

Pubblicato il 09/10/2023

N. 14838/2023 REG.PROV.COLL.

N. 03379/2023 REG.RIC.

N. 03380/2023 REG.RIC.

N. 03454/2023 REG.RIC.

N. 04366/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3379 del 2023, proposto da Sintexcal s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori, Antonio Lirosi e Andrea Pezza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Jacopo Polinari e Jacopo Fronticelli Baldelli, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna 40;

sul ricorso numero di registro generale 3380 del 2023, proposto da General Beton Triveneta s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Baglivo, Salvatore Spagnuolo, Giorgio Blandino e Chiara Militello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Jacopo Polinari e Jacopo Fronticelli Baldelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna 40;

sul ricorso numero di registro generale 3454 del 2023, proposto da Impresa Bacchi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonia Rita Augimeri, Stefano Vinti e Giovanni Adamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Jacopo Polinari e Jacopo Fronticelli Baldelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna 40;

sul ricorso numero di registro generale 4366 del 2023, proposto da Itinera s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Carlo Croff, Gian Michele Roberti, Francesco Vagnucci, Giulio Napolitano e Raffaele Fragale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Jacopo Polinari e Jacopo Fronticelli Baldelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna 40;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 3379 del 2023:

del provvedimento notificato il 28 dicembre 2022 con nota prot. 0101637, deliberato nell'adunanza del 13 dicembre 2022, a chiusura del procedimento I845, con il quale l'Autorità ha sanzionato Sintexcal in solido con General Beton Triveneta s.p.a., Impresa Bacchi s.r.l. e Itinera s.p.a. per una presunta “intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento della Gara Servizi n. 1/2019”;

ove occorrer possa, di tutti gli atti e i provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti, ivi inclusi (i) il provvedimento di avvio dell'istruttoria I845, deliberato nell'adunanza del 25 maggio 2021 e notificato l'8 giugno 2021, (ii) le “Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90”, approvate con delibera dell'Autorità del 22 ottobre 2014, n. 25152 e (iii) le “Linee guida sulla compliance antitrust”, approvate con delibera del 25 settembre 2018, n. 27356; quanto al ricorso n. 3380 del 2023:

per l'annullamento

del provvedimento dell'AGCM n. prot. 0101638, adottato dall'Autorità nell'adunanza del 13 dicembre 2022 e notificato alla società il successivo 28 dicembre 2022, con il quale è stato deliberato “che le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019”; di condannare Sintexcal s.p.a. e General Beton, in solido, al pagamento di una sanzione pari a € 1.385.126;

ove occorrer possa, di tutti gli atti e i provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti, ivi incluso il provvedimento n. 29683 di avvio dell'istruttoria I845, deliberato nell'adunanza del 25 maggio 2021 e notificato l'8 giugno 2021, le “Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90”, approvate con delibera dell'Autorità del 22 ottobre 2014, n. 25152 nonché le “Linee Guida sulla Compliance Antitrust”, approvate con delibera dell'Autorità del 25 settembre 2018, n. 27356 ;

quanto al ricorso n. 3454 del 2023:

per l'annullamento

previa concessione delle misure cautelari più idonee,

del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, prot. n. fasc. 0101639 del 13 dicembre 2022, notificato in data 28 dicembre 2022, con il quale l'AGCM, all'esito del procedimento n. I-845 – “Gara manutenzione pavimentazioni tratte autostradali di Milano Serravalle-Milano Tangenziali. Provvedimento n. 30419”, ha ritenuto di accertare che la società ricorrente ha posto in essere un'intesa anticoncorrenziale in violazione dell'art. 101 TFUE e ha irrogato nei suoi confronti una sanzione pecuniaria di euro 552.238,00;

della delibera AGCM adottata nell'adunanza del 25 maggio 2021 con cui è stato disposto l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 14, L. n. 287/90;

della Comunicazione delle risultanze istruttorie, trasmessa alle parti interessate il 18 maggio 2022;

della nota AGCM in data 8 giugno 2022, con cui è stata accolta parzialmente l'istanza di proroga del termine infraprocedimentale di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori presentata dalla Impresa Bacchi;

nonché di tutti gli atti presupposti, prodromici, connessi, consequenziali, anteriori e successivi all'atto in parola, ivi inclusi tutti gli atti del procedimento,

ancorché non conosciuti dalla ricorrente;

quanto al ricorso n. 4366 del 2023:

per l'annullamento

previa adozione delle opportune misure cautelari

del provvedimento n. 30419 adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad esito del procedimento n. I845, “Gara manutenzione pavimentazioni tratte autostradali di Milano Serravalle - Milano Tangenziali”, nell'adunanza del 13.12.2022, notificato a Itinera s.p.a. il 28.12.2022, con cui la medesima Autorità ha deliberato che “a) ... le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019; b) Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui al punto a);

c) ... in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a) alle” predette società “siano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente e complessivamente pari a quanto indicato” ivi e, segnatamente con riferimento a Itinera S.p.A., pari a € 1.186.551, e altresì che “le sanzioni amministrative di cui alla precedente lettera c) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento”;

ove occorrer possa, della Comunicazione delle risultanze istruttorie, trasmessa a Itinera s.p.a. il 18.5.2022;

della delibera n. 29683, adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 25.5.2021 e notificata a Itinera s.p.a. l'8.6.2021, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, L. n. 287/90, nei confronti

di Itinera s.p.a., di Sintexcal s.p.a. e della sua controllante General Beton Triveneta s.p.a., e di Bacchi s.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

di ogni altro atto ai predetti antecedente, conseguente, connesso o presupposto, ancorché non conosciuto.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a. e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2023 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso r.g. 3379/2023 Sintexcal s.p.a. ha impugnato il provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in data 13 dicembre 2022, a chiusura del procedimento I845, l'ha sanzionata, in solido con General Beton Triveneta s.p.a., Impresa Bacchi s.r.l. e Itinera s.p.a., per una presunta “intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento della Gara Servizi n. 1/2019”.

La ricorrente ha esposto di avere partecipato alla gara bandita da Milano Serravalle per l'affidamento dell'appalto di “manutenzione ordinaria della pavimentazione autostradale sulla rete in concessione”, suddivisa in 3 lotti.

La procedura era stata qualificata come gara di “servizi”, innalzando così i requisiti di partecipazione.

Allo spirare del termine per la presentazione delle offerte, il 22 marzo 2019, erano pervenute solo 3 offerte, di cui una per ciascun lotto: LOTTO A Sintexcal s.p.a., LOTTO B Itinera s.p.a. e LOTTO C Impresa Bacchi s.r.l.

Rilevando, già nel corso delle attività di apertura delle offerte economiche, una presunta “anomalia” circa le modalità di partecipazione alla gara, in data 16 maggio 2019 la stazione appaltante aveva notiziato l’Autorità e l’ANAC in merito alla “scarsa partecipazione alla procedura di gara [...] e, in particolare, circa la partecipazione dei singoli concorrenti ad uno solo dei lotti oggetto dell’affidamento, nonché alla valutazione in merito alla commistione tra i subappaltatori e gli operatori economici concorrenti”, avendo cura, da un lato, di riportare gli esiti della gara del 2016 e, dall’altro, di allegare bando e disciplinare di gara della Gara Servizi, unitamente alle dichiarazioni delle tre società offerenti sui subappaltatori.

In data 14 ottobre 2019, 13 ottobre 2020 e 19 marzo 2021 l’Autorità aveva formulato tre distinte richieste di informazioni, alle quali facevano seguito le risposte della stazione appaltante, rispettivamente, in data 28 ottobre 2019, 23 ottobre 2020, 26 marzo 2021 e 30 marzo 2021.

Quindi, nell’adunanza del 25 maggio 2021, l’Autorità aveva avviato il procedimento istruttorio, al fine di accertare una possibile violazione dell’art. 101 TFUE relativamente alla partecipazione delle parti alla Gara Servizi e, in data 6 giugno 2021, contestualmente alla notifica dell’avvio, aveva effettuato ispezioni presso i locali di Sintexcal, Itinera e Bacchi, acquisendo la documentazione poi confluita nel fascicolo istruttorio.

Al termine dell’istruttoria l’Autorità aveva adottato il provvedimento sanzionatorio impugnato, avverso il quale sono state proposte le seguenti censure:

1. Decadenza dal termine per la contestazione dell’illecito e per l’applicazione della sanzione. Violazione degli artt. 14 della l. n. 689/1981, 31 della l. n. 287/90,

1 della l. 241/1990, 6 della CEDU, 41 e 50 della Carta di Nizza.

La fase preistruttoria si era protratta ampiamente oltre il termine di 90 giorni di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981 e, in ogni caso, risultava in contrasto con i principi di buon andamento e tempestività della contestazione, poiché l'Autorità aveva avviato il procedimento 2 anni dopo la segnalazione della stazione appaltante, intervenuta ancor prima che il contratto di appalto venisse stipulato.

2. Sulle evidenze esogene. Violazione degli artt. 101 TFUE, 2 Reg. (CE) n. 1/2003, 2 e 3 l. 287/1990. Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea presupposizione in fatto e in diritto.

Gli elementi esogeni, singolarmente o nel complesso, non sarebbero idonei a provare l'esistenza di una specifica concertazione in relazione alla Gara Servizi, trattandosi di documenti o non riferibili a tale procedura di gara o, comunque, relativi ad un periodo temporale successivo a quello dell'asserita concertazione.

3. Sulle evidenze endogene. Sull'esistenza di circostanze plausibili in chiave concorrenziale e/o di una spiegazione alternativa lecita. Violazione degli art. 101 TFUE, 2 del Reg. (CE) n. 1/03, 2 e 3 l. 287/90, 3 l. 241/90, 2727 cod. civ., 116 c.p.c.. Difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti, erronea presupposizione in fatto e in diritto.

Anche gli elementi endogeni non dimostrerebbero l'intesa spartitoria, sia per la loro collocazione in un momento successivo rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, che per l'erronea individuazione da parte dell'Agcm delle specificità del settore di riferimento e del mercato rilevante, ritenuto coincidente con quello della Gara Servizi.

4. Sull'errata individuazione del "mercato rilevante". Violazione degli art. 101 TFUE, 2 del Reg. (CE) n. 1/03, 2 e 3 l. 287/90, art. 3 della l. n. 241/1990.

Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo nella parte in cui ha erroneamente definito il mercato rilevante su cui si sarebbe consumato l'asserito illecito; l'Agcm, infatti, aveva fatto coincidere il mercato rilevante con la sola Gara

Servizi, senza includervi tutte le gare della medesima tipologia di quella oggetto dell'istruttoria; il mercato rilevante, infatti, nella fattispecie avrebbe dovuto ricomprendere quantomeno le gare di manutenzione autostradale bandite in Lombardia e Piemonte, se non nell'intero Nord Italia.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, degli artt. 15 e 31 l. 287/90 e 11 l. 689/81, 23 e 97 Cost. e del principio di proporzionalità. Violazione e/o falsa applicazione dei §§ 7, 8, 11, 12, 18, 22 delle Linee guida e dei §§ 41 e 43 delle Linee guida *compliance*.

La metodologia di calcolo della sanzione utilizzata dall'Autorità sarebbe illegittima sia quanto alla qualificazione di gravità dell'infrazione, sia laddove ha ravvisato l'aggravante per la recidiva sulla base di condotte non imputabili a Sintexcal (con la conseguente inapplicabilità dell'attenuante per l'attivazione di un programma di *compliance antitrust*).

Con ricorso n.r.g. 3380/2023 General Beton Triveneta s.p.a., società che detiene il 100% del capitale sociale di Sintexcal s.p.a., ha impugnato il medesimo provvedimento, deducendo:

1. Decadenza dal termine per la contestazione dell'illecito e per l'applicazione della sanzione. Violazione degli artt. 14 della l. n. 689/1981, 31 della l. n. 287/90, 1 della l. 241/1990, 6 della CEDU, 41 e 50 della Carta di Nizza.

2. Erronea attribuzione a General Beton della responsabilità per l'asserita violazione dell'art. 101 TFUE da parte di Sintexcal in virtù della presunzione di esercizio effettivo di un'influenza determinante sulla politica commerciale della controllata da parte della società madre che ne detenga l'intero capitale sociale. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e insufficienza della motivazione in relazione alla valutazione degli elementi, avanzati da General Beton, relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che la uniscono a Sintexcal. Falsa applicazione del principio giurisprudenziale della presunzione semplice di

esercizio effettivo di un'ingerenza determinante e violazione di principi generali del diritto UE. Violazione dei diritti di difesa di General Beton.

Il provvedimento sarebbe illegittimo anche sotto il profilo della attribuzione della responsabilità per la presunta infrazione – e della conseguente irrogazione della sanzione – alla controllante General Beton, condannata esclusivamente a titolo di “*parental liability*” in relazione alle condotte asseritamente poste in essere da Sintexcal, senza l'accertamento della sussistenza di un'effettiva influenza determinante della prima sulla seconda.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE. Violazione del principio di parità di trattamento.

La presunzione derivante dal controllo totalitario sarebbe stata applicata solo nei confronti della ricorrente, pur in presenza dei medesimi presupposti con riferimento alle società controllanti delle altre parti.

4. In via subordinata: erronea valutazione dell'aggravante per recidiva e dell'attenuante per le misure di *compliance* adottate e attuate da Sintexcal e General Beton. Violazione degli art. 15 e 31

della l. n. 287/90 e dell'art. 11 della l. n. 689/81. Violazione dei paragrafi 22 e 23 delle Linee guida e del paragrafo 43 delle Linee guida sulla *compliance antitrust*.

Anche l'Impresa Bacchi ha impugnato il medesimo provvedimento con il ricorso n.r.g. 3454/2023, con il quale ha dedotto:

1. Tardività dell'avvio del procedimento - Violazione dell'art. 14 l. n. 689/1981 e del principio di giusta durata del procedimento nonché dei principi di efficienza, economicità e tempestività dell'azione amministrativa di cui alla l. n. 241/90 - Violazione artt. 6, co. 3, lett. a) e b), CEDU e 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE - Violazione del principio di proporzionalità e buona fede ai sensi dell'art. 1, co. 2-bis, l. n. 241/90.

2. Violazione dell'art. 14, l. n. 287/1990 e degli artt. 13 e 14, d.P.R. n. 217/1998 - Violazione del contraddittorio nel procedimento e compressione del diritto di

difesa - Violazione degli artt. 6, co. 3, lett. a) e b), CEDU e 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE - Violazione del principio di proporzionalità e buona fede ai sensi dell'art. 1, co. 2-bis, l. n. 241/90, per l'assegnazione di un termine minimo per controdedurre dopo l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE - Erronea qualificazione dell'intesa come "per oggetto" mediante erronea individuazione del mercato rilevante - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

4. Errata qualificazione della condotta delle imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi come intesa restrittiva della concorrenza segreta e restrittiva per oggetto, nella forma di accordo o pratica concordata - Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 (1) TFUE - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, errata considerazione del contesto giuridico ed economico - Difetto di istruttoria e di motivazione.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, carenza di istruttoria. Mancato assolvimento degli oneri probatori.

6. Travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, contraddittorietà, erronea valutazione in relazione agli elementi c.d. esogeni.

7. Illegittima quantificazione della sanzione – Omessa motivazione – Travisamento dei fatti – Erronea applicazione delle Linee Guida di cui alla Delibera AGCM 22 ottobre 2014 n. 25152 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 31, l. 287/1990 – Eccesso di potere.

Infine, con ricorso n.r.g. 4366/2023 il provvedimento sanzionatorio è stato gravato anche da Itinera s.p.a., che ha lamentato:

1. Decadenza dal termine per l'avvio del procedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 14, l. n. 689/1981. Violazione e falsa applicazione dell'art.

31, l. n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dei principi generali di cui all'art. 1, l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 della CEDU e 41 e 50 della Carta dei diritti fondamentali UE. Violazione dell'art. 97 Cost. e del principio di buon andamento. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e per irragionevolezza. Erroneità della motivazione.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, l. n. 287/1990. Insussistenza degli elementi costitutivi dell'intesa per oggetto e in ogni caso mancata prova degli stessi. Eccesso di potere per irragionevolezza, errore nei presupposti di fatto e di diritto, travisamento manifesto e carenza di istruttoria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 ed eccesso di potere per carenza ed erroneità della motivazione.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, l. n. 287/1990. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, erroneità illogicità e ingiustizia manifeste. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 ed eccesso di potere per carenza e dell'erroneità della motivazione.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, l. n. 287/1990. Eccesso di potere per irragionevolezza, errore nei presupposti di fatto e di diritto, travisamento manifesto e carenza di istruttoria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, L n. 241/1990 ed eccesso di potere per carenza ed erroneità della motivazione.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errata acquisizione e valutazione dei fatti presupposti. Travisamento dei fatti. Manifesta illogicità e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 ed eccesso di potere per carenza ed erroneità della motivazione.

