

Pubblicato il 10/12/2020

N. 07874/2020REG.PROV.COLL.
N. 05900/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5900 del 2019, proposto da Tubosider S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni, Angelo Lalli, Pierluigi Piselli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli n. 13;

contro

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 06087/2019, resa tra le parti, concernente Annullamento del provvedimento prot. n. 56208 adottato dall'AGCM e trasmesso a mezzo PEC in data 27.7.18; - del provvedimento prot. n. 57731 del 2.8.18, con il quale l'AGCM

deliberava il piano di rateizzazione concesso all'odierna ricorrente, all'esito del procedimento di revisione della sanzione antitrust; - ove occorrer possa, delle “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”, adottate con delibera dell'Autorità del 22 ottobre 2014, nella parte in cui venissero interpretate nel senso di attribuire un mero potere arbitrario all'AGCM di rideterminazione della sanzione, non doverosamente esercitabile nel caso di sussistenza di circostanze eccezionali e straordinarie coinvolgenti il mercato di riferimento e la situazione economico-finanziaria dell'operatore economico; - ove occorrer possa, di ogni ulteriore atto, anche di natura endoprocedimentale, adottato nell'ambito del medesimo procedimento di revisione della sanzione attivata da Tubosider S.p.A.; - di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Marco Annoni, Angelo Lalli e Sergio Fiorentino dello stato in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, Decreto Legge 28 del 30 aprile 2020 e dell'art.25 del Decreto Legge 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma “Microsoft Teams” come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame la società Tubosider ha impugnato la sentenza n. 6087 del 2019 con cui il Tar Lazio ha respinto l'originario gravame; quest'ultimo era stato proposto dalla stessa parte avverso il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti Autorità), prot. n. 57731 del 2 agosto 2018, con cui la stessa p.a., respinta l'istanza di revisione in autotutela, deliberava il piano di rateizzazione concesso all'odierna ricorrente, nonché 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", adottate con delibera dell'Autorità del 22 ottobre 2014, nella parte in cui siano interpretate nel senso di attribuire un mero potere arbitrario all'Autorità di rideterminazione della sanzione, non doverosamente esercitabile nel caso di sussistenza di circostanze eccezionali e straordinarie coinvolgenti il mercato di riferimento e la situazione economico-finanziaria dell'operatore economico.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante ha formulato i seguenti motivi di appello, riproponendo i vizi di prime cure e censurando gli argomenti spesi dal Tar:

- errores in iudicando, violazione degli artt. 41 Cost., 3 e 21-quinques legge 241 del 1990, 15, l. 287 del 1990, 11 l. 689 del 1981, 3, delle linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni, 23, reg. Ce n. 1/03 e della comunicazione della commissione ue 2006 c 210, dei principi di adeguatezza, proporzionalità e concorrenza, diversi profili di eccesso di potere, non essendovi elementi preclusivi di una rideterminazione della sanzione antitrust originariamente irrogata, alla stregua delle sopravvenienze fattuali portate all'attenzione della medesima Autorità in sede di procedimento di revisione;

- analoghi vizi in termini di errores in procedendo, violazione degli artt. 101 e ss., tfue, 15, l. 287 cit. e 11, l. 689 cit., dei principi di adeguatezza, proporzionalità e concorrenza, di buona fede, diversi profili di eccesso di potere, per mancata considerazione delle relazioni che certificavano il costante ed ulteriore peggioramento della situazione economico-finanziaria, in via subordinata richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267, tfue, alla Cge in merito al seguente quesito: ;

- errores in iudicando, analoghi vizi e violazione dell'art. 10 l. 241 cit. e dell'art. 6 cedu, del principio del contraddittorio e di parità di trattamento, eccesso di potere sotto diversi profili per mancata considerazione del precedente invocato, in via subordinata, questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 l. 287 cit., e delle linee guida dell'Autorità ove venissero interpretati nel senso di attribuire all'Autorità di settore un vero e proprio potere di arbitrio in merito ai criteri derogatori di cui al punto 34 delle Linee guida;

- errores in iudicando, violazione della l. 287 cit. degli artt. 101 e ss. TFUE e del regolamento ce n.1 del 2003 e del principio di concorrenza, stante il fine esercitato nella specie di condizionamento del mercato;

- errores in iudicando, violazione dell'art. 2423-bis c.c., d.lgs. 38 del 2005, del regolamento ue n. 1606/02 e dei principi contabili internazionali emanati dall'international Accounting standards board, inclusi i documenti interpretativi sic e Ifric, diversi profili di eccesso di potere per insussistenza di alcun obbligo di accantonamento in bilancio in capo all'appellante, circa somme relative a sanzioni immediatamente sospese e poi annullate dal giudice di primo grado e solo sei anni dopo rese esecutive a seguito della sentenza di ultime cure;

- errores in iudicando, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà manifesta in relazione all'istanza di rateizzazione in quanto l'art. 26 l. 689 cit. si limita a fissare il numero minimo e massimo delle rate in cui suddividere la sanzione e prevede che tali rate abbiano una cadenza

mensile, ma non obbliga l'Autorità Amministrativa né a prevedere rate di pari importo, né a prevedere che le rate siano dovute ogni mese successivo alla precedente né che la rateizzazione debba prevedere il pagamento immediato della prima rata.

L'autorità si è costituita in giudizio e, controdeducendo punto per punto, ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n. 3940 dell'1 agosto 2019 questa sezione ha respinto la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 26 giugno 2020, in vista della quale le parti hanno depositato memorie, la causa è stata nuovamente rinviata su ulteriore istanza di parte appellante.

Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2020 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. L'appello in esame ha ad oggetto la sentenza resa dal Tar Lazio in merito alla controversia concernente le statuizioni dell'Autorità, adottate in seguito all'esito del precedente contenzioso sorto fra le medesime parti in relazione alla legittimità della sanzione, relative all'istanza di revisione e rateizzazione della stessa somma sanzionatoria.

1.1 Preliminarmente, va respinta l'ennesima istanza di rinvio formulata da parte appellante.

In linea generale, nel processo amministrativo nessuna norma processuale o principio generale attribuisce alle parti in causa un diritto al rinvio della discussione del ricorso, poiché il principio dispositivo, che pure informa il processo amministrativo, va temperato con l'interesse pubblico alla sollecita definizione della controversia coinvolgente l'esercizio di pubblici poteri. Ciò a maggior ragione nell'ipotesi di controversia soggetta per legge, come la presente, al rito accelerato di cui all'art. 119 cod proc amm.

Nel processo amministrativo non è accoglibile la richiesta di rinvio della trattazione del gravame presentata dal ricorrente se non è stato prospettato un ragionevole elemento idoneo a giustificarlo, anche in ragione del necessario rispetto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

1.2 Nel caso di specie, la reiterata formulazione di istanze di revisioni ha comportato il susseguirsi di atti di rigetto meramente confermativi rispetto a quanto oggetto di controversia nella specie; di conseguenza non sussiste alcun elemento di sopravvenuta carenza di interesse sulla scorta di quanto da ultimo invocato da parte appellante. Anzi, la reiterazione di istanze analoghe a quella in esame giustifica un esito opposto alla reiterata istanza di differimento, al fine di fornire le dovute risposte rispetto alle contrapposte deduzioni delle parti. Nella misura in cui, come rilevato in sede di discussione da parte istante, la nuova ed ulteriore istanza sia relativa ad una fase ulteriormente esecutiva, nessun ostacolo la stessa può creare alla conclusione del processo; a contrario, sussiste l'interesse delle parti ad avere la richiesta statuizione in merito alle deduzioni proposte, anche al fine di orientare le ulteriori eventuali fasi.

2. A fronte della natura del provvedimento oggetto di contestazione e degli elementi dedotti dalle parti occorre, ai fini di una corretta impostazione della soluzione alle questioni controverse, un riassunto della più ampia vicenda contenziosa pregressa.

2.1 Come emerge anche dalla precedente statuizione resa da questo Consiglio (sentenza 3197 del 2018, oggetto di ricorso per revocazione dichiarato inammissibile con sentenza n. 1165 del 2020), con provvedimento n. 23931 del 28 settembre 2012, l'Autorità concludeva il procedimento istruttorio n. I/723 accertando che una serie di società, segnatamente: Car Segnaletica Stradale S.r.l., Ilva Pali Dalmine S.p.A., Ilva Pali Dalmine Industries S.r.l., Industria Meccanica Varricchio S.p.A., Marcegaglia S.p.A., Metalmeccanica Fracasso S.p.A., San Marco S.p.A. e Tubosider S.p.A. «avevano posto in essere una pratica

concordata e continuata nel tempo (dal gennaio 2003 al maggio 2007), finalizzata a distorcere i meccanismi di confronto concorrenziale nel mercato nazionale dei dispositivi metallici di sicurezza stradale. In ragione della gravità e durata dell'infrazione, l'Autorità irrogava alle imprese coinvolte sanzioni amministrative pecuniarie per un ammontare complessivo pari a € 37.317.565,00 (importo così ripartito: Industria Meccanica Varricchio s.p.a., € 4.866.689,50; Marcegaglia s.p.a., € 11.865.216,65; Metalmeccanica Fracasso s.p.a., € 11.013.165,40; San Marco s.p.a. in liquidazione, € 814.519,66; Tubosider s.p.a., € 7.385.805,00; Car Segnaletica Stradale s.r.l., € 1.338.994,07; Ilva Pali Dalmine Industries s.r.l., € 33.174,10).

Avverso tale provvedimento proponevano separati ricorsi le società Marcegaglia s.p.a. (n.r.g. 10613 del 2012), Varricchio s.p.a. (n.r.g. 10661 del 2012), Tubosider s.p.a. (n.r.g. 10665 del 2012), il Fallimento San Marco s.p.a. (n.r.g. 11103 del 2012), Metalmeccanica Fracasso s.p.a. (n.r.g. 10589 del 2012) e Car Segnaletica Stradale s.r.l. (n.r.g. 11226 del 2012).

2.2 I ricorsi promossi da alcune delle imprese coinvolte (diverse da quella oggi appellante), sono stati in parte respinti dal Tar Lazio, le cui decisioni sono state poi confermate dal Consiglio di Stato con sentenze n. 2328 del 2016 (Car Segnaletica Stradale s.r.l.) e n. 3291 del 2015 (Metalmeccanica Fracasso s.p.a.).

Con le sentenze del 7 ottobre 2013 n. 8671, n. 8672 e n. 8676, lo stesso Tar Lazio ha invece accolto i ricorsi proposti dalle società Tubosider s.p.a., Marcegaglia s.p.a. e Industria Meccanica Varricchio s.p.a.

Il giudice di prime cure ha disatteso le censure di intervenuta prescrizione (ai sensi dell'art. 28 della legge n. 689 del 1981) e decadenza (ai sensi dell'art. 14 della legge n. 698 del 1981), ma ha reputato illegittime le proroghe deliberate dall'Autorità nel corso del procedimento

2.3 L'Autorità ha quindi proposto appello avverso le predette sentenze di accoglimento, chiedendone la riforma.

Le società Tubosider s.p.a., Marcegaglia s.p.a. e Industria Meccanica Varricchio s.p.a. hanno sollevato appello incidentale avverso i capi di sentenza che le hanno viste soccombenti, nonché riproposto le censure avanzate in primo grado rimaste assorbite.

Il Consiglio di Stato, disposta pregiudizialmente la riunione degli appelli proposti dall'Autorità avverso le tre sentenze di primo grado, con la decisione 29 maggio 2018 n. 3197 ha accolto gli appelli principali proposti dall'Autorità, riformando le sentenze gravate nella parte in cui avevano ritenuto viziato il provvedimento, in ragione dell'illegittimità delle delibere di proroga del procedimento.

Venivano altresì respinti gli appelli incidentali proposti dalle parti private. Secondo la Sezione, l'Autorità ha ampiamente assolto l'onere di provare l'esistenza dei fatti costitutivi dell'infrazione contestata, ovvero il coordinamento di fatto e consapevole dell'attività di più imprese indipendenti e la conseguente restrizione della concorrenza (come del resto già statuito da questa Sezione con riguardo alle altre imprese coinvolte nel medesimo procedimento istruttorio: cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 3291 e 1 giugno 2016, n. 2328). Le imprese partecipanti all'intesa per il tramite di una organizzazione comune (il Consorzio Manufatti Stradali Metallici) hanno dato vita ad un pernicioso meccanismo collusivo, avente ad oggetto la ripartizione delle forniture e la contemporanea condivisione dei prezzi di riferimento

Gli elementi di prova da cui si desume che, nell'ambito di frequenti incontri periodici (95 tra il febbraio 2003 e l'aprile 2007), le consorziate si scambiavano informazioni strategiche e pattuivano condotte comuni da tenere sul mercato, sono stati rilevati sulla scorta di plurimi riscontri esterni, e segnatamente:

a) le prove testimoniali dell'ultimo segretario del Consorzio prima del suo scioglimento (doc. 6 e doc. 7 del fascicolo di primo grado), di uno dei manager di IPDI (doc. 6 e doc. 7 del fascicolo di primo grado), dal rappresentante di MRCGB (doc. 6 del fascicolo di primo grado);

- b) i file elettronici, acquisiti in ambito ispettivo presso le sedi del Consorzio e delle consorziate (doc. 8 del fascicolo di primo grado) che riportano in progressione cronologica gli identificativi delle gare svolte nel periodo 2003-2006, l'importo e la scadenza delle stesse nonché l'impresa che doveva risultarne aggiudicataria;
- c) l'ulteriore documentazione acquisita dalla polizia giudiziaria da cui emerge che le consorziate si segnalavano reciprocamente le richieste di preventivo pervenute da parte di un determinato cliente (sub doc. 7 e doc. 8 del fascicolo di primo grado);
- d) i numerosi appunti manoscritti e dattiloscritti sequestrati dalla polizia giudiziaria chiaramente strumentali alla realizzazione della pratica collusiva, e redatti con un linguaggio gergale che ne conferma la funzione prettamente interna (doc. 8 del fascicolo di primo grado);
- e) la documentazione attestante la definizione e l'aggiornamento di un apposito prezzario al quale adeguare le offerte da proporre nelle future gare (sub doc. 8 del fascicolo di primo grado).

Alla comprovata condivisione di informazioni e definizione di un prezzario comune, si aggiungono anche elementi endogeni, ossia anomalie comportamentali che, all'interno del complessivo quadro istruttorio, contribuiscono a "segnalare" l'esistenza della pratica concordata: dopo lo scioglimento del Consorzio, vi è stato un incremento percentuale annuo dei prezzi inferiore a quello registrato nel periodo in cui lo stesso aveva operato; inoltre, è stata registrata una riduzione del rapporto tra il prezzo di vendita del bene e il suo costo di produzione.

2.4 La società odierna appellante presentava, avverso la sopraddetta sentenza 3197 del 2018, ricorso per revocazione, respinto prima in sede cautelare (con ordinanza n. 4786 del 28 settembre 2018) e quindi nel merito (con sentenza 1165 del 2020).

2.5 Nelle more, in sede procedimentale ed amministrativa la stessa società odierna appellante presentava all'Autorità, in data 25 giugno 2018, un'istanza di revisione in autotutela del provvedimento sanzionatorio e/o, in subordine, di rateizzazione dell'importo dovuto.

L'Autorità, nella sua adunanza del 26 luglio 2018, riteneva non meritevole di accoglimento l'istanza di revisione della sanzione, e ne dava comunicazione con nota trasmessa via PEC il 27 luglio 2018, mentre, con provvedimento prot. n. 57731 notificato il 2 agosto 2018, disponeva l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione del pagamento della sanzione.

2.6 Con il ricorso deciso dalla sentenza appellata Tubosider impugnava tali provvedimenti – di diniego di revisione e di delibera del piano di rateizzazione concesso all'odierna ricorrente, all'esito del procedimento di revisione della sanzione antitrust – nonché 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”, adottate con delibera dell'Autorità del 22 ottobre 2014, nella parte in cui siano interpretate nel senso di attribuire un mero potere arbitrario all'Autorità di rideterminazione della sanzione, non doverosamente esercitabile nel caso di sussistenza di circostanze eccezionali e straordinarie coinvolgenti il mercato di riferimento e la situazione economico-finanziaria dell'operatore economico.

2.7 Con la sentenza qui appellata il Tar respingeva il ricorso. In particolare, la sentenza rilevava l'assenza di obbligo di revisione e di interessi pubblici all'intervento in autotutela, l'irrilevanza di un piano di risanamento per imporre una revoca della sanzione, l'insussistenza dei presupposti per un rinvio pregiudiziale non rinvenendosi nel diritto europeo principi che impongano una revisione costante della sua entità legata all'evolversi del mercato e del successivo confronto concorrenziale interno a ciascun Paese membro, l'assenza dei presupposti per l'eccezionale disparità di trattamento in materia di antitrust,

l'assenza del presunto obbligo di accantonamento, nonché la concessione della rateizzazione nel limite massimo di legge delle trenta rate.

3. Così riassunto il complesso iter della vicenda è possibile passare all'esame del merito del presente appello, che è infondato.

4. Preliminarmente, occorre delimitare l'ambito di rilevanza delle questioni sollevate a fronte della natura e degli effetti degli atti impugnati, per le quali permanga un interesse concreto ed attuale rispetto a quanto già statuito in via giurisdizionale, in specie a fronte della definitività ed esecutività dell'originaria sanzione.

4.1 Se a quest'ultimo proposito assume rilievo dirimente quanto emergente dal sopra ricostruito quadro controverso, rispetto al quale occorre rinviare a quanto già statuito dalla sezione, dall'analisi degli atti impugnati risulta come il successivo diniego di revisione, adottato in merito all'istanza di autotutela presentata dalla odierna appellante in data 25 giugno 2018 (quindi in diretta conseguenza dell'esito negativo dell'impugnativa della sanzione con la pubblicazione della sentenza 3197 cit. in data 29 maggio 2018), sia stato compiutamente motivato dall'Autorità, in termini coerenti alla natura officiosa del potere invocato.

4.1.1 In particolare, l'istanza di revisione in autotutela proposta dalla società appellante è stata ritenuta non meritevole di accoglimento, in quanto la misura della sanzione comminata a conclusione dell'istruttoria all'epoca svolta è stata confermata all'esito del giudizio di impugnazione, concluso con il rigetto di tutti i vizi dedotti e la ritenuta proporzionalità della sanzione.

4.1.2 L'autorità ha altresì compiutamente evidenziato la coerenza del proprio comportamento anche processuale, attraverso l'impugnazione della sentenza di prime cure e la conseguente attivazione di ogni azione utile e necessaria a tutelare l'interesse pubblico connesso allo svolgimento delle proprie funzioni, che nel caso di specie hanno portato all'irrogazione di una sanzione, confermata

legittima e dotata di piena esecutività e definitività all'esito del giudizio impugnatorio.

4.1.3 Ad integrazione della motivazione, l'Autorità ha altresì ricordato le "best practices" con cui le aziende coinvolte da procedimenti antitrust sono use ad accantonano in un apposito fondo rischi le somme che potrebbero risultare dovute a titolo sanzionatorio, in ottemperanza al principio di "prudenza" di cui all'art. 2423 bis c.c. Tale considerazione assume connotati non certo di reputato obbligo, ma solo di richiamo ad una buona prassi aziendale, né può in alcun modo mutare gli esiti del precedente giudizio.

4.1.4 Infine, con autonoma e conseguente delibera la stessa Autorità, nel prendere atto delle sopravvenute invocate difficoltà, ha concesso la richiesta rateizzazione nella misura massima possibile.

5. Orbene, il comportamento dell'Autorità appare, oltre che aderente alle risultanze della fattispecie contenziosa insorta con le varie parti fra cui l'attuale appellante, coerente alla natura del potere di autotutela invocato.

5.1 In linea generale, come noto, non sussiste alcun obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto; il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1141, sez. V, 8 novembre 2019, n. 7655).

Il potere di autotutela dell'Amministrazione è esercitabile in via discrezionale d'ufficio, essendo alla stessa rimessa la più ampia valutazione di merito,

conseguentemente le istanze di parte sul punto hanno valore di mera sollecitazione, non sussistendo alcun obbligo giuridico di provvedere

Principio generale valido all'evidenza anche rispetto a provvedimenti la cui definitività ed esecutività è stata accertata in sede giurisdizionale, come avvenuto nel caso di specie.

Né l'annullamento in prime cure, con una sentenza poi riformata nel corso del prosieguo della controversia, poteva mutare la qualificazione predetta ovvero altrimenti limitare il potere dell'Autorità.

5.2 Pertanto, a fronte di un provvedimento originario pienamente efficace e divenuto definitivo in base alla sentenza di questo Consiglio (come ulteriormente confermato dal rigetto dei ricorsi per revocazione), l'Autorità avrebbe dovuto individuare ex officio, nell'ambito della propria discrezionalità, elementi tali da portare ad un eventuale mutamento di rilevanza che giustificasse non solo l'originaria impostazione, la cui legittimità è stata riscontrata da questo Consiglio, ma anche il successivo coerente comportamento processuale.

In assenza di rilevanti elementi di interessi pubblici, non certo enucleabili nelle sopravvenute difficoltà delle imprese (imputabili alle stesse ed eventualmente anche alle medesime condotte illecite accertate e sanzionate), l'eventuale intervento in autotutela, sì, avrebbe dato luogo ad un caso di potenzialmente viziato in termini di manifesta illogicità e contraddittorietà.

5.3 Dinanzi alla piena efficacia della sanzione in origine applicata ed alla ricostruita natura giuridica dell'invocato potere di revisione, perdono quindi di rilievo gran parte delle censure dedotte, le quali sono chiamate a muoversi nell'esiguo spazio che rimane, dinanzi all'esercizio di poteri ufficiosi quali l'autotutela, per le contestazioni in termini di legittimità.

5.4 Invero, ad ulteriore chiarimento occorre richiamare l'insegnamento tradizionale di questo Consiglio (cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. V, 3

maggio 2012, n.2548), la cui validità non può che riguardare anche il delicato potere affidato alle autorità indipendenti.

Il potere di autotutela è un potere di merito amministrativo, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, riservata alla Pubblica amministrazione e insindacabile da parte del giudice; quest'ultimo non può infatti valutare se il diniego di autotutela è stato bene o male esercitato perché, se ciò facesse, la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'Amministrazione, di riesercizio del potere di autotutela secondo parametri fissati da lui, con illegittimo suo sconfinamento in un potere di merito riservato esclusivamente all'Amministrazione e incoercibile; di conseguenza il diniego espresso di autotutela non è impugnabile per l'assorbente ragione che si tratta di atto espressione di un potere di apprezzamento d'interessi pubblici nel loro merito (opportunità, convenienza), su cui il giudice amministrativo non ha giurisdizione; di conseguenza solo nel caso che l'Amministrazione, sollecitata ad esercitare l'autotutela, riesamini l'originario provvedimento e a seguito di appropriato procedimento amministrativo confermi - con una rinnovata valutazione degli interessi in gioco e con una motivazione dotata di autonomia - l'originario provvedimento, si ha un atto di conferma in senso proprio, autonomamente lesivo e pertanto impugnabile. Orbene, nulla di tutto ciò è avvenuto nel caso di specie.

6.1 Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte appare prima facie infondato il primo motivo di appello, essendovi evidenti elementi preclusivi di una rideterminazione della sanzione antitrust originariamente irrogata e confermata all'esito del relativo iter giurisdizionale, né essendovi la sussistenza di alcun elemento in base al quale ritenere dovuta l'invocata autotutela.

6.2.1 Analogo esito non può che riguardare il secondo motivo di appello, in quanto il peggioramento della situazione finanziaria non può incidere sulla

legittimità, esecutività e definitività della sanzione precedentemente accertata, irrogata e confermata.

6.2.2 Né emergono spazi per l'invocato rinvio pregiudiziale, in specie a fronte – in via preliminare – della assenza di parametri normativi europei che portino ad ipotizzare la sussistenza dell'obbligo di revisione invocato.

Al riguardo, pienamente condivisibili appaiono le considerazioni svolte in parte qua dal Giudice di prime cure, secondo cui la normativa richiamata non è interpretabile nel senso dell'introduzione di una preclusione assoluta ma prevede una facoltà discrezionalmente applicabile dall'Autorità di settore nella determinazione della sanzione al momento dell'irrogazione della stessa, senza che siano riscontrabili nell'art. 101 TFUE, nel Regolamento 1/2003 e negli orientamenti della Commissione UE 2006 C-210 principi che impongano una revisione costante della sua entità legata all'evolversi del mercato e del successivo confronto concorrenziale interno a ciascun Paese membro.

6.2.3 In definitiva, non sussistono neppure i presupposti di possibile conflitto, necessari al fine del sorgere dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non essendovi una norma ed un principio europeo rilevante ai fini invocati.

In proposito, gli orientamenti europei richiamati da parte appellante, condivisi dal Collegio, evidenziano come per la determinazione della sanzione debbano valutarsi “le dimensioni e le risorse globali delle imprese”, nonché la “capacità finanziaria di detta impresa” (cfr. ancora sentt. CGUE, Showa Denko/Commissione, C-289/04 e Lafarge/Commissione, C-413/08), per cui, al fine di “infliggere un'ammenda di un importo che possa dissuadere le imprese interessate dalla violazione, in futuro, delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione, occorre prendere in considerazione le dimensioni e le risorse globali di queste ultime al momento dell'adozione della decisione controversa”, per cui “la ricerca di un effetto dissuasivo della sanzione pecuniaria mira essenzialmente a disciplinare, per il futuro, il comportamento dell'entità economica destinataria

della decisione della Commissione. Tale effetto deve prodursi necessariamente in relazione all'impresa interessata nello stato in cui essa si trova al momento dell'adozione di detta decisione" (cfr. CGUE, YKK Corporation e a. contro Commissione europea, C-408/12).

6.2.4 Orbene, nel caso di specie la sanzione è stata correttamente determinata all'epoca della sua adozione, come riconosciuto dall'esito della relativa impugnativa.

Diversamente, la tesi di parte appellante mira ad estendere tali principi, relativi alla determinazione della sanzione irrogata e fatti propri dall'Autorità e dalla giurisprudenza interna sia in generale che nel caso di specie (in cui, giova ribadirlo, la sanzione è stata calcolata relativamente alla situazione esistente al momento dell'adozione della decisione, in conformità ai principi sovranazionali richiamati), al di fuori degli ambiti chiaramente indicati, imponendo una continua revisione ed un continuo adeguamento negli anni successivi, obbligo all'evidenza contrario agli stessi principi in materia.

Infatti, così opinando, sia l'effetto preventivo che quello sanzionatorio rimarrebbero frustrati, dinanzi ad una possibile continua revisione, tale da favorire anzi il mancato adeguamento alle indicazioni delle autorità operanti a tutela della concorrenza.

6.2.5 In ogni caso, ciò che rileva ai fini in esame è la mancanza del parametro europeo da applicare, in quanto gli invocati riferimenti riguardano il momento di adozione della decisione sanzionatoria. Nel caso di specie tale momento è pacificamente superato e non più oggetto di discussione, con la conseguenza che non si pone alcuna questione di verifica di conformità del diritto interno ai predetti orientamenti europei, condivisi e fatti propri sia dall'Autorità che dalla giurisprudenza, anche nel caso di specie in sede di relativa impugnazione della sanzione originaria, definitiva ed esecutiva.

6.3 Parimenti infondato è il terzo motivo di appello, sia in generale alla luce delle considerazioni sopra svolte in merito all'insussistenza di un dovere di revisione, sia in termini di dettaglio rispetto alle diverse fattispecie invocate.

6.3.1 Se per un verso la motivazione sottesa al diniego di revisione, sopra ricostruita e valutata, appare pienamente coerente alla natura del potere esercitato ed alle risultanze della fattispecie con conseguente irrilevanza ai fini di causa della invocata questione di costituzionalità, per un altro verso, la norma di cui all'art. 15 appare pienamente coerente ai principi costituzionali invocati. Né le linee guida possono assurgere a norma di riferimento da sottoporre a giudizio di costituzionalità.

La norma invocata prevede invero una ipotesi di riduzione (cfr. comma 2 bis) che peraltro, oltre a riguardare sempre il momento dell'irrogazione (non rilevante ai fini di causa in quanto definitivamente consolidatosi con l'irrogazione della sanzione e la sua acquisita definitività ed esecutività all'esito del giudizio impugnatorio), presuppone un comportamento in bonam partem del soggetto sanzionato ("in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza") insussistente nel caso de quo, come accertato dalla stessa sentenza 3197 (cfr punto 7.2 della motivazione).

6.3.2 In proposito, anche relativamente alla determinazione della sanzione nel caso in esame assumono rilievo dirimente le considerazioni già svolte dalla sezione in relazione alla presente fattispecie, proprio con riferimento alla esaustività e chiarezza del provvedimento sanzionatorio impugnato e confermato all'esito del giudizio.

Infatti, nella stessa sentenza 3197 cit. sono svolte considerazioni rispetto alle quali, anche per evidenti ragioni di certezza del diritto, non vi è alcuna ragione per mutare orientamento; altrimenti opinando si giungerebbe, fra l'altro, ad una

sorta di inammissibile quarto grado di giudizio, anche dopo l'esito negativo della revocazione.

Nel caso in esame la quantificazione dell'Autorità è stata reputata proporzionata all'illecito e rispettosa dei canoni individuati dagli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende (in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a, del regolamento n. 1 del 2003), dal momento che: - le intese orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati sono infrazioni 'molto gravi' sulla sola base della loro natura; - la pratica concordata in esame è stata ripetuta nel tempo per più di un quadriennio; - le quote di mercato detenute dalle imprese partecipanti al cartello erano pari alla quasi totalità degli operatori attivi nel mercato rilevante; - l'intesa è stata attuata dalle parti; - è stata applicata una percentuale pari solo al 5% del valore delle vendite, sebbene quest'ultima possa essere fissata, secondo i predetti Orientamenti, ad un livello che può raggiungere il 30% di tale valore.

Inoltre, sullo specifico punto in questa sede ancora invocato in merito all'eventuale situazione di crisi di un settore economico, "le conclusioni raggiunte dall'Autorità sono state reputate allineate alla giurisprudenza della Sezione (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; Sez. VI, n. 896 del 2011), per la quale l'eventuale esistenza di una crisi nel settore non può integrare una condizione legittimante l'intesa restrittiva atteso che la presenza della crisi non può certo comportare l'applicazione automatica dell'esenzione, in mancanza delle condizioni previste cumulativamente dall'art. 81.3 del Trattato [attuale art. 101, paragrafo 3, del TFUE]".

6.3.3 Né disparità di trattamento è invocabile in materia, in palese assenza di identità di situazione delle diverse imprese e dei diversi mercati (nella specie barriere metalliche stradali rispetto al mercato di della produzione di poliuretano espanso flessibile). Ciò in coerenza anche con il ruolo e la natura dei poteri affidati alle autorità indipendenti.

In proposito, nei limitati ambiti di ammissibilità delle censure, così come sopra ricordati, non sussiste la invocata disparità di trattamento, sia in generale che con riferimento al caso in esame ed alle diverse fattispecie invocate.

Sul versante generale la fisiologica complessità e peculiarità delle valutazioni compiute in materia di antitrust rende evidente che, pur in presenza di elementi di analogia, è ben difficile verificare l'identità dei casi, necessaria per il riconoscimento dell'operatività del relativo profilo di eccesso di potere per disparità di trattamento. Infatti, costituisce *ius receptum* (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 2 novembre 2019, n. 7478) il principio per cui l'eccesso di potere per disparità di trattamento si può configurare solo sul presupposto, di cui l'interessato deve dare prova rigorosa, dell'identità assoluta della situazione considerata, assente nel caso de quo.

Sul versante dei casi invocati, pienamente condivisibili appaiono le valutazioni svolte dalle difese erariali e dalla sentenza impugnata: non emerge alcuna assoluta identità di situazioni, rinvenendosi piuttosto, nelle fattispecie richiamate, una situazione di accoglimento di un'istanza per incapacità contributiva, ai sensi del punto 31 delle Linee guida, al momento di determinazione della sanzione e di situazioni di rideterminazione della sanzione legate all'esecuzione del giudicato, e non di revisione a seguito di richiesta.

6.3.4 In definitiva, nessun elemento è stato fornito al fine di dimostrare come il potere affidato all'Autorità possa definirsi arbitrario, né in generale, né nel caso di specie.

Se a quest'ultimo riguardo le considerazioni sopra richiamate e contenute nelle precedenti statuizioni della sezione appaiono dirimenti, assumono rilievo anche le linee guida rettammente intese dall'Autorità, aventi riferimento al momento della determinazione della sanzione, che nel caso de quo è coperto dalle valutazioni di legittimità consolidate nei termini predetti.

6.4 Le considerazioni sin qui svolte rendono all'evidenza inammissibili ed infondate le censure di cui al quarto motivo di appello, stante l'accertata legittimità delle valutazioni svolte dall'Autorità con la sanzione originaria e la qualificazione del potere di autotutela invocato, senza che parte appellante abbia peraltro fornito alcun serio elemento in base al quale anche solo ipotizzare il presunto condizionamento.

6.5 Parimenti infondato è il quinto motivo di appello, a fronte della sopra richiamata (cfr. punto 4.1.3 della motivazione) qualificazione del richiamo effettuato dall'Autorità alle buone prassi, senza alcuna valenza impositiva nei confronti delle imprese sanzionate.

6.6 Infine, parimenti destituita di fondamento è la censura concernente la disposta rateizzazione, sia per l'assenza di un effettivo interesse a contestare l'esito favorevole dell'istanza in parte qua, sia per la piena condivisibilità delle considerazioni svolte anche sul punto dal Giudice di prime cure, in specie in relazione all'avvenuta ammissione al beneficio della rateizzazione nei termini massimi consentiti dall'ordinamento.

Al riguardo, il ricorso alle regole generali di cui alla legge 689 del 1981 appare coerente alla natura delle sanzioni in questione (sulla valenza generale in parte qua, in tema di sanzioni, della legge 689 cit. cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. VI, 21 gennaio 2020 n. 512 e 2 luglio 2015, n.3291).

7. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve quindi essere respinto.

Sussistono motivi, stante la complessità della controversia, per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020 con
l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO