

Con sentenza n. 3505 del 5 aprile 2023, la sesta sezione del Consiglio di Stato, intervenendo in tema di procedimenti istruttori antitrust, ha dato continuità all'orientamento espresso - a più riprese dai giudici amministrativi - in ordine all'applicabilità del termine ex art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689 ai procedimenti antitrust e, più in generale, all'applicabilità ad esso delle garanzie di cui agli artt. 6 CEDU e 41 della Carta Fondamentale dei diritti dell'U.E. e dei principi di buon andamento, efficienza e legalità dell'azione amministrativa (così *ex multis*, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761). Si è, peraltro, chiarito che *"nel disegno della L. n. 689/1981, il rispetto del termine di 90 giorni di cui all'art. 14 (del medesimo articolato normativo) deve essere verificato con riferimento al primo atto con cui l'amministrazione effettua la contestazione"* con la precisazione che *"nei procedimenti istruttori antitrust, l'avvio della istruttoria costituisce una tappa obbligata e ineliminabile sicché, contenendo l'enunciazione dell'illecito per cui si procede, è ad essa - e non alla comunicazione delle risultanze istruttorie - che deve farsi riferimento per verificare il rispetto del termine indicato all'art. 14 L. n. 689/1981"* (sempre Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761). Da ciò è desumibile, da un lato, che, prima di tale momento, l'Autorità può porre in essere solo indagini di cd. "pre-istruttoria", e comunque di natura diversa da quelle indicate agli artt. 8 e ss., d.P.R. n. 217 del 1998 (ad avviso del quale *"i poteri istruttori di cui all'art. 14, comma 2, della legge, sono esercitati a decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, anche contestualmente alla notifica stessa. Nel caso che l'apertura dell'istruttoria sia stata notificata ad una pluralità di soggetti, i relativi poteri possono essere esercitati nei confronti di ciascuno di essi dal ricevimento della notifica loro indirizzata"*); dall'altro, di riflesso, che l'accertamento dei fatti sotteso all'avvio della istruttoria ex art. 14, L. n. 287/1998, non può compendiarsi in attività estremamente complesse, per la semplice ragione che l'attività istruttoria vera e propria (le richieste di informazioni e documenti, le ispezioni, le perizie, le analisi statistiche ed economiche, le consultazioni di esperti; artt. 9 ss., d.P.R. n. 217/1998) può essere posta in essere solo dopo la notifica alle parti interessate del provvedimento che dà avvio alla istruttoria. Al contempo occorre, però, rammentare che l'atto di avvio del procedimento, pur non dovendo delineare l'oggetto dell'accertamento nella sua compiutezza (Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, 5276), non può prescindere dall'individuare, quantomeno in termini sommari, tutti gli elementi costitutivi delle presunte infrazioni. Stabilisce, infatti, l'art. 6, comma 3, d.P.R. n. 217 del 1998 che *"il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge"*. La ratio sottesa alla previsione in parola è quella di limitare l'avvio dell'istruttoria formale (con le conseguenze pratiche e giuridiche che da esso discendono), in un'ottica di buon andamento ispirata a contenere nel minimo indispensabile le ingerenze nella sfera giuridica degli operatori economici, ai soli casi in cui sia possibile formulare, ancorché secondo il più lasco parametro del *fumus*, un'ipotesi di addebito relativa ad un presunto illecito perfetto in tutti i suoi elementi essenziali. In altri termini, la sommarietà dell'accertamento che deve fondare l'avvio dell'istruttoria formale si rispecchia solo nella soglia di prova richiesta (più bassa rispetto a quella prescritta per l'adozione del provvedimento sanzionatorio finale) ma non consente all'Autorità di prescindere dalla verifica della ricorrenza di una fattispecie di illecito completa. Ne consegue che, nei casi in cui un procedimento istruttorio sia avviato a seguito di una segnalazione pervenuta all'Autorità, il termine per la contestazione dell'illecito (id est per l'avvio dell'istruttoria formale) decorre da tale momento solo ove la segnalazione sia veritiera e, soprattutto, completa. In questo senso depone la lettera dell'art. 12 della L. n. 287 del 1990 (secondo cui *"l'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni"*) che esclude, in maniera ragionevole qualsivoglia automatismo tra presentazione di una segnalazione ed avvio dell'istruttoria formale. In questo senso è stato affermato che la completezza e l'attendibilità di una segnalazione *"fungono da criteri che il giudice deve applicare al fine di stabilire se una comunicazione di avvio di istruttoria sia tempestiva"* con la speculare conseguenza che *"pare arduo sostenere l'incompletezza o la non veridicità di una segnalazione quando l'Autorità non faccia seguire la segnalazione da alcuna attività conoscitiva, a maggior ragione quando la contestazione contenuta nell'avvio dell'istruttoria rispecchi il contenuto della segnalazione"* (Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505). Può dirsi,

così, che la cd. “preistruttoria”, con i suoi limiti, rappresenta la sede naturale per l’eventuale integrazione della segnalazione, per iniziativa sia dello stesso segnalante che della medesima Autorità. Quanto testé osservato vale, in particolare, nel caso in cui si debbano accertare illeciti a struttura complessa, quale, ad esempio l’abuso di dipendenza economica, che richiedono la ricorrenza di una pluralità di requisiti. Ne è conferma, peraltro, il dettato specifico di cui al comma 3-bis dell’art. 9 della L. n. 192 del 1998 (ad avviso del quale *“l’Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell’attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell’istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall’art. 15, L. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell’impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso”*) che tiene distinti la segnalazione (solo eventuale), l’attivazione dei poteri di “indagine” ed il successivo (ed ancora una volta eventuale) “esperimento dell’istruttoria”.

Riferimenti Normativi:

- art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689
- art. 8, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217