

Publicato il 26/07/2018

N. 04577/2018REG.PROV.COLL.
N. 06625/2015 REG.RIC.
N. 07436/2015 REG.RIC.
N. 07962/2015 REG.RIC.
N. 07437/2015 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 6625 del 2015, proposto da:
CALCESTRUZZI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, Francesca Maria
Moretti, Marco Zotta, con domicilio eletto presso lo studio
Steen&Hamilton Llp Studio Legale Cleary Gottlieb in Roma, p.zza di
Spagna n. 15;

contro

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in
Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

HOLCIM (ITALIA) S.P.A., non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 7436 del 2015, proposto da:
AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in
Roma, via dei Portoghesi, n. 12

contro

UNICALCESTRUZZI SPA, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristoforo Osti, Filippo
Brunetti, Alessandra Prastaro, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Crisoforo Osti in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

sul ricorso numero di registro generale 7962 del 2015, proposto da:

UNICALCESTRUZZI SPA, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristoforo Osti, Filippo
Brunetti, Alessandra Prastaro, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

contro

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in
Roma, via dei Portoghesi, n. 12

nei confronti

HOLCIM (ITALIA) SPA, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 7437 del 2015, proposto da:

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12

contro

CALCESTRUZZI SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, Francesca Maria Moretti, Marco Zotta, con domicilio eletto presso lo studio Steen&Hamilton Llp Studio Legale Cleary Gottlieb in Roma, p.zza di Spagna, n. 15;

per la riforma:

quanto al ricorso n. 7436 del 2015, della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma – Sez. I n. 5758 del 2015;

quanto al ricorso n. 7962 del 2015, della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma – Sez. I n. 5758 del 2015;

quanto al ricorso n. 6625 del 2015, della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma – Sez. I n. 5759 del 2015; quanto al ricorso n. 7437 del 2015, della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma – Sez. I n. 5759 del 2015;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Unicalcestruzzi s.p.a. e della Calcestruzzi s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Cristoforo Osti, Mario Siragusa, Francesca Maria Moretti, Marco Zotta, Maria Vittoria Lumetti e Paolo Gentili dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con delibera del 3 aprile 2003, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato avviava il procedimento istruttorio n. 1559, in relazione alla segnalata esistenza di un'intesa tra alcune società attive nel settore del calcestruzzo - segnatamente: Ambrosiana Calcestruzzi s.r.l., Calcestruzzi s.p.a., Cave Rocca s.r.l., Cemencal s.p.a., Colabeton s.r.l., Cosmocal s.p., Holcim Calcestruzzi s.r.l., Holcim Cementi s.p.a., Monte Verde Calcestruzzi s.r.l., Monvil Beton s.r.l. e Unicalcestruzzi s.p.a. - volta alla ripartizione di forniture con fissazione di prezzi e condizioni contrattuali.

Con il provvedimento n. 13457 del 29 luglio 2004, l'Autorità deliberava che l'intesa realizzata dalle suddette imprese aveva avuto ad oggetto e per effetto una significativa e consistente alterazione della concorrenza nel mercato del calcestruzzo preconfezionato dal 1999 al 2002, in violazione dell'art. 2, comma 2, lettere *a)* e *b)*, della legge n. 287 del 1990. Infliggeva conseguentemente le sanzioni pecuniarie previste dalla legge, deliberando - per quanto di interesse nel presente giudizio - una ammenda a carico di Calcestruzzi s.p.a. pari a € 10.200.000 e nei confronti di Unicalcestruzzi s.p.a. pari a € 10.000.0'00 (che aumentava di un ulteriore milione di euro a titolo di recidiva).

L'Autorità ordinava di procedere al pagamento dei predetti importi entro novanta giorni dalla notifica del provvedimento medesimo con l'espresso avvertimento che, in caso di ulteriore ritardo nel pagamento eccedente il semestre decorrente da tale termine, le medesime società sarebbero state costrette al pagamento della maggiorazione prevista dall'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981, in misura pari a un decimo per ogni semestre di ritardo.

1.1.- Le imprese coinvolte proponevano separati ricorsi avverso il cennato provvedimento sanzionatorio, che venivano riuniti e accolti solo parzialmente dal T.a.r. del Lazio, con sentenza n. 12835 del 2005. Secondo i giudici di prime cure, la quantificazione della sanzione era illegittima,

poiché l'infrazione doveva essere qualificata «grave», e non «molto grave», come invece ritenuto dall'Autorità sopravvalutando eccessivamente le conseguenze pratiche scaturite dall'intesa.

L'annullamento dell'originaria sanzione veniva confermato dal Consiglio di Stato (Sez. VI, sentenza 29 settembre 2009, n. 5864), riscontrando peraltro, quale ulteriore vizio, che l'estensione temporale dell'infrazione, ricompresa dall'Autorità tra il settembre 1999 e il dicembre 2002, era invece da ridursi sino al dicembre 2000, con conseguente di applicare l'art. 15, comma 1, della legge n. 287 del 1990 nella versione antecedente alla novella del 2001.

1.2.- L'Autorità avviava, in data 22 maggio 2013, un nuovo procedimento finalizzato alla rideterminazione delle sanzioni in esecuzione del giudicato, all'esito del quale, con delibera del 10 dicembre 2013 n. 24680, applicava alla società Calcestruzzi s.p.a. una sanzione pari a € 8.125.509,49 e alla società Unicalcestruzzi s.p.a. una sanzione pari a € 7.047.922,98. All'importo base, veniva aggiunta l'applicazione una maggiorazione del 10%, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981, calcolata a decorre dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento della sanzione originaria e sino alla data di deposito della sentenza del Consiglio di Stato.

2.- La Calcestruzzi s.p.a. impugnava davanti al T.a.r. il provvedimento di rideterminazione n. 24680 del 2013, contestandone la legittimità sotto i seguenti svariati profili: *a)* l'Autorità avrebbe avviato il procedimento volto alla rideterminazione della sanzione con notevole ritardo; *b)* il fatturato rilevante ai fini del computo della sanzione sarebbe erroneo, poiché: - sotto il profilo temporale, si sarebbe dovuto fare riferimento all'anno 2012; - sotto il profilo geografico, si sarebbe dovuto considerare il fatturato generato dalla ricorrente nel mercato geografico rilevante, coincidente tendenzialmente con la Provincia di Milano; - sotto il profilo della composizione del fatturato rilevante, si sarebbero dovuti escludere i ricavi

delle cessioni infragruppo; c) sarebbe violato il principio del *favor rei* di cui all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sanzione applicata a Calcestruzzi sarebbe iniqua e sproporzionata; d) l'Autorità non fornirebbe alcuna indicazione in merito agli elementi rilevanti al fine della quantificazione dell'ammenda; e) sarebbe violato il principio di proporzionalità, non avendo l'Autorità tenuto conto: - della derubricazione dell'infrazione da "molto grave" a "grave" nella sentenza n. 5864 del 2009 del Consiglio di Stato; - della minore "durata" dell'intesa definitivamente accertata; della situazione finanziaria dell'impresa sanzionata; - del carattere derogatorio dell'applicazione di una recidiva in capo alla ricorrente; - del lasso di tempo considerevolmente lungo tra la sanzione originaria e il momento di rideterminazione della nuova sanzione; f) sarebbe violato il principio di effettività della tutela giurisdizionale; g) non sussisterebbero i presupposti necessari per applicare le maggiorazioni di cui all'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981; h) il termine di 30 giorni dalla sua notifica, assegnato per il pagamento, sarebbe manifestamente irragionevole.

2.1.- Con sentenza n. 5759 del 2015, il Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, in parziale accoglimento del ricorso, riteneva la sanzione non proporzionata alla gravità e alla durata dell'intesa, rideterminandola in € 3.250.000,00, escludendo altresì la sussistenza dei presupposti per il pagamento della maggiorazione di cui all'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981.

Il giudice di primo grado rigettava le censure incentrate: sulla violazione del principio di ragionevole durata del procedimento; sulle modalità di calcolo del fatturato rilevante; sulla mancata considerazione ai fini sanzionatori del tempo trascorso tra la cessazione dell'infrazione e la rideterminazione della sanzione; sulla mancata considerazione delle difficili condizioni economiche e finanziarie della ricorrente come circostanza attenuante. Veniva invece accertata la violazione del principio

del *favor rei* e del principio di proporzionalità, nonché riconosciuta l'illegittimità delle maggiorazioni da ritardo.

3.- Anche la Unicalcestruzzi s.p.a. chiedeva l'annullamento della delibera dell'Autorità 10 dicembre 2013 n. 24680, deducendo che la rideterminazione della sanzione sarebbe stata illegittima in quanto: *a)* il fatturato rilevante ai fini del computo della sanzione sarebbe erroneo, poiché: - sotto il profilo temporale, si sarebbe dovuto fare riferimento all'anno 1999; - sotto il profilo geografico, si sarebbe dovuto considerare il fatturato generato dalla ricorrente nel mercato geografico rilevante, coincidente tendenzialmente con la Provincia di Milano; - sotto il profilo della composizione del fatturato rilevante, si sarebbero dovuti escludere i ricavi delle cessioni infragruppo; *b)* sarebbe violato il principio di proporzionalità, non avendo l'Autorità tenuto conto, nella rideterminazione della sanzione: - della derubricazione dell'infrazione da "molto grave" a "grave" nella sentenza n. 5864 del 2009 del Consiglio di Stato; - della minore "durata" dell'intesa definitivamente accertata; della situazione finanziaria, estremamente critica, di Unical; - del lasso di tempo considerevolmente lungo tra la sanzione originaria e il momento di rideterminazione della nuova sanzione e dell'assenza di necessità di una sanzione deterrente; *c)* sarebbe violato il principio del *favor rei* di cui all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sanzione applicata a Unical sarebbe iniqua e sproporzionata; *d)* l'Autorità non fornirebbe alcuna indicazione in merito agli elementi rilevanti al fine della quantificazione dell'ammenda; *e)* non sussisterebbero i presupposti necessari per applicare le maggiorazioni di cui all'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981; *f)* il termine di 30 giorni dalla sua notifica, assegnato per il pagamento, sarebbe manifestamente irragionevole.

3.1.- Il Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, con sentenza n. 5758 del 2015, in parziale accoglimento del ricorso, riteneva anche in questo caso la sanzione non proporzionata alla gravità e alla durata

dell'intesa, rideterminandola in € 3.500.000,00, ed escludendo altresì la sussistenza dei presupposti per il pagamento della maggiorazione di cui all'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981.

4.- Entrambe le sentenze del T.a.r. sono state impugnate, sia dalle parti private, sia dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

4.1.- La società Calcestruzzi s.p.a., con l'atto di appello n. 6625 del 2015, ha chiesto la riforma della sentenza del T.a.r. n. 5759 del 2015, impugnandone i capi in cui è risultata soccombente, e riproponendo le censure relative: alla violazione del diritto ad ottenere una decisione entro un termine ragionevole; all'individuazione del fatturato rilevante per il calcolo della sanzione e dell'anno di riferimento; al mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti.

4.2.- La società Unicalcestruzzi s.p.a., con l'atto di appello n. 7962 del 2015, ha chiesto la riforma della sentenza del T.a.r. n. 5758 del 2015, impugnandone i capi in cui è risultata soccombente, e riproponendo le censure relative: alla violazione del diritto ad ottenere una decisione entro un termine ragionevole; all'individuazione del fatturato rilevante per il calcolo della sanzione e dell'anno di riferimento; al mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti; alla contraddittorietà della rideterminazione effettuata dal T.a.r. che le avrebbe imposto una sanzione pari a € 3,5 milioni, vale a dire in una percentuale comunque superiore all'1% del fatturato nazionale relativo alle vendite di calcestruzzo nel 2003.

4.3.- L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con gli atti di appello n. 7437 e 1736 del 2015, ha chiesto rispettivamente la riforma della sentenze del T.a.r. n. 5759 del 2015 e n. 5758 del 2015, nella parte in cui hanno ritenuto violato il principio di proporzionalità e del *favor rei*, oltre che non dovuta alcuna maggiorazione sull'importo rideterminato.

5.- All'udienza del 14 dicembre 2017 e nella successiva camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018, le cause sono state discusse e trattenute per la decisione.

DIRITTO

1.- Va pregiudizialmente disposta la riunione degli appelli in epigrafe, atteso che gli stessi sono stati proposti avverso due sentenze del giudice di primo grado aventi ad oggetto il medesimo provvedimento sanzionatorio, formulando motivi di gravame in buona parte sovrapponibili.

2.- Si discute della delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha rideterminato (con delibera del 10 dicembre 2013, n. 24680) l'ammontare della sanzione pecuniaria irrogata ad un gruppo di imprese (tra cui le odierne appellanti) per un'intesa nel settore del calcestruzzo preconfezionato, a seguito del giudicato di annullamento dell'originario provvedimento sanzionatorio n. 13457 del 2004.

2.1.- Va preliminarmente rimarcato che la dimensione oggettiva del giudicato amministrativo è correlato all'oggetto del processo (a sua volta dipeso dalla struttura del giudizio). Quando, come accade nella specie, è impugnato un provvedimento discrezionale (sia pure sotto il profilo tecnico della quantificazione dell'ammenda), i limiti oggettivi del giudicato amministrativo sono saldamente ancorati agli specifici argomenti di fatto e di diritto che integrano la violazione accertata dal giudice.

Occorre isolare il «dispositivo sostanziale» della motivazione, che nel processo amministrativo talvolta oltrepassa la funzione meramente giustificativa della decisione, in quanto può essere confermata la successiva attività amministrativa.

Al fine di circoscrivere l'ambito delle preclusioni - ovvero degli elementi insuscettibili di essere rimessi in discussione nel nuovo procedimento, né tanto meno nel presente giudizio - va quindi precisato che il giudicato di annullamento è caduto sui seguenti aspetti: l'intesa illecita è stata derubricata da «molto grave» a «grave» (data l'assenza di prove degli effetti pregiudizievoli dell'intesa sul funzionamento del mercato); la durata dell'infrazione è stata circoscritta al periodo dal settembre 1999 al dicembre 2000 (e non fino al dicembre 2002, come prefigurato

dall'Autorità); dalla minore durata dell'infrazione si è fatta discendere l'inapplicabilità della disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 15 della legge n. 287 del 1990, nel testo novellato dalla legge n. 57 del 2001; quale parametro di quantificazione dell'ammenda viene indicato il fatturato delle imprese relativo ai prodotti oggetto dell'intesa, realizzato su tutto il territorio nazionale e non limitato a quello conseguito nell'ambito geografico di riferimento.

2.1.- Il giudice di prime cure, con le due sentenze appellate, ha accolto la censura con cui veniva contestata la proporzionalità della sanzione, nonché la mancata applicazione del principio del *favor rei*, che avrebbe dovuto costringere l'Autorità ad effettuare una comparazione tra due possibili calcoli della sanzione - l'uno effettuato sulla base dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, nella versione ante novella del 2001 e l'altro sulla base del testo novellato della medesima norma dalla legge n. 57 del 2001 - per poi procedere all'applicazione dell'importo più mite. Il T.a.r. ha altresì ritenuto insussistenti i presupposti richiesti dall'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981, per l'applicazione, in caso di ritardo, della maggiorazione aggiuntiva.

2.2.- Verranno a questo punto esaminate prima le censure sollevate dalle parti private e poi quelle dell'Autorità.

3.- Con un primo ordine di motivi, le imprese sanzionate sostengono che l'Autorità sarebbe incorsa in una decadenza procedimentale e comunque in una palese violazione del principio di ragionevole durata del procedimento, il cui rispetto si imporrebbe in ragione della natura «penale» - in senso convenzionale - delle sanzioni antitrust. Viene rimarcato, a tal fine, che il procedimento di rideterminazione è stato avviato soltanto nel maggio 2013, cioè quattro anni dopo la definizione del contenzioso giudiziario instaurato dalle imprese avverso l'originaria sanzione, e ad oltre otto anni dall'originario annullamento ad opera del giudice di prime cure.

3.1.- Il motivo è infondato.

La sanzione è stata applicata nel rispetto del termine di prescrizione quinquennale fissato in via generale dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981 (applicabile, ai procedimenti antitrust, in virtù del richiamo generale di cui all'art. 31 della legge n. 287 del 1990), da computarsi a decorrere dalla data di deposito della sentenza del Consiglio di Stato (29 settembre 2009), sino alla data di adozione della delibera in contestazione (10 dicembre 2013). Si tenga conto, infatti, che il decorso della prescrizione – a partire dal «giorno in cui è stata commessa la violazione» – è stato interrotto più volte, dall'atto di avvio del procedimento istruttorio e dalla successiva delibera, per poi restare sospeso durante tutto il giudizio amministrativo (2943-2945 c.c.).

3.2.- Quanto al principio di ragionevole durata del procedimento, va precisato quanto segue.

In termini generali, alla violazione del termine finale di un procedimento amministrativo non consegue l'illegittimità dell'atto tardivo – salvo che il termine sia qualificato perentorio dalla legge – trattandosi di una regola di comportamento e non di validità. L'art. 2-bis della legge sul procedimento, infatti, correla all'inosservanza del termine finale conseguenze sul piano della responsabilità dell'Amministrazione, ma non include, tra le conseguenze giuridiche del ritardo, profili afferenti la stessa legittimità dell'atto tardivamente adottato. Il ritardo, in definitiva, non è quindi un vizio in sé dell'atto ma è un presupposto che può determinare, in concorso con altre condizioni, una possibile forma di responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione. Resta inoltre ferma la possibilità per gli interessati di chiedere la condanna dell'Amministrazione a provvedere ai sensi dell'art 117 c.p.a. Nel caso in esame – considerato che, come è noto, la perentorietà dei termini procedurali può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente ordinatoria o acceleratoria, soltanto laddove la stessa perentorietà sia espressamente prevista dalle norme che disciplinano in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati,

o queste sanzionino espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell'amministrazione entro i termini stabiliti - non è dato riscontrare alcuna norma che riconnetta al ritardo la consumazione del potere di accertamento in capo all'Autorità.

Al pari della giurisprudenza europea - del Tribunale (sentenza 12 luglio 2018, nella causa T-475/14, punto 85) e dalla Corte di giustizia (sentenza 21 settembre 2006, in C-105/04, punto 42), nei procedimenti relativi al regolamento n. 1 del 2003 - deve ritenersi che il superamento del termine ragionevole di conclusione del procedimento (da computarsi di volta in volta alla luce della specifica disciplina di settore) possa costituire un motivo di annullamento delle decisioni che constatino la commissione di infrazioni soltanto qualora risulti provato che la violazione del principio del termine ragionevole ha pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate, ridondando in un vizio della funzione pubblica. Al di fuori di tale specifica ipotesi - la cui ricorrenza nella specie non è stata né dedotta né dimostrata -, il mancato rispetto dell'obbligo di decidere entro un termine ragionevole non incide sulla validità dell'atto.

4.- Con altra censura, ci si duole del fatto che l'Autorità, nel rideterminare l'ammenda, avrebbe dovuto considerare il fatturato generato dalla impresa sanzionata in seno al mercato geografico rilevante, coincidente tendenzialmente con la Provincia di Milano, e non assumere a riferimento il fatturato generato dalle imprese mediante le vendite di calcestruzzo sull'intero territorio nazionale.

4.1.- Anche tale motivo non può essere accolto.

La delimitazione geografica del fatturato era "coperta" dal giudicato del Consiglio di Stato (sentenza n. 5864 del 2009), le cui statuizioni conformative espressamente enunciavano che: «con il termine fatturato relativo ai prodotti oggetto dell'intesa il legislatore non ha inteso limitare il parametro di riferimento, su cui calcolare la sanzione, al solo fatturato ottenuto grazie all'intesa illecita, ma ha voluto semplicemente individuare

tutto il fatturato realizzato dall'impresa in relazione a quei determinati beni»; concludendo che «l'Autorità dovrà rideterminare la sanzione, tenendo conto anche delle seguenti statuizioni, prendendo come riferimento non l'intero fatturato delle imprese, ma quello relativo al prodotto del calcestruzzo, senza però limitarlo a quello conseguito nell'ambito geografico di riferimento (provincia di Milano)».

5.- Le appellanti contestano altresì la scelta dell'Autorità di utilizzare le vendite infragruppo al fine della quantificazione dell'ammenda da irrogarsi nei suoi confronti, adducendo che le vendite tra entità appartenenti al medesimo gruppo non sarebbero indicative della distorsione concorrenziale realizzata sul mercato.

5.1.- Neppure tale censura può essere accolta.

L'Autorità, quando infligge le ammende, deve esaminare la gravità relativa della partecipazione di ciascuna impresa e adeguare la sanzione, sia al singolo comportamento, sia alle caratteristiche specifiche della partecipazione dell'impresa interessata ad un'infrazione unica e continuata. Il fatturato viene qui in rilievo - ai sensi dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990 - come grandezza economica di riferimento atta a garantire il carattere proporzionato e deterrente della sanzione. A questi fini, non appare irragionevole tenere conto dei ricavi infragruppo, essendo anch'esse espressive della "dimensione economica" dell'impresa.

Perché non si tratta di misurare il «reddito» complessivo del gruppo di imprese - nel bilancio consolidato le relazioni tra imprese consociate, perdono il loro significato e devono quindi essere eliminate mediante scritture di assestamento - devono prendersi in considerazione non solo transazioni tra imprese indipendenti, ma anche quelle tra imprese infragruppo, sempreché ovviamente le politiche applicate trasfuse negli accordi contrattuali comportino l'applicazione di valori di mercato.

6.- Con un ulteriore motivo di appello si assume che sarebbe erroneo il riferimento al periodo della diffida per la rideterminazione della sanzione,

laddove più rispondente alla *ratio* della norma sarebbe stata l'assunzione, quale riferimento temporale dell'anno precedente, del provvedimento di rideterminazione.

6.1.- Anche tale motivo è destituito di fondamento.

La tesi sostenuta dagli appellanti - secondo cui sarebbe stato necessario fare riferimento all'anno precedente alla cessazione dell'infrazione - è contraddetta dalla piana lettura dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, il quale espressamente prevede che la sanzione amministrativa vada calcolata in misura percentuale del «fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida»: nella specie, essendo la notifica avvenuta nel 2004, correttamente è stato individuato nel 2003 l'anno rilevante per l'identificazione del fatturato rilevante.

7.- Un ulteriore ordine di censure attengono alla mancata considerazione di talune circostanze attenuanti.

7.1.- In primo luogo, si insiste nell'affermare che nella determinazione delle ammende avrebbero dovuto essere valutate le difficili condizioni economiche delle imprese sanzionate.

Il motivo non può essere accolto.

L'impresa che intende avvalersi di tale fattore riduttivo deve produrre evidenze complete, attendibili e oggettive, da cui risulti che l'imposizione di una sanzione ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato. Le appellanti non hanno invece dimostrato la sussistenza di uno stringente nesso di causalità tra la sanzione e l'accertamento di un concreto rischio di bancarotta o totale perdita di valore degli attivi, e neppure che gli indici in sofferenza - di liquidità, di solvibilità e di redditività - trovassero causa diretta nella sanzione e non in fattori autonomi (come ad esempio, una strutturale sottocapitalizzazione della società).

7.2.- Sotto altro profilo, il lasso temporale intercorso tra l'infrazione commessa e il provvedimento impugnato non comporta l'applicazione di una sanzione più mite. Un siffatto criterio depotenzierebbe l'efficacia deterrente ed orientativa delle prescrizioni a tutela della concorrenza. Gli unici fattori rilevanti, ai fini della quantificazione della sanzione antitrust, sono quelli intesi a riflettere la (maggiore o minore) gravità e durata dell'infrazione (come peraltro confermato anche dal dettato del regolamento n. 1 del 2003), ed il peso relativo nel mercato rilevante dei partecipanti all'intesa.

8.- Vanno ora scrutinati gli appelli promossi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

9.- Viene in primo luogo contestato il capo delle sentenze impuginate secondo cui l'Autorità non avrebbe adeguatamente valorizzato la minore gravità e durata dell'infrazione, come statuito dal giudicato amministrativo. Erroneo sarebbe altresì l'assunto per il quale l'Autorità avrebbe dovuto rideterminare l'ammontare della sanzione senza ritenersi «inderogabilmente» obbligata al rispetto del limite edittale dell'1% che, per quanto imposto dal previgente art. 15 della legge n. 287 del 1990, avrebbe dovuto essere disapplicato alla luce del diritto europeo e convenzionale.

9.1.- In questa parte, l'appello è fondato.

9.2.- In primo luogo, la possibilità per l'Autorità di disapplicare il minimo edittale previsto dall'art. 15 della legge n. 287 del 1990 (nel testo originario) - per asserita contrarietà al principio di proporzionalità derivante dal diritto europeo, e all'art. 7 della CEDU - era esclusa dal giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 5864 del 2009, il quale chiaramente statuiva la necessità di applicare l'art. 15 nella sua versione previgente, comprensiva del minimo edittale.

9.3.- La Corte di giustizia dell'UE, come è noto, si è occupata in vari casi della sorte di atti nazionali definitivi - atti amministrativi definitivi e

sentenze con autorità di cosa giudicata – che si fossero posti in contrasto col diritto europeo.

Secondo una nota e consolidata giurisprudenza, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività (sentenza Fallimento Olimpiclub, C-2/08, punto 24).

Al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze Kapferer, C-234/04, punto 20). Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (sentenze Eco Swiss, C-126/97, punti 46 e 47; Kapferer, punti 20 e 21; Fallimento Olimpiclub, punti 22 e 23).

Soltanto in una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato, la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva (sentenza Fallimento Olimpiclub, punto 25; Lucchini, in C-119/05). In tali casi, ha rivestito importanza fondamentale, nel ragionamento della Corte di Lussemburgo, l'esigenza di

conservazione del monopolio della Commissione europea nel giudizio di compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune. Ma la presente causa, invece, non solleva evidentemente simili questioni di ripartizione delle competenze.

Recentemente è stato aggiunto che, solo qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori (sentenza 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti & C. s.p.a.*, in C-213/13). In definitiva, la Corte di giustizia esige che il giudice ritorni sulla propria decisione passata in giudicato, solo ove detta possibilità sia prevista dalle norme procedurali nazionali.

In nessun caso, quindi - e prescindendo dalla dimostrazione che la fattispecie illecita in questione riguardasse effettivamente un mercato transfrontaliero - non vi erano i presupposti giuridici affinché il T.a.r., e prima ancora l'amministrazione, potessero disapplicare la prescrizione che prevedeva, *ratione temporis*, il minimo edittale dell'1% del fatturato di riferimento.

9.4.- Alla luce della giurisprudenza costituzionale - che ha elevato i precetti della CEDU a parametro del giudizio di legittimità costituzionale (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007) -, il giudice, ove ritenga che una certa norma interna sia contrastante con il consolidato orientamento della Corte EDU relativo alla qualificazione come "sostanzialmente penale" di una sanzione formalmente qualificata come amministrativa nell'ordinamento interno, può, nell'ordine: - avvalersi dei criteri Engel allo scopo di interpretare la normativa nazionale in modo conforme alla conferente

disposizione della CEDU (che nel qual caso sarebbe individuabile nell'art. 7 della Convenzione, come affermato nella sentenza della Corte EDU, nella sentenza Scoppola contro Italia 17 settembre 2009 e ribadito nella successiva decisione 27 aprile 2010, Morabito); - constatata l'impossibilità di superare in via interpretativa la rilevata antinomia tra legislazione domestica e ordinamento convenzionale, richiedere l'intervento del giudice delle leggi attraverso il sindacato di costituzionalità ex art. 117, primo comma, Cost., della norma interna che si assume contrastante con l'obbligo convenzionale, al fine di rimuovere l'ostacolo che impedisce l'applicazione di tale principio convenzionale e, dunque, espungere dall'ordinamento il diritto positivo nazionale non conforme alla norma CEDU, purché quest'ultima non risulti in conflitto con altre norme conferenti della Costituzione.

Su queste basi, l'assunto da cui muove la sentenza impugnata - secondo cui i tradizionali corollari del principio di legalità, sebbene in passato riferiti alla sola materia penale, dovrebbero oggi essere considerati espressioni di limiti generali al potere punitivo dello Stato anche con riferimento alla retroattività della *lex mitior* per la sanzione amministrativa - avrebbe dovuto indurre il giudice di primo grado a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna che (secondo l'invalsa interpretazione giurisprudenziale) non estende la retroattività in *mitius* alla materia delle sanzioni amministrative (e segnatamente: l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689). Non era invece consentito di procedere alla disapplicazione diretta della predetta disposizione.

Peraltro, il tema delle ricadute della sentenza Scoppola nel diritto interno - segnatamente: se l'applicazione della legge più favorevole debba avere ad oggetto anche le sanzioni amministrative - è alquanto articolato, come emerge dalla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale: - nella sentenza n. 236 del 2011, si afferma che «[a]ncorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di

Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio»; nella sentenza n. 193 del 2016, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo proprio in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU, è stato affermato che, nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non si rinviene l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati, del principio di retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative.

9.4.1.- Sennonché, la questione di legittimità costituzionalità finalizzata al riconoscimento dell'unicità, nei suoi tratti garantistici fondamentali, dello statuto punitivo penale ed amministrativo, nel presente giudizio è priva di rilevanza (art. 23, terzo comma, della legge n. 87 del 1953), in quanto l'eventuale contrasto tra la norma interna e l'art. 7 della CEDU non potrebbe comunque vanificare l'autorità della cosa giudicata.

È sufficiente considerare che, con la sentenza n. 123 del 2017, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'esistenza dell'obbligo convenzionale di riapertura del processo amministrativo, allorquando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza della Corte EDU, ha respinto la questione constatando che, nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un

obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo (si citano, le sentenze 22 novembre 2016, Artemenko contro Russia, paragrafo 34; 26 aprile 2016, Kardoš contro Croazia, paragrafo 67; sentenza della Grande Camera, 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina). Ne consegue – a maggior ragione – che non si impone affatto al giudice interno di disapplicare il giudicato amministrativo contrastante con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

9.5.- Va pure rimarcato che le sentenze impugnate sono affette da un evidente errore metodologico. In ipotesi di successione di leggi nel tempo, l'individuazione del regime di maggior favore per il reo ai sensi dell'art. 2 c.p. deve essere operata in concreto, comparando le diverse discipline sostanziali succedutesi nel tempo. Se il giudice di primo grado avesse proceduto al raffronto tra i due regimi, si sarebbe peraltro avveduto della diversa base di computo della sanzioni: sulla base del nuovo regime dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, la sanzione va rapportata all'intero fatturato dell'impresa, mentre invece, nella formulazione previgente, veniva in considerazione un valore ridotto, consistente nel «fatturato dei prodotti oggetto dell'intesa».

9.6.- Non sono corretti poi gli argomenti sulla cui scorta il giudice di prime cure ha ritenuto di operare una riduzione del 60% della sanzione irrogata a Calcestruzzi s.p.a., e del 50% di quella comminata a Unicalcestruzzi s.p.a.

In considerazione del carattere comunque «grave» (sia pure non «molto grave») dell'intesa illecita, della sua durata protrattasi per quindici mesi, della dimensione economica e rilevanza internazionale delle imprese coinvolte (facenti capo ai principali gruppi multinazionali del settore), le sanzioni paramtrate ad appena il 2,1% del fatturato rilevante per Calcestruzzi e Unicalcestruzzi – percentuale contenuta se si pensa al massimo edittale, sino al 10%, previsto dalla legge –, risultano proporzionate e giustificate dalla necessità di dover comunque

salvaguardare l'efficacia deterrente delle sanzioni. La mitigazione del trattamento sanzionatorio effettuato in sede di rideterminazione - diminuito nei confronti di Calcestruzzi da 10 milioni a 8 milioni di euro, e nei confronti di Unicalcestruzzi da 11 milioni a 7 milioni di euro - è dunque sotto questo profilo rispettosa delle prescrizioni del giudicato amministrativo.

Per quanto ai fini della scelta della percentuale da applicare occorra tener conto dell'effettivo impatto economico dell'infrazione, non va dimenticato che la costituzione di un cartello - ovvero di una organizzazione privata avente il fine precipuo di programmare la produzione e le attività dei partecipanti - costituisce oggetto di un divieto assoluto, rispetto al quale non sono del resto ammesse neppure controprove sulla circostanza che l'intesa porti con sé guadagni di efficienza che possano giustificarne l'esenzione (purché, in astratto, l'intesa appaia idonea a incidere sulla corretta e fisiologica dinamica della competizione concorrenziale).

9.7.- Come sottolineato dall'Autorità appellante, la decisione del T.a.r. ha inoltre stravolto l'equilibrio sanzionatorio nel suo complesso, avendo finito per applicare nei confronti delle due imprese una riduzione differenziata, pari rispettivamente al 60% e al 50% delle sanzioni come rideterminate, invertendone (in termini assoluti) i valori, senza alcuna apparente spiegazione (alle due società, infatti, erano state irrogate rispettivamente, una sanzione pari a € 7.047.922 e € 8.125.509).

10.- Con il secondo motivo di appello, l'Autorità lamenta l'erroneità delle sentenze impugnate, anche nella parte in cui hanno ritenuto illegittima la maggiorazione dell'importo base di un decimo per ogni semestre: si dice che, poiché il provvedimento originario è stato caducato solo nella parte riguardante l'ammontare della sanzione, l'impresa dovrebbe essere considerata in ritardo, ai fini dell'applicazione del regime previsto all'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981, sin dal termine originario di

esigibilità della sanzione e fino alla data di deposito della sentenza definitiva del Consiglio di Stato.

10.1.– Il mezzo di gravame è destituito di fondamento.

Il comma 6 del citato art. 27, dopo aver fatte salve le ipotesi di pagamento rateale, prevede che: «[...] *in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti*».

In applicazione di tale disposizione, l'Autorità ha ordinato alle imprese di maggiorare l'importo delle sanzioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981, precisando che la maggiorazione in questione dovesse decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento della sanzione originariamente imposta e fino alla data di deposito della sentenza del Consiglio di Stato che ha demandato all'Autorità la rideterminazione della sanzione.

Correttamente il giudice di primo grado ha ritenuto che non sussistessero i presupposti legittimanti l'applicazione della maggiorazione in questione.

La normativa citata prevede tre fasi: a) la prima con la quale l'amministrazione fissa al trasgressore il termine per il pagamento dell'importo fissato; b) la seconda, che perdura per il primo semestre successivo, nella quale la sanzione è incrementata soltanto degli interessi legali, dovuti per il ritardo, secondo i principi generali (Cass., sez. un., 15 giugno 2016, n. 12324); c) la terza nella quale il patologico ritardo ultrasemestrale fa imporre una maggiorazione, che ha natura sanzionatoria e coercitiva, la quale per la sua portata (10% semestrale) assorbe gli interessi, ancorché previsti in misura diversa da disposizioni anteriori, che possono essere presenti nelle molte normative speciali contenenti sanzioni amministrative. Con l'ordinanza n. 308 del 1999, la Corte Costituzionale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità

costituzionale prospettata, ha statuito che «la maggiorazione per ritardo prevista dalla L. n. 689 del 1981, art. 27, comma 6, a carico dell'autore dell'illecito amministrativo, cui sia stata inflitta una sanzione pecuniaria, ha funzione, non già risarcitoria o corrispettiva, bensì di sanzione aggiuntiva, nascente al momento in cui diviene esigibile la sanzione principale».

In definitiva, presupposti indefettibili per l'applicabilità della sanzione aggiuntiva sono dunque costituiti dall'esigibilità della sanzione principale e dal ritardo ultrasemestrale, elementi entrambi non ravvisabili nella fattispecie in esame.

Nel provvedimento sanzionatorio del 29 luglio 2004 emesso nei confronti di Calcestruzzi e Unicalcestruzzi, l'Autorità ordinava di procedere al pagamento del relativo importo entro novanta giorni dalla notifica del provvedimento medesimo (e quindi, rispettivamente, entro il 27 ottobre 2004 e 8 novembre 2004), con l'espreso avvertimento che, in caso di ulteriore ritardo nel pagamento eccedente il semestre decorrente da tale termine (e quindi, rispettivamente, oltre il 28 aprile 2005 e il 7 maggio 2005), le società sarebbero state costrette al pagamento della maggiorazione prevista dall'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81.

Il dispositivo della sentenza del T.a.r. del Lazio n. 12835 del 2005 (di annullamento dell'originario provvedimento sanzionatorio dell'Autorità del 29 luglio 2004) è stato pubblicato (in data 23 marzo 2005) prima del decorso del termine di tolleranza ultrasemestrale. Per effetto del giudicato amministrativo, la sanzione originariamente determinata diveniva quindi inesigibile, dimodoché le imprese non sono mai incorse nella mora ultrasemestrale.

10.2.- La diversa tesi propugnata dell'Autorità contraddice uno dei principali corollari connaturati alla garanzia giurisdizionale del giudicato di annullamento. La retroattività esecutiva del giudicato - a differenza di quella (per così dire) 'naturale' dell'annullamento d'ufficio - è imposta dalla necessità di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla effettiva

realizzazione dell'interesse meritevole di tutela del ricorrente vittorioso, 'ricostruendo' la pienezza della posizione giuridica lesa dall'atto annullato dal giudice (con il solo limite delle sopravvenienze di fatto o di diritto che possano aver reso impossibile travolgere gli effetti medio tempore prodottisi).

10.3.- Va rimarcato che l'invocato precedente di questo Consiglio di Stato (sentenza n. 3058 del 2012) riguarda il diverso caso in cui la sanzione era stata irrogata dall'Autorità con un atto risultato legittimo, all'esito del giudizio di secondo grado (mentre la sentenza della Cassazione n. 23318 del 2009, a tacer d'altro, fa riferimento all'ipotesi di riduzione dell'entità della sanzione operata direttamente dal giudice).

11.- In definitiva, gli appelli promossi da Calcestruzzi s.p.a. e Unicalcestruzzi s.p.a. vanno integralmente respinti. Devono essere invece parzialmente accolti gli appelli dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

11.1.- In considerazione della reciproca soccombenza e della complessità delle questioni trattate, le spese di lite del doppio grado di giudizio vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

- respinge gli appelli proposti da Calcestruzzi s.p.a. e Unicalcestruzzi s.p.a.;
- accoglie parzialmente gli appelli proposti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, per l'effetto, in riforma delle sentenze del T.a.r. Lazio n. 5758 e n. 5759 del 2015, annulla la delibera 10 dicembre 2013 n. 24680, nella sola parte in cui ingiunge il pagamento della maggiorazione prevista dall'art. 27, comma 6, della legge n. 689 del 1981;
- le spese del doppio grado di giudizio sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 dicembre 2017, 8 febbraio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO