**Attualità in materia antitrust[[1]](#footnote-1)**

**SOMMARIO: 1. I temi rilevanti.** **2. Le decisioni del Consiglio di Stato** **nell’ambito della gara Consip FM4. 2.1. L’art. 14 della l. n. 689/1981.** **2.2. Il principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione. 2.3. Le tematiche della prova. 2.4. I poteri del giudice amministrativo. 3. Le decisioni del Consiglio di Stato nell’ambito delle procedure indette dalla Lega Calcio. 4. Altre recenti rilevanti decisioni del Consiglio di Stato in tema di AGCM e di diritto della concorrenza.** **5. Il sindacato sugli atti dell’AGCM. 6. L’art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. 7. Considerazioni finali.**

**1. I temi rilevanti.**

Tra i tanti temi rilevanti in materia antitrust, soprattutto nell’ambito delle intese anticoncorrenziali, tra i più recenti e non, alcuni mi sembrano preminenti. Si tratta:

a) dell’istruttoria, innanzi all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e al giudice amministrativo;

b) della prova dell’illecito anticoncorrenziale e dell’onere conseguente;

c) dei rapporti tra processo amministrativo e processo penale;

d) dei poteri del giudice amministrativo nel sindacato sugli atti dell’AGCM.

Partirò da alcune recentissime decisioni del Consiglio di Stato, sempre in tema di intese anticoncorrenziali, per poi soffermarmi su qualche considerazione in tema di normativa e infine fare un passo indietro, ritornando all’inizio, con riguardo, soprattutto, ai poteri del giudice amministrativo.

**2. Le decisioni del Consiglio di Stato nell’ambito della gara Consip FM4.**

Con riguardo alle pratiche concordate (anticoncorrenziali), alcuni principi sono stati affermati e ribaditi - in parte secondo quanto già ritenuto dal Consiglio di Stato e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) - recentemente dal Consiglio di Stato, sezione VI, con le sentenze 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571 e 3572, nell’ambito della gara Consip FM4.

Di rilievo:

a) l’applicabilità dell’art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689 ai procedimenti antitrust di irrogazione delle sanzioni e il carattere perentorio del relativo termine;

b) il principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione;

c) le tematiche della prova, con riguardo:

c.a) ai rapporti tra procedimento antitrust, giudizio penale e giudizio amministrativo;

c.b) allo standard probatorio da osservare nello scrutinio delle sanzioni amministrative punitive;

d) il tema dei poteri del giudice.

**2.1. L’art. 14 della l. n. 689/1981.**

Innanzitutto è stato ritenuto applicabile l’art. 14 della l. n. 689/1981 ai procedimenti antitrust di irrogazione delle sanzioni e si è affermato il carattere perentorio del relativo termine.

L’art. 14, commi primo e secondo, della l. n. 689/1981 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*” e che, “*Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento*”.

Ciò in quanto il precedente art. 12 prescrive che “*Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale*”. E in forza dell’art. 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo cui “*Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*”.

Quanto alla natura del termine, il Consiglio di Stato ha ribadito che “*Il termine per la contestazione delle violazioni amministrative ha infatti pacificamente natura perentoria avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa…il decorso dei novanta giorni è collegato dall’art. 14 della legge n. 689 del 1981, non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell’infrazione*”.

Sul carattere perentorio del termine la giurisprudenza del Tar del Lazio non appare ancora del tutto consolidata.

Una volta affermata la perentorietà del termine di contestazione della violazione, il problema si sposta sul “*dies a quo*”, ossia sull’individuazione del momento in cui può dirsi avvenuto l’accertamento; momento che, soprattutto con riguardo alle intese anticoncorrenziali, non è di facile individuazione, dovendosi riscontrare solo allorquando l’illecito anticoncorrenziale diviene evidente all’AGCM in tutti i suoi elementi costitutivi.

**2.2. Il principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione.**

È stato ribadito il principio della corrispondenza tra contestazione e sanzione.

**“***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, salvo si tratti di deduzioni del tutto secondarie che non modifichino in alcun modo il quadro generale della contestazione*”.

Anche qui assume preminenza il carattere “penale” della sanzione, con la conseguenza che la “condanna” si deve muovere entro l’ambito dell’“accusa”.

