestazione l'infrazione «l'esercizio di tale potere risulta comunque sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti della verifica estrinseca della ricorrenza del vizio di eccesso di potere; pertanto, il concreto dipanarsi di tale fase, in relazione all'entità e alla complessità delle verifiche da svolgere, è sì rimesso alla valutazione dell'Autorità, ma comunque nell'ambito del corretto esercizio dei propri poteri discrezionali, come tali sindacabili sotto il profilo della ragionevolezza e della congruità motivazionale da questo Giudice».

Tutto ciò premesso e considerato, il Consiglio di Stato, con la sentenza del 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, ha però affermato che «nel caso in cui, pur se il procedimento istruttorio venga avviato sulla scorta di una segnalazione pervenuta all'AGCM e laddove la segnalazione non possa obiettivamente definirsi *completa*, necessitando una specifica attività istruttoria dell'Autorità al fine di – perlomeno – tratteggiare in maniera sufficiente l'oggetto della violazione imputabile ai protagonisti della vicenda e la individuazione, anche solo parziale, di questi ultimi, non si può desumere che decorra dal momento in cui la segnalazione sia pervenuta all'AGCM il termine per la contestazione dell'illecito o per l'avvio dell'istruttoria». La completezza e l'attendibilità di una segnalazione fungono da criteri che il giudice deve appli-

care al fine di stabilire se una comunicazione di avvio di istruttoria sia tempestiva e pare arduo sostenere l'incompletezza o la non veridicità di una segnalazione quando l'AGCM non faccia seguire la segnalazione da alcuna attività conoscitiva, a maggior ragione quando la contestazione contenuta nell'avvio dell'istruttoria rispecchi il contenuto della segnalazione.

Con riferimento agli ulteriori poteri esercitati dall'Autorità antitrust, merita segnalarsi che la diretta applicabilità dell'art. 14 l. 689/1981 ai procedimenti antitrust è stato, in un primo momento, ritenuto non applicabile alle condotte adottate in violazione del Codice del Consumo⁶⁷. Tale approccio è sostanzialmente mutato con la sentenza 28 febbraio 2022, n. 2332, è stato successivamente superato con le sentenze n. 4694 del 2022, relativa al procedimento PS9388 – *T-Shock31*, e n. 10045 del 16 novembre 2022, relativa al procedimento PS11564 – *Enel/SEN Prescrizione biennale*, nelle quali il Consiglio di Stato ha ritenuto di applicare l'art. 14 ai procedimenti dell'Autorità anche in materia di pratiche commerciali scorrette⁸.

2.2. *Congruità del tempo di accertamento dell'infrazione: termine iniziale e comunicazione di avvio del procedimento*

Occorre porre le basi per un corretto inquadramento della questione e per non incorrere in errori riguardo all'applicazione dell'art. 14 della l. 689/1981. Il decorso dei novanta giorni per la comunicazione dell'accertamento dell'infrazione è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al diverso tempo di accertamento dell'infrazione. Prima di procedere all'esame delle principali sen-

⁶ Il Tar Lazio, nella sentenza 28 febbraio 2022, n. 2332, relativa al procedimento PS11564 – *Enel/SEN Prescrizione biennale*, ha specificato che l'orientamento che ritiene l'art. 14 l. 689/1981 dotato di applicazione generale e, pertanto, immediatamente applicabile anche ai procedimenti *antitrust* condotti dall'AGCM in relazione ai procedimenti in materia di tutela della concorrenza, non possa trovare applicazione nell'ambito di un procedimento relativo all'accertamento di una pratica commerciale scorretta, estraneo al perimetro dei procedimenti in materia *antitrust*. Nello specifico si precisa che «nel caso di illeciti consumeristici, infatti, è presente la delibera AGCM, 1° aprile 2015, n. 25411, adottata dall'Autorità ai sensi dell'art. 27, comma 11 del d.lgs. n. 205/2006 (c.d. "Codice del Consumo") che ha imposto all'Autorità di dotarsi di un regolamento per disciplinare le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e di pratiche commerciali scorrette».

⁷ In tal senso si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10148, sulla mancata applicazione dell'art. 14 alle istruttorie AGCM per contrastare gli illeciti consumeristici.

⁸ Secondo tali decisioni, le norme di principio relative alla immediatezza della contestazione o comunque ad una non ragionevole dilatazione dei suoi tempi, contenute nel Capo I, l. 24 novembre 1981, n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro. Si legge nelle sentenze sopra menzionate che l'intento del legislatore è stato quello di assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati *ab origine* come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie. Tutto quanto premesso attiene ai principi del contraddittorio ed è garantito dalla legge n. 689 del 1981 attraverso la previsione e l'obbligo di una tempestiva contestazione della violazione.

tenze dei giudici amministrativi che hanno esaminato il tema occorre affermare che in tutti i principali casi esaminati il decorso del termine per l'accertamento dell'infrazione è stato ricollegato all'acquisizione e all'analisi da parte dell'Autorità degli elementi necessari alla formulazione di una prima contestazione.

