

L'istruttoria avviata dall'Autorità era volta ad accertare se una serie di norme statutarie e regolamentari, contenute nello Statuto ACI e nel Regolamento della Commissione Sportiva Automobilistica Sportiva – CSAI (organo di ACI), giuridicamente inquadrabili sotto il profilo concorrenziale come delibere di un'associazione di imprese, fossero restrittive della concorrenza. Meritevoli di considerazione sono apparse in particolare i) le previsioni statutarie e regolamentari riguardanti la partecipazione agli organi di ACI, volte a favorire gli Automobile Club Provinciali-ACP e ad escludere i soggetti loro diretti concorrenti dalla partecipazione a tutti gli organi di ACI (ivi compresa la CSAI- Commissione Sportiva Automobilistica Italiana, alla quale ACI ha delegato l'esercizio del potere sportivo), e in tal modo dalla definizione delle regole comuni a tutti gli operatori del settore dell'automobilismo sportivo; ii) le previsioni regolamentari di carattere tecnico-sportivo, che sembravano stabilire una netta discriminazione fra gli ACP e tutti gli altri soggetti loro diretti concorrenti nelle attività di organizzazione e di promozione di gare, tali da creare per questi ultimi una barriera all'accesso al mercato; iii) l'esclusiva di ACI su tutte le attività sportive automobilistiche, e quindi, non solo su quelle definibili come attività "agonistica", ovvero finalizzata al riconoscimento dei risultati conseguiti nell'ambito delle sole manifestazioni organizzate allo scopo di formare una classificazione di tali risultati diretta al loro riconoscimento a livello nazionale ed internazionale; iv) la riserva ad ACI di attività economiche, attraverso cui ACI sembrava essersi riservata in esclusiva le attività di promozione e sfruttamento economico delle gare di campionato in circuito, affidandole, con una delibera del 2000, alla propria controllata ACI Sport S.p.a., la cui attività sembra estendersi anche all'organizzazione di gare automobilistiche.

Oggetto dell'istruttoria dell'Autorità sono state, inoltre, le modalità della concreta applicazione delle suddette previsioni da parte degli Automobile Club Provinciali-ACP, al fine di verificare se esse fossero finalizzate a limitare l'accesso al mercato dell'organizzazione di eventi sportivi automobilistici da parte di nuovi operatori e ostacolare l'attività di alcuni di essi già presenti sul mercato, mediante il rafforzamento della posizione di preminenza degli ACP, quali associati di ACI, nel settore. L'istruttoria ha inteso verificare, infine, se i comportamenti di ACI, volti a riservare a sé attività economiche e la competenza su tutto lo sport automobilistico configurassero una fattispecie di abuso della posizione dominante che ACI detiene in virtù del suo ruolo "istituzionale" di unica federazione sportiva automobilistica riconosciuta

nell'ordinamento sportivo nazionale, nel mercato dell'organizzazione delle gare automobilistiche.

Nel quadro dei profili enucleati, gli aspetti maggiormente problematici evidenziati nel corso dell'istruttoria hanno riguardato: la partecipazione paritaria da parte delle diverse categorie di operatori sportivi agli organi direttivi di CSAI — Commissione Sportiva Automobilistica Italiana; la corretta interpretazione dell'ambito di applicazione della riserva di competenza di CSAI, da ricondursi alla sola disciplina dell'attività agonistica; la possibilità per i soggetti attivi al di fuori della federazione di utilizzare impianti e circuiti, con omologazione ACI/CSAI, non solo per lo svolgimento delle gare di natura ludica, ma anche per le attività a carattere agonistico, non aventi valenza federale.

Al fine di superare le criticità concorrenziali sollevate dall'Autorità con il provvedimento di avvio, nel corso del procedimento ACI ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, successivamente integrati in conseguenza dei risultati del *market test*.

In particolare, gli impegni presentati originariamente da ACI sono stati i seguenti: a) impegni relativi alla partecipazione dei soli operatori sportivi all'attività di definizione autonoma delle regole di settore, attraverso modifiche delle previsioni statutarie e regolamentari riguardanti la composizione degli organismi direttivi di CSAI, nonché concernenti l'effettiva attribuzione a CSAI dell'esercizio e della gestione del potere sportivo; b) impegni relativi alle norme di carattere tecnico-sportivo, miranti a eliminare i profili di ostacolo all'accesso al mercato dell'organizzazione di gare sportive da parte di qualsiasi soggetto che richieda il rilascio della licenza di organizzatore delle gare; c) impegni relativi alla riserva di competenza di ACI/CSAI, che è stata circoscritta alla disciplina dell'attività sportiva "agonistica", come definita ed individuata nei regolamenti federali e nell'ordinamento nazionale e sportivo; d) impegni concernenti la disciplina delle attività economiche connesse allo sport automobilistico, consistenti, in particolare, nell'eliminazione dall'oggetto sociale di ACI Sport di qualsiasi riferimento all'organizzazione di gare, di modo che l'attività di tale organismo sia limitata, anche formalmente, alla sola promozione degli eventi sportivi, e nell'introduzione, con riguardo alla disciplina dei diritti di immagine delle gare inserite nel calendario sportivo e titolate CSAI, di una serie di disposizioni miranti a evitare di imporre all'organizzatore una cessione

automatica dei suoi diritti ovvero la subordinazione del rilascio di autorizzazioni da parte della federazione - in materia di gare titolate - alla cessione di tali diritti.

A seguito dell'esito del market test, tali impegni sono stati integrati in relazione alla regolamentazione in materia di composizione degli organismi direttivi e alla riserva di competenza di CSAI: sotto il primo profilo, gli impegni sono stati diretti a garantire una più qualificata partecipazione dei soggetti attivi nello sport automobilistico agli organi direttivi di CSAI, e dunque, alla definizione delle regole che disciplinano lo svolgimento delle attività sportive agonistiche; sotto il secondo profilo, ACI si è impegnata ad apportare modifiche dell'articolo 22 del relativo Regolamento miranti a chiarire la non esclusività della competenza della federazione a disciplinare le attività di natura ludica e in relazione agli obblighi di tesseramento. Inoltre ACI e, per quanto di sua competenza, CSAI, hanno proposto uno schema di convenzione quadro, (di seguito, "Convenzione"), per disciplinare i rapporti con le associazioni di promozione sportiva (EPS) interessate ad operare nel settore dello sport automobilistico, con la finalità di consentire agli EPS che dimostrino di averne interesse di organizzare competizioni ulteriori rispetto a quelle ludiche, a condizioni agevolate, tali da ridurre l'impatto economico sull'organizzatore e sui partecipanti, garantendo, al contempo, livelli di sicurezza adeguati. Infine, ACI si è impegnata a consentire a tutti i titolari di licenza ACI-CSAI, inclusi gli ACP, di stipulare accordi con altri Enti e/o associazioni aventi ad oggetto l'utilizzo temporaneo dei loro impianti e strutture - dotati di omologazione CSAI - per l'organizzazione e lo svolgimento di eventi sportivi di natura ludica, nonché di quelli che avrebbero formato oggetto di Convenzione.

In ragione della loro capacità di migliorare l'assetto regolamentare nel settore dell'organizzazione della gare sportive, favorendo l'accesso da parte di nuovi operatori nei diversi mercati interessati, l'Autorità ha ritenuto che gli impegni fossero nel loro insieme idonei a superare le criticità concorrenziali evidenziate nel provvedimento di avvio e ad eliminare le condizioni che ostacolavano il libero esercizio delle gare sportive motoristiche da parte di organizzatori non aderenti ad ACI/CSAI. In considerazione di ciò, l'Autorità ha deliberato di renderli obbligatori nei confronti di ACI ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e ha concluso il procedimento senza accertamento dell'illecito.

GIOCHI 24/SISAL

Nel luglio 2009, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società Sisal Spa al fine di accertare eventuali violazioni dell'articolo 82 del Trattato CE nel mercato dell'accesso alla rete telematica dei giochi numerici a totalizzatore nazionale (SuperEnalotto e SuperStar). Il procedimento è stato avviato in seguito a denuncia della società Giochi 24, la quale ha lamentato comportamenti abusivi da parte di Sisal consistenti nell'avere impedito l'accesso alla propria rete telematica, passaggio necessario per operare nel mercato della raccolta *on line* dei giochi numerici a totalizzatore nazionale. In particolare, ai sensi del nuovo regime concessorio disciplinato dal d. lgs. n. 159/2007, la distribuzione del SuperEnalotto può essere effettuata sia attraverso la tradizionale rete fisica di punti vendita sia tramite la rete distributiva a distanza (c.d. raccolta *on line*). I punti vendita a distanza possono essere attivati non solo dal concessionario dei giochi numerici a totalizzatore nazionale (ossia Sisal), ma da qualsiasi soggetto – tra cui lo stesso segnalante – abilitato alla commercializzazione dei giochi pubblici.

La peculiarità del ruolo di Sisal, che detiene una posizione dominante nel mercato dell'accesso alla rete telematica di giochi numerici a totalizzatore nazionale, emerge laddove si consideri che tale accesso rappresenta un passaggio obbligato per lo svolgimento *on line* dei medesimi giochi. Infatti soltanto la conoscenza del Protocollo di comunicazione – nella disponibilità di Sisal – permette agli operatori che volessero accedere alla rete telematica SuperEnalotto di connettere la propria infrastruttura informatica con quella di Sisal stessa. A ciò deve aggiungersi che - come previsto da un decreto dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato - lo svolgimento dell'attività di raccolta *on line* del SuperEnalotto non può prescindere dalla stipula di un contratto con Sisal.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha rilevato che la condotta di Sisal potrebbe aver determinato alcune distorsioni della concorrenza nel settore dei giochi e delle scommesse, e più nello specifico con riferimento ai giochi numerici a totalizzatore nazionale. Dagli elementi agli atti, risultava infatti che Sisal avesse impedito l'accesso alla rete telematica in questione non dando seguito all'istanza del segnalante volta a ottenere il Protocollo di comunicazione necessario per l'avvio dell'attività di raccolta *on line* di tale tipologia di giochi. Tale comportamento avrebbe impedito al segnalante di collegarsi alla rete telematica di Sisal e conseguentemente, di

iniziare a svolgere l'attività di raccolta *on line* dei giochi di cui Sisal ha la concessione esclusiva. Viceversa, l'Autorità ha rilevato che Sisal ha iniziato ad operare nell'attività di raccolta *on line* del SuperEnalotto, pubblicizzando tale attività sul proprio sito dedicato; tale condotta avrebbe fortemente condizionato le dinamiche concorrenziali sul mercato a valle della raccolta *on line* di giochi e scommesse, sul quale sono presenti altri operatori in competizione con Sisal, e sul quale Sisal è presente attraverso la controllata Match Point.

Nel dicembre 2009, l'Autorità, considerato che le previsioni che regolamentano la materia sono suscettibili di limitare l'iniziativa commerciale dei punti vendita a distanza diversi dal concessionario Sisal, determinando, in tal modo, una discriminazione tra Sisal e gli altri soggetti autorizzati alla raccolta *on line* dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, ha ritenuto necessario ampliare l'oggetto dell'istruttoria. Al 31 dicembre 2009, l'istruttoria è in corso.

Segnalazioni

DISTORSIONI CONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA FORNITURA DEI SERVIZI AGGIUNTIVI PER MUSEI

Nel luglio 2009, l'Autorità ha trasmesso al Parlamento, al Governo e al Presidente della Regione Campania alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito a talune distorsioni concorrenziali presenti nel mercato della fornitura dei servizi aggiuntivi per i musei. I servizi aggiuntivi alla fruizione di un museo o di un sito culturale, ovvero i servizi di accoglienza e di ospitalità degli utenti, svolgono un ruolo determinante per la valorizzazione del bene culturale e, dunque, rivestono un'importanza strategica, anche nell'ottica di contenere la spesa pubblica destinata ai musei. Distinti, ma connessi con la fornitura dei servizi aggiuntivi, sono i servizi strumentali alla fruizione di un museo o di un sito culturale, quali pulizia, manutenzione, vigilanza, etc.

L'Autorità ha ricordato che, mentre la domanda di servizi aggiuntivi proviene quasi esclusivamente da soggetti pubblici quali le Soprintendenze regionali, le articolazioni territoriali del Ministero per i beni e le attività culturali, ovvero dalle Fondazioni, l'offerta è costituita da diverse tipologie di operatori. Questa si caratterizza, in

particolare, per la presenza di numerosi incroci proprietari tra imprese private e imprese a capitale misto pubblico–privato e per la modalità di partecipazione alle gare che avviene per lo più in forma di raggruppamenti temporanei di imprese. L'Autorità ha ricordato altresì che la presenza di imprese a capitale misto e controllate da enti territoriali nel mercato in questione può implicare che tali servizi vengano affidati senza gara. Con riferimento a tale ultima ipotesi, l'Autorità ha evidenziato che in taluni casi gli enti territoriali concludono con imprese controllate da un soggetto pubblico accordi qualificati di tipo istituzionale sulla base dei quali viene conferito l'incarico di fornire i servizi in questione in assenza di gara.

A fronte di ciò, l'Autorità ha osservato come la principale preoccupazione concorrenziale concernente il mercato in oggetto sia relativa alla possibilità che si creino situazioni di monopolio o di ingiustificato vantaggio competitivo a favore di imprese che, grazie alla propria natura pubblica, potrebbero essere avvantaggiate nell'assegnazione dei servizi aggiuntivi in musei e siti anch'essi di proprietà pubblica.

Ne consegue, quindi, la necessità di salvaguardare la posizione di tutte le imprese con riferimento alle condizioni di accesso al mercato, attraverso la scelta dei concessionari di tali servizi mediante gare svolte secondo criteri trasparenti e non discriminatori, e previamente pubblicizzate; ciò anche quando non sussiste un preciso obbligo di legge che imponga il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica.

In secondo luogo, l'Autorità ha osservato che l'effettiva valorizzazione dei beni museali appare perseguibile attraverso la gestione imprenditoriale dei servizi aggiuntivi affidata mediante procedura competitiva, poiché le amministrazioni pubbliche non appaiono dotate di strumenti e di risorse idonee ad assicurare una gestione economica dei servizi. In tale ottica, l'Autorità ha rilevato come agli operatori prescelti dovrebbero essere assegnati ruoli attivi nell'individuazione del modello di sviluppo del *business* per la valorizzazione di un sito o museo. Nei casi più complessi, poi, l'Amministrazione aggiudicante potrebbe delineare gli aspetti fondamentali del programma di valorizzazione, lasciando agli operatori del settore di individuare, anche attraverso lo strumento del concorso di idee, la scelta più conveniente per l'amministrazione stessa.

In merito, infine, alla questione dell'affidamento integrato dei servizi aggiuntivi, l'Autorità ha rilevato che la scelta tra affidamento in forma integrata ovvero

affidamento frazionato di ciascun servizio aggiuntivo dovrebbe essere rimessa alla valutazione compiuta dal soggetto concedente sulla base delle caratteristiche di ciascun bene e sulle esigenze dell'affidamento dei servizi aggiuntivi. Nello stesso senso, l'Autorità ha osservato che dovrebbe spettare al soggetto concedente decidere se affidare, in via integrata con quelli aggiuntivi, i servizi strumentali.

ATTIVITÀ SVOLTA DALL'AUTORITÀ AI SENSI DELL'ARTICOLO 23-BIS, DECRETO LEGGE N. 112/2008^(*)

L'articolo 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 recante *“Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”*, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009 n. 166, ha modificato l'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

Tale norma, rubricata *“Servizi pubblici locali di rilevanza economica”*, oltre ad aver innovato vari aspetti della disciplina dei servizi pubblici locali, ha introdotto alcune innovazioni che incidono direttamente sull'ambito e sulle modalità di esercizio della funzione consultiva riconosciuta all'Autorità.

In particolare, con riferimento all'ambito materiale di applicazione della disciplina dettata dall'articolo 23-bis, esso è stato circoscritto dal legislatore con l'espressa esclusione dei settori della distribuzione del gas naturale (ad opera dell'articolo 30 della Legge n. 99/09), della distribuzione di energia elettrica, del trasporto ferroviario regionale nonché della gestione delle farmacie comunali. In tali ambiti, pertanto, gli Enti locali non sono tenuti a chiedere all'Autorità il prescritto parere qualora scelgano di procedere ad affidamento diretto dei relativi servizi.

La novella legislativa ha provveduto altresì a definire meglio alcuni profili del parere preventivo che l'Autorità è chiamata ad esprimere sulla relazione trasmessa dall'Ente locale, laddove questo intenda procedere all'affidamento del servizio *in-house*. Il legislatore ha stabilito, infatti, che detto parere deve essere reso entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. *“Decorso tale termine, il parere, se non reso, s'intende espresso in senso favorevole”*.

Con riferimento all'attività svolta in attuazione dell'articolo 23-bis, nel corso del 2009 l'Autorità ha esaminato le relazioni che gli Enti Locali hanno trasmesso nei casi in cui hanno scelto di affidare direttamente la gestione di un servizio pubblico locale in deroga alla regola ordinaria della procedura ad evidenza pubblica.

* Articolo 23-bis del decreto-legge n. 112/08, convertito nella legge n. 133/08 e successive modifiche.

Nello svolgimento di tale attività, l'Autorità ha esaminato complessivamente 98 richieste di parere.

In particolare, in 34 casi, l'Autorità ha ritenuto che non sussistesse l'obbligo di provvedere in quanto la procedura era antecedente all'entrata in vigore del d.l. 112/08, ovvero non si trattava di servizi pubblici essenziali di rilevanza economica attesa la natura strumentale dei servizi oggetto di affidamento.

Negli altri 64 casi esaminati in cui è stato ritenuto applicabile l'articolo 23-bis, l'Autorità ha sempre espresso parere negativo.

Nel dettaglio, in 34 casi, l'Autorità ha motivato il diniego alla luce del fatto che l'Ente locale non aveva dimostrato la sussistenza delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento di cui al comma 3.

In 11 casi si è ritenuto che non fosse intrinsecamente configurabile un'ipotesi di affidamento *in-house*, atteso che non sussistevano i requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale quali la presenza del controllo analogo nei confronti del soggetto affidatario o la destinazione prevalente dell'attività svolta a favore dell'amministrazione affidante.

Limitatamente a 15 casi l'Autorità ha, poi, motivato il proprio parere negativo ritenendo che l'Amministrazione non avesse fornito quegli elementi idonei a verificare e valutare l'efficacia della deroga; in tali ipotesi, infatti, l'Ente non ha provveduto a compilare l'apposito formulario, previsto dalla norma, ma si è solo limitato a fornire alcuni elementi di carattere qualitativo a supporto dei vantaggi che sarebbero derivati dal ricorso all'affidamento *in house*, senza, altresì, dare adeguata pubblicità alla scelta dell'affidamento de quo.

In altri 4 casi, infine, l'Autorità ha negato la possibilità di procedere a un affidamento diretto del servizio poiché: i) si trattava di un affidamento simultaneo di più servizi, ammissibile ai sensi di legge soltanto previo espletamento di una gara; ii) l'affidamento riguardava una società a capitale misto e, pertanto, la gara doveva necessariamente caratterizzarsi per il cd. doppio oggetto; iii) vigeva un vero e proprio divieto ai sensi del comma 9.

2. Sviluppi giurisprudenziali

INTRODUZIONE

Nell'ultimo anno solare completo (1° gennaio 2009 - 31 dicembre 2009) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza.

Da un punto di vista sostanziale, si segnala che, con le decisioni esaminate, i giudici hanno avuto modo di esprimersi su alcune rilevanti questioni. In particolare, è stata, ancora una volta, affermata la non impugnabilità dei pareri e delle segnalazioni resi dall'Autorità ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90; i giudici hanno inoltre ribadito alcuni importanti principi relativi al procedimento avanti l'Autorità, con particolare riferimento all'esercizio del diritto di accesso agli atti; sono poi stati ulteriormente puntualizzati, sia dal Tar del Lazio che dal Consiglio di Stato, i principi sottesi all'acquisizione ed alla significatività delle prove in materia di intese restrittive della concorrenza, ed in particolare il principio in base a cui non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti, dovendosi ritenere che la condotta del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per la riferibilità alla società; si è ulteriormente consolidato l'orientamento dei giudici in materia di sanzioni, anche con riferimento alla rilevanza degli effetti delle violazioni ai fini della valutazione di gravità; infine il Consiglio di Stato ha avuto modo di sancire alcuni importanti principi in materia di decisioni con impegni.

PROFILI SOSTANZIALI

Mercato rilevante

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha ribadito il consolidato principio in base a cui la nozione di mercato rilevante è funzionale al tipo di indagine: in caso di abuso di posizione dominante la delimitazione del mercato inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento anticoncorrenziale, mentre nella materia di intese la problematica dell'individuazione

del mercato rileva in un momento successivo dal punto di vista logico, quello dell'inquadramento dell'accertata intesa nel suo contesto economico giuridico, in modo che l'individuazione del mercato non appartiene più alla fase dei presupposti dell'illecito, ma è funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività (nello stesso senso, Consiglio di Stato, 3 aprile 2009, n. 2092, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, e 25 marzo 2009, e 9 aprile 2009, n. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*; nonché dal Tar Lazio, 18 dicembre 2009, nn. 13131 e 13134, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, e 2 dicembre 2009, n. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*).

Il Consiglio di Stato, inoltre, sia nella decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, sia nelle decisioni del 25 marzo e del 9 aprile 2009, n. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha altresì puntualizzato che l'applicazione di tale principio “non significa che vi sono tanti mercati di riferimento quante sono le operazioni economiche avvenute o che sia irrilevante procedere ad una corretta individuazione del mercato rilevante, ma comporta solamente la diversità del criterio di individuazione del mercato, che non assume mai valore assoluto, ma relativo”.

Mercato merceologico

Il Tar Lazio, con le sentenze del 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali* e *Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, nel confermare la correttezza dell'iter valutativo seguito dall'Autorità, ha ripercorso i criteri sottesi alla definizione del mercato rilevante dal punto di vista merceologico, che deve essere “individuato verificando la fungibilità dei prodotti sia dal lato della domanda, sia dal lato dell'offerta”. A tale riguardo, il giudice di prime cure ha precisato che “per quanto attiene alla sostituibilità della domanda, i prodotti devono essere percepiti come fungibili dal consumatore, non solo per le loro caratteristiche tecniche e funzionali, ma anche per il livello del loro prezzo”; inoltre, “con riguardo alla sostituibilità dell'offerta, si devono considerare non solo tutte le imprese operanti in un certo settore, ma anche quelle che potrebbero in esso operare in vista della possibilità di una conversione economicamente e commercialmente vantaggiosa”.

Anche il Consiglio di Stato, con la decisione 3 aprile 2009, n. 2090, *O.N.I.+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, ha posto in evidenza l'importanza della sostituibilità dal lato della domanda ai fini della definizione del mercato merceologico rilevante, ritenendo corretta la definizione del mercato operata dall'Autorità, in base alla quale veniva determinato un mercato intermedio – quello della messa a disposizione dei bacini – distinto dal mercato a valle della riparazione navale, e nel quale operavano il gestore dei bacini, dal lato dell'offerta, e i riparatori, dal lato della domanda.

Mercato geografico

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, ha ribadito alcuni consolidati principi in materia di definizione del mercato geografico rilevante. In primo luogo, il Collegio ha ricordato che *“l'esatta perimetrazione del mercato è volta a definire l'ambito entro il quale le imprese sono in concorrenza tra loro, sì da poter identificare le pressioni concorrenziali cui sono sottoposte le imprese interessate, condizionandone le modalità di comportamento”*. In questo contesto, *“il mercato geograficamente rilevante coincide con l'area nella quale determinate imprese concorrenti forniscono e acquistano prodotti e servizi, connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee e distinguibile pertanto dalle zone geografiche contigue in considerazione delle differenti condizioni di concorrenza che è consentito registrare tra l'una e le altre”*. Quanto ai criteri da utilizzare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *“la sua estensione va dapprima definita tenendo conto delle indicazioni di massima relative alla distribuzione delle quote di mercato delle parti e dei loro concorrenti nonché alla stregua di una prima analisi della politica dei prezzi e delle differenze di prezzo a livello nazionale o della Comunità; quindi, occorre verificare quanto emerso sulla scorta degli elementi indicati scandagliando le caratteristiche della domanda (tra cui, in specie, l'importanza delle preferenze nazionali o locali, le abitudini d'acquisto correnti dei consumatori, differenziazione e marche dei prodotti, altri fattori), al fine di verificare se le imprese operanti in aree diverse costituiscano realmente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori”*. Ancor più nel dettaglio, il giudice d'appello, facendo esplicito riferimento al c.d. ‘test dell'ipotetico monopolista’, ha ricordato che *“occorre verificare se i clienti delle parti passerebbero a prodotti*

sostitutivi prontamente disponibili o si rivolgerebbero a fornitori siti in un'altra zona, in conseguenza di un ipotetico piccolo incremento di carattere permanente del prezzo dei prodotti stessi nell'area considerata. Se, quindi, il tasso di sostituzione è tale da rendere non redditizio l'incremento del prezzo a causa del calo di vendite che ne deriverebbe, vanno aggiunti al mercato considerato altri prodotti ed altre aree"

Quanto alla dimensione che può assumere il mercato rilevante dal punto di vista geografico, il Tar Lazio, nelle sentenze n. 9171/2009 e n. 9176/2009, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali* e *Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, ha richiamato l'orientamento consolidato secondo cui il mercato può anche essere una porzione limitata del territorio, ritenendo corretta la delimitazione geografica del mercato, coincidente con i rispettivi spazi aeroportuali.

Anche nelle sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, il Tar Lazio ha ribadito la possibilità di configurare l'esistenza di un mercato geografico rilevante circoscritto a una porzione limitata del territorio, puntualizzando altresì che *"nella costruzione del mercato rilevante in senso geografico un fattore decisivo può essere rappresentato dalle abitudini dei consumatori, dalle loro preferenze per prodotti regionali o locali, dalle tradizioni, o, ancora, dalla proclività sociale allo spostamento per acquisire beni o servizi di una certa tipologia"*; e che il mercato rilevante, nella sua dimensione geografica, *"non deve quindi essere configurato a partire tanto dalle caratteristiche dell'offerta, quanto dalle caratteristiche della domanda"*. Sulla base dei medesimi principi, il Consiglio di Stato, nella citata decisione n. 2090/2009, *O.N.I.+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, ha condiviso la delimitazione geografica del mercato rilevante al solo porto di Napoli (in senso analogo, Tar Lazio, sentenze del 18 dicembre 2009, n. 13131 e n. 13134, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*).

Mercato rilevante e gara

Il Consiglio di Stato, con le decisioni del 25 marzo 2009, e 9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, dopo aver premesso che *"l'ammissibilità di una coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara"*, ha concluso per la correttezza della definizione del mercato adottata dall'Autorità – con riferimento ai

singoli accordi, nei singoli bacini di interesse delle imprese partecipanti alle intese, che di volta in volta sono stati o avrebbero potuto essere affidati tramite gara – in ragione del fatto che, nel caso di specie, si era in presenza di “*singole gare, e dunque singoli mercati, la cui somma diventava una porzione rilevante del mercato nazionale*”.

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, nella decisione del 3 aprile 2009, n. 2092, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto corretta la definizione del mercato rilevante, circoscritto alle sole gare indette dalla ASL di Ferrara. In questa decisione, il Collegio ha peraltro evidenziato che “*è bensì vero che il mercato di riferimento deve comunque essere costituito da una parte «rilevante» del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica*”. A fronte di tale enunciazione, il Consiglio di Stato ha poi rilevato che “*tuttavia, anche una porzione e ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata*”; e che “*pertanto le gare di pubblici appalti possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto*”.

Intese

Nozione di intesa

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. n. 2092/2009, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ribadito il principio in base a cui, “*ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento constatato o atteso dei concorrenti, è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori, che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto*”. Il Collegio ha poi ricordato che, nella logica della legge antitrust, la nozione di intesa è “*oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica*” (nello stesso Consiglio di Stato,

del 25 marzo 2009 e 9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*).

Nelle sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, inoltre, il Tar Lazio ha avuto modo di pronunciarsi altresì sulle ipotesi in cui un'impresa partecipi *passivamente* agli incontri con i propri concorrenti, attraverso i quali si realizza la concertazione. Il giudice di prime cure, in merito, ha osservato che “*solo un'esplicita dissociazione dall'oggetto della riunione, e non la mera partecipazione passiva alla stessa, [consentirebbe] alle parti di dimostrare la non adesione all'intesa, in quanto l'esigenza di autonomia implica anche che, ove risulti provato che un'impresa abbia partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro*”.

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2092/2009, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha affermato che anche un singolo episodio, non reiterato nel tempo, quale un accordo per la partecipazione ad una gara, può integrare un'intesa restrittiva della concorrenza rilevante ai sensi della legge *antitrust*; il Collegio, in merito, ha evidenziato come “*la mancata reiterazione dei comportamenti [delle imprese] non possa di per sé sola precludere la configurazione in astratto di un'intesa anticoncorrenziale*”, in quanto “*la reiterazione dei comportamenti nel tempo [...] costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa*”.

Oggetto o effetto dell'intesa

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2092/2009, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha confermato il consolidato orientamento in base al quale “*per la sussistenza dell'illecito è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, non anche necessariamente dell'effetto*”. In questo contesto, “*l'analisi degli effetti prodotti sul mercato può incidere in termini di gravità della stessa e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria*” (nel medesimo senso, Consiglio di Stato, 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, nonché 25 marzo 2009 e

9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*; Tar Lazio, 18 dicembre 2009, n. 13131 e n. 13134, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*, e 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*).

Prova dell'intesa

Il Tar Lazio, nelle sentenze del 18 dicembre 2009, n. 13131 e n. 13134, relative al caso *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*, ha ribadito i consolidati principi sottesi all'accertamento dell'intesa nella forma della pratica concordata. In primo luogo, il giudice ha ricordato che *“l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto”*. Ne consegue che la prova, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti, *“sebbene singolarmente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, vanno inquadrati nel contesto complessivo del sistema per apprezzarne l'eventuale rilevanza”*. In questo contesto, il Tar Lazio ha ritenuto che elementi significativi a supporto della concertazione - posta la *“rarietà dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun)”* - possono essere considerati la durata, l'uniformità ed il parallelismo dei comportamenti; gli incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti.

Di contro, il Tar ha evidenziato che *“in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice”*.