**2.3. Le tematiche della prova.**

Cruciali i rapporti tra giudizio penale e procedimento antitrust, soprattutto con riguardo alle pratiche concordate nelle procedure di evidenza pubblica, laddove all’illecito antitrust si accompagna quasi sempre l’illecito penale (artt. 353 e seguenti c.p.). Cosicché divengono rilevanti le interrelazioni tra processo amministrativo e processo penale, considerando che tendenzialmente il giudice amministrativo arriva prima a definire l’illecito antitrust rispetto al giudice penale con riguardo all’accertamento definitivo del reato.

In proposito il Consiglio di Stato ritiene che “ *…né la legge generale sul procedimento amministrativo…, né la specifica disciplina antitrust, contemplano preclusioni in ordine all’utilizzo ai fini istruttori di prove raccolte in un processo penale, a patto che:*

*a) le prove siano state ritualmente acquisite in conformità con le regole di rito che presiedono alla loro acquisizione ed utilizzo;*

*b) sia salvaguardato il diritto di difesa;*

*c) il materiale probatorio formatosi aliunde sia stato oggetto di autonoma attività valutativa (in tal senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato, a partire dalle sentenze n. 3197 del 2018 e n. 4211 del 2018)*”.

“*L’utilizzabilità, al fine di accertare violazioni del diritto antitrust, delle fonti di prova provenienti dal procedimento penale, non si pone in contrasto con il diritto convenzionale*”.

In tema di standard probatorio da osservare nello scrutinio delle sanzioni amministrative punitive, innanzitutto vige il principio dell’onere della prova.

L’art. 2 del regolamento CE n. 1 del 2003, infatti, precisa che, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all’applicazione dell’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), l’onere della prova dell’infrazione incombe alla parte o all’autorità che asserisce tale infrazione.

Poi, ma non secondario, il principio della presunzione di innocenza (*“in dubio pro reo*”), di cui all’art. 48, para 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), secondo cui “*Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*”. Nello stesso senso è il precedente art. 6, para. 2.

Si tratta di principi generali del diritto dell’Unione. Ed è ormai indubbia la natura “penale” in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall’AGCM.

Tuttavia il principio della presunzione di innocenza non osta all’applicazione di presunzioni relative, le quali consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza. Infatti, “ *…la prova delle intese restrittive della concorrenza può essere sostenuta da un compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa (anche il processo penale consente il ricorso alla prova indiziaria ed ai principi fondati sull’esperienza)*”.

Ai fini dell’individuazione di un coordinamento illecito tra imprese, l’AGCM, in mancanza di prova diretta, non può che raccogliere indizi gravi, precisi e concordanti.

Nell’ambito delle intese restrittive della concorrenza, la valutazione della prova indiziaria va scomposta in due stadi. Il primo è diretto ad apprezzare la valenza qualitativa del singolo indizio, ovvero la forza di necessità logica con la quale esso è in grado di dimostrare il fatto rilevante.

Il secondo è costituito dall’esame globale degli indizi così raccolti, al fine di accertare se gli stessi, una volta integrati gli uni con gli altri, siano in grado di dissolvere la loro intrinseca ambiguità. In questa fase, vanno utilizzati i canoni (codificati all’art. 2729 c.c.) della gravità (la capacità dimostrativa e di resistenza agli argomenti contrapposti), precisione (l’univocità che rende assai inverosimili le interpretazioni alternative) e concordanza (la coerenza narrativa, dovuta alla circostanza che gli elementi raccolti non si pongono in contraddizione tra loro).

All’esito della predetta attività conoscitiva, l’ipotesi accusatoria, attentamente verificata nel contraddittorio delle parti, può ritenersi avere attinto la “certezza processuale” soltanto quando essa risulti l’unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto un’eventualità remota.

Alle imprese spetta la prova contraria.

In particolare, “*i) …quando l’Autorità ha fornito la prova dell’esistenza di un accordo avente carattere manifestamente anticoncorrenziale, spetta alle imprese che vi hanno partecipato fornire la prova di essersene dissociate, prova che deve dimostrare una volontà inequivocabile, e portata a conoscenza delle altre imprese partecipanti, di sottrarsi a tale accordo…;*

*ii) qualora invece l’Autorità fornisca soltanto la dimostrazione di un comportamento economico ‘anomalo’ (quali l’uniformità ed il parallelismo dei comportamenti), è consentito presumere l’esistenza di una concertazione, ponendo a carico delle imprese l’onere di fornire una spiegazione alternativa e plausibile della condotta contestata*”.

**2.4. I poteri del giudice amministrativo.**

Con riguardo ai poteri del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato ha ribadito 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*”.

Ossia piena cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo. Il vedere poi come e con quali mezzi si attua la piena cognizione del fatto è un ulteriore problema, del quale si dirà tra poco.

**3. Le decisioni del Consiglio di Stato nell’ambito delle procedure indette dalla Lega Calcio.**

Significative, nella tematica dei rapporti tra giudizio penale (per turbata libertà degli incanti) e giudizio amministrativo, sono le sentenze del Consiglio di Stato, sezione VI, 9 giugno 2022, n. 4696 e 13 giugno 2022, n. 4779, in ambito di gare indette dalla Lega Calcio.

L’AGCM aveva individuato un’intesa in violazione dell’art. 101 del TFUE, avente per oggetto il coordinamento alla partecipazione alle gare, determinando il contenuto delle offerte economiche nelle procedure indette dalla Lega Professionisti Serie A (“Lega Calcio”) per l’assegnazione dei diritti TV per la visione fuori dall’Italia delle competizioni calcistiche del Campionato di Serie A, di Coppa Italia e Supercoppa, in un arco temporale dal 2008 al 2015.

Di seguito i passi rilevanti delle decisioni.

“*9.1 – Per tali ragioni, non può essere oltremodo enfatizzato ai fini del presente giudizio – che, giova rimarcarlo, ha ad oggetto un’intesa “per oggetto”, la cui sussistenza non richiede alcuna dimostrazione degli effetti sul mercato (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6985) - l’esito del procedimento penale, che invece valorizza tale aspetto in senso favorevole a parte appellante.*

*In ogni caso, i fatti oggetto di indagine da parte della Procura di Milano, seppur in parte coincidenti, valgono ad integrare una fattispecie autonoma e distinta rispetto alla violazione dell’art. 101 TFUE di cui si discute in questa sede e la cui valutazione è rimessa all’AGCM.*

*Deve inoltre ricordarsi che, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., VI, 10 gennaio 2020, nn. 258 e 246), esiste nell’ordinamento un principio di reciproca autonomia tra giudizio penale ed amministrativo, posto che i due accertamenti giurisdizionali “operano in ambiti diversi e con finalità differenti”.*

*Ad ogni buon conto, nella relazione dell’AGCM del 24.5.2021, in ottemperanza all’ordinanza della Sezione n. 3344/2021, quest’ultima ha chiarito che i fatti accertati nel provvedimento non sono del tutto sovrapponibili a quelli posti a base della valutazione resa in sede penale*”.

In sostanza, il principio di reciproca autonomia tra giudizio penale e giudizio amministrativo non trova eccezione nell’illecito antitrust. Ma l’illecito antitrust non è così lontano dall’illecito penale - vedi ad esempio la parificazione tra le sanzioni amministrative e le sanzioni penali ai fini dell’applicazione della l. n. 689/1981 - e l’accertamento del giudice amministrativo è contiguo a quello del giudice penale. Del che si dirà in prosieguo.

**4. Altre recenti rilevanti decisioni del Consiglio di Stato in tema di AGCM e di diritto della concorrenza.**

A questo punto non posso non ricordare altre recenti rilevanti decisioni del Consiglio di Stato in tema di AGCM e di diritto della concorrenza.

Espressioni del principio della piena cognizione del fatto nell’ambito dell’istruttoria nel processo amministrativo sono le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 aprile 2021, n. 2880 e 27 settembre 2021, n. 6499, in tema di acquisizione agli atti del processo delle dichiarazioni integrali del collaboratore (*leniency applicant*).

In tema di diritto di difesa delle parti del procedimento di accertamento dell’illecito antitrust (cfr. l’art. 31 della direttiva 2019/17UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018), l’esigenza di “*full jurisdiction*”, in materia di sanzioni amministrative antitrust, comporta che “*deve consentirsi al giudice un pieno riesame, in ogni punto di fatto e di diritto, della misura afflittiva, senza che possa rimettersi a chi accusa la decisione di ciò che è rilevante per la difesa*”.

Nella specie si è affermata la“*necessità, ai fini del decidere, di acquisire dall’Autorità – perché siano sottoposte alla cognizione del Collegio ed al contraddittorio delle parti – le dichiarazioni integrali del collaborante (leniency applicant), non potendosi ammettere una sottrazione, neppure parziale, del predetto materiale istruttorio al giudice ed alle parti del giudizio; resta fermo che le parti potranno utilizzare le informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole solo in quanto necessario per l’esercizio dei diritti di difesa nel presente procedimento e con l’obbligo di non divulgarle a terzi estranei*”.

In tema di misure cautelari disposte dall’AGCM in via interinale ai sensi dell’art. 14-bis della l. n. 287/1990, si è affermato che il contenuto delle stesse, in applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale), non può eccedere quanto l'Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato riscontrabile al momento della decisione (Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 8402).

Nel solco del diritto antitrust, che stravolge i connotati degli istituti di diritto interno nella precipua esigenza dell’applicazione della normativa europea di cui agli artt. 101 e 102 del TFUE, va ricordata la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 29 gennaio 2021, n. 874 sul concetto di impresa. Nella quale è stato compreso l’esercizio di professioni intellettuali, anche di rilevo pubblicistico, qualificando l’ordine professionale alla stregua di un’associazione di imprese. Con la conseguenza che l’attività del notaio, anche se di rilievo pubblicistico, è soggetta alle norme sulla concorrenza (in tema di illecito antitrust addebitato al Consiglio Notarile dei Distretti Riunti di Roma nell’ambito del fenomeno della dismissione degli edifici pubblici).

Vanno menzionate, infine, le due decisioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, in tema di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Qui il “cerino acceso” è stato passato dalla politica, incapace a risolvere problemi conseguenti al contemperamento degli interessi degli operatori del settore con quelli inerenti la tutela della concorrenza nel rispetto del diritto europeo, al giudice amministrativo. E il Consiglio di Stato non poteva che addivenire a una soluzione conforme alla normativa europea, al principio di concorrenza e a quelli che ne sono i suoi corollari.

Si è così affermato che:

a) “*Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative — compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.-l. n. 34/2020, convertito in l. n. 77/2020 — sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 t.f.u.e. e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica Amministrazione*”;

b) “*Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le Amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.*”.

I nodi della concorrenza non esistono solo nel settore di cui si è detto. Si pensi ai settori delle farmacie e parafarmacie, dei servizi pubblici locali, dei trasporti (ad esempio il servizio taxi), dell’elettricità e del gas. E si riscontrano nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella quale trovano adeguata tutela.

 Ma la concorrenza è un’opportunità o un pericolo?

La risposta è evidente. Tuttavia spesso nella pratica i vantaggi per i consumatori vanno in sottordine.

È anche vero però che se si cambia la visuale i punti di vista divergono. E se ci si mette nei panni di coloro i quali, titolari di concessioni, hanno effettuato ingenti investimenti facendo affidamento sulle diverse normative di proroga del loro titolo succedutesi nel tempo, si comprende come anche costoro, che hanno interesse contrario alle aperture del mercato, siano portatori di situazioni degne di considerazione e tutela.

**5. Il sindacato sugli atti dell’AGCM.**

Uno tra i temi centrali in materia antitrust è senza dubbio quello del sindacato sugli atti dell’Autorità.

Si verte nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. l), con cognizione estesa anche al merito nelle controversie aventi a oggetto le sanzioni pecuniarie (art. 134, comma 1, lett. c).

Il giudizio è configurato come di tipo impugnatorio e il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella dell’amministrazione. In sostanza il giudice amministrativo non è sostitutivo dell’AGCM.

Il che riproduce la posizione della giurisprudenza degli organi giudicanti dell’Unione (Tribunale UE e CGUE), secondo cui i giudici dell’Unione non possono, nell’ambito del controllo di legittimità di cui all’art. 263 TFUE, sostituire la propria motivazione a quella dell’autore dell’atto sottoposto a controllo[[2]](#footnote-2).

È noto come il sindacato del giudice amministrativo sugli atti amministrativi espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico a essa affidato dalla legge, è limitato alla illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini il sindacato sulle relative valutazioni non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2022, n. 1946).

Ormai da tempo, in tema di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, sulla spinta della “*full jurisdiction*” è venuta meno la qualificazione del controllo giurisdizionale come "forte" o "debole". Si è affermato l'esercizio di un controllo tendente a un modello comune a livello comunitario, in cui il principio (costituzionale ed europeo) di effettività della tutela giurisdizionale deve essere coniugato con la specificità di controversie nelle quali è attribuito al giudice il compito, non di esercitare un potere in materia "antitrust", ma di verificare, senza alcuna limitazione, se il potere a tal fine attribuito all'Autorità "antitrust" sia stato correttamente esercitato (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

Con la conseguenza che il processo innanzi al giudice amministrativo non può essere un surrogato del procedimento innanzi all’Autorità. Ma fino a che punto si possono spingere i poteri del giudice amministrativo?

**6. L’art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.**

L’art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, dal titolo “Effetti delle decisioni dell’autorità garante della concorrenza”, ha trasposto l’art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Si tratta di normativa in tema di “*private enforcement*”, ossia del risarcimento che viene chiesto dai soggetti danneggiati da violazioni del diritto della concorrenza. Quindi di materia attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario. Eppure vi è una disposizione che non trova fonte nella direttiva e che riguarda direttamente il giudice amministrativo.

Il primo periodo del comma 1 prevede che, “*Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato*”.

Il secondo periodo, sempre del comma 1, aggiunge che “*Il sindacato del giudice del ricorso*”, il quale è il giudice amministrativo,“*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*”.

Il terzo periodo prescrive, infine, che “*Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*”.

Per cui, per legge, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e si estende anche ai profili tecnici, con esclusione solo di quelli che presentano un oggettivo margine di opinabilità.

In quest’ultima ipotesi il sindacato dovrebbe essere limitato alla plausibilità, ragionevolezza, logicità, coerenza e proporzionalità della decisione dell’Autorità e comunque alla verifica che il provvedimento dell’AGCM non abbia esorbitato dagli esistenti margini di opinabilità.

La norma legifera quanto specificamente affermato da Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, secondo cui “*Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), 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 Garante*”.

Secondo il Consiglio di Stato (sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733), il legislatore, con il citato art. 7, ha recepito i principi della giurisprudenza amministrativa.

Ma tutto questo è conforme alla CEDU, con possibili problemi di costituzionalità per violazione di normativa interposta rappresentata dalle norme della CEDU, oltre che ai principi del giusto processo e dell’effettività della tutela giurisdizionale?

Il diritto di per sé non è una scienza esatta.

La limitazione del sindacato del giudice amministrativo, con riguardo ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, non appare in linea con l’attribuzione allo stesso del potere di verificare direttamente e pienamente i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato. Anche perché è difficile imbattersi in profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità.

E allora, fermo restando il principio per cui il giudice non si può sostituire all’amministrazione, allo stesso deve essere consentito non solo di verificare l’esistenza dell’“oggettivo margine di opinabilità” ma anche, in caso di esito positivo, di non fermarsi al semplice riscontro. E di valutare se l’Autorità si sia mossa all’interno delle varie soluzioni consentite dalla tecnica. Proprio perché opinabilità significa incertezza ma non arbitrio e comunque le scelte non sono illimitate e hanno pur sempre bisogno di giustificazioni e di motivazioni.

Al giudice amministrativo potrà essere, ad esempio, consentito l’ausilio di una consulenza tecnica d’ufficio anche in presenza di profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità; non per sostituirsi all’Autorità, ma per verificare che essa si sia mossa nell’ambito delle varie alternative consentite dalla scienza tecnica e non sia andata al di là del consentito.

**7. Considerazioni finali.**

Alcune impressioni dalla visuale del giudice amministrativo, il quale si trova a dovere valutare la legittimità di un provvedimento antitrust dell’Autorità dopo che si è svolta un’istruttoria spesso lunga e ponderosa tra la stessa e le parti interessate.

La prima impressione è che alcune volte l’istruttoria svolta dall’AGCM si rivela incompleta nei confronti delle parti, con riguardo alle quali non risulta instaurato un contraddittorio pieno e completo. E innanzi al giudice amministrativo si tende a supplire alle carenze istruttorie del procedimento, nella ricerca di un contraddittorio tra le parti pieno ed effettivo.

Così che l’istruttoria innanzi al giudice amministrativo, e i poteri esercitati nell’ambito della stessa, divengono centrali ai fini della decisione finale.

Inoltre, con riguardo soprattutto alle intese anticoncorrenziali, il giudice amministrativo si avvicina molto al giudice penale allontanandosi da quelli che sono gli standard tipici del suo essere. Non solo per la tendenziale parificazione delle sanzioni amministrative a quelle penali per quanto riguarda l’applicazione dei principi e della l. n. 689/1981, oltre che per quanto si è detto in tema di prove.

Le intese anticoncorrenziali, soprattutto i cartelli e le pratiche concordate, in questi ultimi tempi molto diffusi nelle gare di appalti pubblici, sono di difficile individuazione dato il loro carattere segreto. L’Autorità, nell’attività di indagine basata soprattutto su indizi, nel formulare l’ipotesi accusatoria si avvicina al ruolo tipico della Procura della Repubblica. Alle parti spetta il compito di far cadere il “castello accusatorio”. E se non vi riescono nel procedimento che si svolge innanzi all’Autorità, ci provano con l’impugnazione dei provvedimenti sanzionatori innanzi al giudice amministrativo. Il quale, nel verificare se il “castello accusatorio” regge o meno, si avvicina molto a quella che è la funzione del giudice penale.

Ma il giudice amministrativo non dispone degli stessi mezzi di prova che ha il giudice penale. E non sempre l’istruttoria di tipo documentale, che si svolge innanzi allo stesso, riesce a pervenire a un esauriente accertamento del fatto.

Invece, in tema di sindacato sul quantum della sanzione pecuniaria, anche per effetto dei maggiori poteri attribuiti nell’ambito della giurisdizione di merito, il giudice amministrativo si muove in un campo a sé più congeniale, tipico del sindacato classico di legittimità. Con la conseguente possibilità di intervenire in maniera più incisiva.

Va comunque sottolineato l’ibrido costituito dalla parificazione, a determinati fini, delle sanzioni amministrative alle sanzioni penali, mentre, invece, l’illecito antitrust o meglio gli illeciti antitrust non costituiscono fatti tipici come lo sono le fattispecie criminose costituenti reati. E, a differenza di queste ultime, non hanno confini ben definiti.

Comunque, in conclusione, il giudice amministrativo, anche se con tutti i limiti, ha pur sempre un armamentario di poteri che, se esercitati in maniera puntuale, sono ancora in grado di assicurare il controllo di legittimità in materia antitrust.

**Carmine Volpe**

Presidente della sezione sesta del Consiglio di Stato

Pubblicato il 6 luglio 2022

1. Si tratta della relazione svolta nel convegno “*Antitrust between european law and national law*”, tenutosi a Treviso il 16 e 17 giugno 2022, dove il sottoscritto ha presieduto la prima sessione dal titolo “*Attualità in materia antitrust*”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentenza T-286/09 (quindi del Tribunale UE):

“*150: Il sistema di controllo giurisdizionale delle decisioni della Commissione riguardanti i procedimenti ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE consiste in un controllo della legittimità degli atti delle istituzioni stabilito all’articolo 263 TFUE (v. sentenza del 26 settembre 2018, Infineon Technologies/Commissione, C 99/17 P, EU:C:2018:773, punto 47 e giurisprudenza ivi citata). La portata di tale controllo si estende a tutti gli elementi delle decisioni della Commissione relative ai procedimenti in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE di cui il giudice dell’Unione garantisce un controllo approfondito, in diritto e in fatto, alla luce dei motivi dedotti dalla parte ricorrente e in considerazione di tutti gli elementi pertinenti forniti da quest’ultima (v. sentenza del 26 settembre 2018, Infineon Technologies/Commissione, C 99/17 P, EU:C:2018:773, punto 48 e giurisprudenza ivi citata). Occorre ricordare, tuttavia, che i giudici dell’Unione non possono, nell’ambito del controllo di legittimità di cui all’articolo 263 TFUE, sostituire la propria motivazione a quella dell’autore dell’atto di cui trattasi (v., sentenza del 24 gennaio 2013, Frucona Košice/Commissione, C 73/11 P, EU:C:2013:32, punto 89 e giurisprudenza ivi citata)*”. [↑](#footnote-ref-2)