Difatti, come evidenziato nella sentenza 3 ottobre 2022, n. 12507 della Prima Sezione del Tar Lazio, relativa al procedimento I842 – *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace*, ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell'infrazione, ciò che rileva, quale termine iniziale «non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti». Da ciò discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alle complessità che le singole fattispecie presentano, ai fini dell'acquisizione e dell'analisi degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione⁹. Nonostante questi principi espressi, avvalorati dalla circostanza della peculiarità dei procedimenti antitrust, che sommano una pluralità di attività, non solo di applicazione della sanzione pecuniaria ma anche di accertamento dell'illecito e di inibizione alla cessazione degli effetti, i giudici hanno ritenuto contrario ai principi di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa l'avvio del procedimento *antitrust* da parte dell'Autorità soltanto dopo diciassette mesi dalla segnalazione che già offriva le informazioni necessarie per tratteggiare gli elementi-base dell'illecito. A sostegno di tale conclusione si è anche affermato che l'Autorità nell'arco di tempo intercorso non ha compiuto attività di particolare complessità che giustificassero la dilazione.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, 4 ottobre 2022, n. 8505, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*, i giudici hanno affermato che il decorso del termine per la contestazione della violazione, «è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti». Si specifica che l'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato all'art. 14 l. 689/1989 deve essere identificato, nei procedimenti istruttori *antitrust*, con l'atto di avvio dell'istruttoria indicato dall'art. 14 l. 287/1990 e dall'art. 6 d.P.R. 217/1998 e ciò per la ragione che tale atto dovendo contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infra-

⁹ Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525.

zioni e, dovendo porre i destinatari in grado di presentare, in ogni stadio dell'istruttoria, difese da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito. Più nello specifico, si è affermato che il termine per la contestazione degli illeciti decorre dalla data in cui l'autorità amministrativa ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione; compete poi al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per l'accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Successivamente, nella sentenza del Consiglio di Stato, 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, i giudici hanno affermato che «l'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato all'art. 14 l. 689/1989 deve essere identificato, nei procedimenti istruttori *antitrust*, con l'atto di avvio dell'istruttoria indicato dall'art. 14 l. 287/1990 e dall'art. 6 d.P.R. 217/1998 e ciò per la ragione che tale atto dovendo contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni e, dovendo porre i destinatari in grado di presentare, in ogni stadio dell'istruttoria, difese da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito». Più nello specifico, si è affermato che il termine per la contestazione degli illeciti decorre dalla data in cui l'autorità amministrativa ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione; compete poi al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per l'accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Inoltre, come evidenziato nella sentenza del 6 marzo 2023, n. 3697, della Prima Sezione del Tar Lazio, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, il termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 l. 689/1981 «è riferito alla comunicazione di avvio del procedimento: quanto al *dies a quo*, esso va individuato non nel momento in cui la violazione si verifica, bensì in quello in cui l'amministrazione la accerta, ossia ha raccolto gli elementi costitutivi necessari per formulare la contestazione: circostanza inferibile dal disposto dell'art. 13 l. 689 cit. che individua le attività conoscitive che l'amministrazione può (trattasi, in realtà, di potere-dovere) compiere per giungere all'accertamento dell'infrazione»¹⁰. Tale termine non può, però, certamente farsi coincidere con la ricezione di una denuncia anonima in quanto tale reputata non sufficiente dall'AGCM per formulare, nel caso di specie, un giudizio di sussistenza dell'intesa. Come noto, la fase c.d. preistruttoria infatti «costituisce quel momento in cui, senza contraddit-

¹⁰ Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503.

torio, l'Autorità raccoglie i primi elementi indiziari al fine di verificare l'effettiva esistenza dell'illecito antitrust. La durata di tale fase non risulta – a legislazione vigente – esser fissata rigidamente, atteso che l'AGCM può, con valutazione discrezionale, avviare il procedimento nel momento che più ritiene opportuno secondo le proprie priorità operative».

3. *Diritto di difesa*

3.1. *Il principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti antitrust*

È un dato di comune osservazione che la disciplina del contraddittorio nel procedimento amministrativo *antitrust* sia maggiormente raffinata che nel procedimento amministrativo ordinario. Per quanto riguarda la funzione assolta dal contraddittorio nel procedimento *antitrust*, essa è una funzione di garanzia in senso lato: non solo garanzia-difesa per le imprese, né solo garanzia-collaborazione per tutti coloro che, diversi dai destinatari del provvedimento finale, hanno titolo a partecipare al procedimento, ma anche garanzia in una prospettiva ordinamentale.

Nello specifico, come esposto nella sentenza 2 maggio 2022, n. 3416, relativa al procedimento I793 – *Aumento prezzi cemento*, il Consiglio di Stato, afferma che «il rispetto del principio del contraddittorio implica, infatti, che l'autorità chiamata a decidere su una situazione esamini le istanze di tutte le parti coinvolte prima di assumere qualsiasi decisione, onde evitare di maturare pregiudizi che potrebbero condizionare le successive valutazioni». Per questa ragione si disporrà l'annullamento di tutti gli atti del procedimento, che risulterà “geneticamente” viziato.

A sostegno dell'importanza della tutela del diritto di difesa nell'ambito dei procedimenti antitrust merita una menzione la sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, 3 ottobre 2022, n. 12507, relativa al procedimento I842 – *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace*, con la quale i giudici amministrativi hanno riconosciuto sussistente la violazione del diritto di difesa delle parti a causa del termine particolarmente ridotto per la presentazione delle proprie difese a fronte di un documento particolarmente complesso e articolato quale la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI). Nel caso di specie l'AGCM aveva accordato solamente 30 giorni, il minimo previsto, quando la stessa Autorità ha concesso in altri procedimenti, in molti casi di analoga complessità, termini molto più ampi che hanno superato ampiamente i 100 giorni. Pertanto, in ultima analisi si afferma che «lo spazio difensivo assicurato nel caso di specie deve quindi ritenersi inidoneo a garantire l'effettivo esplicarsi del contraddittorio».

Giova ricordare come l'art. 14 del d.P.R. 217/98 stabilisce che alle parti sia assegnato un termine minimo di 30 giorni per memorie scritte e documenti. La previsione di un minimo, e non di un massimo, conferisce evidentemente all'Autorità la discrezionalità di modulare tale termine, ampliandolo nei casi più gravi e di maggiore complessità, quale non può negarsi fosse quello in esame. Ed infatti la prassi dell'Autorità è nel senso di assegnare un termine sensibilmente maggiore del minimo previsto dalla disposizione citata, soprattutto nei casi di accertamenti complessi, al fine di assicurare alle parti uno spazio adeguato per replicare alle contestazioni mosse loro e per confutare le acquisizioni istruttorie, anche mediante la produzione di ulteriore documentazione.

Come sostenuto dai giudici amministrativi della Sesta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza del 1° marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento 1805 – *Prezzi del cartone ondulato*, nell'ambito dei procedimenti *antitrust* «l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle tesi difensive e ne attesti la relativa consapevolezza».

Inoltre, tali garanzie procedurali però non devono essere necessariamente osservate nel corso dell'attività preistruttoria, soprattutto per quanto concerne l'audizione del soggetto segnalante. In particolare, con la sentenza del Tar Lazio, sez. I, dell'11 dicembre 2023, n. 18588, relativa al procedimento C7404 – *Black Oils/Europetrol*, i giudici hanno chiarito che «vista la natura preliminare e informale dell'attività preistruttoria, in essa non trovano necessariamente applicazione le garanzie partecipative di cui alla legge n. 241, vista anche la sua stretta strumentalità con la fase eventuale successiva dell'istruttoria, nel corso della quale il contraddittorio è pienamente assicurato da norme specifiche». Pertanto, l'audizione del segnalante nel corso della fase preistruttoria, «è rimessa alla discrezionalità dell'Autorità».

Giova ricordare come l'art. 14 del d.P.R. 217/98 stabilisce che alle parti sia assegnato un termine minimo di 30 giorni per memorie scritte e documenti. La previsione di un minimo, e non di un massimo, conferisce evidentemente all'Autorità la discrezionalità di modulare tale termine, ampliandolo nei casi più gravi e di maggiore complessità, quale non può negarsi fosse quello in esame. Ed infatti la prassi dell'Autorità è nel senso di assegnare un termine sensibilmente maggiore del minimo previsto dalla disposizione citata, soprattutto nei casi di accertamenti complessi, al fine di assicurare alle parti uno spazio adeguato per replicare alle contestazioni mosse loro e per confutare le acquisizioni istruttorie, anche mediante la produzione di ulteriore documentazione.

3.2. Accesso agli atti del procedimento AGCM

L'accesso ai documenti da parte di imprese destinatarie di un atto di avvio del procedimento antitrust, ex artt. 24, l. n. 241/90 e 13 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 costituisce una delle principali esplicazioni del diritto di difesa. Tale diritto però non può prevalere quando vi sia un contrapposto interesse privato espressamente tutelato da una norma, a maggior ragione se tale interesse sia associato ad un concomitante interesse pubblico.

Nella sentenza n. 11173 del 21 dicembre 2022, relativa al procedimento PS11910 – *Allianz assicurazioni/Liquidazione danni RC auto*, il Consiglio di Stato, nell'affermare che, ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, deve essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, richiama i principi esposti dall'Adunanza Plenaria¹¹ riguardo l'accesso c.d. difensivo. In particolare, «l'accesso difensivo presuppone la sussistenza del nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici, che impone al richiedente di motivare la propria richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione gli elementi che consentano all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta con la situazione "finale" controversa». In altri termini, anche in materia *antitrust*, la giurisprudenza impone al richiedente di illustrare il nesso di strumentalità tra documento ed esigenza di tutela giurisdizionale.

3.3. Violazione principio di collegialità

Nella sentenza del Consiglio di Stato, 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, i giudici amministrativi affrontano il tema del principio di collegialità posto dall'art. 10, comma 2, della legge n. 287/1990 (come modificato dall'art 23, comma 1, del decreto-legge n. 201/2011). Con un primo ordine di censure comune a tutte le società appellanti viene contestata la violazione del principio di collegialità posto dall'art. 10, comma 2, della legge n. 287/1990, in quanto il provvedimento sarebbe stato assunto da un organo invalidamente costituito, essendo lo stesso stato deliberato da soli due componenti del Collegio in assenza del Presidente.

¹¹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4.

Nello specifico secondo i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la Sesta Sezione afferma che la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri l'opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto. La giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina. Anche la giurisprudenza di legittimità civile e costituzionale non ha mai ritenuto necessario, ai fini del rispetto dell'art. 6 CEDU, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Nello specifico con la sentenza in commento si è precisato che «il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al *plenum* del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare».

Con la sentenza del 9 giugno 2022, n. 4779, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, per una censura sostanzialmente analoga alla precedente (provvedimento adottato in un periodo di vacanza della Presidenza dell'AGCM da un collegio composto di soli due membri in violazione del principio di collegialità e sulla base di un regolamento secondo cui il voto del componente più anziano prevale in caso di parità), il Consiglio di Stato si è espresso conformemente al precedente sopra menzionato, richiamando i principi espressi dall'Adunanza del consiglio di Stato secondo cui «la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto: la giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina¹². Anche la giurisprudenza costituzionale e quella civile di legittimità non hanno mai ritenuto necessario, a fini di rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Riveste inalterata attualità sul punto, l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al *plenum* del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare»¹³.

¹² Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2500; Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3363.

¹³ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2018, n. 17.

Nella sentenza del Tar Lazio, 15 maggio 2023, n. 8259, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, i giudici amministrativi hanno affermato che risulta sufficiente il riferimento alla giurisprudenza consolidata in materia, segnatamente in ordine alla natura non “perfetta” del collegio deliberante dell’Antitrust. Nello specifico, «la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri l’opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto. La giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina¹⁴». Anche la giurisprudenza di legittimità civile e costituzionale non ha mai ritenuto necessario, ai fini del rispetto dell’art. 6 CEDU, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Nello specifico con la sentenza in commento si è precisato che «il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al plenum del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare¹⁵». Infatti, la qualificazione dell’organo collegiale in termini di collegio perfetto richiede una previsione di legge che, espressamente o implicitamente imponga la presenza di tutti i componenti per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare. L’indice più sicuro per individuare un collegio perfetto «è costituito dalla previsione, accanto ai componenti effettivi, anche di componenti supplenti, il cui scopo è quello di garantire che il collegio possa operare con il plenum anziché con la sola maggioranza, in caso di impedimento di taluno dei membri effettivi, senza che il suo agire sia paralizzato dall’assenza di taluno dei suoi componenti¹⁶».

La giurisprudenza amministrativa ha, pertanto, ulteriormente evidenziato come la qualificazione dell’organo collegiale in termini di collegio perfetto richieda una previsione di legge che, espressamente o implicitamente, preveda la presenza di tutti i componenti per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare. In aggiunta a ciò, nel caso di specie, da un lato, difetta un’espressa previsione legislativa, dall’altro, comunque, la regolazione posta con la l. n. 287/1990 e il Regolamento sul funzionamento dell’Autorità, non qualifica espressamente l’organo decidente come un collegio perfetto, né prevede la nomina di supplenti o l’invalidità delle deliberazioni dell’organo collegiale assunte in assenza di uno dei componenti.

¹⁴ In tal senso si veda Cons. Stato, sez. IV, 2500/2014, Const. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3363

¹⁵ Si veda Const. Stato Ad. Plen. n. 17/2018.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, n. 3363/2011.

3.4. *Coincidenza tra contestazione iniziale e conclusiva nel provvedimento sanzionatorio*

Il problema della corrispondenza tra contestazione e decisione finale si inquadra all'interno del problema più generale della qualificazione del procedimento amministrativo antitrust, che nelle posizioni giurisprudenziali ha finora oscillato tra il modello inquisitorio proprio del procedimento sanzionatorio e il modello tradizionale di amministrazione attiva¹⁷.

Con sentenza n. 4779 del 13 giugno 2022, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, il Consiglio di Stato ha affrontato il tema della coincidenza tra le contestazioni nei provvedimenti dell'Autorità antitrust. Il principio secondo cui il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione può ritenersi violato soltanto qualora l'Autorità «deduca circostanze nuove, non preventivamente sottoposte a contraddittorio, implicanti una diversa valutazione dei fatti addebitati». Nel corso dell'attività istruttoria svolta dall'Autorità ben può accadere che il contenuto e la valutazione di documentazione già acquisita e successivamente emersa, conducano ad una diversa lettura del quadro fattuale nel senso della sussistenza di un complesso ed unitario contesto collusivo.

Con sentenza del Consiglio di Stato, n. 10939 del 14 dicembre 2022, relativa al procedimento PS9452 – *Illumia/Promozione led per risparmio energetico*, la Sesta Sezione ha riaffermato, nello specifico che «non deve esistere una perfetta coincidenza tra le “accuse” formulate nell'atto di avvio dell'istruttoria e i comportamenti stigmatizzati nel provvedimento sanzionatorio finale». L'atto di avvio dell'istruttoria, infatti, individua i possibili profili di scorrettezza della condotta che devono essere approfonditi e valutati durante l'istruttoria stessa.

L'Autorità deve pertanto indicare con la massima precisione possibile «l'oggetto del procedimento fin dalla comunicazione di avvio dell'istruttoria, ma non è pensabile che in tale fase iniziale del procedimento l'Autorità disponga di ogni utile elemento per specificare ogni dettaglio oggettuale della propria indagine, che evidentemente si arricchirà di nuovi elementi soltanto nel corso dell'istruttoria e anche grazie agli apporti partecipativi dei soggetti interessati»¹⁸. Da ciò, discende che l'eventuale incompletezza dell'oggetto del procedimento sanzionatorio è da attribuire al dato oggettivo per cui l'Autorità non dispone in concreto – ciò che è ipotesi normale – di tutti gli elementi per articolare una descrizione

¹⁷ Anche il diritto comunitario fatica a trovare una collocazione adeguata al procedimento antitrust che si svolge dinanzi alla commissione, con gli inevitabili riflessi che ciò comporta per quanto riguarda il profilo del rispetto dei diritti di difesa. Sul punto cfr. M.C. Baruffi, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001, 30 ss.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3511.

più dettagliata dell'oggetto del procedimento e non può concludersi per l'illegittimità del procedimento per omessa o non compiuta indicazione del suo oggetto.

Con sentenza n. 13477 del 30 agosto 2023, relativa al procedimento A493 – *Poste Italiane/Prezzi recapito*, la Prima sezione del Tar Lazio ha affermato che il mutamento del fatto contestato infatti si inserisce nella fisiologia procedimentale. È, infatti, «connaturale ai procedimenti antitrust la possibilità per l'AGCM di adeguare la contestazione dell'illecito in relazione alle emergenze dell'istruttoria: d'altro canto, negare tale facoltà determinerebbe l'inutilità della partecipazione procedimentale».

I giudici del Tar Lazio, con sentenza n. 10044/2023 si soffermano sulla necessaria collaborazione con l'AGCOM da parte della stessa Autorità *antitrust* nelle ipotesi di violazioni nel settore postale. Come noto, l'art. 1, comma 6, lett. c), n. 11) l. 31 luglio 1997, n. 249, demanda al Consiglio dell'Autorità Garante delle Comunicazioni l'espressione di un obbligatorio parere nelle ipotesi di violazioni *antitrust* indagate dall'AGCM: orbene, sebbene tale disposizione non appare poter essere applicata analogicamente alla fattispecie di abuso di dipendenza economica, «risulta evidente che, nel caso in esame, l'acquisizione del parere dell'Autorità di settore sarebbe stata assai opportuna, in ragione dello sviluppo dell'illecito in un settore regolamentato». Del resto, il protocollo di intesa tra le due Autorità evidenzia come «la cooperazione tra le autorità non si esaurisca negli atti obbligatoriamente prescritti dalle rispettive leggi istitutive, potendo procedervi in qualsiasi questione di interesse comune».

Infine, con sentenza del Tar Lazio, n. 17530 del 24 novembre 2023, relativa al procedimento PS11535 – *Olimpia Gruppo Sinergy/Offerte commerciali*, la Prima sezione ha affermato, che «il principio del giusto processo (o procedimento), di cui il contraddittorio è uno dei più pregnanti corollari, presuppone che la parte accusata sia messa immediatamente a conoscenza della contestazione mossa: quest'ultima è l'enunciazione in termini discorsivi della condotta asseritamente illecita, comprensiva anche della sua circoscrizione spaziale e temporale». Risulta, pertanto, pacifico che «la contestazione non possa essere mutata in corso del procedimento (salvo quelle minimali variazioni riassunte nella formula dell'*emendatio libelli*) atteso che ciò pregiudicherebbe il corretto e proficuo esercizio del diritto di difesa. Invero, se fosse consentito all'Autorità cambiare arbitrariamente la contestazione i soggetti destinatari delle sanzioni si ritroverebbero costantemente costretti ad inseguire l'accusa senza giungere mai ad un provvedimento definitivo».

4. *Riparto di competenze tra Autorità nazionali e Commissione Europea*

Con le sentenze 25 gennaio 2022, n. 500 e 26 gennaio 2022, n. 552, relative al procedimento I811 – *Finanziamenti auto*, il Consiglio di Stato ha analizzato la questione del riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza italiana e Commissione europea. Nell'analizzare la sentenza del Tar che aveva ritenuto eccessivo il tempo intercorso tra la domanda di clemenza presentata dal *leniency applicant* e la data di avvio del procedimento, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha confermato le statuizioni ivi contenute. In particolare, nell'appello, la difesa dell'AGCM ha cercato di giustificare il tempo trascorso in ragione del fatto che fosse "pendente" dinanzi alla Commissione europea un'altra domanda di clemenza, presentata per gli stessi fatti sempre dalla medesima Società appellata, e che questa domanda fosse "completa", a differenza di quella proposta dinanzi all'AGCM, in forma invece "semplificata".

L'assunto sostenuto da parte appellante, secondo cui l'Autorità non avrebbe potuto condurre un'indagine propria sino a quando la Commissione non avesse sciolto la riserva se farlo Lei, non si ricava dal quadro normativo *ratione temporis esistente*. *I giudici affermano infatti che* «non si ricava sicuramente dal Reg. 1/2003, ma neppure dalla Comunicazione della Commissione sulla Cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità Garanti della Concorrenza, entrambi configuranti (e ispirati ad) un sistema di competenze parallele, nel quadro della cd. modernizzazione delle procedure di applicazione delle disposizioni antitrust del Trattato e di cui il "decentramento", in favore delle Autorità nazionali, costituisce uno dei pilastri».

Una simile conclusione – nel senso di escludere qualunque preclusione o divieto automatico – trova conferma anche nella stessa giurisprudenza unionale: sia nella ricostruzione del quadro normativo offerta, in particolare, dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 20 gennaio 2016, che nella declinazione del principio di collaborazione tra le due autorità, le quali possono, perlomeno nelle fasi preliminari quali le indagini, lavorare in parallelo. Sempre la Corte di Giustizia afferma in modo chiaro che in mancanza di un sistema centralizzato, a livello dell'Unione, di ricezione e di valutazione delle domande di clemenza relative a infrazioni all'articolo 101 TFUE, il trattamento di domande del genere inviate a un'autorità nazionale garante della concorrenza è determinato da quest'ultima in applicazione del diritto dello Stato membro cui essa appartiene.

4.1. Riparto di competenze tra AGCM e Autorità di settore

La convivenza tra Autorità indipendenti trasversali, dotate di competenze non circoscritte a singoli settori in quanto istituite a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale, quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e Autorità di regolazione di settore, preposte in via esclusiva ad uno specifico settore economico, ha sempre dato luogo a interferenze e sovrapposizioni nelle rispettive attribuzioni. Il carattere parzialmente indeterminato dei confini tracciati dalle leggi istitutive può infatti creare le condizioni per cui una determinata fattispecie sia astrattamente riconducibile nella sfera di competenza di più Autorità, con il rischio di sottoporre i soggetti regolati ad un onere di *double compliance*, cioè a regole e controlli che potrebbero anche essere confliggenti tra loro.

Da tempo, la giurisprudenza europea ha affermato la prevalenza della disciplina di settore solo se sia individuabile un contrasto insanabile con quella di cui alla normativa generale, nel senso che la nozione di “contrasto” denota un rapporto, tra le disposizioni cui si riferisce, che va oltre la mera difformità o semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarla. Infatti, «non essendo ravvisabile nessun contrasto, il rapporto tra le due discipline non è di specialità e le stesse possono dunque trovare applicazione parallela»¹⁹.

Allo stesso modo, con la sentenza n. 13477 del 30 agosto 2023, relativa al procedimento A493 – *Poste Italiane/Prezzi recapito*, si è osservato come l'azione del regolatore (nel caso di specie AGCOM) è complementare a quella dell'Autorità *antitrust*, risultando quindi la repressione delle condotte anticoncorrenziali possibile solamente nei limiti di libertà imprenditoriale lasciati dalla disciplina settoriale. Tale coordinamento impone pertanto di intrattenere «una collaborazione istituzionale quanto mai opportuna al fine della corretta ricostruzione dei fatti e alla loro valutazione».

Con la sentenza del Tar Lazio, n. 16709, del 9 novembre 2023, i giudici hanno dovuto affrontare la questione del riparto di competenze tra l'Autorità *antitrust* e l'IVASS, in materia di pratiche commerciali scorrette. In particolare, si è affermato che «le disposizioni di legge vanno interpretate nel senso che le norme di settore, con consequenziale competenza delle autorità di settore, si applicano solo qualora le stesse contengano profili di disciplina incompatibili con le norme generali in materia di pratiche commerciali scorrette, con la conseguenza che la normativa di settore disciplinerà solo condotte che presentano aspetti di diver-

¹⁹ Tar Lazio, Roma, 6 dicembre 2022, n. 16240, relativa al procedimento IP312 – *Telecom/Offerta smart fibra*.

genza radicale con le pratiche commerciali scorrette». La regola generale è pertanto che, in presenza di una pratica commerciale scorretta la competenza è dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (al quale l'art. 27, comma 1-bis attribuisce una competenza esclusiva), mentre la competenza delle altre autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili.

5. *Sanzioni antitrust*

5.1. *Calcolo della sanzione*

Nell'ambito dei fondamentali principi di adeguatezza e proporzionalità nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria dell'Autorità, occorre segnalare come la giurisprudenza amministrativa abbia in più occasioni rimarcato tali principi. Nello specifico, nella sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, i giudici hanno affermato i consolidati criteri giurisprudenziali e non, per il calcolo della sanzione in presenza di un'unica gara centralizzata in cui il valore relativo ai diversi lotti poteva essere variabile. Si è affermato che è corretto assumere come valore delle vendite, sulla base del quale quantificare l'importo della sanzione, l'importo di aggiudicazione nel valore massimo convenzionabile previsto per ciascun lotto aggiudicato all'impresa e non l'importo corrispondente al fatturato effettivamente realizzato in esito alla gara in esecuzione degli ordinativi effettivi. Tale previsione si giustifica in quanto l'importo dell'appalto aggiudicato, da un lato, è il valore preso a riferimento dalle parti al momento di determinarsi per l'illecito, dall'altro, è un indice espressivo delle potenziali conseguenze dannose per la struttura del mercato.

Con sentenza del 9 giugno 2022, n. 4696, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, il Consiglio di Stato ha affermato, riportando l'art 15 l. n. 287/1990, secondo cui «l'Autorità dispone dell'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, che la disposizione sul piano letterale individua quale base di calcolo il fatturato dell'ultimo esercizio chiuso e non quello risultante dall'ultimo bilancio depositato come invece prospettato dall'Autorità, sicché tale disposizione non pare precludere la possibilità di determinare il fatturato dell'ultimo esercizio chiuso, indipendentemente dal fatto che sia stato depositato il relativo bilancio». Tale conclusione, oltre che più aderente alla lettera della legge, appare anche

in maggior sintonia con i recenti approdi della giurisprudenza volti a salvaguardare i principi di adeguatezza e proporzionalità della sanzione, i quali implicano necessariamente che la situazione economica della società, di cui l'Autorità deve tenere conto, e i dati utilizzati per il calcolo della sanzione siano, se non concomitanti, quanto meno temporalmente prossimi alla data di irrogazione della stessa. Deve infatti ricordarsi che la Corte costituzionale ha esteso il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali – che impone la necessaria personalizzazione della pena alla luce della oggettiva gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato in attuazione del principio di personalità della responsabilità penale ai sensi dell'art. 27 Cost. – anche alle sanzioni amministrative punitive.

Con la sentenza del 15 dicembre 2022, n. 10993, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/Condotte abusive Corepla*, il Consiglio di Stato ha affermato che una pratica abusiva, animata da intento escludente, nel caso in cui risulti sprovvista e non sorretta da ragioni di lucro giustifica una sanzione inferiore e pertanto l'assenza del requisito della gravità. Nel caso di specie, posto che le sanzioni amministrative pecuniarie costituiscono una delle materie di giurisdizione estesa al merito ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c) del c.p.a., avendo il giudice amministrativo il potere non solo di annullare i provvedimenti di applicazione delle sanzioni pecuniarie, ma anche di modificare in base a una propria valutazione la misura delle sanzioni pecuniarie, il Consiglio di Stato ha provveduto alla riduzione della sanzione irrogata.

5.2. *Collaborazione delle imprese con l'Autorità e provvedimento di accettazione degli impegni*

All'interno dei procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità, e segnatamente al momento del calcolo della sanzione, è possibile ravvisare la presenza di circostanze attenuanti che consentono una diminuzione dell'ammontare della stessa. In particolare, come si legge nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, «la mancata concessione della circostanza attenuante della collaborazione, si giustifica in quanto il riconoscimento della stessa (che pure rientra nell'ambito di valutazioni ampiamente discrezionali dell'Autorità) presuppone un contributo particolarmente qualificato, nel senso di essere idoneo ad agevolare concretamente l'accertamento e la repressione della condotta illecita». Secondo costante giurisprudenza amministra-

tiva, infatti, la circostanza attenuante della collaborazione non è integrata dalla collaborazione informativa e documentale dovuta per legge²⁰.

In secondo luogo, lo strumento degli impegni consiste in un accordo, fra le imprese sottoposte ad indagine per un possibile illecito antitrust – e l’Autorità nazionale della concorrenza, avente ad oggetto la modifica di una condotta dell’impresa che si presume illecita.

Con il provvedimento di accettazione degli impegni, che definisce in maniera peculiare il procedimento istruttorio, l’Autorità può non procedere all’accertamento dell’anti concorrenzialità della condotta, né irrogare sanzioni pecuniarie o inibire una determinata operazione commerciale bensì con essa rendere obbligatori alcuni impegni, reputando gli stessi sufficienti per mantenere il mercato in una situazione di concorrenza. Con la sentenza del 14 aprile 2023, n. 6456, relativa al procedimento I850 – *Accordi Fibercop*, il Tar Lazio ha evidenziato le differenze del sindacato del giudice amministrativo con riguardo a tale atto rispetto all’ordinario giudizio su un atto dell’Autorità. La ragione di tale diversità si rinviene non ella minore conoscibilità dei fatti, bensì nella differente natura del provvedimento gravato: mentre nei casi di sanzione per intesa anticoncorrenziale, la verifica giurisdizionale si incentra su un fatto passato, nel caso di accoglimento degli impegni, risultando l’atto amministrativo orientato in chiave prospettica verso il futuro, appare evidente la sussistenza di maggior margine di opinabilità (leggasi discrezionalità) nell’apprezzamento e nella valutazione dell’evoluzione di un fenomeno non ancora concluso. In ogni caso, l’inevitabile fallacia della prognosi dell’Autorità appare compensata dalla possibilità di riapertura del procedimento.

6. *Aspetti processuali*

6.1. *Limiti al sindacato del giudice amministrativo sui procedimenti dell’Autorità*

È pacifico da tempo che sull’accertamento dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti delle autorità il giudice non incontra nessun limite, essi possono essere verificati sotto il profilo della verità storica, della consistenza e dell’adeguata rappresentazione attraverso la piena valutazione degli elementi di prova a carico e a discarico raccolti nel procedimento, senza che l’accesso ad essi da parte del giudice possa subire alcuna limitazione. Il problema dell’incisività del controllo riguarda la fase successiva, quella in cui avviene la contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e il confronto dei fatti accertati con il parametro normati-

²⁰ Si veda, *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

vo contestualizzato. In passato il giudice amministrativo ha mostrato un atteggiamento di deferenza – probabilmente in parte dovuto alla teoria della natura para giurisdizionale, in parte ad una minore dimestichezza con gli strumenti di verifica dei fatti e delle valutazioni tecniche – che lo ha portato a concentrare il suo sindacato prevalentemente sulla parte sanzionatoria dei provvedimenti e ad elaborare la distinzione tra “sindacato debole” (di legittimità) sull’analisi economica e “sindacato forte” (di merito) sulla sanzione. Questa infelice distinzione – infelice perché ha indotto le imprese a lamentare che un sindacato definito “debole” non è compatibile col principio di effettività – è stata fortunatamente superata dalla constatazione che il sindacato di legittimità non è affatto debole perché fornisce il massimo di tutela degli interessi legittimi compatibilmente col principio di separazione dei poteri. Oggi possiamo dire che il giudice amministrativo non mostra più alcuna deferenza nei confronti delle autorità indipendenti.

Per quanto riguarda il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità antitrust occorre menzionare la sentenza 26 gennaio 2022, n. 538, relativa al procedimento A511 – *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, con la quale il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui, il sindacato sugli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Va evidenziato che «il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell’Autorità indipendente, non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere».

In tale contesto, in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell’Autorità indipendente, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato; anche l’apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è *ex se* dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici.

Sul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione

Successivamente, con la sentenza del Tar Lazio n. 2334 del 28 febbraio 2022, relativa al procedimento A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*, si è affermato che il sindacato del giudice comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento.

Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione del mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Ne discende che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario.

Nella sentenza del Tar Lazio, 15 marzo 2022, n. 2940, relativa al procedimento A438 – *Selecta/Poste Italiane*, con riferimento al sindacato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti di archiviazione si afferma che «il tipo di sindacato sul provvedimento con cui l'Autorità archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire, segue le regole generali del processo di legittimità, ossia si concretizza in un controllo sulla ragionevolezza, la logicità e la coerenza della motivazione e sull'adeguatezza e proporzionalità dell'attività istruttoria svolta». Il sindacato del giudice pertanto deve evitare attività manifestamente insufficienti e all'opposto non deve dare corso ad ulteriori attività defattive in presenza di approfondimenti adeguati.

Infine, con la sentenza 18 luglio 2022, n. 10147, relativa al procedimento A529 – *Google/Compatibilità app Enel X Italia con sistema Android Auto*, la prima sezione del Tar Lazio ha affermato che il giudice amministrativo non può intervenire sulle questioni di fatto, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il

profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza. In sostanza, il giudice amministrativo, nello specifico contenzioso, non può sostituirsi all'Autorità di settore nell'individuazione del mercato rilevante se questa risulti attendibile secondo la scienza economica, nonché immune da vizi logici e di violazione di legge.

L'anno seguente, con sentenza del 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo comporta «la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo che non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità».

Con sentenza del 14 aprile 2023, n. 3793, relativa al procedimento A500A – *Vodafone/Sms informativi aziendali*, il Consiglio di Stato ha osservato come il sindacato sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti debba rispondere ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dovendo, pertanto, da un lato, «estendersi anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico», dall'altro, «implicare la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), anche attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei».

Una limitazione al sindacato del giudice amministrativo sui procedimenti antitrust viene descritta nella sentenza del 14 aprile 2023, n. 6456, della Prima sezione del Tar Lazio, relativa al procedimento I850 - *Accordo Fibercop*, con riferimento al provvedimento di accoglimento degli impegni. Infatti, a differenza dei casi di sanzione per intesa concorrenziale o altra condotta abusiva, nel caso di accoglimento degli impegni, risultando l'atto amministrativo orientato in chiave prospettica verso il futuro appare evidente la sussistenza di maggior margine di opinabilità e discrezionalità nell'apprezzamento e nella valutazione dell'evoluzione di un fenomeno non ancora concluso. Risultando pacifico che la possibilità di sindacare il provvedimento impugnato «sia inversamente proporzionale all'am-

piezza della discrezionalità riconosciuta all'AGCM, deve precisarsi la verifica deve essere limitata all'assenza di vizi formali o logici di manifesta evidenza».

Successivamente, con la sentenza del 18 dicembre 2023, n. 10914, del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, si è affermato che anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, «il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile».

Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione del mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Ne discende che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario.

7. *Poteri dell'Autorità antitrust ex art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con il parere del 27 aprile 2022, n. 934, ha risposto positivamente al quesito formulato da AGCM ritenendo applicabile l'attivazione dei poteri previsti dall'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287 nei confronti dei bandi adottati dalle società operanti nei settori speciali di cui agli artt. 115 ss. d.lgs. n. 50 del 2016, anche se riferibili ad atti emanati da soggetti che non rientrano né tra le amministrazioni pubbliche né tra

gli organismi di diritto pubblico. Le imprese e gli enti operanti nei settori speciali sono equiparabili alle pubbliche amministrazioni, nei limiti in cui tali soggetti sono tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, ciò in quanto: (i) le imprese operanti nei settori speciali sono obbligate al rispetto della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ed emanano atti amministrativi che, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, c.p.a., sono sottoposti ai principi e alle regole procedurali del richiamato decreto e, dunque, alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. Conseguentemente, tali atti devono rientrare anche nell'ambito applicativo dell'articolo 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287 perché, ragionando diversamente, verrebbe a vanificarsi un'insanabile contraddizione in quanto lo stesso atto (ad esempio, un bando di gara), pur essendo certamente provvedimento amministrativo sarebbe, ai sensi dell'articolo 21-*bis* più volte citato, solo atto adottato da soggetto privato; (ii) la stessa nozione funzionale e cangiante di amministrazione rende possibile la qualificazione di tali atti quali atti adottati, *ratione materiae*, da soggetti equiparati alla pubblica amministrazione; (iii) la previsione in capo ad ANAC di una legittimazione processuale straordinaria ad impugnare gli atti adottati dalle società operanti nei settori speciali, nel caso in cui possono essere qualificate come stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 rende opportuno interpretare l'articolo 21-*bis* nel senso di contemplare un analogo potere, per quanto di competenza, in capo ad AGCM.

8. Conclusioni

Nel corso del biennio considerato, così come negli anni immediatamente precedenti, le pronunce del Giudice amministrativo in materia *antitrust* si sono attestate sulla conferma di principi già saldamente affermati nella giurisprudenza nazionale ed europea.

In particolare, sotto il profilo procedurale nel corso del biennio 2022-2023, sia il Tar Lazio, sia il Consiglio di Stato hanno respinto i motivi di ricorso avverso provvedimenti sanzionatori adottati in difetto del c.d. "collegio perfetto", rimarcando la costante giurisprudenza in materia (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4779; Tar Lazio, Roma, sez. I, 15 maggio 2023, n. 8259). In relazione ai termini di avvio dell'attività preistruttoria, nel corso del 2022 si è assistito ad una forte presa di posizione della giurisprudenza antitrust nazionale, volta ad una più effettiva tutela dei principi del giusto processo e dei diritti di difesa delle imprese. Infatti, i giudici hanno, nel corso del tempo, cominciato ad ammettere l'applicabilità del termine previsto dall'art. 14, l. 689/1981, alle fasi della preistruttoria e dell'istruttoria dell'Autorità, in considerazione dell'applicazione generale

delle disposizioni contenute nel Capo I, l. 24 novembre 1981, n. 689, anche a tutela del principio del contraddittorio e al fine di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa (Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 4990 e 1° marzo 2023, n. 2117).

Infine, merita menzionare il perimetro del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dall'Autorità che sin dalla sentenza del Consiglio di Stato 15 luglio 2019, n. 4990, si è orientata verso la necessità di ampliare i tradizionali confini del sindacato. Infatti, il sindacato sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 538; Tar Lazio, Roma, sez. VI, 14 aprile 2023, n. 6456).

Antitrust tra procedimento e processo. La giurisprudenza amministrativa nel biennio 2022-2023

Nel presente lavoro sono stati riassunti i principi e gli orientamenti emersi dalle pronunce dei giudici amministrativi italiani in materia *antitrust* nel corso del biennio 2022-2023. Verranno analizzate le principali sentenze e pronunciamenti dei giudici avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con particolare attenzione alle questioni squisitamente procedurali, alle sanzioni e alle questioni attinenti all'estensione del sindacato giurisdizionale in materia *antitrust* dei giudici amministrativi.

Antitrust between proceeding and trial. Administrative jurisprudence in the 2022-2023 biennium

This paper has summarized the principles and guidelines that emerged from the rulings of Italian administrative judges in antitrust matters during the years 2022-2023. Reference will be made to the main judges' rulings and pronouncements against the Italian Antitrust Authority's measures with a focus on purely procedural issues, sanctions, and issues pertaining to the judicial review in antitrust matters by the administrative courts.