6. Violazione dell'art. 101 TFUE, eccesso di potere per travisamento, erronea valutazione dei fatti, apoditticità e irragionevolezza manifeste. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 ed eccesso di potere per carenza ed erroneità della motivazione.

7. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 legge n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 legge n. 689/1981. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione delle Linee guida AGCM sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità.

8. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15, l. n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11, l. n. 689/1981 e dell'art. 31, l. n. 287/1990. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione delle Linee guida AGCM sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità.

Si sono costituite in tutti i giudizi l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e Milano Serravalle s.p.a. resistendo ai ricorsi.

All'udienza pubblica del 21 giugno 2023 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei quattro giudizi, aventi ad oggetto il medesimo provvedimento sanzionatorio.

Nel merito deve rilevarsi la fondatezza della prima censura proposta in tutti e quattro i ricorsi, afferente la violazione del termine per l'avvio del procedimento.

Le ricorrenti hanno contestato la violazione dell'art. 14 l. n. 689/81, secondo il quale "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. 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".

Sul tema della diretta applicabilità dell'art. 14 della legge n. 689/1981 ai procedimenti dell'Agcm 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 (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2021, n. 8492 e la giurisprudenza ivi richiamata).

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 danaro (Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505).

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 indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti (Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020 n. 512). Secondo questa tesi, inoltre, poiché 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, non si deve fare riferimento, per il relativo computo, 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 (Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503).

Questa Sezione, pur avendo affermato in passato che il termine decadenziale di cui all'art. 14 l. 689/1981 non trova diretta applicazione nei procedimenti antitrust in relazione alla durata della fase istruttoria, in quanto il richiamo operato dall'art. 31 della L. 287/1990 varrebbe ai soli fini delle sanzioni amministrative pecuniarie, ma non per la disciplina della fase istruttoria del procedimento, in relazione alla quale la fattispecie è distintamente e autonomamente regolata (da ultimo TAR Lazio, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10148; 24 marzo 2022, n. 3334; 28 luglio 2017, n. 9048), ha comunque precisato che la non applicabilità diretta del termine di cui all'art. 14 cit. non potrebbe 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 (in tal senso Tar Lazio, sez. I, 24 novembre 2020, n. 12532).

In proposito, è opportuno ricordare, quali riferimenti interpretativi, anche i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta Fondamentale 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'operato (in termini, Tar Lazio, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, conf. da Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512).

Da ultimo, la Sezione, tenuto conto dell'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza del Consiglio di Stato in merito all'applicazione dell'art. 14 della l. 689/81 ai procedimenti antitrust, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 Tfu sulla seguente questione: «Se l'art. 102 Tfu, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

Nella fattispecie, tuttavia, l'avvio del procedimento deve ritenersi tardivo, alla luce dei principi sopra riportati, anche a prescindere dalla stretta applicazione del termine decadenziale di cui all'art. 14 della l. n. 689/81, di tal che non si ravvisa l'opportunità di disporre la sospensione dei presenti giudizi nelle more della decisione della Corte di Giustizia.

Al riguardo deve considerarsi che, pur se la durata della fase preistruttoria non può esser fissata rigidamente, giacché rientra nella discrezionalità dell'Autorità individuare il momento nel quale essa reputa conclusa l'acquisizione di tutti gli elementi per contestare 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 (Tar Lazio, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 125; Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2022, n. 3924); pertanto, il concreto

dipinarsi 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, anche in relazione alle effettive necessità istruttorie, così come comprovate e documentate in giudizio dalle acquisizioni disposte ai fini dell'accertamento dell'infrazione.

Resta fermo, come più volte rammentato dalla giurisprudenza di questa Sezione, che, 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 (da ultimo Tar Lazio, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 125); 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. Ne discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione (Tar Lazio, n. 6525/2018 cit.).

Nel caso in esame la segnalazione della stazione appaltante è pervenuta all'Autorità in data 16 maggio 2019; nella segnalazione erano contenute già tutte le contestazioni poi fatte oggetto della comunicazione di avvio del procedimento, inviata il 25 maggio 2021, essendo stati riportati, oltre ai presunti responsabili, anche gli indici di una possibile "anomalia" nelle modalità di partecipazione alla Gara Servizi, consistenti: nella "scarsa partecipazione alla procedura di gara in argomento"; nella "partecipazione dei singoli concorrenti ad uno solo dei lotti oggetto dell'affidamento"; nella presenza di una "commistione tra i subappaltatori e gli operatori economici concorrenti",

contestualmente alla previsione, all'interno del Disciplinare di Gara, che "l'indicazione di un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara" avrebbe comportato "divieto di subappalto"; nella circostanza che, all'edizione della gara bandita nel 2016, Itinera e Bacchi avevano partecipato alla gara su più tratte (precisamente, per l'A50 e l'A51/A52, corrispondenti ai Lotti A e C della Gara Servizi).

Né può sostenersi che, nel caso concreto, debba tenersi conto del tempo "ragionevolmente occorso" per l'acquisizione e la delibazione degli elementi necessari allo scopo di una legittima formulazione della contestazione, poiché le attività istruttoria espletate nel tempo decorso tra la prima segnalazione e l'avvio del procedimento non risultano idonee a giustificare la durata di circa due anni della fase preistruttoria.

L'Autorità, infatti, ha elaborato una prima richiesta di informazioni dopo 5 mesi dalla segnalazione, al fine di acquisire "i ribassi offerti dai partecipanti" e il "raffronto con quelli rilevati nelle precedenti edizioni", alla quale veniva dato riscontro dalla stazione appaltante in data 28 ottobre 2019.

Solo dopo ulteriori 12 mesi da tali acquisizioni, il 13 ottobre 2020, l'Autorità ha inoltrato alla medesima stazione appaltante una seconda richiesta di informazioni, avente ad oggetto la copia delle "offerte pervenute" (i.e. offerte tecniche, dichiarazioni di subappalto e dichiarazioni di disponibilità degli impianti), dei "verbali delle sedute delle commissioni giudicatrici" della Gara Servizi ed ulteriori dettagli circa le prestazioni oggetto di gara.

La risposta alla seconda richiesta di informazioni è stata inviata all'Agcm in data 23 ottobre 2020, ma l'avvio dell'istruttoria è intervenuto solo nel maggio 2021.

Al riguardo l'Agcm ha sostenuto che l'"effettiva consapevolezza" degli elementi sintomatici della collusione sarebbe stata acquisita solo "in seguito all'ultima, mirata, richiesta di ulteriori informazioni alla stazione appaltante", riscontrata in data 26 e 30 marzo 2021, grazie alla quale si sarebbe avuto modo di appurare

l'impatto della qualificazione della gara come di "servizi" sui requisiti di partecipazione e di reperire un primo significativo elemento a conforto del carattere strumentale, rispetto all'intesa di ripartizione dei lotti di gara, del sistema dei subappalti incrociati

tra le uniche tre imprese partecipanti alla procedura (par. 12 provv.); tuttavia, non può non rilevarsi che tali approfondimenti ben avrebbero potuto trovare luogo nel corso dell'istruttoria procedimentale, mentre non v'è dubbio che gli elementi essenziali per procedere all'avvio della stessa, trattandosi di un'unica gara in tre lotti, erano contenuti già nella prima segnalazione e, comunque, nella risposta alla prima richiesta di informazioni, pervenuta nell'ottobre 2020, dopo la quale l'Autorità non ha effettuato ulteriori acquisizioni per oltre un anno.

Nella fattispecie il tempo decorso non appare pertanto essere stato ragionevolmente utilizzato per gli accertamenti da compiere nella fase preistruttoria.

La giurisprudenza ha infatti chiarito, in merito, che non è ammissibile il "compimento di una attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato" (TAR Lazio, sez. I, n. 7795/2021), 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" (TAR Lazio, I, n. 6525/2018).

Dall'esame dello svolgimento dei fatti si evince, pertanto, che l'Agcm avrebbe potuto acquisire tutte le informazioni necessarie per tratteggiare gli elementi-base dell'illecito e, quindi, decidere se avviare o meno la successiva fase istruttoria in un lasso di tempo molto più limitato di quello effettivamente decorso, per la maggior parte del quale non risultano essere state compiute attività. Tale circostanza si pone in contrasto con il rispetto dei principi di buon

andamento ed efficienza dell'azione amministrativa, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati.

I ricorsi devono quindi essere accolti e, per l'effetto, annullato il provvedimento impugnato, senza che residui interesse all'esame delle ulteriori censure.

La peculiarità e novità della questione controversa giustificano, comunque, la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Matthias Viggiano, Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO