

Pubblicato il 04/10/2022

N. 08505/2022REG.PROV.COLL.
N. 08432/2021 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 8432 del 2021, proposto da Allsystem S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia D'Alberti, Roberto Invernizzi e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

contro

Autorita' 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

Axitea Spa e Trenord S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 08810/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati Roberto Invernizzi, Fabio Cintioli e l'avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con provvedimento n. 27993, adottato il 12.11.2019 a conclusione del procedimento istruttorio I/821, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato alla società appellante la sanzione definitiva di €. 5.443.923,00.

2. L'indicato provvedimento sanzionatorio è stato adottato all'esito di un procedimento istruttorio avviato il 21 febbraio 2018, che ha condotto l'AGCM ad accertare l'esistenza, tra le maggiori imprese attive nel settore dei servizi di vigilanza, di una intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 TFUE, finalizzata ad eliminare il reciproco confronto concorrenziale.

3. L'intesa, in particolare, avrebbe avuto ad oggetto il coordinamento nella partecipazione a una serie di gare bandite da enti pubblici tra il 2013 e il 2017, e tale coordinamento sarebbe avvenuto utilizzando in modo anticoncorrenziale gli strumenti del Raggruppamento Temporaneo di Imprese e del subappalto: secondo la ricostruzione dell'Autorità, dunque, le parti talvolta partecipavano insieme in gara, talora a mezzo di "ATI finte", che celavano la spartizione geografica dei lotti, altre volte stipulando prima della gara degli accordi di non partecipazione, che prevedevano in cambio l'attribuzione di quote di subappalto. Tali condotte sarebbero state accompagnate da un sistema di "compensazioni", assicurate da accordi bilaterali, finalizzate a riequilibrare i rispettivi rapporti di "dare-avere".

4. Dal punto di vista soggettivo il procedimento è stato avviato nei confronti delle società Coopservice soc. coop. p.A.; Allsystem S.p.A.; Istituti di Vigilanza Riuniti S.p.A., e le sue controllanti Skibs S.r.l., Biks Group S.p.A.; Italpol Vigilanza S.r.l. coop e la sua controllante MC Holding S.r.l.; Sicuritalia S.p.A. e la sua controllante Lomafin SGH S.p.A..

5. Dal punto di vista oggettivo il procedimento è stato esteso, con delibera dell'AGCM del 29 maggio 2018, all'offerta di servizi a soggetti pubblici e privati nonché agli accordi aventi ad oggetto affidamenti reciproci di servizi tra le Parti.

6. Al termine dell'istruttoria l'AGCM ha ritenuto comprovata una intesa orizzontale, restrittiva per oggetto e segreta, unica e continuata, che avrebbe operato nell'ambito di una serie di gare indette da enti pubblici per l'acquisizione di servizi di vigilanza armata e, in alcuni casi, anche servizi "fiduciari", tra i quali il servizio di portierato. Precisamente avrebbe operato: in due gare indette dalla Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. (in prosieguo "ARCA"), centrale unica di committenza della Regione Lombardia, nel 2016 e nel 2017; in due gare indette da Trenord S.p.A. nel giugno 2014 e aprile 2016; nella gara indetta nel 2013 da EXPO 2015 S.p.A., c.d. gara "EXPO evento"; in due gare indette da Intercent-ER, centrale unica di committenza della Regione Emilia Romagna, nel 2013 e 2015; in una gara indetta da ATAC nel febbraio 2015.

7. Più in dettaglio l'AGCM ha rilevato delle anomalie nel fatto che nelle gare indicate le Parti avrebbero quasi sempre concorso insieme costituendo raggruppamenti "sovrabbondanti", rispetto ai requisiti di partecipazione richiesti di volta in volta dalle stazioni appaltanti; ciò nonostante, in alcune gare in cui era richiesta una determinata qualificazione SOA (OS30) le parti si sono avvalse di imprese che possedevano la qualificazione richiesta non coinvolgendole nel raggruppamento, bensì affidando loro dei subappalti. Partecipando alle gare, inoltre, le Parti dichiaravano alle stazioni appaltanti le rispettive percentuali di partecipazione al raggruppamento, sempre uguali in

varie gare, percentuali che, però, non corrispondevano alla quota di esecuzione del servizio appaltato: in relazione a tale circostanza l'AGCM ha dunque ipotizzato l'esistenza di una "ATI finta", facendo riferimento al raggruppamento nella configurazione che presentava la domanda di partecipazione alle gare, che appunto non rispecchiava la realtà dei rapporti. L'AGCM ha inoltre rilevato che in alcuni casi una parte non partecipava alla gara, ma otteneva poi un subappalto dal raggruppamento. L'insieme di tali circostanze, di per sé anomale, sarebbe significativo, secondo la AGCM, di una intesa in base alla quale le Parti, che costituiscono le imprese principali del settore, avrebbero deciso di non mettersi in reciproca concorrenza in relazione alle gare indicate, con la finalità di spartirsi, sulla base di aree geografiche, il mercato delle gare pubbliche della Lombardia, Emilia Romagna e Lazio.

8. A sostegno di tale ipotesi l'AGCM indica una serie di elementi di natura "esogena", costituiti da documenti reperiti nel corso dell'attività ispettiva: si tratta di varie mails interne; di una scrittura privata risalente al 25 luglio 2014, nella quale le parti avrebbero definito la suddivisione dei servizi da svolgere in caso di aggiudicazione; di una scrittura privata che documenterebbe un accordo prodromico alla gara "Trenord 2", intercorso tra Sicuritalia e Itapol, secondo cui quest'ultima non avrebbe partecipato alla gara in cambio di un subappalto pari alla quota del 20% dei servizi; di un documento informatico denominato "*proiezione gara Expo 2014*", reperito presso Itapol, nel quale questa immaginava quale sarebbe stato l'esito della gara, dimostrando di essere a conoscenza dell'offerta delle imprese concorrenti; di un ulteriore accordo del 26 gennaio 2016 intercorso tra Itapol, Sicuritalia e Italservizi, avente ad oggetto la gara ATAC 2015; di ulteriori documenti che comproverebbero l'esistenza di accordi trasversali per regolare le c.d. "compensazioni".

9. L'indicato provvedimento è stato ritualmente impugnato avanti al TAR per il Lazio, con ricorso che è stato respinto con la sentenza di cui in epigrafe.

10. Allsystem S.p.A. ha proposto rituale appello, fondato sui seguenti motivi:

I) *Error in iudicando*, assenza dei presupposti per contestare un'intesa unica complessa e continuata, violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE; eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, contraddittorietà, ingiustizia manifesta; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/90; difetto assoluto di motivazione su elementi decisivi dell'accertamento.

L'appellata sentenza è contestata per non aver adeguatamente considerato i motivi di ricorso tesi a dimostrare l'insussistenza degli elementi costitutivi di una intesa unica, complessa e continuata, e segnatamente l'esistenza di un piano d'insieme, l'identità dei soggetti partecipanti ad ognuna delle sue manifestazioni, l'identità dell'oggetto e l'esistenza di condotte violative dell'art. 101 TFUE. L'appellante ha quindi puntualmente contestato la rilevanza probatoria delle circostanze e dei documenti indicati dall'AGCM a supporto della contestazione.

II) *Error in iudicando*, violazione dell'art. 14 della L. n. 689/81, violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 41 della Carta dei Diritti UE, violazione dell'art. 97 della Costituzione, del principio di buon andamento e dell'art. 1 della L. n. 241/90.

Il TAR, comunque, avrebbe dovuto dichiarare illegittimi i provvedimenti impugnati per violazione dell'art. 14, L. 689/1981, in relazione al fatto che l'avvio della istruttoria è stato disposto dall'AGCM con provvedimento del 21 febbraio 2018, ovvero a distanza di circa tre anni dal ricevimento della prima segnalazione, quella di Trenord, dell'8 aprile 2015, e quindi quando il termine di novanta giorni individuato dall'art. 14 della L. n. 689/81 era abbondantemente spirato. Il TAR, invece, ha erroneamente ritenuto il suddetto termine inapplicabile ai procedimenti antitrust, contravvenendo alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, facendo un generico riferimento alla necessità, dell'AGCM, di effettuare indagini circa il cui espletamento non v'è alcun riscontro.

III) *Error in iudicando*, assenza del requisito della consistenza dell'intesa; violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/90.

Questo motivo censura l'erroneità della Sentenza per aver ritenuto legittimo l'accertamento del Provvedimento nella parte in cui ha ritenuto provata l'intesa anticoncorrenziale, in violazione dell'art. 101 TFUE, pur mancando il requisito della consistenza della condotta, ovvero l'idoneità della intesa ad alterare la concorrenza, requisito che dovrebbe essere sempre dimostrato.

Nella specie l'intesa ha interessato, secondo la prospettazione dell'AGCM, gare che rappresentano solo il 23% delle procedure indette nei territori delle tre Regioni interessate; inoltre gli operatori economici coinvolti rappresentano solo il 30% del mercato dei servizi di vigilanza armata, e quindi non si può affermare che l'intesa di che trattasi fosse "consistente" nel senso precisato.

IV) *Error in iudicando*, errata definizione del mercato rilevante, violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. 241/90.

La sentenza impugnata erra anche ove ha respinto la doglianza con cui Allsystem ha dimostrato che il Provvedimento ha errato nella delimitazione del mercato rilevante.

L'AGCM ha fatto coincidere il mercato rilevante solo con quello di interesse per le gare influenzate dalla presunta intesa anticoncorrenziale, gare che però hanno avuto ad oggetto ambiti territoriali diversi e servizi eterogenei. Tuttavia l'Autorità ha analizzato centinaia di gare, e non ha adeguatamente motivato la decisione di far coincidere il mercato rilevante solo con quello, estremamente limitato, delle 5 gare analizzate nel Provvedimento impugnato.

V) *Error in iudicando*, insussistenza di una intesa per oggetto, violazione e falsa applicazione di legge dell'art. 101 TFUE, dell'art. 3 L. 241/90, eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta,

illogicità, contraddittorietà, travisamento del sistema normativo, violazione dell'art. 134 R.D. n. 773/1931, violazione del R.D.L. 1952/1935, del R.D. 2144/1936 e del D.M. n. 269/2010; travisamento dell'istituto del RTI, violazione dell'art. 48 del D. L.vo 50/2016, dell'art. 19, par. 2, della Dir. 2014/24/UE, dell'art. 37 D. L.vo 163/2006, dell'art. 11 della Dir. 2004/17/UE, e della “comunicazione” 23.12.2014 dell'AGCM “*avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti dalle gare pubbliche*”; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione.

Questo motivo d'appello censura la sentenza appellata nella parte in cui afferma che nella specie AGCM avrebbe provato l'esistenza di un'intesa “per oggetto”, ragion per cui “...*non era necessaria l'analisi degli effetti concretamente prodotti*” (pag. 18 della sentenza).

Richiamata la giurisprudenza secondo cui la nozione di intesa per oggetto non consente di sanzionare comportamenti prescindendo dagli effetti che essi abbiano avuto sul mercato, l'appellante sostiene che nulla ha dimostrato in ordine agli effetti che la presunta intesa avrebbe avuto sul mercato, pertanto non ricorrono le condizioni per qualificare la stessa come intesa per oggetto.

VI) *Error in iudicando*, in relazione alla insussistenza della condotta rispetto alle singole gare esaminate nel provvedimento; violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/90, eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, illogicità, contraddittorietà.

La censura è dedicata ad analizzare le singole condotte ascritte ad Allsystem per dimostrare che esse non sarebbero significative della partecipazione ad un accordo anticoncorrenziale.

VII) *Error in iudicando* in relazione alla quantificazione della sanzione, violazione e falsa applicazione dell'art. 15 della L. n. 287/90 e dell'art. 11 della L. n. 689/81; violazione degli orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende, violazione e falsa applicazione delle Linee Guida AGCM,

eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione, violazione del principio di proporzionalità.

La censura contesta l'appellata sentenza per aver respinto la doglianza di Allsystem con cui si deduceva la sproporzione della sanzione impugnata, avuto riguardo al fatto che l'intesa non potrebbe qualificarsi né grave né segreta.

11. Si è costituita in giudizio, per resistere all'impugnazione, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

12. La causa è stata chiamata alla camera di consiglio dell'11 novembre 2021, in occasione della quale il Collegio ha accolto la domanda incidentale di sospensione ai soli fini della sollecita fissazione della udienza di discussione del merito.

13. La causa, pertanto, è stata chiamata alla pubblica udienza del 26 maggio 2022, in occasione della quale è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

14. Va esaminato prioritariamente, essendo dirimente, il secondo motivo di ricorso, il quale si concentra, *inter alia*, sull'applicabilità (o meno) alle procedure sanzionatorie sviluppate dall'AGCM, con riferimento a (illecite) intese restrittive del mercato in occasione di partecipazione di operatori economici a procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche, dell'art. 14 l. 689/1981 nonché in ordine al tardivo avvio, nel caso di specie, della procedura rispetto all'epoca di conoscenza dei fatti da contestarsi.

15. Sul punto, anche in epoca recentissima (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2022 nn. 3570, 3571 e 3572, i cui contenuti saranno riprodotti per ampi stralci nel prosieguo nonché, ancora in argomento, Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2022 n. 878 e 25 gennaio 2021 n. 738), la Sezione ha tracciato la linea interpretativa che ritiene più aderente al dettato normativo in materia, proprio dell'ordinamento interno e di quello eurounitario, e il Collegio ritiene di

aderire convintamente a tale orientamento, al quale non vi è ragione di non confermare continuità.

16. In particolare:

- va premesso che le norme di principio contenute nel Capo I della l. 689/1981, tendenzialmente, sono di applicazione generale, dal momento che, in base all'art. 12, devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione del pagamento di una somma di danaro;
- l'intento del legislatore è stato quello di assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati ab origine come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie;
- la preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo - idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la difesa dell'interessato - attengono ai principi del contraddittorio che è garantito dalla l. 689/1981 attraverso la prescrizione di una tempestiva contestazione (ai sensi dell'art. 14, ove non si proceda alla contestazione immediata dell'addebito, *“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”*);
- il su richiamato termine per la contestazione delle violazioni amministrative ha natura perentoria, avendo la precisa funzione di garantire un tempestivo esercizio del diritto di difesa;
- l'ampia portata precettiva è esclusa soltanto alla presenza di una diversa regolamentazione da parte di una fonte normativa, pari ordinata, che per il

suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre una deroga alla norma generale e di principio;

- ed infatti, al riguardo, l'art. 31 l. 287/1990 prevede l'applicazione delle norme generali di cui alla l. 689/1981 “*in quanto applicabili*”;

- a propria volta il regolamento in materia di procedure istruttorie dell'Autorità (d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217) non reca l'indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, e quindi non può far ritenere “diversamente stabilita” la scansione procedimentale e, quindi, inapplicabile il termine di cui all'art. 14 l. 689/1981 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018 n. 4211);

- il Collegio non ignora che sovente il giudice di primo grado (e nella specie la competente Sezione del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio) ha, anche in epoca recente, offerto una diversa valutazione interpretativa del termine di cui all'art. 14 l. 689/1981 (escludendone il carattere perentorio, talvolta) e soprattutto dell'applicabilità di tale norma alla fase istruttoria della complessa operazione procedimentale che si conclude con l'adozione del provvedimento sanzionatorio da parte dell'AGCM;

- tuttavia l'esposta interpretazione, fatta propria dal Consiglio di Stato e, nella specie, da questa Sezione, deve ritenersi preferibile rispetto a quella sposata dal TAR, in quanto anche orientata dalla sicura ascendenza costituzionale del principio di tempestività della contestazione, posto a tutela del diritto di difesa, atteso che la soluzione proposta (oltre che rispondente al canone ermeneutico di tipo sistematico) si impone anche alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme, quale corollario della natura sostanzialmente penale delle sanzioni antitrust e della conseguente applicabilità alla presente fattispecie dei principi fondamentali del diritto punitivo.

17. Con riferimento a tale ultimo profilo merita, per completezza, osservare sinteticamente quanto segue:

- l'art. 6 CEDU prevede che, per aversi equo processo “*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*”

da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”. Tale disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale (al ricorrere dei criteri a suo tempo stabiliti dalla nota sentenza Engel dell’8 giugno 1976);

- a ciò si aggiunga ancora – a confortare l’inevitabile parallelo giuridico tra sanzione penale e sanzione amministrativa - che, secondo la costante giurisprudenza europea, il principio della presunzione d’innocenza, sancito dall’articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive (cfr. Corte di Giustizia UE, 10 novembre 2017, T-180/15);

- la presunzione di innocenza risulta, del resto, anche dall’articolo 6, paragrafo 2, della CEDU che, come è noto, contiene principi generali del diritto dell’Unione. La natura “penale” in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall’Autorità antitrust quindi è indubbia, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fatto che l’accertamento di *antitrust infringement* determina, oltre all’irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale (sulla natura sostanzialmente penale delle responsabilità per violazioni delle norme sulla concorrenza cfr., ancora, Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, caso Menarini-Diagnostics S.r.l. c. Italia; in generale sulla nozione di pena in senso convenzionale cfr. Corte EDU, (ancora) Engel e altri contro Paesi Bassi, caso n. 5100/71, Grande Stevens e altri contro Italia, Casi 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10);

- non va dimenticato che proprio nella sentenza 14 marzo 2014 Grande Stevens c. Italia, la stessa Corte Edu ha ritenuto, in tema di *market abuse*, che la conformità con l’art. 6 CEDU non viene meno nel caso in cui una sanzione di natura penale sia inflitta da un’Autorità amministrativa, la cui decisione non soddisfi le condizioni di cui al paragrafo 1 della norma, laddove sul provvedimento adottato sia previsto un controllo a posteriori da parte di un

organo indipendente e imparziale avente giurisdizione piena. Sul punto è intervenuta anche la Corte di cassazione affermando che *“in tema di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, la garanzia del giusto processo, ex art. 6 Cedu, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa - nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria - ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio - adottato in assenza di tali garanzie ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa giacché la stessa, sebbene non connotata dalle garanzie di cui al citato art. 6, è comunque rispettosa delle relative prescrizioni, per essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale”* (cfr., in termini, Cass. civ., Sez. II, 13 gennaio 2017 n. 770, in merito a una fattispecie in tema di sanzioni applicate dalla Consob all'esito del procedimento amministrativo previsto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Cfr., in argomento e più di recente, Cass. civ., Sez. II, 28 aprile 2022 n. 13345);

- ancor più in particolare, secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il “fair trial” non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento amministrativo, e segnatamente: per “tribunale” deve intendersi qualunque Autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato come “processo” nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2019 n. 6030);

- la sanzione dell'AGCM, avuto riguardo al particolare grado di severità della stessa, può in astratto assumere natura afflittiva e sostanzialmente penale alla stregua dei criteri individuati dalla giurisprudenza;

- questa Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596) ha già avuto modo di affermare come, in applicazione dei principi posti dalla Corte

EDU, all'interno della più ampia categoria di "accusa penale" occorre distinguere tra un diritto penale in senso stretto (*"hard core of criminal law"*) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale. Deve pertanto ritenersi compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni "penali" siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo - anche a conclusione di una procedura priva di carattere giudiziale, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio - purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di "piena giurisdizione" e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale;

- la Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019 n. 4990) ha già avuto modo di approfondire la questione (tenuto anche conto delle innovazioni apportate dall'art. 7, primo comma, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della direttiva 2014/104/UE), confermando per il Giudice amministrativo *"il dovere di accertamento "diretto" di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento "critico" degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria"*;

- la conferma della compatibilità con l'art. 6, par. 1, della Convenzione di un sistema che imponga sanzioni penali in prima istanza attraverso un organo amministrativo - anche a conclusione di una procedura che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio alla stregua di un processo penale - purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di "piena giurisdizione", è stata di recente confermata dalla stessa Corte Europea (Corte EDU, sentenza 10 dicembre 2020, ric. N. 68957/14 – 70495/13) secondo la quale: *"Nel caso dei ricorsi giurisdizionali contro le sanzioni pecuniarie inflitte dall'AGCom, aventi natura penale, il giudizio del TAR e del Consiglio di Stato non risulta limitato a un semplice controllo di legalità, dal momento che tali autorità possono verificare se, con riguardo alle circostanze particolari della causa, l'AGCom abbia fatto un uso appropriato dei suoi poteri, e possono esaminare la*

fondatezza e la proporzionalità delle scelte dell'AGCom; di conseguenza va ribadito che TAR e Consiglio di Stato rispettano i requisiti di indipendenza e di imparzialità che il giudice deve possedere ai sensi dell'articolo 6 della CEDU").

18. Su queste basi, deve però precisarsi che il decorso dei novanta giorni, nella disposizione recata dall'art. 14 l. 689/1981, è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione.

18.1. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione (cfr. Cass. civ., Sez. II, 13 dicembre 2011 n. 26734 e 21 aprile 2009 n. 9454).

18.2. Più in dettaglio, la giurisprudenza ha affermato, in relazione al momento dal quale decorre il termine di 90 giorni stabilito all'art. 14 l. 689/1981, che:

- *“i limiti temporali entro i quali, a pena di estinzione dell'obbligazione di pagamento, l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere alla notifica della contestazione, devono ritenersi collegati all'esito del procedimento di accertamento, mentre la legittimità della durata di quest'ultimo va valutata in relazione al caso concreto e alla complessità delle indagini, e non anche alla data di commissione della violazione, dalla quale decorre il solo termine iniziale di prescrizione di cui all'art. 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689.”* (così Cass. civ., Sez. VI, ord. n. 18574 del 3 settembre 2014);

- *“il termine entro il quale la P.A. ha l'onere di contestare l'infrazione decorre non da quando sia venuta a conoscenza dei fatti ascritti all'incolpato, ma dal diverso e successivo termine in cui abbia acquisito tutti gli elementi oggettivi e soggettivi necessari per valutare la sussistenza di una condotta sanzionabile. Sulla individuazione di tale momento, che è rimessa al giudice del merito, non può tuttavia incidere la condotta negligente o arbitraria della stessa p.a., sicché il tardivo compimento di atti che quest'ultima avrebbe dovuto o*

potuto compiere tempestivamente non vale a spostare in avanti il "dies a quo" di decorrenza del termine di 90 giorni per la contestazione differita dell'infrazione (nella specie la p.a. aveva contestato a più soggetti la violazione delle norme in tema di misure antiriciclaggio, notificando loro il relativo verbale di accertamento a distanza di quattro mesi dal compimento delle relative operazioni; a fronte dell'impugnazione degli incolpati fondata sulla tardività della contestazione, la p.a. si era difesa allegando di avere avuto la necessità di compiere ricerche anagrafiche per accertare l'esatta residenza degli incolpati. La S.C., cassando la sentenza di merito, ha ritenuto non giustificato il ritardo)" (così Cass. civ., Sez. V, 29 febbraio 2008 n. 5467);

- e, ancora, il termine per la contestazione degli illeciti decorre *"dalla data in cui l'autorità amministrativa ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione; compete al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato"* (così Cass. civ., Sez. II, 13 dicembre 2011 n. 26734).

18.3. Con riferimento (poi) alla natura del sindacato giurisdizionale suscitato dalla eccepita tardività della contestazione di una sanzione amministrativa, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che:

- *"In tema di sanzioni irrogate dalla Consob, deve riconoscersi al giudice, che sia chiamato a pronunciarsi sulla tempestività della contestazione dell'illecito, la possibilità di sindacare la necessità o l'opportunità della protrazione dell'attività istruttoria, da parte dell'Amministrazione, con il compimento di atti di indagine collegati a quelli già effettuati, ove questi ultimi risultino già esaustivi ai fini dell'accertamento dell'illecito, con l'avvertenza che tale sindacato deve essere svolto "ex ante" - in relazione all'utilità potenziale delle ulteriori iniziative istruttorie e non già ai concreti esiti che tali iniziative abbiano effettivamente prodotto - e tenendo conto dell'interesse pubblico ad un accertamento unitario di vicende complesse e coinvolgenti plurime responsabilità, quando l'efficacia delle indagini dell'Autorità di vigilanza venga posta a repentaglio da una "discovery" prematura, che consegua alla parcellizzazione dei risultati dell'indagine stessa."* (così Cass. civ., Sez. II, 31 maggio 2022 n. 17673);

- “*Ne consegue che occorre individuare, secondo le caratteristiche e la complessità della situazione concreta, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione stessa*” (così Cass. civ., Sez. II, 16 aprile 2018 n. 9254).

18.4. Il giudice avanti al quale è eccepita la tardività della contestazione, dunque, ha il potere/dovere di sindacare la congruità del tempo impiegato dall'amministrazione precedente per pervenire all'accertamento dell'illecito, sia sotto il profilo della effettiva utilità degli atti istruttori compiuti ai fini dell'accertamento, sia sotto il profilo della diligenza osservata al fine di assicurare la tempestività dell'accertamento.

18.5. Tali principi debbono trovare applicazione anche nei giudizi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo, non venendo in considerazione profili di attività che costituiscano manifestazione di discrezionalità amministrativa.

18.6. Peraltro, con riferimento ai procedimenti finalizzati a sanzionare gli illeciti *antitrust*, i principi sopra richiamati debbono essere applicati tenendo presente la particolare articolazione di tali procedimenti, i quali sono caratterizzati dal fatto che l'AGCM ha il potere di esercitare specifici poteri istruttori, particolarmente invasivi, solo dopo aver adottato un provvedimento di formale avvio del procedimento, il quale deve già contenere una contestazione dell'illecito.

19. - Come è noto, l'istruttoria dei procedimenti antitrust è regolata dagli artt. 12 e segg. l. 287/1990 nonché dal d.P.R. n. 217 del 30 aprile 1998, recante il “*Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*”. Vengono in considerazione, in particolare:

- l'art. 14, comma 1, l. 287/1990, il quale stabilisce che “*L'Autorità, nei casi di presunta infrazione degli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, svolge l'istruttoria in tempi ragionevoli e ne notifica l'apertura alle imprese e agli enti interessati. I titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato*

contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura della stessa”;

- l'art. 6, commi 1 e 3, d.P.R. 217/1998, secondo cui *“Il collegio, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2, comma 2, 3 e 6, comma 1, della legge, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della legge (...). Il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge.”;*

- l'art. 8, comma 1, d.P.R. 217/1998, secondo cui *“I poteri istruttori di cui all'articolo 14, comma 2, della legge, sono esercitati a decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, anche contestualmente alla notifica stessa. Nel caso che l'apertura dell'istruttoria sia stata notificata ad una pluralità di soggetti, i relativi poteri possono essere esercitati nei confronti di ciascuno di essi dal ricevimento della notifica loro indirizzata.”;*

- l'art. 14 d.P.R. 217/1998, il quale disciplina la fase della chiusura della istruttoria prevedendo che *“1. Il collegio, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese (...). I soggetti di cui al comma 2 possono presentare memorie scritte e documenti sino a cinque giorni prima del termine di chiusura dell'istruttoria indicato nella suddetta comunicazione (...). 5. Le imprese e gli enti interessati hanno diritto di essere sentiti dinanzi al collegio. A tal fine, essi devono far pervenire apposita richiesta entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta, il collegio fissa la data della audizione, che è comunicata alle imprese. 6. Il collegio può inoltre sentire gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento, e ne facciano motivata richiesta. 7. Il collegio può sentire le imprese ed enti interessati separatamente o congiuntamente. In quest'ultimo caso si deve tenere conto dell'interesse delle imprese a che non vengano divulgati i segreti commerciali relativi alla propria attività. 8. Dell'audizione è redatto processo verbale,*

contenente le principali dichiarazioni rilasciate dalle parti, secondo le modalità di cui all'articolo 9. Completata l'istruttoria, il collegio adotta il provvedimento finale."

19.1. Reputa il Collegio che l'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato all'art. 14 l. 689/1981 deve essere identificato, nei procedimenti istruttori *antitrust*, con l'atto di avvio della istruttoria indicato dall'art. 14 l. 287/1990 e dall'art. 6 d.P.R. 217/1998 e ciò per la ragione che tale atto, dovendo contenere *"gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni"* e dovendo porre i destinatari in grado di presentare, in ogni stadio dell'istruttoria, difese, da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito.

19.2. Va in proposito rilevato che nel disegno della l. 689/1981 il rispetto del termine di 90 giorni di cui all'art. 14 (della medesima legge) deve essere verificato con riferimento al primo atto con cui l'amministrazione effettua la contestazione, che può avvenire in vari modi. E' stato affermato, ad esempio, che *"In tema di sanzioni amministrative, la comunicazione della positività delle analisi, prevista dall'art. 15 della legge 24 novembre 1981, n. 689, costituisce valida ed efficace contestazione della violazione commessa, anche se non contenga l'indicazione relativa alla facoltà del trasgressore di procedere al pagamento in misura ridotta, trattandosi di una facoltà espressamente prevista dalla legge."* (così Cass. civ., Sez. II, 4 marzo 2011 n. 5250). Nei procedimenti istruttori *antitrust*, però, l'avvio della istruttoria costituisce una tappa obbligata e ineliminabile sicché, contenendo l'enunciazione dell'illecito per cui si procede, è ad essa - e non alla comunicazione delle risultanze istruttorie - che deve farsi riferimento per verificare il rispetto del termine indicato all'art. 14 l. 689/1981.

19.3. Premesso quanto sopra, è evidente che l'accertamento dei fatti sotteso all'avvio della istruttoria, ex art. 14 l. 287/1990, non può compendiarsi in attività estremamente complesse, per la semplice ragione che l'attività istruttoria vera e propria – *id est*: le richieste di informazioni e documenti, le ispezioni, le perizie, le analisi statistiche ed economiche, le consultazioni di esperti, di cui agli artt. 9 e segg. d.P.R. 217/1998 – può essere posta in essere

solo dopo la notifica alle parti interessate del provvedimento che dà avvio alla istruttoria (art. 14, comma 1, l. 287/1990; art. 8, comma 1, d.P.R. 217/1998).

19.4. Si inferisce da ciò che: a) prima di tale momento l'Autorità può porre in essere solo indagini di "pre-istruttoria", comunque di natura diversa da quelle indicate agli artt. 8 e segg. d.P.R. 217/1990; b) l'accertamento dei fatti sotteso alla contestazione dell'illecito, contenuto nell'avvio della istruttoria, è solo quello che si traduce nella acquisizione degli elementi necessari e sufficienti per ipotizzare, a livello di *fumus*, l'esistenza di una infrazione agli artt. 101 e 102 TFUE e di individuare i possibili responsabili.

19.5. Ciò significa che, in sostanza, nei procedimenti antitrust, in ragione della idoneità lesiva delle intese anticoncorrenziali e della afflittività delle sanzioni connesse alla violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, il momento della contestazione è anticipato, rispetto a quanto può accadere nei procedimenti ordinari governati dalla l. 689/1981, (e ciò anche) al fine di vanificare l'attività del sodalizio illecito e di garantire la tempestiva instaurazione del contraddittorio; ciò ridonda anche sul sindacato finalizzato alla verifica del rispetto del termine di 90 giorni di cui all'art. 14 l. 689/1981, non potendosi giustificare la postergazione della contestazione dell'illecito con la necessità di compiere una istruttoria complessa.

19.6. Con specifico riferimento ai casi in cui un procedimento istruttorio sia avviato a seguito di una segnalazione pervenuta all'AGCM, si può desumere, dall'art. 13 l. 287/1990, che, tendenzialmente, dal momento in cui la segnalazione perviene all'AGCM decorre il termine per la contestazione dell'illecito/avvio dell'istruttoria, salvo che la segnalazione sia "incompleta" o "non veritiera". La completezza e l'attendibilità di una segnalazione, pertanto, fungono da criteri che il giudice deve applicare al fine di stabilire se una comunicazione di avvio di istruttoria sia tempestiva e pare arduo sostenere l'incompletezza o la non veridicità di una segnalazione quando l'AGCM non faccia seguire la segnalazione da alcuna attività conoscitiva, a maggior ragione

quando la contestazione contenuta nell'avvio dell'istruttoria rispecchi il contenuto della segnalazione.

20. Nel caso di specie, a differenza di molti altri casi esaminati dalla Sezione caratterizzati dalla circostanza che una parte consistente del lasso temporale successivo alla acquisizione della notizia era impiegata per il completamento, da parte dell'Autorità, delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi (oggettivi e soggettivi) della fattispecie, nella procedura qui in esame si è assistito alla seguente sequenza fatto-atto-temporale.

20.1. Nella seconda Sezione del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado si legge testualmente:

- (al punto 6) che *“In data 21 febbraio 2018 l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti delle società Coopservice S.Coop.p.A. (Coopservice), Allsystem S.p.A. (Allsystem), Istituti di Vigilanza Riuniti S.p.A. (IVRI) e le sue controllanti Skibs S.r.l. e Gruppo Biks S.p.A., Italtel Vigilanza S.r.l. (Italtel) e la sua controllante MC Holding S.r.l., Sicuritalia S.p.A. (Sicuritalia) e la sua controllante Lomafin SGH S.p.A., per accertare se tali imprese avessero posto in essere una o più intese, in violazione dell'art. 2 della legge n. 287/90 e/o art. 101 del TFUE, in occasione di alcune procedure pubbliche di affidamento del servizio di vigilanza privata (...)”* e che (al punto 7) *“Il procedimento, considerate in particolare le evidenze acquisite nel corso degli accertamenti ispettivi effettuati, è stato successivamente esteso oggettivamente con delibera n. 27192 del 29 maggio 2018, al fine di ricomprendere anche l'attività di coordinamento nell'offerta di servizi a soggetti pubblici e privati, nonché agli accordi aventi ad oggetto affidamenti reciproci tra le Parti”*;

- al successivo punto 8 del richiamato provvedimento sanzionatorio, l'AGCM chiarisce che *“L'indagine ha avuto origine da varie segnalazioni in merito allo svolgimento di gare pubbliche relative all'affidamento di servizi di vigilanza. In particolare le denunce di ANIVP e ASSIV e una denuncia anonima rilevavano che la gara bandita dall'Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. (di seguito ARCA), suddivisa in 12 lotti per un totale di oltre 47 milioni di euro, era stata aggiudicata quasi nella sua totalità (11 lotti su 12) ad un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) composto dalle*

principali imprese attive sul mercato: Sicuritalia, Allsystem, Italpol, IVRI. I segnalanti, in merito, hanno evidenziato la sovrabbondanza del RTI e l'anomalia derivante dal fatto che le società si sono aggiudicate la quasi totalità dei lotti messi a gara”;

- poco dopo la stessa Autorità precisa che “Rilevano altresì le segnalazioni pervenute da Trenord S.r.l. (Trenord), con riferimento alla gara dalla stessa bandita nel 2014, e dall'ANAC, in relazione alla gara bandita da Expo 2015 S.p.A. nel 2013, nelle quali si evidenziavano analoghe criticità nelle modalità partecipative e negli esiti di gara, cui hanno preso parte anche le quattro imprese sopra citate, nonché, nel caso di Trenord, anche un altro tra i maggiori operatori del mercato, Coopservice. Nel corso del procedimento sono pervenute altre due segnalazioni: una anonima che segnala possibili effetti distorsivi di una futura concentrazione tra Sicuritalia e IVRI, e l'altra dell'Azienda Lombardia per l'Edilizia residenziale (ALER), che segnala un contratto per un cambio d'appalto intestato ad Italservizi 2007 che è stato firmato da Italpol”;

- tuttavia nella parte “in premessa” del provvedimento sanzionatorio si legge che il relativo procedimento è sorto per effetto delle “segnalazioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), pervenuta il 14 maggio 2015, di Trenord s.r.l., pervenuta in data 8 aprile 2015, dell'Associazione Nazionale Istituti di Vigilanza privata e servizi fiduciari di sicurezza (ANIVP) e dell'Associazione Italiana Vigilanza e Servizi fiduciari (ASSIV) del 2 febbraio 2018, nonché la denuncia anonima del 7 febbraio 2018”;

- la stessa Autorità, nelle difese prodotte in entrambi i gradi di giudizio nonché nello stesso provvedimento sanzionatorio, fa esplicito riferimento a gare che “rientrano tra le più importanti procedure di affidamento pubblico bandite in Lombardia, Emilia Romagna e Lazio tra il 2013 e il 2017”.

20.2. In particolare nell'esposto presentato da Trenord all'AGCM si legge, significativamente, che:

- detta società controllata (pariteticamente al 50% da Trenitalia S.p.a. e al 50% da FNM S.p.a.), che gestisce, in forza di contratto di servizio stipulato con la Regione Lombardia l'intera attività di trasporto ferroviario passeggeri suburbano e regionale della Lombardia, oltre ad alcuni collegamenti in parte

esterni alla stessa Regione, riferiva di avere indetto una procedura di gara ristretta per l'affidamento per un periodo di 24 mesi del “*servizio di vigilanza armata, fornitura kit rendi resto e raccolta incassi da impianti, biglietterie e da self service*” per un importo complessivo a base di gara di Euro 9.968.270,00 e di avere escluso Sicuritalia S.p.a., (quale mandataria di costituenda a.t.i. nonché, quali mandanti, Ivri S.p.a.; Italpol Vigilanza S.r.l.; Allsystem S.p.a.; Coopservice Soc. Coop. p.a.; Civis S.p.a.; Istituto di Vigilanza di Sondrio e Provincia S.r.l.; Vedetta 2 Mondialpol S.p.a.; Rangers S.r.l.; Btv S.p.a. e Mondialpol Milano S.p.a.);

- essendo stato proposto dinanzi al TAR per la Lombardia ricorso giurisdizionale avverso la suddetta esclusione, Trenord trasferiva all'Anac tutti i propri dubbi, che l'avevano condotta ad assumere il suddetto provvedimento espulsivo, circa l'esistenza di una intesa anticoncorrenziale;

- il corpo dell'esposto era caratterizzato da una puntualissima e dettagliata ricostruzione degli “elementi probatori”, segnatamente con riferimento: a) all'incidenza dell'intesa su una parte rilevante del mercato nazionale; b) all'idoneità dell'intesa a restringere la concorrenza in maniera consistente; c) al fatturato (valore della produzione) per il solo 2013 e per la sola attività di vigilanza delle imprese della costituenda a.t.i. Sicuritalia (che risultava pari a circa 847 milioni di Euro); d) alla circostanza che la costituenda a.t.i. facente capo a Sicuritalia rappresenta da sola, in termini di fatturato, una quota pari al 49,8 % delle imprese italiane astrattamente in grado di partecipare alla gara; e) alla ulteriore circostanza che tra le ditte partecipanti alla costituenda a.t.i. Sicuritalia, in base ai dati desumibili dai bilanci 2013 e da alcune visure estratte da Trenord, risulta che vi siano almeno 5, o più probabilmente 6, delle 10 imprese italiane del settore vigilanza privata aventi oltre 1.000 dipendenti.

20.3. L'Anac, egualmente, con significativa dovizia di particolari segnalava all'AGCM la partecipazione sospetta delle imprese qui coinvolte alla procedura per l'affidamento del servizio di vigilanza di Expo 2015.

20.4. Orbene, pare evidente da quanto sopra che fin dal 2015 l'Autorità era stata resa edotta, con riferimento a più di un episodio rilevante, come il mercato della vigilanza presso enti era percorso da potenziali interventi distorsivi coagulati in intese tra *player leader* del settore, capaci di condizionare il mercato degli appalti a loro favore tramite intese che venivano ripetute nel tempo.

20.5. Pare altrettanto evidente che tale situazione conoscitiva imponeva all'Autorità un pronto intervento istruttorio, non solo volto al fine di sanzionare i protagonisti dei comportamenti anticoncorrenziali ma, soprattutto, a tutela del mercato di riferimento e degli altri operatori economici esclusi dall'asserito collegamento illecito nonché a tutela delle stazioni appaltanti.

20.6. Ciò, per come è documentato in atti, non è avvenuto se non dopo l'esposto anonimo (ma estremamente circostanziato e predisposto con linguaggio giuridico-economico assolutamente appropriati e denso di informazioni rilevanti): si constata, dunque, che circa tre anni sono trascorsi tra il ricevimento delle prime segnalazioni e la contestazione, senza che nel frattempo l'Autorità abbia svolto alcuna attività istruttoria finalizzata a stabilirne la verità e completezza. A ciò si aggiunga che il contenuto della contestazione confluita nell'avvio della istruttoria del 21 febbraio 2018 sostanzialmente rispecchia il contenuto della segnalazione di Trenord: è vero che nell'avvio di istruttoria si fa riferimento anche alle gare ARCA, EXPO e Intercert.ER, ma questo non implica una diversa qualificazione del fatto, ma solo una maggiore estensione dell'illecito già prospettato da Trenord nella segnalazione del 2015.

20.7. Il Collegio, dunque, ritiene che - quantomeno - al fine di sanzionare la possibile intesa nelle gare bandite da Trenord, la segnalazione fosse completa e attendibile già nel 2015 e che pertanto l'atto di avvio di procedimento dovesse essere notificato entro i successivi 90 giorni, anche perché ciò non avrebbe impedito all'AGCM di estendere il procedimento ad altri soggetti o

ad altre gare, sulla base della rituale acquisizione di ulteriori informazioni nel corso del procedimento.

20.8. Ancor più nello specifico, pure considerando *“l’interesse pubblico ad un accertamento unitario di vicende complesse e coinvolgenti plurime responsabilità, quando l’efficacia delle indagini dell’Autorità di vigilanza venga posta a repentaglio da una “discovery” prematura, che consegua alla parcellizzazione dei risultati dell’indagine stessa”*, occorre sottolineare come non vi sia alcuna giustificazione plausibile del comportamento assunto nella vicenda in esame dall’Autorità che, ragionevolmente, avrebbe dovuto comunque avviare nel 2015 (fin da subito) una attività istruttoria (adottando i necessari atti consequenziali), per verificare la possibile interferenza della presunta intesa in altre gare, proprio perché aveva ricevuto le due segnalazioni da soggetti qualificati come Trenord e ANAC.

20.8.1. Si è detto infatti che l’AGCM, con nota n. 46749 del 20 luglio 2015, aveva chiesto ad ANAC informazioni sulle procedure ad evidenza pubblica cui avevano partecipato taluni operatori economici, primi fra essi quelli segnalati da Trenord. Analoga richiesta di informazioni era stata inviata dall’AGCM a Expo S.p.a.. Tuttavia, dopo che l’ANAC aveva risposto con nota del 10 agosto 2015, AGCM non ritenne (ingiustificatamente) di svolgere alcuna ulteriore attività istruttoria.

20.9. A tutto voler concedere, per riepilogare e in conclusione, quantomeno dal 10 agosto 2015 è decorso il termine di 90 giorni ex art. 14 l. 689/1981 per contestare l’intesa nella gara Trenord. Peraltro, il fatto stesso che l’AGCM abbia chiesto informazioni anche con riferimento ad altri operatori economici e altre stazioni appaltanti, indica che essa dubitava (in senso favorevole all’ipotesi che tali fatti costituissero spie di comportamenti più estesi) della possibilità che la presunta intesa avesse condizionato altre gare oltre a quella di Trenord.

20.10. Non avendo l’AGCM allegato in giudizio alcuna spiegazione logica circa la decisione di non avviare l’istruttoria nel 2015 e quindi rimanendo

incognite le ragioni di una simile decisione – che, tra l'altro, l'Autorità avrebbe dovuto far constare quantomeno in un documento interno - l'inerzia mantenuta nell'avvio del procedimento non è giustificabile.

20.11. In altri termini, leggendo gli atti dell'istruttoria e collegando tra loro eventi e tempi, il Collegio valuta che il comportamento procedimentale assunto nella specie dall'Autorità abbia “tradito” le coordinate normative recate dall'art. 14 l. 689/1981, non potendosi in alcun modo giustificare - sia nell'ottica di garantire il rispetto dei diritti difensivi, sia nell'ottica di tutelare l'interesse pubblico al sollecito ripristino del corretto assetto del mercato – il decorso di un lasso di tempo così lungo, che non risulta sia stato utilizzato dall'Autorità per approfondire le segnalazioni originarie. L'intrinseca completezza e genuinità di queste ultime risulta, così, indirettamente confermata, e ciò determina l'illegittimità della procedura poi svolta, in quanto avviata tardivamente rispetto alla piena cognizione degli elementi utili ad avviare, in modo palese, la procedura istruttoria a carico delle imprese coinvolte nell'indagine (e che si ritiene si sia realizzata dal 2015), senza che l'Autorità sia stata in grado di motivare adeguatamente le obiettive ragioni che le avrebbero imposto di non intervenire per ben un triennio dalla piena conoscenza dei fatti asseritamente illeciti, non riuscendo ad evitare l'emergere della significativa patologia istruttoria capace di compromettere anche la legittimità del provvedimento sanzionatorio conclusivo.

21. La rilevanza di tale patologia e la primarietà della censura dedotta in sede di appello (dopo essere stata già avanzata in primo grado), relativa al sopra segnalato rilevante deficit comportamentale, è di per sé sola in grado di travolgere l'intero procedimento e il provvedimento sanzionatorio impugnato.

22.. Fermo quanto sopra e ribadito che l'appello va accolto in ragione della ritenuta fondatezza del motivo incentrato sulla corretta applicazione dell'art. 14 l. 689/1981 alla procedura oggetto del contenzioso qui in esame, il Collegio ritiene che, nondimeno, possa darsi qui conto anche della fondatezza del ridetto appello “nel merito” (in applicazione del noto principio

giurisprudenziale della “ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale sul quale si rimanda a: Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015 n. 5, nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242 e Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209), tenuto conto che, del tutto evidentemente, il massimo soddisfacimento dell’interesse di parte appellante si persegue, nel caso di specie, anche con l’esame delle censure finalizzate a mettere in discussione la legittimità del provvedimento impugnato per motivi di “merito” e non solo procedurali.

22.1. A tal proposito il Collegio rileva che l’illegittimità del provvedimento sanzionatorio impugnato è già stata acclarata dalla Sezione con le sentenze nn. 8399 e 8400 del 30 settembre 2022, la motivazione delle quali, cui si rinvia, giustifica, in parte, la declaratoria di fondatezza dei motivi formulati sub I, III, IV e V (secondo l’elencazione degli stessi più sopra sintetizzata) nell’atto introduttivo del presente giudizio, comportando l’annullamento del provvedimento impugnato in primo grado anche nei confronti della odierna società appellante; restando, quindi, assorbiti gli ulteriori motivi dedotti e, in particolare, quelli attinenti alla individuazione dell’entità della sanzione pecuniaria inflitta.

23. In ragione di tutto quanto si è sopra esposto l’appello in esame va accolto, con conseguente riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 22 luglio 2021 n. 8810 con la quale è stato respinto il ricorso (n. R.g. 1742/2020) proposto da Allsystem S.p.A., sicché il provvedimento dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 27993 del 12 novembre 2019 va annullato, nei limiti dell’interesse azionato.

24. Le spese del doppio grado di giudizio possono compensarsi tra tutte le parti in lite, sussistendo i presupposti di cui all’art. 92 c.p.c., per come espressamente richiamato dall’art. 26, comma 1, c.p.a., stante la peculiarità e la complessità, sia in punto di fatto che di diritto, delle questioni oggetto di contenzioso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 22 luglio 2021 n. 8810, dispone l'annullamento del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 27993 del 12 novembre 2019, nei limiti dell'interesse.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO