



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8450 del 2019, proposto da S.A.D. – Trasporto Locale S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Piva, Maria Alessandra Sandulli e Simone Gambuto, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II;

contro

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

nei confronti

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Costa, Laura Fadanelli, Alexandra Roilo, Renate Von Guggenberg e Gianluigi Tebano, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Bassano del Grappa 24;

per l'annullamento

del provvedimento adottato dall'AGCM nell'adunanza del 10 aprile 2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AGCM e della Provincia Autonoma di Bolzano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza del giorno 28 aprile 2021, i difensori delle parti, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera n. 27635 del 10 aprile 2019 (provvedimento) l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM o Autorità), a conclusione del procedimento A516/Gara affidamento servizi TPL Bolzano, ha accertato che S.A.D. – Trasporto Locale S.p.A. (SAD) ha commesso un abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 102 TFUE, per avere ingiustificatamente rifiutato e procrastinato il rilascio di informazioni essenziali alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale su gomma nelle aree extraurbane della Provincia Autonoma di Bolzano (PAB o Provincia).

Il procedimento in rassegna era stato avviato dall'Autorità il 17 gennaio 2018 dopo che la stessa PAB (alla quale il d.P.R. 527/87 e la Legge Provinciale n. 15/2915 riconoscono la competenza in materia di organizzazione della mobilità all'interno della Provincia) aveva segnalato le difficoltà incontrate nell'acquisizione da parte di SAD di diverse informazioni ad essa richieste per la predisposizione del bando di gara sopra indicato.

Al momento della denuncia, il servizio di trasporto extraurbano nella PAB era espletato, in virtù di apposite concessioni attribuite in affidamento diretto, dalle 19 imprese riunite nel Consorzio LiBUS (LiBUS) e da SAD che, da sola, copriva la parte maggioritaria delle linee; tale assetto era destinato ad essere interamente rivisto, come previsto dalla LP 15/2015, che aveva stabilito di riorganizzare il trasporto pubblico locale della Provincia in appositi bacini territoriali ottimali da affidare in base a procedure conformi alla normativa comunitaria, il cui bando doveva essere pubblicato al più tardi a gennaio 2018, stante il termine di scadenza delle concessioni in essere, fissato a novembre 2018.

Il 20 gennaio 2017 la PAB provvedeva a pubblicare l'avviso al mercato, previsto dall'art. 7 reg. CE n. 1370/2007, per poi procedere a tutti i successivi adempimenti, ivi inclusi, oltre all'attivazione del processo di consultazione degli operatori, l'invio agli attuali concessionari di una richiesta di informazioni relative a dati essenziali per la predisposizione del bando.

Stante il rifiuto di SAD di fornire le informazioni richieste la Provincia, impossibilitata a redigere il bando, si era infine rivolta all'Autorità la quale, in sede di avvio del procedimento istruttorio, prospettava la possibile adozione di misure cautelari, ai sensi dell'art. 14 *bis* L. 287/90: tale evenienza veniva evitata in quanto SAD rilasciava infine le informazioni richieste.

All'esito SAD formulava una proposta di chiusura del procedimento istruttorio mediante impegni ex art. 14 *ter* L. 287/90: proposta che l'Autorità, dopo aver ricevuto le osservazioni di quattro soggetti (due istituzioni, la PAB e l'ART – Autorità di Regolazione dei Trasporti, e due associazioni di categoria di imprese operanti nel settore del TPL, ASSTRA e Assoimprenditori Alto Adige), rigettava ritenendo che gli stessi fossero inidonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali rilevati.

Con il provvedimento conclusivo l'Autorità ha ritenuto che SAD ha commesso un abuso di posizione dominante e le ha irrogato la sanzione di € 1.147.275,00.

La ricorrente ha impugnato il suddetto provvedimento chiedendone la sospensione.

La PAB e l'AGCM si sono costituite in giudizio per resistere al gravame.

Con ordinanza n. 5897 del 12 settembre 2019 la Sezione prendeva atto della rinuncia della ricorrente alla domanda cautelare; peraltro nelle more la ricorrente chiedeva ed otteneva la rateizzazione del pagamento della sanzione. Con atto depositato il 26 ottobre 2020 la ricorrente riproponeva l'istanza cautelare sulla base di fatti sopravvenuti, ossia in ragione dell'avviso, ricevuto dalla PAB il 24 settembre 2020, di avvio di procedimento ai fini di esclusione dalla nuova gara d'appalto per il trasporto scolastico ai sensi degli artt. 14 LP 17/1993 e 80, commi 7 e 8 D.lgs. 50/2016, nonché ai sensi delle Linee Guida n. 6 di ANAC.

La PAB e l'AGCM hanno resistito anche a detta ulteriore domanda.

Con ordinanza n. 7201 del 20 novembre 2020 la Sezione ha fissato l'udienza di trattazione, in vista della quale le parti hanno depositato memorie conclusive.

All'udienza del 28 aprile 2021, sentiti i difensori presenti in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Devono essere illustrati i fatti di causa descritti nel provvedimento impugnato.

Dopo aver premesso che la PAB ha avviato il processo per l'affidamento dei servizi pubblici locali, come previsto dalla L.P. 23 novembre 2015 n. 15 (che ha suddiviso il territorio altoatesino in bacini territoriali ottimali (BTO) e, all'art. 11, ha stabilito che “i servizi di trasporto pubblico di linea definiti nei bacini sono affidati secondo le procedure previste dall'Unione Europea, tenendo conto in particolare, se possibile, delle esigenze delle piccole e medie imprese locali”), nel provvedimento si afferma che la scelta intrapresa dalla PAB circa l'organizzazione territoriale dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma (su più bacini) e lo strumento giuridico

da utilizzare per il loro nuovo affidamento (gara) “non ha incontrato il favore di SAD, la quale per oltre un anno ha fatto ricorso a tutti i mezzi dei quali disponeva per far mutare l’opinione della Provincia”.

Manifestazioni della volontà di perseguire tale obiettivo sono state rinvenute nelle quattro diverse proposte di *project financing* di servizi (PPP) presentate alla PAB, tra l’inizio del 2016 e la prima metà del 2017, ai sensi dell’art. 183, comma 15, D.Lgs. 50/2016, aventi ad oggetto fra l’altro l’affidamento della concessione per l’esercizio del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma e su sede fissa per la durata di 15 anni da svolgersi in un unico bacino omogeneo corrispondente all’intero territorio della Provincia di Bolzano.

In particolare, il 16 febbraio 2016 SAD presentava una prima proposta di PPP, che veniva ritirata e sostituita con una seconda il 15 aprile 2016; il 2 agosto 2016, la seconda proposta veniva considerata dalla PAB non valutabile, in quanto prematura rispetto alle scelte che l’Ente stava compiendo in ordine al proprio Piano Provinciale sulla Mobilità, all’epoca in corso di approvazione; SAD, dunque, ritirava anche la seconda proposta ma ne presentava una terza il 19 ottobre 2016.

Il 27 dicembre 2016 la Giunta Provinciale della PAB approvava un promemoria con il quale rigettava anche la terza PPP, nel quale era stato coinvolto anche il Consorzio LiBUS, e autorizzava gli Uffici alla pubblicazione dell’avviso di preinformazione al mercato per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano su gomma della Provincia tramite una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell’articolo 7, par. 2, del Reg. CE n. 1370/200739.

Quindi, in data 20 gennaio 2017 la PAB pubblicava il richiamato avviso, con l’intenzione di pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 e di procedere all’aggiudicazione in tempo affinché il/i nuovo/i gestore/i potesse dare effettivo avvio al servizio nel nuovo assetto organizzativo, in concomitanza con la scadenza delle concessioni (novembre 2018).

Ciò nonostante SAD, intendendo garantirsi la continuità aziendale, sulla base di apposita decisione assembleare, presentava una quarta PPP in data 10 aprile 2017 insieme al Consorzio LiBUS.

La PAB, tuttavia, con la Delibera di Giunta n. 502 del 9 maggio 2017, adottava la proposta del Piano Provinciale sulla Mobilità, il quale prevedeva la costituzione di cinque BTO, di cui quattro relativi al servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma (BTO1: Bolzano e dintorni - Oltradige – Bassa Atesina; BTO2: Val Venosta – Burgraviato; BTO3: Valle d'Isarco – Alta Valle d'Isarco; BTO4: Val Pusteria) da affidarsi con gara ad evidenza pubblica e uno relativo al servizio di trasporto pubblico urbano e suburbano delle città di Bolzano e Merano, da affidarsi *in house* ai sensi dell'art. 5, par. 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007.

Di conseguenza la PAB rigettava anche la quarta PPP con Delibera di Giunta n. 1147 del 24 ottobre 2017 e confermava le scelte operate nella proposta di Piano Provinciale sulla Mobilità con la Delibera della Giunta Provinciale n. 20 del 9 gennaio 2018, recante il testo definitivo del suddetto Piano.

Dopo il rigetto della terza PPP presentata da SAD e LiBUS, e dopo un incontro informale tenutosi il 13 febbraio 2017⁴⁹, il 20 febbraio 2017 l'ufficio Ripartizione Mobilità della PAB richiedeva a SAD e a LiBUS di trasmettere i dati aggiornati relativi ad alcuni fattori di produzione utilizzati per lo svolgimento del servizio e al personale impiegato.

In particolare, la Provincia chiedeva: i) l'elenco del personale, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, ii) l'elenco degli autobus, con l'indicazione delle relative caratteristiche tecniche, iii) l'elenco dei presidi logistici, quali officine, depositi e parcheggi, nonché iv) l'elenco degli altri immobili strumentali allo svolgimento del servizio.

La PAB precisava che la richiesta di informazioni rientrava nell'ambito del processo di ricognizione della situazione attuale del servizio ed era funzionale alla corretta attribuzione dei beni e del personale ai diversi lotti di gara, alla conseguente strutturazione e valorizzazione degli stessi, con contestuale

impegno dell'Ente affidante a garantire la riservatezza delle informazioni sensibili dal punto di vista organizzativo e commerciale.

In data 14 marzo 2017 SAD rispondeva chiedendo alla Provincia di “conoscere i propri eventuali esatti obblighi [...] per evitare di rendere alla P.A. notizie e dati che potrebbero rivelare le proprie specificità organizzative”, e facendo rilevare che l'Amministrazione era già in possesso delle informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara.

In data 27 marzo 2017 la PAB, nel ribadire l'essenzialità delle notizie richieste, precisava che i dati in suo possesso necessitavano di aggiornamento; pertanto sollecitava SAD a fornire le informazioni richieste.

Dato il mancato riscontro al primo sollecito, la PAB ne inviava un secondo il 2 maggio 2017.

Il 5 maggio 2017 SAD rispondeva trasmettendo parte delle informazioni richieste ossia: a) l'elenco dei propri autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, b) l'elenco del parco rotabile, con le relative caratteristiche tecniche dei mezzi.

Viceversa rifiutava di fornire informazioni sui presidi logistici utilizzati, ritenendo che tali informazioni inerissero all'organizzazione aziendale e fossero quindi riservate.

Il 7 luglio la PAB reiterava la propria richiesta, evidenziando ancora una volta l'essenzialità delle informazioni richieste per la predisposizione degli elaborati di gara; poiché anche tale richiesta rimaneva priva di riscontro l'8 agosto 2017 e il successivo 27 ottobre 2017 la PAB cercava, invano, di ricontattare SAD, ribadendo, in tali occasioni, la propria disponibilità a tutelare la riservatezza dei dati ritenuti commercialmente sensibili dall'impresa.

A tale ultimo sollecito SAD dava riscontro in data 8 novembre 2017 con una comunicazione nella quale, da un lato, riconosceva l'esistenza di un obbligo, ai sensi della Misura 9 della Delibera ART n. 49/2015 e dell'art. 48 D.L. n. 50/2017, di fornire i dati classificati dall'Ente affidante come rilevanti, ma dall'altro lato, ribadiva ancora una volta che i dati richiesti sarebbero dovuti

essere già in possesso della stessa. Osservava che senza i suddetti dati la Provincia, a suo dire, non avrebbe potuto determinare negli anni precedenti il costo *standard* annuale dei servizi svolti dai concessionari e il corrispettivo da corrispondere loro per la compensazione degli oneri di servizio pubblico. Quindi riteneva illegittima la richiesta di tali dati a SAD, ai sensi dell'articolo 42 d.P.R. n. 445/2000 che prevede che una Pubblica Amministrazione “non può richiedere ai privati atti o certificati relativi a stati, qualità personali e fatti attestati in documenti già in possesso della stessa o di altra Amministrazione”. Nonostante l'assenza di riscontro da parte di SAD, il 25 settembre 2017 la Provincia pubblicava l'avviso relativo alla procedura di consultazione pubblica prevista dalla Delibera ART n. 49/2015 e il 4 dicembre 2017 invitava SAD ad un incontro previsto per l'11 dicembre 2017, in occasione del quale si sarebbe tenuta la consultazione degli *stakeholder* interessati.

A seguito di tale incontro la PAB provvedeva a stilare un verbale, inviato a SAD il 27 dicembre 2017, nel quale si reiterava di fatto la richiesta di informazioni a suo tempo inviata (dando come termine per la risposta il 20 gennaio 2018); l'Ente inviava un verbale analogo al Consorzio LiBUS, contenente una richiesta di integrazione delle informazioni già fornite dal Consorzio.

In data 31 gennaio 2018 SAD restituiva il testo del verbale firmato ma modificato con la precisazione che essa avrebbe fornito le informazioni relative al personale e agli immobili utilizzati solo laddove avesse deciso di rinunciare agli stessi e su esplicita richiesta della PAB; non essendo stato raggiunto l'accordo tra le parti sul testo modificato, non si addiveniva ad una firma definitiva nei tempi indicati dalla PAB.

Nel descrivere i riferiti accadimenti il provvedimento precisa che mentre LiBUS nella prima metà del 2017 aveva fornito le informazioni richieste dalla Provincia e ritenute sufficienti salvo alcune integrazioni, viceversa, ancora all'atto dell'avvio del procedimento istruttorio AGCM (gennaio 2018) SAD non aveva fornito tutte le informazioni necessarie.

In particolare, le informazioni mancanti erano relative: a) al personale diverso dagli autisti; b) ai presidi logistici utilizzati da SAD e ai relativi mezzi ivi ricoverati; c) alle residenze degli autisti corrispondentemente assegnati.

Il provvedimento precisa che l'indispensabilità delle informazioni mancanti derivava, in particolare, da due elementi: i) la suddivisione, operata dal nuovo Piano sulla Mobilità provinciale, del territorio dell'Alto Adige in bacini (BTO) il cui perimetro non coincide con le attuali concessioni riferibili alle imprese consorziate in LiBUS e a SAD; ii) la circostanza che SAD, a differenza delle imprese consorziate in LiBUS, opera su porzioni di territorio riconducibili a più di un BTO.

Quindi osserva che la necessità della PAB di avere una conoscenza dettagliata dei presidi logistici utilizzati, del personale e dei mezzi attribuiti a questi ultimi dall'impresa *incumbent* nello svolgimento dei servizi avrebbe consentito di attribuire in modo corretto i fattori di produzione a ciascuno dei quattro nuovi bacini/lotti extra-urbani definiti dal Piano Provinciale sulla Mobilità, di giungere ad un adeguato dimensionamento tecnico-trasportistico ed economico-gestionale degli stessi e di formulare ipotesi accurate sul fabbisogno di esercizio e sul costo del servizio per ciascuno di essi: il tutto segnatamente al fine di predisporre correttamente il Piano Economico Finanziario (PEF) simulato, recante la base d'asta calcolata a partire dal prefigurato costo del servizio, da allegare al bando per ciascun lotto.

L'Autorità afferma che la PAB possedeva informazioni risalenti al 5 maggio 2017, che non includevano parte del personale e, soprattutto, non indicavano i presidi logistici e le relative dislocazione e caratteristiche.

Inoltre, pur disponendo del costo *standard* del servizio, calcolato ai fini della corresponsione degli oneri di servizio pubblico sulla base del costo effettivo unitario del servizio, tale dato non poteva essere utilizzato come parametro di riferimento a fini della gara poiché la modifica radicale dell'organizzazione territoriale dei servizi stabilito dal Piano Provinciale sulla Mobilità avrebbe

determinato anche una nuova struttura dei costi degli stessi bacino per bacino.

In particolare, il costo del servizio veniva determinato sulla base di informazioni che SAD aveva sempre fornito in forma aggregata e a consuntivo mentre la stazione appaltante necessitava di dati disaggregati.

Il provvedimento dà conto di una serie di richieste da parte di PAB e di rifiuti o di informazioni parziali da parte di SAD, protrattosi anche dopo l'avvio del procedimento, che si è conclusa con la nota in data 19 marzo 2018, con cui la Provincia dichiarava agli Uffici che i dati da ultimo ricevuti risultavano sufficienti ai fini della corretta strutturazione dei lotti di gara. Tale valutazione, ribadita anche successivamente, ha condotto alla chiusura, in data 21 marzo 2018, dell'avviato sub-procedimento cautelare, senza applicazione di alcuna misura da parte dell'Autorità.

Quindi l'AGCM conclude che l'ottenimento da parte della PAB, solo il 16 marzo 2018, di tutte le informazioni richieste a SAD fin dal febbraio 2017, ha causato un ritardo alla procedura di gara (posto che l'intenzione della stazione appaltante era quella di pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 al più tardi e che tale pubblicazione è poi avvenuta soltanto a giugno 2018) e rendendo verosimile la necessità di dover prorogare le concessioni in atto, ex art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007, la cui scadenza era fissata a novembre 2018.

Dopo aver ottenuto la firma del verbale da parte di SAD in data 17 aprile 2018 e da parte di LiBUS il 2 maggio 2018 (il provvedimento precisa che il consorzio LiBUS, in aggiunta alle informazioni già fornite un anno prima alla PAB, il 7 maggio 2018 trasmetteva un documento contenente alcune specifiche circa il materiale rotabile e gli immobili strumentali), la PAB concludeva la procedura di consultazione; a seguire il 6 giugno 2018 la Provincia bandiva la gara e successivamente la annullava in autotutela con delibera di Giunta Provinciale n. 660 del 6 luglio 2018 essendo risultata l'avvenuta divulgazione di informazioni che avrebbero potuto pregiudicare la *par condicio*.

Successivamente, con Delibere di GP del 23 ottobre 2018, n. 1097 e del 13 novembre 2018, n. 1153, la PAB disponeva la proroga al 31 dicembre 2019 delle concessioni per l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico extraurbano e urbano e suburbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano, ai sensi dell'art. 5, par. 5, del Reg. CE n. 1370/2007.

Infine, allo scopo di avviare una nuova procedura di gara, con comunicazione del 4 dicembre 2018 la Provincia richiedeva a SAD e a LiBUS un aggiornamento dei dati relativi al personale al 31 dicembre 2017, richiesta alla quale SAD rispondeva entro il termine assegnato.

2. Il provvedimento definisce come segue il mercato rilevante.

Sotto il profilo merceologico, il mercato rilevante viene fatto coincidere con i “servizi di trasporto pubblico locale nel territorio della Provincia Autonoma di Bolzano attualmente oggetto di concessione e in futuro messi a gara, ovvero esclusivamente i servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma”.

Il provvedimento precisa che, dal lato dell'offerta, tali servizi sono svolti in condizioni di monopolio legale dalle imprese titolari della concessione e che l'unica forma di concorrenza possibile è quella relativa alla partecipazione alla gara per l'affidamento dell'insieme delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza per il mercato).

Sotto il profilo geografico il provvedimento osserva che tali “servizi sono svolti in mercati aventi dimensione geografica locale, attualmente coincidente con le porzioni del territorio altoatesino nel quale si snodano le linee di trasporto incluse in ciascuna concessione esclusiva, mentre successivamente all'espletamento della gara, essi avranno dimensioni maggiori, coincidenti con i territori afferenti a ciascuno dei quattro lotti”.

Dato atto che sui mercati dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri della Provincia Autonoma di Bolzano operano 20 imprese, tra le quali SAD, in regime di esclusiva (le quali dunque godono di una posizione di monopolio legale stabile e duratura), l'Autorità afferma che “il mercato

rilevante nel caso di specie non può coincidere, come invece vorrebbe SAD, con la Gara; ai fini della verifica della sussistenza del presupposto per l'applicazione dell'articolo 102 TFUE al caso di specie, ciò che conta non è, infatti, la valutazione della forza competitiva (*rectius* della c.d. *incumbency*) dei diversi partecipanti, e in particolare di SAD, nella futura procedura di affidamento, quanto piuttosto, in una fase precedente alla stessa, la valutazione del potere di un concessionario in esclusiva, di condizionare l'avvio stesso della Gara”.

Aggiunge che “neanche l'altra possibile definizione di mercato proposta dalla Parte è adeguata a tal fine. L'impresa ha suggerito che il mercato rilevante avrebbe potuto, infatti, essere definito come corrispondente alla singola tratta origine-destinazione che consente al passeggero di andare da un punto A ad un punto B in tempi e modi sostituibili. Tuttavia, questa definizione avrebbe potuto essere eventualmente considerata laddove SAD non avesse operato in regime di esclusiva e, dunque, se altri operatori avessero potuto offrire servizi sostituibili con quelli operati dall'impresa dominante (ovvero in condizioni di concorrenza nel mercato, che nel caso di specie non ricorrono). Pertanto, la proposta di SAD non merita di essere considerata perché non coglie adeguatamente le dinamiche né la struttura di mercato del caso di specie”.

Quindi conclude che “il mercato rilevante è definito sulla base dell'attuale assetto dei servizi” e precisa che ciò “non porta assolutamente, come ha affermato l'impresa, al paradosso che nel medesimo mercato vi siano molte imprese dominanti (tante quante sono i concessionari). Non esiste, infatti, un solo mercato rilevante all'interno del territorio della PAB ma diversi mercati sui quali ciascuna impresa concessionaria, in quanto monopolista legale sulle linee assegnate, è dominante”.

Sotto il profilo della condotta, l'AGCM ha ritenuto che SAD ha posto in essere comportamenti anticoncorrenziali, in qualità di concessionario in posizione dominante nel mercato del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia Autonoma di Bolzano, avendo scientemente

tentato di impedire che la PAB potesse tempestivamente dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della gara per l'affidamento di tali servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

Quindi ripercorre sinteticamente i fatti e afferma che la “valutazione della natura anticoncorrenziale di tale comportamento deve essere effettuata alla luce della circostanza che il mercato rilevante in esame, caratterizzato da condizioni di monopolio legale sulla base di concessioni in esclusiva, era in procinto di essere reso per la prima volta – dopo oltre cinquanta anni - contendibile grazie all'espletamento di una gara in lotti per l'aggiudicazione del servizio”.

Aggiunge: che l'unica forma di concorrenza possibile in questi contesti è rappresentata da quella “per” il mercato in sede di gara; che il comportamento di SAD interessa quasi l'intera Provincia Autonoma di Bolzano (quattro bacini su cinque); che la gara riveste un'importanza significativa in termini economici sia per gli attuali concessionari sia per gli operatori concorrenti (la previsione dei costi del contratto di servizio era di circa 960 milioni di euro¹⁴⁸) e ipotizza che a tale affidamento siano interessate grandi imprese italiane e straniere.

Secondo l'Autorità, poiché l'effettiva contendibilità del mercato in sede di gara è strettamente legata alle modalità di predisposizione del relativo bando, quest'ultimo dovrebbe poter essere formulato in modo tale da evitare ogni indebito vantaggio concorrenziale a favore dell'*incumbent* tale da scoraggiare e pregiudicare i potenziali concorrenti; detto vantaggio può consistere anche nel possesso di informazioni necessarie alla corretta formulazione dell'offerta, ma non nella disponibilità dell'Ente affidante e degli altri partecipanti.

Pertanto, secondo l'AGCM, la condotta di SAD, ostacolando l'effettuazione della gara, ovvero la concorrenza “per” il mercato del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano, costituisce una fattispecie di abuso di posizione dominante, posta in essere in

violazione dell'articolo 102 TFUE; aggiunge che tale condotta ha concretamente prodotto effetti anticoncorrenziali, nella misura in cui ha ritardato di oltre quattro mesi la pubblicazione del bando di gara, “a seguito del quale la PAB sarebbe stata costretta a prorogare gli affidamenti vigenti”.

In definitiva, secondo l'Autorità, SAD ha abusato della posizione dominante detenuta in qualità di operatore in monopolio legale, in quanto si è rifiutata di fornire informazioni che la Provincia riteneva indispensabili per dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della gara, così producendo l'effetto di ritardare la pubblicazione del bando.

3. Di seguito si riassumono i motivi di diritto.

1) Nullità ex art. 21 *septies* L. 241/90; violazione e falsa applicazione d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento sulle procedure istruttorie dell'AGCM), dell'art. 10 L. 287/90 e della Delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614 (Regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM), oltre che dell'art 97, comma 2, Cost..

La ricorrente denuncia la nullità e/o illegittimità del Provvedimento in quanto assunto da due componenti (su tre) del Consiglio, in assenza del Presidente, e, dunque, in violazione del principio di collegialità.

2) Irrilevanza dell'asserito abuso di posizione dominante sulla concorrenza in una parte sostanziale del mercato interno e mancanza del pregiudizio al commercio intracomunitario; erronea travisata e perplessa determinazione del mercato rilevante; violazione art. 1, comma 2, L. 287/90; perplessità dell'azione di accertamento di AGCM nella misura in cui considera unitariamente la “parte sostanziale del mercato interno” comunitario di cui all'art. 102 TFUE e la “parte sostanziale del mercato italiano” di cui all'art. 3, L. 287/90, valutando poi soltanto la prima. Violazione art. 2, Reg. 1/2003 nonché violazione art. 102 TFUE.

L'AGCM avrebbe erroneamente applicato l'art. 102 TFUE con riferimento a un presunto abuso di posizione dominante su un mercato (soltanto) locale, e per di più regolamentato (con tematiche concorrenziali del tutto diverse):

infatti non avrebbe svolto alcuna indagine sulla sussistenza del presupposto relativo al pregiudizio al commercio intracomunitario. Secondo la ricorrente non risulterebbe che il mercato TPL Bolzano possa “interessare” il commercio intracomunitario e ciò in virtù della sua valenza meramente “locale”.

Nel caso di specie l'AGCM avrebbe omissso qualunque valutazione del mercato TPL nell'ottica del mercato sostanziale italiano, ai sensi e agli effetti dell'art. 3 L. 287/90, in violazione degli artt. 1 e 3 L. 287/90 e dell'art. 2 Reg. 1/2003, posto che l'art. 3, L. 287/90 non potrebbe essere assunto sussidiariamente a disciplina “certamente violata” in caso di mancata prova dell'interessamento del mercato comunitario. L'AGCM avrebbe dovuto semmai effettuare una contestazione di addebiti individuando quale mercato rilevante almeno una parte sostanziale del mercato italiano, cosa che non ha fatto; con conseguente illegittimità del Provvedimento per assenza dei presupposti dell'infrazione ex art. 3, L. 287/90. In termini di interessamento del mercato UE ex art. 102 TFUE, peraltro, il preteso (insussistente) ostacolo alla gara sarebbe comunque irrilevante posto che la stessa non riguarderebbe “servizi transfrontalieri” ai sensi dell'art. 28 L.P. di Bolzano 15/15.

Anche l'individuazione del mercato rilevante sarebbe errata e contraddittoria per le seguenti considerazioni.

Secondo la ricorrente il cd. *market power* (o dominanza) sarebbe surrettiziamente traslato al di fuori della sua sede naturale (“l'attuale assetto dei servizi”: doc. 1, par. 122) e eccentricamente trasferito su un mercato futuro dove viene testato sotto il profilo del comportamento cd. escludente del soggetto pretesamente dominante.

L'AGCM avrebbe operato una errata “ibridizzazione” di due mercati regolamentati, ben distinti nello spazio fisico e temporale, in cui per valutare la forza dominante assume un mercato in cui l'operatore avrebbe teoricamente il 100% di *market share* (in quanto monopolista-esclusivista, salvo dimenticare che è scaduto, in proroga, in totale balia dell'Amministrazione

precedente) e afferma che, in diverso mercato regolamentato in cui l'Amministrazione sta per predisporre una gara, detto operatore userebbe quella stessa forza per ostacolare la gara stessa.

Inoltre, essendo i mercati diversi ed essendo la gara gestita da PAB, sarebbe una forzatura ritenere che il supposto monopolista legale (in realtà scaduto) abbia la dominanza del vero monopolista nell'escludere terzi concorrenti da un futuro mercato regolamentato gestito interamente dall'Amministrazione anche nel momento genetico della gara.

L'abuso di posizione ex art. 102 TFUE presuppone un mercato di soggetti "abusati" (concorrenti, fornitori, clienti) e, quindi, una vera distorsione della concorrenza nel mercato, mentre, nel caso di specie, il concessionario uscente non farebbe parte di quel mercato dal quale si pretende che voglia escludere i propri concorrenti potenziali, essendo lui stesso in competizione per entrare a farne parte. Il preteso abuso inoltre ha ad oggetto aspetti geografici e del prodotto del futuro mercato (BTO) che non coincidono con quelli delle attuali concessioni.

Infine, comunicare le informazioni essenziali per la Gara è un obbligo che il concessionario uscente ha nei confronti dell'Amministrazione e non già nei confronti di operatori del futuro mercato.

3) Erronea applicazione dell'art. 102 TFUE; inesistenza dell'abuso.

La condotta contestata non avrebbe arrecato alcun danno.

Nel caso di specie, a SAD si contesta un ritardato rilascio di informazioni essenziali, laddove l'altro *incumbent*, il consorzio LiBUS, le avrebbe fornite addirittura dopo SAD, ossia il 7 maggio 2018. Viceversa la ricorrente sostiene che il ritardo sia dipeso dal ritardato avvio della consultazione degli *incumbents* da parte della PAB. Inoltre, la gara il cui bando è stato pubblicato con ritardo e a cui SAD ha partecipato è stata annullata dalla PAB quindi non vi sarebbe danno imputabile a SAD. Sarebbe irrilevante il mero "intento" escludente ricavabile dalla presentazione di quattro PPP.

4) Ancora sulla violazione dell'art. 102 TFUE; assenza della posizione dominante; violazione art. 8, comma 2, L. 287/90 e del corrispondente art. 106, comma 2, TFUE; violazione dei Regolamenti nn. 1370/2007 e 2338/2016; eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà e assente e/o carente motivazione.

Trattandosi di mercati regolamentati ai sensi degli artt. 8, comma 2, L. 287/90 e 106, comma 2, TFUE le norme *antitrust* non rileverebbero in quanto, ai sensi dell'art. 8, comma 2, L. 287/90, “le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (...) per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”.

Sostiene che, poiché l'istituzione di un SIEG, per giurisprudenza unanime della CGUE, può avvenire con legge o altro provvedimento amministrativo senza che vi sia gara, in sede di analisi *antitrust* sarebbe necessario verificare attentamente l'esistenza di un mercato rilevante attuale alla cui stregua valutare l'ipotetica posizione dominante. Viceversa non si comprenderebbe se l'Autorità abbia inteso riferirsi, come mercato rilevante, a quello derivante dalle precedenti concessioni e/o dalle future.

Secondo la ricorrente, non essendovi alcun mercato rilevante correttamente assumibile ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, il comportamento pretesamente abusivo di SAD quale concessionario uscente integrerebbe, a tutto concedere, la violazione di un obbligo afferente al SIEG sanzionabile con la ordinaria potestà amministrativa e non già in termini *antitrust*.

Analoghe considerazioni andrebbero svolte con riferimento alla pretesa dominanza non essendo stato chiarito se le informazioni essenziali richieste riguarderebbero una parte significativa dei nuovi ambiti costituiti dai bacini extraurbani.

Peraltro la PAB non è un concorrente nei cui confronti SAD avrebbe rifiutato informazioni essenziali, né ci sarebbero potenziali concorrenti o utenti lesi, sicché non vi sarebbe una concreta lesione della concorrenza.

5) Sempre in tema di violazione dell'art. 102 TFUE; eccesso di potere per travisamento dei fatti, assente, carente o contraddittoria motivazione e ingiustizia manifesta; omessa corretta determinazione del mercato rilevante; inesistenza di abuso per assenza della posizione dominante nel preteso mercato rilevante.

La posizione dominante in tesi abusata da SAD sarebbe comunque esclusa dal fatto che la relativa concessione è scaduta (e soggetta ad una breve proroga nelle more dell'espletamento della gara).

La ricostruzione dell'AGCM sarebbe errata visto che PAB avrebbe avuto gli strumenti giuridici per chiedere al G.A. (o, al più, all'ART) di ordinare a SAD l'ostensione di tutta la documentazione e di tutti i dati pertinenti alla gara, nei limiti della "pertinenza" (cfr. L.P. n. 15/2015, artt. 15 e 19).

In ogni caso l'AGCM avrebbe omesso di valutare la cd. *objective justification* rappresentata dal fatto che la condotta di SAD era spiegabile con il tentativo, del tutto legittimo, da una parte di restare gestore, mediante presentazione di quattro PPP e, dall'altra, di evitare la propria prevedibile esclusione dalla futura gara per aver contribuito ad inserire nel PEF della gara stessa i dati significativi e caratteristici del proprio modello di esercizio aziendale.

Peraltro le informazioni che PAB chiedeva dovevano essere finalizzate solo alla descrizione della gara nella pre-informazione ex art. 7 Reg.1370/07 (come si legge nella stessa Misura 9 della Delibera ART), sicchè, essendo stata già effettuata la pre-informazione, SAD avrebbe intuito che tali informazioni sarebbero servite al diverso scopo di disegnare la stessa architettura della gara, con l'evidente e concreto rischio della esclusione di SAD dalla futura gara come previsto dall'art. 80 del Codice dei Contratti. Ciò avrebbe giustificato il rifiuto di fornire le informazioni richieste.

In subordine la ricorrente chiede disporsi rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE con i seguenti quesiti:

“Dica la Corte di giustizia se, a fronte della richiesta dell'Ente affidante di informazioni necessarie e/o pertinenti con le finalità di cui all'art. 7 Reg.

2007/1370, un concessionario uscente possa legittimamente opporsi a richieste che abbiano per effetto, anche solo potenziale, quello di indurre la stessa Autorità affidante all'esclusione del medesimo concessionario uscente dalla futura gara, ai sensi dell'art. 57, Direttiva n. 2014/24/UE e/o art. 35 Direttiva 2014/23/UE" e degli artt. 66,67 e 80 del D.lgs. 50/2016";

“Dica la Corte di giustizia se, alla luce delle finalità e del sistema di cui al Regolamento 2007/1370, il preteso ritardo od omissione da parte del gestore uscente nel comunicare all'Autorità affidante, ai sensi dell'art. 4.8 del Regolamento, informazioni necessarie alla pre-informazione di cui all'art. 7 Reg. 1370, possa costituire abuso di posizione dominante ai sensi e agli effetti dell'art. 102 TFUE o possa e debba invece essere sanzionato con gli strumenti propri dell'Autorità amministrativa e in sede giudiziale con gli strumenti previsti dall'ordinamento italiano a fronte dell'inadempimento degli obblighi di servizio pubblico, ivi compresi tutti i poteri cautelari e ordinatori del Giudice competente”.

6) Violazione dell'art. 10 e dell'art. 14 della L. 287/90; grave carenza istruttoria e di motivazione; omessa considerazione della necessità della consultazione ex delibera ART 49/2015.

L'AGCM avrebbe condotto una istruttoria solo parziale, essendosi appiattita sulle doglianze della PAB senza considerare che la stessa non detiene alcun ruolo di “alfiere della concorrenza” e che SAD non è l'unica impresa dominante che abuserebbe del suo potere di mercato.

7) Violazione del diritto di proprietà e di titolarità d'impresa; violazione artt. 16 e 17 e 41 Carta di Nizza nonché 41, 42 e 97 Cost.; violazione dei Regolamenti comunitari nn. 1370/2007 e 2338/2016); violazione artt. 66, 67 e 80, comma 5 lett. e), Codice Contratti.

Il Regolamento n. 1370/2007 e ancor più al nuovo Regolamento 2338/2016 prevedono che “i contratti di servizio pubblico impongono all'operatore di fornire all'autorità competente le informazioni essenziali”, quindi questa sarebbe stata la disciplina applicabile e non quella *antitrust*.

Una richiesta pletorica di dati, finanche confidenziali, come quelli declinati nel Provvedimento, metterebbero gravemente a rischio la stessa partecipazione alla gara di SAD.

8) Sulla sanzione: violazione dell'art. 15 L. 287/90, dell'art. 11, L. 689/1981, della Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 sugli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, Reg. 1/2003, nonché dei criteri interpretativi enucleati nella Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152, in particolare con riguardo alla gravità della condotta, alla durata dell'infrazione, alla ascrizione di effetti anticoncorrenziali alla condotta a SAD; difetto di motivazione ed omessa considerazione della specificità della SAD, eccesso di potere e mancanza di istruttoria; eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione del principio di proporzionalità, difetto di istruttoria, contraddittorietà, nonché difettosa o carente motivazione; omessa valutazione della sussistenza di circostanze attenuanti e, in ogni caso, dell'esimente putativa ai sensi e agli effetti dell'art. 4, L. 689/81; mancata considerazione dell'art. 1227 c.c.; ingiustizia manifesta.

Con tale motivo la ricorrente appunta le censure esclusivamente sulla valutazione di gravità della condotta che, a suo dire, sarebbe inconsistente e contraddittoria.

9) Sulla illegittimità dell'ordine impartito alla lettera C del dispositivo: violazione dei principi generali in tema di applicazione ragionevole (*rule of reason*) della disciplina *antitrust*; violazione del principio di proporzionalità della misura rimediale; violazione della giurisprudenza comunitaria; violazione artt. 16 e 17 nonché 47 CDFUE, artt. 24, 97, 113 Cost.; violazione art. 1 e 20, L. 689/81, laddove applicabili per analogia.

Il motivo si concentra sulla lettera C del dispositivo del Provvedimento gravato stante la sua speciale lesività, apprezzabile anche nell'ottica cautelare.

La ricorrente osserva che laddove l'AGCM ingiunge a SAD di "astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto

dell'infrazione accertata al punto B)" andrebbe oltre quanto sarebbe indispensabile per contrastare un eventuale abuso concorrenziale.

Essendo pacifico che SAD abbia il diritto di difendere i propri interessi commerciali, un siffatto ordine interdittivo sarebbe in contrasto con i principi in materia e in particolare con il principio di proporzionalità.

4. Con la nuova richiesta di misure cautelari depositata il 26 ottobre 2020 la ricorrente rappresenta che il 24 settembre 2020 l'ACP - Agenzia di vigilanza della PAB la ha inviato una comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla nuova gara d'appalto per il trasporto scolastico ai sensi degli artt. 14 LP 17/1993 e 80, commi 7 e 8 D.Lgs. 50/2016, nonché ai sensi delle Linee Guida n. 6 di ANAC, quindi osserva che l'accertamento di abuso di posizione dominante da parte dell'AGCM, oggetto di impugnazione, starebbe producendo gravissimi effetti e danni reputazionali, nonostante la non definitività del Provvedimento n. A/516, minacciando seriamente la permanenza di SAD sul mercato.

Nella stessa istanza la ricorrente fa riferimento ad una relazione della Prefettura di Bolzano, resa in occasione di indagini penali che hanno riguardato la gara del giugno 2018, poi revocata, da cui emergerebbero ipotesi di reato a carico della funzionaria AGCM che ha istruito il procedimento esitato nell'impugnato provvedimento sanzionatorio: evidenze che confermerebbero l'istruttoria parziale e falsata posta in essere nel caso in esame, condotta da una funzionaria che avrebbe avuto avversione manifesta verso SAD.

5. La Provincia di Bolzano, dopo essersi difesa con una prima memoria, contestando il contenuto del ricorso, si è difesa anche con riferimento alle argomentazioni svolte dalla ricorrente nella nuova istanza cautelare, osservando che l'avvio del procedimento per la verifica del possesso dei requisiti da parte di SAD non è stata una iniziativa di ACP, bensì un atto sollecitato dalla delibera ANAC n. 725 del 9 settembre 2020 che invitava la stazione appaltante ad eseguire la valutazione discrezionale che ad essa

competete “in ordine alla rilevanza inquinante degli specifici comportamenti sul procedimento di gara”. Quanto all’Informativa riassuntiva finale della Questura di Bolzano, la PAB osserva che detto documento è al vaglio dell’Autorità giudiziaria penale, al pari di altri documenti, ditalchè ogni valutazione sul punto sarebbe intempestiva.

6. L’AGCM, con una prima memoria versata in atti in vista della prima camera di consiglio, ha contestato tutti gli assunti di parte ricorrente evidenziando da una parte la correttezza del suo operato e, dall’altra, la pretestuosità delle argomentazioni difensive di SAD.

In una successiva memoria, depositata in vista della seconda camera di consiglio, la difesa erariale, dopo aver ripercorso l’intera vicenda ha sottolineato che la nota cui fa riferimento la ricorrente è una mera comunicazione di avvio di un procedimento, dunque un atto endoprocedimentale inidoneo ad incidere la sfera giuridica di SAD e, conseguentemente, certamente inidoneo a fondare una richiesta cautelare.

Nelle memorie conclusive tutte le parti hanno sostanzialmente ribadito le proprie tesi, già lungamente esposte nei precedenti scritti e puntigliosamente precisate nelle memorie di replica.

7. Passando all’esame del ricorso, deve innanzitutto essere respinto il primo motivo, con il quale la ricorrente sostiene che la delibera sia illegittima perché adottata con il voto di due soli componenti, diversi dal Presidente.

Si tratta di una questione su cui la giurisprudenza, anche della Sezione, si è ripetutamente pronunciata con un orientamento dal quale il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi, osservando che, sebbene l’art. 10 L. 287/90 preveda che l’Autorità è un organo collegiale, costituito da tre membri compreso il presidente (come da modifica di cui all’art. 23, comma 1, lett. d), D.L. 201/11 come convertito in legge n. 214/11), nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 11330).

Inoltre l'AGCM non costituisce collegio perfetto ed è demandata alla stessa Autorità, ai sensi dell'art. 10, commi 2 e 6, L. 287/90, la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento al *quorum* sia strutturale sia funzionale (Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 873).

Il Regolamento sul funzionamento dell'AGCM (delibera n. 26614 del 24 maggio 2017) conferma tutto ciò, prevedendo: a) all'art. 3, l'assenza del presidente o un suo impedimento, con funzioni assunte temporaneamente dal componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età; b) all'art. 6, che per la validità delle riunioni dell'Autorità è necessaria la presenza del presidente e di un componente, ovvero di due componenti; c) all'art. 7, che le deliberazioni dell'Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

Le modalità con cui è stata assunta la decisione impugnata, pertanto, appaiono conformi alla regolamentazione e alla legge che disciplinano il funzionamento dell'Autorità, e si sottraggono alle critiche di compatibilità con le norme costituzionali e con i principi eurounitari in quanto funzionali a preservarne l'autonomia e assicurare la continuità dell'azione amministrativa.

Peraltro il Consiglio di Stato, in relazione a situazione comparabile a quella in esame relativa ad altra Autorità indipendente (ma riferibile a tutte le autorità indipendenti per le quali è stata prevista la riduzione del numero dei componenti dell'organo di vertice), ha chiarito che la disposizione sul valore "doppio" del voto del presidente si comprende agevolmente considerando che tutti i collegi posti al vertice delle autorità indipendenti (che non sono considerati collegi perfetti) sono stati portati a tre componenti (con le sole eccezioni dell'AGCom e della Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici) e che tale riduzione del numero dei componenti ha reso assai più probabile il verificarsi di situazioni di impasse conseguenti all'astensione o

all'impedimento di uno dei componenti del collegio, con conseguente necessità di evitare che, in ragione di tale impedimento o assenza, l'attività dell'Autorità risulti di fatto paralizzata, con chiaro vulnus al principio costituzionale di buon andamento (Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4936). Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione alla necessità di non pregiudicare la tutela effettiva della concorrenza, come declinata dalla disciplina di rango comunitario, garantendo la continuità di funzionamento dell'autorità nazionale deputata a controllare il rispetto della normativa *antitrust*.

8. Prima di passare all'esame dei motivi di ricorso, è opportuno tratteggiare la giurisprudenza formatasi in *subjecta materia*.

E' stato chiarito che, nell'ipotesi di abuso posizione dominante, a differenza di quella di intesa restrittiva, la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale e che, in tal caso, occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso (Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837). Inoltre, la definizione medesima di "mercato rilevante" non è connotata in senso meramente geografico o spaziale ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334).

In particolare il "mercato rilevante" deve essere individuato in quella zona geograficamente circoscritta, connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, le imprese che forniscono quel prodotto o servizio si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza, con utilizzo di regole scientifiche per lo più tratte dalla scienza economica oltre che da regole di comune esperienza (Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873).

In sostanza, l'individuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui quali il giudice amministrativo non può intervenire, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

In generale, anche questa Sezione ha ribadito (T.A.R. Lazio, Roma Sez. I, 25 febbraio 2015, n. 3341) il principio espresso dalla Corte di cassazione, secondo cui *“Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”* (Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2014 n. 1013).

Ne discende che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 febbraio 2016, n. 1934; Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228).

In sostanza, il giudice amministrativo, nello specifico contenzioso, non può sostituirsi all'Autorità di settore (AGCM) nell'individuazione del mercato rilevante se questa risulti attendibile secondo la scienza economica, nonché

immune da vizi logici e di violazione di legge (Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2002).

Quanto poi allo specifico profilo dell'abuso di posizione dominante, l'art. 102 sul Trattato di funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che *“È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”*.

La norma, come pure l'art. 3 L. n. 287 del 1990, vieta l'abuso di posizione dominante, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la chiara non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1 dicembre 2020, n. 12840).

In proposito si è, in primo luogo, osservato come *“la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori?”* (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands).

L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante, atteso che *“l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori*

che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi?” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, cit.).

La norma, dunque, delinea una fattispecie “aperta”, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un’impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l’impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, C-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche).

Ciò posto, l’esistenza di una posizione dominante non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l’impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti; si è quindi inferito che la “*dominanza*” genera nell’impresa una “*speciale responsabilità*” di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un’impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Ne deriva, anche alla luce della già rilevata portata proteiforme della nozione di abuso, derivante dalla non esaustività dell’elenco contenuto nell’art. 102 del Trattato, che l’applicazione della suddetta disposizione implica “*un’attività di «contestualizzazione», frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico*” (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014).

Fermo restando detto ineliminabile “*marginale di opinabilità*”, l’interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l’interesse generale protetto dalle previsioni a tutela della concorrenza e del mercato e la situazione considerata dal provvedimento (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 giugno 2019, n. 7175).

9. Alla luce dei riportati principio il Collegio ritiene che il ricorso non possa trovare accoglimento.

I motivi di ricorso, fatta eccezione per gli ultimi due, saranno trattati congiuntamente, mettendo ordine fra le diverse e sovrapponibili censure formulate in ricorso e seguendo un percorso argomentativo il più possibile lineare.

9.1. Il primo punto di interesse è quello della individuazione del mercato rilevante.

E' conclusione nota quella per la quale, nella fattispecie di abuso di posizione dominante, a differenza che in quella dell'intesa anticoncorrenziale, la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un *prius* logico e pratico, quale presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso come contestato (Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271).

Nel caso di specie l'AGCM, in ossequio a tale principio, ha individuato prioritariamente il mercato rilevante, sia sotto il profilo merceologico sia sotto il profilo geografico.

La ricorrente afferma che l'Autorità avrebbe compiuto una "ibridazione di due mercati" quello delle concessioni esistenti e quello della futura gara, talché il cd. *market power* (o dominanza) sarebbe surrettiziamente traslato al di fuori della sua sede naturale, ossia «l'attuale assetto dei servizi», ed eccentricamente trasferito su un mercato futuro dove viene testato sotto il profilo del comportamento cd. escludente del soggetto pretesamente dominante.

Il Collegio rileva che le argomentazioni di parte ricorrente, pur suggestive, non colgono nel segno.

Il provvedimento chiarisce che quello della futura gara è un contesto competitivo irrilevante ai fini della valutazione del comportamento di SAD, il quale invece inerisce ad una fase precedente alla gara (parr. 120 ss. Del provvedimento) ed è funzionale a ritardarne lo svolgimento.

Invero, sotto il profilo merceologico il servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri destinato alla provincia di Bolzano costituisce il mercato rilevante (par.116 ss., id.). Si tratta di un ambito provinciale nel quale SAD e le imprese associate a LiBUS non operano in concorrenza tra loro, ma ciascuna all'interno dell'area di riferimento delle rispettive concessioni: ciò definisce il mercato geografico in quanto, in esso, SAD, in qualità di monopolista concessionario esclusivo della fetta maggioritaria delle linee del TPL extra-urbano della Provincia di Bolzano che assorbe peraltro la gran parte del territorio altoatesino, è per definizione in posizione dominante (parr. 118, 122, 123 e 124 id.).

Ciò posto, essendo il mercato rilevante merceologico individuato con riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale nel territorio della Provincia Autonoma di Bolzano, oggetto di concessione, l'affermazione di SAD secondo cui il suddetto mercato sarebbe “nelle salde mani dell'Amministrazione” rappresenta una astrazione, suggestiva ma non corrispondente alla realtà, con la quale la ricorrente tenta di far confluire l'entità “oggettiva” rappresentata dal “mercato” nell'alveo del potere amministrativo del “soggetto” pubblico PAB di indire la gara per la successiva ripartizione del suddetto mercato secondo le regole europee di evidenza pubblica.

Ciò che emerge, in definitiva, è che il mercato del trasporto pubblico locale nel territorio provinciale altoatesino è, invece, “saldamente” nelle mani di SAD, concessionaria uscente ma in proroga, fatta eccezione per la porzione di linee gestite, in qualità di concessionario altrettanto monopolista, da LiBUS.

Dunque l'affermazione secondo cui “il concessionario uscente non fa parte di quel mercato dal quale si pretende che voglia escludere i propri concorrenti potenziali, essendo lui stesso in competizione per entrare a farne parte”, rappresenta un abile tentativo lessicale di spostare il *focus* dell'indagine dal mercato rilevante, perimetro certo ed attuale nell'ambito del quale si è

dispiegata la condotta censurata come abusiva, ad un accadimento futuro e dall'esito incerto quale è la gara.

Invero è pacifico che, in qualità di concessionaria monopolista, SAD è l'unica (oltre a LiBUS) parte di "quel mercato", identificabile nel mercato provinciale in cui essa espleta il servizio di trasporto pubblico extraurbano, dal quale, frapponendo ostacoli all'indizione della gara, ha cercato di escludere i propri concorrenti potenziali.

L'istruttoria condotta dall'Autorità sul punto, contrariamente a quanto opina la ricorrente, è stata accurata sia con riferimento al mercato rilevante, sia con riferimento alla posizione dominante in esso ricoperta da SAD.

9.2. In ordine a tale ultimo tema, dovendo operarsi la necessaria sintesi delle posizioni contrapposte e del profluvio di argomentazioni spese dalle parti e, segnatamente, dalla ricorrente, il Collegio osserva che il divieto concorrenziale è finalizzato ad evitare che l'impresa dotata di un forte potere economico di mercato con il proprio comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e priva di distorsioni nel mercato comune.

Dunque, affinché una condotta di un'impresa dominante trasmodi in un abuso sanzionabile ai sensi dell'art. 102 TFUE, devono sussistere tre condizioni: la posizione dominante (individuale o collettiva), lo sfruttamento abusivo della stessa e l'assenza di giustificazioni obiettive e preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza.

Nel caso di specie l'*incumbent* SAD, esercitando una situazione di quasi-monopolio nella gestione del trasporto extraurbano nel mercato della Provincia autonoma di Bolzano già da lunghissimo tempo, per definizione occupa una posizione dominante nel rispettivo mercato rilevante (Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2021, n. 1101).

Non rileva, dunque, la circostanza che l'abuso della posizione dominante, teso ad escludere i potenziali concorrenti dal mercato, si sia concretato nella condotta oggettivamente ostruzionistica tenuta nei confronti della stazione appaltante, titolare del potere amministrativo di indire la futura gara, e

consistita nel perdurante rifiuto di fornire informazioni essenziali alla predisposizione degli atti di gara, la cui doverosità la ricorrente ha infine dovuto ammettere.

Invero è stato condivisibilmente affermato che costituisce abuso di posizione dominante il comportamento dell'operatore *incumbent* teso ad ostacolare o ritardare l'ingresso del concorrente nel mercato, anche quando la condotta illecita s'inserisca in un più complesso iter amministrativo dall'esito incerto (cfr. Cons. Stato, n. 1101/2021 cit.).

Quindi correttamente è stato accertato l'abuso di posizione dominante in ragione dei comportamenti illeciti posti in essere da SAD nel mercato dell'accesso al trasporto extraurbano in ambito provinciale altoatesino, sostanziatisi in ingiustificate condotte dilatorie per ritardare l'accesso dei concorrenti che sarebbe seguito alla gara.

9.3. Né coglie nel segno la censura secondo cui SAD si sarebbe limitata a difendere la propria attività imprenditoriale.

Invero va ribadito che non è illegale né che un'impresa sia in posizione dominante ma è necessario che il suo diritto/dovere di competere con i concorrenti poggi sui propri meriti e non su una rendita di posizione; dunque se non è censurabile il tentativo, tutto imprenditoriale, di SAD di perpetuare la sua situazione di monopolio proponendo alla PAB ben quattro diversi progetti di *project financing* nell'arco di pochissimo tempo, allo stesso modo è del tutto corretto il divisamento della PAB di respingere tali proposte e di osservare la legge che imponeva di indire la gara per quattro BTO perimetrati sulla base del nuovo Piano Provinciale sulla Mobilità.

E' necessario, quindi, individuare una linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" della posizione di dominante, che deve avvenire indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 31 maggio 2018, n. 6080; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

Nel caso di specie l'Autorità ha documentato con dovizia di evidenze che SAD, con la sua condotta ostruzionistica e dilatoria, ha di fatto ritardato l'accesso di potenziali concorrenti al mercato del trasporto extraurbano nell'ambito provinciale altoatesino.

Parimenti inconferente è la tesi secondo cui non sarebbe sanzionabile come abuso di posizione dominante la mera intenzione.

Ciò in quanto la nozione di “abuso di posizione dominante” presuppone la sussistenza (in capo al soggetto dominante) di un “intento escludente dal mercato” oppure la interposizione di “una barriera all'ingresso nel mercato” (Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2016, n. 4665).

Secondo un costante orientamento del giudice europolitano (cfr., tra le molte, Corte giustizia UE, Sez. III, 19 aprile 2012, n. 549), per accertare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE, è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto (Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2021, n. 2727).

9.4. Pretestuosa, oltre che infondata, è la censura secondo cui il Consorzio LiBUS avrebbe fornito le informazioni richieste addirittura dopo SAD, e ciononostante la PAB avrebbe riversato tutta la responsabilità del ritardo su SAD, per di più appiattendosi sulle tesi di ella PAB, che non sarebbe un “alfiere della concorrenza” e senza svolgere adeguata istruttoria.

In punto di fatto, risulta dal provvedimento che LiBUS aveva fornito le informazioni indispensabili alla PAB in modo tempestivo e completo e che successivamente (peraltro anche in questo caso tempestivamente) ha fornito solo alcune integrazioni ed aggiornamenti resisi necessari in ragione del tempo trascorso.

Dai due verbali del 27 dicembre 2017 emerge chiaramente che, già a fine 2017 (dunque prima dell'avvio dell'istruttoria a gennaio 2018), la PAB certificava l'avvenuto ricevimento di tutti i dati richiesti a LiBUS (con l'unica, limitata,

eccezione dei dati sugli immobili con riferimento a 2 dei 21 operatori consorziati).

Ininfluenti, poi, ai fini del vaglio di legittimità dell'impugnato provvedimento, sono tutte le vicende successive, quali la revoca in autotutela della gara bandita a giugno 2018 e gli accertamenti ispettivi e le vicende penali in corso.

Oggetto di indagine nella presente sede è il provvedimento in quanto tale che, diversamente da quanto opina la ricorrente, risulta assistito da una istruttoria accurata, che necessariamente non poteva che essere condotta nei confronti della sola PAB, quale soggetto denunciante e titolare della gran parte delle informazioni, nonché in regolare contraddittorio con SAD, unica impresa coinvolta in quanto in posizione di monopolio.

9.5. Infondata è anche la tesi secondo cui l'Autorità non avrebbe considerato che il trasporto extraurbano non riguarda servizi transfrontalieri.

Invero il pregiudizio al commercio intracomunitario deve esser inteso in senso estensivo, tenendo conto che esso si ha anche quando, in base ad un complesso di elementi di fatto e di diritto, appaia sufficientemente probabile che una condotta di tipo anti-concorrenziale sia idonea ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, ostacolando così l'effettività di un mercato unico.

Quando un'impresa, come SAD, ha una posizione dominante su un territorio che, sebbene limitato all'ambito provinciale altoatesino, è suscettibile di legittimi appetiti concorrenziali anche di imprese appartenenti agli stati membri dell'Unione, non è dirimente se l'abuso anti-concorrenziale da essa realizzato riguardi solo una parte del territorio nazionale, poiché qualunque abuso, che renda più difficile l'accesso ad un mercato nazionale anche di ridotte dimensioni, incide sensibilmente sul commercio.

9.6. Fermo restando che il concetto da ultimo espresso tende ad includere tutti i tipi d'indebito effetto, la censura secondo cui l'AGCM non avrebbe affrontato la tematica del pregiudizio al commercio transfrontaliero non è idonea a scalfire la correttezza dell'accertamento; invero ogni riferimento

dell'AGCM a possibili effetti pregiudizievoli sull'attività economica transfrontaliera è irrilevante ai fini dell'accertata configurazione dell'abuso di posizione dominante, giacché l'art. 102 TFUE copre l'universo, nazionale o intracomunitario, di tali condotte illecite.

Inoltre, essendo l'art. 3 della L. 287/1990 omeomorfa alla norma UE, non v'è errore di qualificazione giuridica nel provvedimento dell'AGCM solo perché i citati effetti pregiudizievoli transfrontalieri sono solo accennati, laddove ben più serio e rilevante è l'abuso in ambito provinciale perpetrato da SAD.

Non è condivisibile, pertanto, l'argomentazione della ricorrente secondo cui l'Autorità non avrebbe considerato “quale peso possa o potesse avere un'eventuale «posizione dominante» sul mercato regolamentato del TPL su gomma di Bolzano”, aggiungendo che “dunque, non risulta proprio che il mercato TPL Bolzano possa «interessare» il commercio intracomunitario e ciò in virtù della sua valenza meramente «locale»” (pag. 15 del ricorso).

In proposito è sufficiente rilevare che è proprio la forte posizione di mercato di SAD nel suddetto mercato a radicare, unitamente alla condotta dalla stessa di fatto tenuta, il convincimento dell'Autorità in ordine alla capacità di SAD di abusare di tale posizione, pregiudicando in maniera sensibile il commercio.

Correttamente, quindi, l'Autorità ha ritenuto che la fattispecie esaminata, essendo idonea ad arrecare un pregiudizio al commercio tra Stati membri, debba essere valutata ai sensi dell'art. 102 del TFUE.

9.7. Quanto alla tesi per cui, trattandosi di mercato regolamentato, non si applicherebbe la disciplina *antitrust*, il Collegio osserva che l'AGCM ha correttamente “contestualizzato” il mercato e la potenziale concorrenza che si sarebbe dovuta dispiegare su detto mercato in procinto di essere pienamente liberalizzato.

Invero, sebbene si trattasse di espletamento di un servizio pubblico, era espressamente previsto dalla legge l'obbligo di assegnare il suddetto servizio mediante procedure a evidenza pubblica (cfr. in fattispecie contraria: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 13888).

Non coglie nel segno, dunque, l'argomentazione per cui, poiché l'istituzione di un SIEG può avvenire con legge o altro provvedimento amministrativo senza che vi sia gara, in sede *antitrust* l'AGCM avrebbe dovuto verificare attentamente l'esistenza di un mercato rilevante attuale alla cui stregua valutare l'ipotetica posizione dominante.

In disparte le considerazioni già svolte in precedenza, deve rilevarsi come la proposizione muova da un assunto errato atteso che, nel caso di specie, era proprio la doverosità dell'indizione della gara a definire quel mercato in cui operava SAD in posizione monopolista come mercato rilevante in cui si dispiegava la posizione dominante della stessa.

In definitiva la accertata correttezza dell'applicazione della normativa *antitrust* alla fattispecie in esame, rende recessiva la tesi della ricorrente secondo cui la sua condotta sarebbe dovuta essere sanzionata con gli strumenti propri dell'Autorità amministrativa e in sede giudiziale con gli strumenti previsti dall'ordinamento italiano a fronte dell'inadempimento degli obblighi di servizio pubblico.

In ragione di quanto precede il Collegio ritiene che non sia necessario disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ex art. 267 TFUE, dei quesiti formulati in ricorso.

10. Con l'ottavo motivo di ricorso la ricorrente censura la sanzione irrogatale non contestando i criteri di computo ma sostenendo che la propria condotta non sarebbe grave e quindi tale da meritare una sanzione.

Il motivo è infondato.

L'AGCM invero ha puntualmente argomentato la gravità della condotta consistente in un abuso escludente, con il quale SAD, titolare di un monopolio legale che durava da oltre 50 anni, ha agito al fine di procrastinare illegittimamente la durata di tale monopolio, frapponendo ripetuti ostacoli all'attività svolta dalla PAB.

Correttamente l'Autorità ha ritenuto che la condotta, oltre ad essere idonea ad alterare la concorrenza, ha in concerto esplicito i propri effetti ritardando la

pubblicazione del bando di circa quattro mesi rispetto alla *deadline* che la PAB si era prefissa, proprio per evitare di dover ancora prorogare le concessioni in essere.

La valutazione di gravità dell'infrazione risulta, peraltro, coerente anche con l'importanza economica dell'affidamento impedito con la accertata condotta ostruzionistica e dilatoria di SAD, che avrebbe suscitato l'interesse di moti operatori concorrenti.

D'altra parte emerge dal provvedimento che la ricorrente non ha neanche negato l'intenzionalità di tale condotta, che è risultata provata anche nel fine, che era proprio quello di ostacolare l'indizione della gara.

Per dovere di completezza e sebbene non costituisca oggetto di specifica censura, si deve osservare come il fatto che l'Autorità abbia preso in considerazione la proposta di impegni da essa presentata da SAD, sottoponendo gli stessi a *market test*, non esclude la gravità della condotta, né rende contraddittoria la decisione dell'AGCM di rigettarli, tenuto conto, in punto di fatto che il marker test aveva ricevuto un riscontro soltanto parzialmente positivo e che, per principio consolidato, *“la valutazione negativa da parte dell'AGCM degli impegni rientra nel margine di discrezionale apprezzamento rimesso all'Autorità garante, non apprezzabile nel merito in sede giurisdizionale se non in determinati limiti”* (così, testualmente, Cons. Stato, Sez. VI, n. 2727/21 cit. che richiama id. 15 maggio 2015 n. 2479 e 22 settembre 2014 n. 4773).

Lo svolgimento del *market test*, infatti, non sottintende una valutazione di assenza di gravità dell'illecito, che, come rimarcato dall'Autorità, può emergere anche successivamente (par. 236 del provvedimento).

11. Con il nono motivo la ricorrente lamenta l'illegittimità della diffida per difetto di proporzionalità in quanto si spingerebbe “al di là di quanto sarebbe comunque indispensabile per contrastare un eventuale abuso concorrenziale” (pag. 33 del ricorso).

Osserva il Collegio che a fronte dell'illecito accertato la diffida in rassegna si poneva come atto consequenziale e dovuto, dovendo logicamente l'Autorità,

oltre che sanzionare la condotta posta in essere, ammonire la parte sanzionata a non proseguire o ripetere la stessa condotta pro futuro.

Né la diffida risulta indeterminata, come lamenta la ricorrente, essendo palese che essa ha ad oggetto, né potrebbe essere diversamente, esattamente le condotte ostruzionistiche e dilatorie già sanzionate.

Conclusivamente, per tutto quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

12. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alle spese del giudizio che liquida in € 3.000,00 (tremila) per parte costituita, oltre oneri di legge ove dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Laura Marzano

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

