Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 9^ ed. 2015-2016

Dispensa A-09
Le autorità amministrative indipendenti

1. La natura amministrativa delle authorities
a. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818

2. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti adottati dalla authorities non è un mero sindacato di tipo estrinseco bensì un sindacato intrinseco
a. Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302

3. Il sindacato del g.a. sul contenzioso degli atti dell'antitrust ed il rispetto dei principi comunitari
a. Cons. St., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393

4. Sui limiti del potere normativo delle Authorities
a. Cons. St., Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622
b. TAR Piemonte, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1746

5. La disciplina procedimentale dei provvedimenti delle Authorities
a. Cons. St., Sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241

6. Sui confini di competenza tra AGCOM e Antitrust
a. Cons. St., Ad. Pl. 11 maggio 2012, n. 11

7. La nuova legittimazione dell'antitrust, ex art. 21-bis Legge n. 287/1990
a. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720
b. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246

8. Tutela giurisdizionale nei confronti dell'Antitrust
a. Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2299
b. Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050
c. Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041
d. Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2015, n. 2299

9. Sulla natura giuridica della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche
Tar Reggio Calabria, 16 dicembre 2014, n. 806

****

1. La natura amministrativa delle authorities

a. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818
È evidente che le Autorità indipendenti sono amministrazioni pubbliche in senso stretto, poiché, composte da soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali (art. 2 comma 10 legge n. 481 del 1995), svolgono, in virtù del trasferimento di funzioni operato dall'art. 2, comma 14 della medesima legge istitutiva, compiti propri dello Stato, e così di potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) (art. 2, comma 12, lett. h), l. n. 481 del 1995) di poteri sanzionatori, di ispezione e di controllo, hanno, in conclusione, poteri direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura pubblica che deve — necessariamente — essere loro riconosciuta. D'altra parte, le «Autorità amministrative indipendenti» sono definite tali dal legislatore (anche per l'applicazione delle disposizioni processuali sui riti speciali: v. art. 119, comma 1, lett. b) in ragione della loro «piena indipendenza di giudizio e di valutazione», la quale non va intesa come ragione di esonero dalla applicazione della disciplina di carattere

generale riguardante le pubbliche amministrazioni, ma comporta, più limitatamente che, tranne i casi espressamente previsti dalla legge, il Governo non può esercitare la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento, nel senso che non può influire sull'esercizio dei poteri tecnico-discrezionali, spettanti alle Autorità.

2. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti adottati dalla authorities non è un mero sindacato di tipo estrinseco bensì un sindacato intrinseco

a. Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302

Con specifico riguardo alla materia antitrust, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.g.c.m.) si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile. Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. «concetti giuridici indeterminati», la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità.

3. Il sindacato del g.a. sul contenzioso degli atti dell'antitrust e il rispetto dei principi comunitari

a. Cons. St., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393

Va esclusa la diretta impugnabilità dell'atto con cui l'A.G.C.M. rigetta la proposta di impegni formulata ai sensi dell'art. 14-ter della l. 287 del 1990 perché, dal punto di vista sostanziale, non si limita in alcun modo la possibilità per il soggetto inciso da atti amministrativi illegittimi (laddove concretamente lesivi della sua sfera giuridica) di insorgere in sede giudiziaria al fine di ottenere una tutela di carattere pieno ed effettivo, conformemente ai pertinenti canoni costituzionali (art. 24, Cost.), in quanto tale possibilità è riconosciuta in sede di impugnazione del provvedimento finale della serie procedimentale e le eventuali illegittimità inerenti la fase dell'esame degli impegni sono idonee a riverberarsi con effetto viziante su quest'ultimo (con esclusione delle violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento e, in via mediata, un contenuto provvedi mentale di carattere diverso).

L'esclusione della impugnabilità dell'atto con cui l'A.G.C.M. rigetta la proposta di impegni formulata ai sensi dell'art. 14-ter della l. 287 del 1990 trova ragione anche in un ordine di rilievi di carattere 'formale' che riguarda l'assetto dei presupposti e delle condizioni dell'azione per la proposizione della domanda in sede giurisdizionale. Infatti, l'esame della pertinente normativa depone nel senso del carattere non immediatamente lesivo dell'atto con cui l'A.G.C.M. respinge la proposta di impegni presentata dai soggetti sottoposti ad indagine per violazione degli articoli 2 e 3 della legge 287/90 e, in via mediata, nel senso della sua non diretta impugnabilità nella sede giurisdizionale, stante l'assenza di un interesse concreto ed attuale alla sua rimozione, inteso quale utilità a far ripristinare la situazione giuridica lesa dall'atto impugnato attraverso la mera rimozione dell'atto stesso, ovvero attraverso il ripristino del pregresso assetto di interessi reso possibile a seguito dell'attività conformativa resa necessaria dal giudicato di annullamento. In tale prospettiva, va considerato che anche a seguito dell'atto di rigetto degli impegni, non si consolida in capo ai soggetti proponenti alcun pregiudizio di carattere definitivo, non risultando l'atto in questione idoneo a determinare un arresto procedimentale in senso proprio, ovvero ad incidere con carattere di irretrattabilità sugli esiti dell'istruttoria antitrust nel suo complesso, ovvero ancora a determinare in altro modo una effettiva compressione delle posizioni giuridiche del soggetto proponente.

Il principio di autonomia processuale degli Stati membri comporta che, a fronte di posizioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria, gli ordinamenti nazionali ben possano approntare

strumenti di tutela differenziati al livello interno, a condizione che tali rimedi rispettino i princìpi di non discriminazione e di salvaguardia dell'effetto utile imposti dall'ordinamento UE. Pertanto la fissazione dei presupposti e delle condizioni processuali per assicurare pienezza ed effettività di tutela alle posizioni giuridiche di matrice comunitaria possono essere declinati in modo autonomo dagli ordinamenti processuali interni, fatte salve le ipotesi di errore manifesto nell'interpretazione e nell'applicazione delle pertinenti disposizioni del diritto UE.

4. Sui limiti del potere normativo delle Authorities

a. Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622

Il potere normativo attribuito alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità –nella specie l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas – dall'art. 2, co. 12, lett. h e co. 37, L. 481/95, non può imporsi su fonti di rango primario, in quanto gli atti normativi secondari sono in grado di derogare a fonti primarie solo in presenza di un'espressa autorizzazione legale, invece mancante nell'ipotesi in esame, e senza che deponga in altro senso il richiamo all'art. 1339 c.c., che non può in alcun modo valere ad alterare l'ordine gerarchico delle fonti.
omissis

1. L'art. 11, commi 3 e 4 del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali disciplina il cd. diritto di ripensamento, stabilendo che "qualora il contratto sia stato concluso in luogo diverso dai locali commerciali dell'esercente, il cliente può recedere dal contratto senza oneri entro dieci giorni decorrenti dalla data della conclusione" (comma 3), nonché "qualora il contratto sia stato concluso attraverso forme di comunicazione a distanza, il cliente può recedere dal contratto senza oneri entro dieci giorni decorrenti dal ricevimento del contratto" (comma 4).
Il TAR ha ritenuto illegittima tale previsione con riguardo all'inclusione, tra i clienti beneficiari del diritto di recesso, dei soggetti non consumatori, secondo l'ampia definizione di clientela finale di cui all'art. 1 del Codice medesimo.
Ciò sul postulato che detta estensione – prevista da una fonte regolamentare – si pone in contrasto con gli artt. 1372 c.c. e 64 dlgs. 206/2005.
Appella l'Autorità invocando l'art. 2, comma 12 lett. h) e comma 37 della legge 481/95, che attribuisce all'Autorità un potere normativo, capace di generare disposizioni integratici dei contratti ex art. 1339 c.c.
2. L'appello è da respingere.
Non è in discussione il potere normativo – riconducibile all'attività di regolazione dei servizi pubblici e delle relative pattuizioni negoziali – dell'Autorità, oramai riconosciuto unanimemente da dottrina e giurisprudenza, sia sulla base delle disposizioni legislative di settore, sia in ragione della peculiare natura e funzione delle Authorities.
Ciò che, invece, il TAR ha stigmatizzato è l'ammissibilità che detto potere si imponga su fonti di rango primario.
L'appellante obietta che tale possibilità rinviene proprio dalla genesi del potere, che trova fondamento in norme di legge, ma la tesi non è condivisibile.
La previsione del potere normativo di un soggetto diverso dal legislatore e, segnatamente, di un organo amministrativo (pur se imputabile allo Stato-comunità e non all'amministrazione in senso tradizionale), deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione.
L'art. 2, comma 12 lett. h) e comma 37 della legge 481/95 va letto in questa prospettiva, né più né meno.
D'altronde, affinché un atto di normazione secondaria possa derogare a fonti primarie occorre un'espressa autorizzazione legale (come nel caso dei regolamenti delegati), invece qui mancante.
Il richiamo all'art. 1339 c.c., operato dall'appellante (che ravvisa nel termine "legge" un riferimento a qualsiasi atto di eteronomia), non può valere ad alterare l'ordine gerarchico delle fonti, consentendo ad una disposizione di rango secondario di scavalcare, entrando nel contenuto contrattuale in sostituzione di pattuizioni negoziali, norme di legge.

Ciò è a maggior ragione a dirsi allorquando la previsione alteri un meccanismo di protezione imperativa posto a presidio di una certa categoria, estendendolo a soggetti rispetto ai quali non sussiste analoga ratio.
3. L'appello è respinto. La particolarità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.
omissis

b. TAR Piemonte, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1746
Non è manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 comma 6 lett. b) D.L. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011 n. 214 e successive modificazioni, nella parte in cui attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti un potere di determinazione di una prestazione patrimoniale imposta (i.e. il contributo per il suo funzionamento) senza individuare i necessari presupposti dell'imposizione, tenendo altresì presente la difficoltà di individuare l'esatta platea dei destinatari del contributo.

Omissis
Le ricorrenti sono società che esercitano attività connesse con il trasporto (servizi di magazzinaggio, distribuzione, logistica, consulenza per la catena di distribuzione, trasporto merci per via aerea terrestre e marittima, trasporto espresso, spedizione, brokeraggio doganale, gestione di terminal portuali, handling aeroportuale, corriere espresso), ovvero sono associazioni di categoria rappresentative di detti settori.
Con diversi provvedimenti, indirizzati a ciascuna delle società ricorrenti, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito ART) ha chiesto, per quanto di rispettiva competenza, il versamento del contributo dovuto all'Autorità medesima per gli anni 2014 e 2015, in attuazione del d.p.c.m. 12.2.2104, di approvazione della delibera ART n. 10/2014, e del d.p.c.m. del 2.4.2015, di approvazione della successiva delibera ART n. 78/2014.
Le ricorrenti hanno impugnato, con diverse tipologie di censure, i singoli provvedimenti di sollecitazione del contributo, nonché le due presupposte delibere dell'ART e i rispettivi d.p.c.m. di approvazione.
La problematica centrale del contenzioso, comune a tutti i ricorsi, consiste nella difficoltà di individuare i soggetti tenuti al contributo ai sensi della normativa vigente; tutte le ricorrenti sostengono infatti di non essere tra gli obbligati al versamento del contributo, in quanto non appartenenti alla categoria dei "gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati" i quali, in base all'art. 37 co. 6 lett. b) del d.l. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, sono tenuti al versamento in favore dell'ART di un "contributo in misura non superiore all'uno per mille del fatturato derivante dall'esercizio delle attività svolte percepito nell'ultimo esercizio".
Talune parti ricorrenti hanno avanzato dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 37 co. 6 lett. b) del d.l. n. 201/2011 medesimo; la questione è stata inoltre sottoposta d'ufficio a tutte le parti all'udienza di discussione.
Recita l'art. 37 comma 6 del d.l. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, per quanto qui di interesse:
"Alle attività di cui al comma 3 del presente articolo si provvede come segue: a) agli oneri derivanti dall'istituzione dell'Autorità e dal suo funzionamento, nel limite massimo di 1,5 milioni di euro per l'anno 2013 e 2,5 milioni di euro per l'anno 2014, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del Fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2013-2015, nell'ambito del programma "Fondi di riserva e speciali" della missione "Fondi da ripartire" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2013, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero degli affari esteri. Al fine di assicurare l'immediato avvio dell'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato anticipa, nei limiti di stanziamento del proprio bilancio, le risorse necessarie per la copertura degli oneri derivanti dall'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti e dal suo funzionamento, nella misura di 1,5 milioni di euro per l'anno 2013 e di 2,5 milioni di euro per l'anno 2014. Le somme anticipate sono restituite all'Autorità garante della concorrenza e del mercato a valere sulle risorse di cui al primo periodo della presente lettera. Fino all'attivazione del contributo di cui alla lettera b), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'ambito delle predette risorse, assicura all'Autorità di regolazione dei trasporti, tramite apposita convenzione, il

necessario supporto operativo-logistico, economico e finanziario per lo svolgimento delle attività strumentali all'implementazione della struttura organizzativa dell'Autorità di regolazione dei trasporti; b) mediante un contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, in misura non superiore all'uno per mille del fatturato derivanti (ndr sic) dall'esercizio delle attività svolte percepiti nell'ultimo esercizio. Il contributo è determinato annualmente con atto dell'Autorità, sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'atto, possono essere formulati rilievi cui l'Autorità si conforma; in assenza di rilievi nel termine l'atto si intende approvato".

Quanto alle attività cui è finalizzato il finanziamento la norma richiama il comma 3, il quale disciplina non le competenze/attività dell'ART bensì i poteri di cui la medesima dispone nell'ambito delle proprie competenze; per comprendere le competenze occorre leggere il precedente comma 2, a sua volta richiamato dal comma 3. Esso intesta all'ART poteri regolatori in materia di "trasporti e accesso alle relative infrastrutture".

A tale formula segue una analitica elencazione di compiti, per lo più attinenti all'accesso alle infrastrutture di trasporto e aglioneri di servizio pubblico.

Quanto alla perimetrazione dell'attività dell'ART (operazione indispensabile per individuare i "soggetti regolati" e quindi obbligati al pagamento del contributo) il comma 1 dell'art. 37, nella versione attualmente in vigore, pur collocando in linea di principio l'ART "nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. 14 novembre 1995, n. 481" attribuisce alla medesima competenza "nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione".

In tale comma la vocazione dell'ART risulta dunque generalista nell'ambito della materia del trasporto, e tale da potenzialmente interessare l'intero settore, non ulteriormente qualificato con riferimento agli oneri di servizio pubblico; la norma evoca anzi una non meglio definita "disciplina europea dei trasporti".

La versione originaria del comma 1 del decreto legge recitava: "Il Governo con uno o più regolamenti da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentite le Commissioni parlamentari che si esprimono nel termine di 30 giorni, emana le disposizioni volte a realizzare una compiuta liberalizzazione nel settore ferroviario, aereo e marittimo."

Già in sede di conversione il dettato normativo cessava di fare riferimento a specifici settori dei trasporti con l'introduzione della più ampia formula "disposizioni volte a realizzare una compiuta liberalizzazione e un'efficiente regolazione nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture".

La norma continuava, in ogni caso, a focalizzare il proprio interesse sulla liberalizzazione del settore.

Tra i criteri direttivi per l'emanazione dei regolamenti vi era l'intestazione, ad una delle già esistenti Autorità Indipendenti aventi le funzioni più affini a quelle oggetto di nuova regolazione, di una serie di competenze in buona parte coincidenti con l'elencazione di cui ancora all'odierno comma 2 dell'art. 37.

Pertanto l'originaria vocazione dell'ART (neppure concepita come distinta Autorità Indipendente) era, in coerenza con la ancor oggi vigente rubrica dell'articolo, principalmente la "liberalizzazione del settore dei trasporti", con specifico riguardo ai settori del trasporto ferroviario, aereo e marittimo, cioè a tipologie di trasporto per definizione vincolate a servizi di rete, a presupposte concessioni amministrative, o ancora ad oneri di servizio pubblico.

Il comma 1 dell'art. 37, come detto, è stato tuttavia più volte modificato prima che l'Autorità entrasse in funzione, in particolare dall'art. 36, comma 1, lett. a), D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, e ciò senza che la disciplina del contributo venisse mai adeguata o chiarita.

All'esito delle modifiche, oltre ad essere stata individuata una autonoma Autorità dei Trasporti, la vocazione dell'ente pare significativamente ampliata, in quanto riferita da un lato al generico concetto di "trasporti" (dal quale non si vede come escludere tout court, come preteso dai ricorrenti, i trasporti terrestri), e dall'altro alla "disciplina europea" dei medesimi.

Quest'ultimo parametro non può che essere letto alla luce del Titolo VI del TFUE (artt. 90-100) il quale, oltre a contemplare tutte le tipologie di trasporto (ferroviario, stradale, per via aerea e marittima), individua nei trasporti non solo un mercato in cui promuovere la concorrenza ma anche uno strumento di complessiva coesione dell'Unione e degli ulteriori mercati, evocando, ad esempio, aspetti di sicurezza e mobilità di carattere generale.
Sulla scorta dei Trattati la politica europea dei trasporti si è infatti sviluppata attraverso numerosi Libri Bianchi e Libri Verdi non solo sulla direttrice concorrenziale ma anche con prese di posizione riferite agli elevati rischi di fallimento del mercato stesso (una volta creato) in un settore che presenta fisiologiche barriere naturali e amministrative all'ingresso e si presta a distorsioni, sui connessi profili di sicurezza, sulle ricadute ambientali, sulla necessità di favorire l'intermodalità dei trasporti, sui costi sociali e le esternalità negative proprie di questi servizi (ad esempio in termini di inquinamento, congestione delle pur "limitate" vie di comunicazione, sfruttamento di infrastrutture).
Già nel "Libro Bianco. Pagamento commisurato all'uso dell'infrastruttura: approccio graduale a un quadro comune di fissazione degli oneri per l'infrastruttura di trasporto nell'UE, COM (1998) 466 def. del 22 luglio 1998" la Commissione Europea utilizzava, ad esempio, il concetto di "costo marginale sociale dei trasporti"; nella COM(2008) 435 def. dell'8.7.2008 vengono suggerite politiche di internalizzazione di questi costi per evitare che restino a solo carico della collettività.
D'altro canto sia la politica europea dei trasporti che la disciplina dell'ART pongono attenzione alla tutela del consumatore/utente finale, tutela che evidentemente meglio si realizza se la filiera viene presa in considerazione nel suo complesso.
Pare in definitiva indiscutibile che, ancorchè la rubrica dell'articolo 1 sia rimasta immutata con riferimento alle esigenze di "liberalizzazione", la scelta del legislatore, al momento della istituzione di una autonoma Autorità, sia stata quella di una più ampia vocazione della medesima, coerentemente con la creazione di un soggetto distinto da preesistenti Autorità Indipendenti; limitarne le competenze a profili specificatamente concorrenziali ne avrebbe reso le funzioni per lo più sovrapponibili a quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.
Siffatta evoluzione normativa sconta, tuttavia, il mancato adeguamento, in termini di specificità ed individuazione dei soggetti destinatari, delle disposizioni inerenti il contributo.
E' infatti ovvio che, se pure appare coerente con la moderna politica europea dei trasporti una attenzione al settore nel suo complesso a tutela di rilevantissimi interessi (dei consumatori, ambientali, economici), le cui esigenze di regolazione trascendono i tradizionali confini della concorrenza o del servizio pubblico, l'imposizione di forme di contribuzione coattiva soggiace a specifici vincoli costituzionali in termini di riserva di legge (ancorchè relativa), tassatività, progressività e prevedibilità del carico fiscale.
Paiono dunque al collegio rilevanti e non manifestamente infondati i prospettati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 37 co. 6 lett. b) del d.l. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, con particolare riferimento alla violazione degli articoli 3, 23, 41 e 97 della Costituzione.
Quanto alla rilevanza della questione ai fini del decidere essa è indubbia, posto che l'intero contenzioso si fonda proprio sulla difficoltà di individuare, sulla scorta delle contestate disposizioni e delle loro possibili alternative interpretazioni, l'esatta platea dei destinatari del contributo.
L'obiettiva sussistenza di un problema di carattere normativo è stata stigmatizzata anche nel secondo Rapporto Annuale presentato dall'Autorità di regolazione dei trasporti al Parlamento, ai sensi dell'art. 37 comma 5 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, in cui si legge testualmente: "La materia dell'autofinanziamento è oggetto di ricorsi, in particolare in merito al perimetro dei soggetti tenuti al versamento del contributo all'autofinanziamento dell'Autorità. La situazione richiede interventi legislativi urgenti al fine di assicurare la certezza delle fonti di finanziamento delle attività".
Quanto alla non manifesta infondatezza preliminarmente il contributo non può che essere inquadrato quale imposizione fiscale o prestazione patrimoniale imposta a carico dei destinatari.
Risulta infatti al proposito pertinente la pronuncia della Corte Costituzionale n. 256 del 2007, la quale ha avuto ad oggetto l'art. 1 co. 67 della l. n. 266/2005.

Quest'ultimo, con riferimento all'allora Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (oggi ANAC) recita: "L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche. In sede di prima applicazione, il totale dei contributi versati non deve, comunque, superare lo 0,25 per cento del valore complessivo del mercato di competenza".
Nella citata pronuncia la Corte Costituzionale, dirimendo un conflitto tra Stato e Regioni, ha osservato che la disciplina del contributo era riconducibile alla categoria delle entrate tributarie statali, di cui presentava i principali requisiti. In particolare, si legge nella pronuncia, "si tratta di una contribuzione -imposta in base alla legge e connessa ad una particolare situazione in cui i soggetti obbligati si vengono a trovare per effetto dell'attività dell'ente - alle spese necessarie e consentire l'esercizio della sua attività istituzionale, che si caratterizza per la doverosità della prestazione, il collegamento di questa ad una pubblica spesa e il riferimento ad un presupposto economicamente rilevante. Il primo requisito è soddisfatto in quanto essa grava sull'intero mercato di riferimento, senza alcuna relazione diretta con il godimento di specifici servizi e in difetto di rapporto sinallagmatico tra prestazione e beneficio percepito dal singolo; il secondo in quanto è connessa alla spesa relativa al servizio di vigilanza del settore obbligatorio in relazione all'istituzione dell'Autorità; il terzo in quanto l'entità di detta contribuzione è determinata con una percentuale rispetto ai ricavi delle imprese regolate".
Nel caso di specie il contributo viene imposto a carico dei gestori dei "servizi regolati" (con le già evidenziate ambiguità che l'evoluzione normativa ha apportato al concetto) in termini generali ed è strumentale al finanziamento della spesa pubblica sottesa all'operatività dell'Autorità; esso è del tutto avulso da rapporti di corrispettività con specifici servizi, sicché resta anche non pertinente la giurisprudenza invocata da talune delle ricorrenti in materia di "Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni radiotelevisive", con riferimento all'art. 6 co. 1 lett. b) e co. 2 della l . n. 249/97 nonché all'art. 2 co. 38 della l. n. 431/95.
In quest'ultimo specifico ambito, infatti, presidiato da una puntuale normativa comunitaria (ben differente dell'evocazione del complessivo "diritto europeo dei trasporti"), la disposizione può essere ritenuta specifica perchè si inserisce su un mercato ben più agevole da circoscrivere; la giurisprudenza nazionale e comunitaria, inoltre, hanno ricostruito il contributo quale sostanziale corrispettivo di specifiche attività regolatorie ed amministrative, aspetto che, per le ragioni già esposte, non si evince nella disposizione in esame.
In definitiva ritiene il collegio che il contributo non possa che ascriversi alle prestazioni patrimoniali imposte di carattere generale; pacificamente, poi, "la denominazione della prestazione non è rilevante poiché il criterio decisivo per ritenere applicabile l'art. 23 della Costituzione è che si tratti di prestazione obbligatoria in quanto istituita da un atto d'autorità" (Corte Costituzionale n. 4/1957).
Così inquadrata la fattispecie, ne consegue la necessità di valutare se la scarna disposizione di legge che la disciplina rispetti i parametri dettati dall'art. 23 della Costituzione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, in materia di riserva di legge e, in subordine, se l'ampia e indiscriminata potenziale platea di obbligati non comporti, a fronte di una unitaria disposizione, possibili contrasti con l'articolo 3 della Costituzione.
Secondo la giurisprudenza costituzionale la riserva relativa di legge in materia impone al legislatore l'obbligo di determinare
preventivamente sufficienti criteri direttivi di base e linee generali
di disciplina della discrezionalità amministrativa quanto al presupposto, alla base
imponibile, ai soggetti passivi, all'aliquota, nonché alla determinazione della c.d. "quota di prelievo"
(Corte Costituzionale n. 350/2007).
Nel caso di specie paiono al collegio porsi dubbi di rispetto di siffatti principi con particolare riferimento all'individuazione dei soggetti incisi e della "quota di prelievo", oltre che, in subordine, e come detto, con riferimento all'art. 3 per la parificazione di posizioni tra loro estremamente difformi.

La norma presenta infatti significative peculiarità (in termini di genericità) rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 co. 2 l. n. 431/95, riferito alle tradizionali Autorità regolatorie in materia di pubblici servizi (AEEG e AGcom), nel cui generale "contesto" la stessa ART è stata istituita.
La pur similare disposizione del 1995 si distingue per i seguenti significativi aspetti.
1. L'individuazione, oltre che di un massimo percentuale di ricavi suscettibili di costituire la base imponibile a carico degli obbligati, anche di un tetto complessivo di oneri e costi (suddivisi tra finanziamento pubblico e privato) imputabili all'istituzione e al funzionamento dell'Autorità.
Nel caso di interesse, invece, la legge indica la percentuale massima di fatturato suscettibile di prelievo a carico di ciascun obbligato, fissa un tetto alla sola quota di finanziamenti pubblici ma non stabilisce un limite di costi globali destinati all'ART. Né pare soddisfacente sostenere che tale limite si ricaverebbe, implicitamente, da quanto necessario per la gestione della struttura dell'ART poiché, trattandosi di Autorità Indipendente che presenta spiccata autonoma organizzativa e gestionale, la stessa Autorità, oltre a fissare il contributo, individua anche le proprie stesse esigenze organizzative; essa potrebbe quindi scegliere di applicare sempre l'aliquota massima, contestualmente autodeterminando la propria struttura in tal senso, senza che sia rinvenibile nella legge una predeterminazione del tetto di spesa (pubblica) ad essa spettante.
Per tale profilo non pare quindi sostanzialmente rispettata la riserva di legge quanto alla predeterminazione della "quota di prelievo".
2. La disposizione del 1995 individua la percentuale del contributo con riferimento ai "ricavi", mentre la norma in analisi utilizza il più opinabile concetto di "fatturato"; potrebbe quindi mettersi in dubbio la sufficiente determinazione della base imponibile;
3. La disposizione in tema di servizi di pubblica utilità, infine, è indirizzata ad Autorità quali la AEEG e la AgCom, che regolano mercati (energia, telecomunicazioni) caratterizzati da elevata specificità e specializzazione degli attori.
Il mercato dei trasporti e loro "accessori", per contro, così genericamente richiamato dal legislatore come elemento di individuazione dei soggetti incisi dall'imposizione (come per altro palesato dalla natura disparata delle attività svolte degli odierni ricorrenti), pur presentando esigenze di regolazione complessiva ed organica ormai pacificamente riconosciute anche a livello europeo, pare al collegio richiedere un maggior rigore normativo nella definizione della platea dei destinatari del contributo e della sua struttura
In ogni caso la parificazione di siffatta indefinita platea entra in conflitto con l'art. 3 della costituzione.
Si consideri quanto avvenuto con le delibere impugnate; nell'apparente e non rigorosa cornice normativa sono stati individuati come omogenei destinatari del contributo soggetti che, pur parte del mercato dei trasporti, e non certo impermeabili ad esigenze di regolazione, sono in posizione assolutamente difforme tra loro (le esigenze di regolazione rispetto ad un gestore di rete o a un concessionario di servizio pubblico, piuttosto che rispetto ad un mero prestatore di servizi di trasporto su strada sono ovviamente di diversa entità e natura); la stessa Autorità ha individuato una sorta di soglia "de minimis" di fatturato imponibile (non evincibile in alcun modo nella legge, con il risultato di poter essere elevata o abbassata ad libitum) soluzione che, benchè ragionevole, induce, con modalità sostanzialmente arbitrarie, notevoli effetti in termini di maggiore o minore suddivisione del carico impositivo su platee più o meno ampie di destinatari.
Con la soluzione adottata, ad esempio, risultano di fatto esentati dal contributo soggetti, come i taxisti, espressamente menzionati nella legge tra la platea dei soggetti regolati.
A ciò si aggiunga che i soggetti incisi sono, a vario titolo, imprenditori del mercato dei trasporti; l'imprevedibilità degli oneriimpositivi si traduce allora anche in una potenziale violazione della loro libera iniziativa economica, che trova tutela nell'art. 41 della Costituzione.
Nella pronuncia Corte Cost. 10/2015, evidenziato che ben può il legislatore individuare specifici settori di mercato da assoggettare ad altrettanto specifica tassazione, in ragione delle peculiari caratteristiche degli stessi (quali barriere all'ingresso e anelasticità della domanda che possono garantire parziali rendite di posizione), ha precisato che tanto è possibile nei limiti in cui si traduca in una coerente, proporzionale e ragionevole struttura dell'imposta.
Nel senso dell'illegittimità costituzionale di norme impositive che hanno parificato fattispecie tra loro difformi si è pronunciata la sentenza Corte Costituzionale n. 83/2015 (nel presente caso la parificazione cade sui soggetti, nella pronuncia della Corte la parificazione riguardava gli "oggetti").

La stessa pronuncia ha censurato la normativa ivi analizzata sia per la mancata indicazione di specifici e vincolanti criteri direttivi, idonei a limitare la discrezionalità amministrativa nella fase di attuazione della normativa, sia in quanto non prevedeva alcuna forma procedurale partecipativa; quest'ultima possibilità, infatti, è stata talvolta indicata dalla giurisprudenza costituzionale come possibile correttivo alla elasticità delle prescrizioni legislative (in tal senso le sentenze della Corte Costituzionale n. 180/96, 157/96, 182/94) idonea a garantire il rispetto dei parametri dell'articolo 23, pur a fronte di un apparente deficit di tassatività della norma primaria.
Siffatto correttivo non è presente nel caso di specie, restando quindi intatti i già prospettati dubbi di compatibilità della norma con l'art. 23 della Costituzione.
Innanzitutto la normativa speciale non prevede una partecipazione nella fase di elaborazione del regolamento che disciplina il contributo.
I provvedimenti impugnati, per il loro carattere generale, neppure soggiacciono ai principi di partecipazione ai sensi dell'art 13 della l. n. 241/90.
Ancora, ai sensi dell'art. 37 co. 1 del d.l. n. 201/2011, l'ART esercita le proprie competenze in applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni organizzative e di funzionamento dettate dalla l. n. 481/1995; quest'ultima all'art. 2 richiama specifiche disposizioni in materia di procedimento amministrativo (ad esempio in tema di responsabile del procedimento, garanzia del contraddittorio, conoscibilità degli atti istruttori) ma nessuna forma partecipativa, coerentemente con la natura dell'atto, è prevista con riferimento alla delibera sui contributi, e tanto, come visto, sia nella disciplina del d.l. n. 201/2011, che in quella dalla l. n. 481/95.
In fatto è pacifico che, per la prima delle delibere oggetto di impugnativa, nessuna forma di partecipazione sia stata attivata; l'ART afferma di aver, per contro, proceduto ad ampie consultazioni degli interessati per l'adozione della delibera n. 78/2014 (circostanza contestata dai ricorrenti), evidenziando comunque la difficoltà di coinvolgere un numero così elevato e indefinito di soggetti. Premesso che l'indeterminatezza dei destinatari dell'imposizione, secondo la stessa difesa dell'ART, si è quindi tradotta anche in indeterminatezza dei potenziali soggetti destinatari di eventuali garanzie partecipative, la difficoltà di concretizzare la partecipazione in fattispecie di questa natura coincide con la ratio legis di esclusione della partecipazione per la predisposizione di atti di carattere generale.
Fermo quindi che il dettato normativo non impone forme di partecipazione procedimentale, lo sforzo che la stessa ART ha asseritamente condotto per realizzarle, in un contesto di indeterminatezza della fattispecie normativa, non sembra al collegio idoneo in alcun modo a soddisfare il parametro costituzionale.
Il collegio ritiene poi che la peculiarità del soggetto destinatario del contributo porrebbe, ove quest'ultimo fosse determinato con la collaborazione dei soggetti incisi, anche un problema di rispetto dell'art. 97 della Costituzione, sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità/neutralità della stessa.
La problematica si colloca infatti in un delicato crocevia di valori e potrebbe rendere preferibile una più rigorosa lettura della riserva relativa di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte in siffatto ambito, con ulteriore rafforzamento dei dubbi di legittimità costituzionale già espressi.
Fisiologicamente le Autorità Indipendenti sono prive di legittimazione politica, a differenza della maggior parte dei soggetti ordinariamente deputati all'emanazione delle fonti secondarie integrative; questi ultimi di norma, ancorchè non espressione dello Stato-Comunità, sono soggetti a responsabilità politica, che rende giustificata la loro sostanziale compartecipazione al potere impositivo; tale giustificazione ovviamente non si attaglia alle Autorità Indipendenti.
A ciò si aggiunga che, benché l'articolo 37 co. 6 lett. b) del d.l. preveda che il regolamento in materia di contributo sia "sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze", si legge nel d.p.c.m. di approvazione delle impugnate delibere che, per non influenzare il contenzioso pendente e nelle more dello stesso, "tenuto conto dell'autonomia della decisione riconosciuta all'Autorità di Regolazione dei trasporti nell'esercizio delle proprie funzioni", le delibere vengono approvate pur presenti la criticità in termini di individuazione dei soggetti obbligati.
La scelta governativa è quindi stata quella di valorizzare l'indipendenza dell'Autorità.
Ancora la legittimità dell'integrazione della riserva di legge da parte di fonti secondarie viene, come visto, giustificata dal giudice delle leggi anche quando ragionevolmente circoscritta dalla previsione di meccanismi partecipativi a favore dei destinatari dell'imposizione. La soluzione

parrebbe coerente con la presente fattispecie, poiché è comunemente condiviso l'assunto per cui proprio le garanzie partecipative sarebbero le più idonee, in materia di Autorità Indipendenti, a fornire giustificazione agli ampi poteri regolatori e decisionali alle medesime riconosciuti in assenza di legittimazione e responsabilità politica.
Tuttavia, là dove si tratti di determinare puntualmente le fonti di finanziamento dell'Autorità (la cui autonomia finanziaria è garanzia stessa di indipendenza), le esigenze di neutralità e indipendenza ben possono entrare in conflitto con interventi partecipativi significativi da parte dei destinatari della regolazione. Non si vede infatti come possa contestualmente predicarsi la necessità di un parziale distacco dell'ente dai meccanismi tradizionali della finanza pubblica, per garantirne l'autonomia rispetto al potere politico, e richiedere poi una necessaria ed incisiva partecipazione (se non al fine di acquisire meri dati tecnici, si pensi alla determinazione dei "fatturati rilevanti"), dei destinatari del contributo; l'esigenza di autonomia e neutralità si pone, infatti, parallelamente sia rispetto al potere politico che, e tanto più, rispetto ai poteri economici destinatari della regolazione.
In tale contesto è evidente che, quanto più la riserva relativa di legge in materia di contributo obbligatorio sarà rigorosamente interpretata, con necessaria determinazione di criteri effettivi e chiari, tanto maggiore sarà la garanzia di indipendenza della stessa Autorità.
Per quest'ultimo profilo, che incide su aspetti strettamente organizzativi dell'Autorità, si ritiene pertanto che il difetto di tassatività della norma ponga anche un dubbio di compatibilità con l'art. 97 della Costituzione, alla luce delle esigenze di imparzialità che la peculiare posizione dell'Autorità traduce nel più pregnante concetto di neutralità.
Tanto premesso, ai sensi dell'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata, il TAR Piemonte solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 co. 6 lett. b) del d.l. n. 201/2011, nella parte in cui attribuisce all'ART un potere di determinazione di una prestazione patrimoniale imposta senza individuare i necessari presupposti dell'imposizione, per violazione degli artt. 3, 23, 41 e 97 della Costituzione.
Resta confermata la sospensione degli atti come già disposta con ordinanza n. 346/2015 di questo TAR.

omissis

5. La disciplina procedimentale dei provvedimenti delle Authorities

a. Cons. St., Sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241

Il regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sulle procedure sanzionatorie non prevede alcun rapporto diretto fra le parti private e i commissari, mentre alle audizioni procede il responsabile del procedimento che ne riferisce al Consiglio.
La disciplina generale sulla partecipazione del privato nel procedimento amministrativo contenuta nella L. 7 agosto 1990 n. 241, non prevede l'imprescindibile diritto alla discussione orale davanti all'Autorità che adotta la decisione conclusiva del procedimento, dovendo essere comunque garantito il contraddittorio, con l'avvertenza che, in tema di sanzioni applicate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di questa attività istruttoria deve tenere conto il responsabile del procedimento, il quale sulla base di tutti gli elementi raccolti formula la relazione istruttoria e propone all'organo il Consiglio l'irrogazione della (eventuale) sanzione.
Il diritto di difesa nel procedimento sanzionatorio davanti all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni assume caratteri diversi rispetto a quelli propri del diritto processuale, con la precisazione che quel che conta, all'uopo, è che nel rispetto delle regole dettate dal regolamento la parte sia stata posta in condizione di poter predisporre le sue difese in relazione ai fatti oggetto della contestazione.
omissis

6. Sui confini di competenza tra AGCOM e Antitrust

a. Cons. St., Ad. Pl. 11 maggio 2012, n. 11

Ai sensi del d.l. n. 70/2007, come convertito nella l. n. 40/2007, è conferito alla competenza della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di stabilire regole, di vigilare e di sanzionare chi violi le disposizioni concernenti la ricarica nei servizi di telefonia mobile, la

trasparenza e la libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet, con esclusione di una competenza concorrente della Autorità per la concorrenza nel mercato, che è invece titolare del potere di valutare autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che integrano le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.
omissis

Ciò premesso, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust (ai sensi dell'art. 27). Infatti quest'ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.
A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod. pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità.
Né all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.
Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.
Occorre, invece, leggere il termine conflict (o conflit), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.
6. Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCOM. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; sezione VI, n. 720/2011).

Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore. A quest'ultimo fine è opportuno prendere le mosse della vicenda in esame.
Ed invero, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede appare interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore ed in particolare dall'art. 1 del d.l. n. 7 del 2007, convertito con modificazione.
[...]
8. Quanto alle ulteriori argomentazioni difensive di Antitrust non può convenirsi con la tesi secondo cui il riparto di competenza dovrebbe basarsi sul concreto atteggiarsi dei comportamenti degli operatori, a seconda che si configurino come rivolti a soggetti determinati o in incertam personam, atteso che le modalità di azione dell'operatore economico cui è stata irrogata la sanzione impugnata rendono evidente che inevitabilmente vengono ad essere coinvolti soggetti determinati nell'azione finalizzata al procacciamento di nuovi contratti o alla richiesta di nuovi beni/servizi. Casomai, l'autorità di settore dovrà arretrare il momento di inizio della tutela sotto il profilo della correttezza precontrattuale, ma trattasi di aspetto che non incide sul riparto di competenza in esame.
9. Infine, neppure si può convenire sulla tesi secondo cui la competenza ad individuare la disciplina "ex ante" non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi "ex post" ad opera di Antitrust, sulla base del modello del "caso per caso".
Difatti, premesso che una formulazione più attenta induce piuttosto a ritenere che la possibilità - indubbiamente da ammettersi - di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina "ex ante", affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina "ex post", affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.
10. Né tale conclusione comporta l'adozione di un regime sanzionatorio meno severo: infatti, premesso che un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto), occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust.
11. Resta ovviamente inteso che l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.
Come pure rimane fermo che il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di Antitrust all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.
12. A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione, evitando quelle possibili esternalità negative denunciate in sede di rimessione da parte della VI Sezione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità.

omissis

7. La nuova legittimazione dell'antitrust, ex art. 21-bis Legge n. 287/1990

a. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720

L'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica. L'interesse sostanziale alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale. Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole e alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato.

Omissis

6. Viene infine eccepita l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 bis della legge n. 287/1990 per violazione degli artt. 24, 103,113 e 95 Cost.

La disposizione introdurrebbe, secondo gli intervenienti, una legittimazione al ricorso dell'Autorità Antitrust del tutto disancorata da "interessi strutturalmente propri e fondamentalmente privati", la sussistenza dei quali soltanto consentirebbe, secondi i principi generali, l'accesso alla giurisdizione amministrativa. Il ricorso, come delineato dalla norma, finirebbe con l'atteggiarsi come una sorta di "azione d'ufficio", estranea alle previsioni costituzionali ed in violazione del principio di separazione dei poteri.

La tesi non è condivisa dal Collegio e il timore di illegittimità costituzionale della norma in esame è destituito di fondamento alla luce delle considerazioni che seguono.

La disposizione, lungi dall'introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 Cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica.

L'interesse sostanziale, alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata, assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come "pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa" (cfr. Cass. Sez. un. 4.2.2005 n. 2207), tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale.

Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole ed alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato.

Le norme sulla libertà di concorrenza disciplinano fattispecie nelle quali si muovono interessi individuali, concreti e qualificati, e quindi fondano situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti coloro che agiscono sul mercato, imprese e consumatori, la cui violazione consente l'attivazione dei rimedi giurisdizionali (ivi compresi quelli di tipo risarcitorio).
L'Autorità AGCM, per la sua stessa caratterizzazione normativa, diventa soggetto primario della salvaguardia dell'interesse al corretto funzionamento del mercato: essa è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, in quanto effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa come posizione differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato.
E la titolarità di detto interesse ad un bene della vita dipende dalla scelta del legislatore di affidamento alla stessa Autorità dei compiti di tutela del corretto funzionamento del mercato.
L'interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale.
Lo stesso interesse rispetto al medesimo bene della vita, dunque, viene ad atteggiarsi come pubblico o privato, a seconda del soggetto che ne è portatore nelle diverse fattispecie in cui viene in rilievo l'esigenza primaria di garanzia della concorrenza; e proprio detto interesse, che è pubblico nella tutela apprestata dalle norme che fissano i poteri e le attribuzioni dell'AGCM, vale a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21 bis citato.
Il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, diventa così, per scelta del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifica affidataria l'Autorità.
E ciò anche in possibile rapporto di contrapposizione o diversità con gli ulteriori interessi, pubblici o privati, di altri soggetti che operano sul mercato, come interesse comunque leso dalla mera violazione delle norme a tutela della libertà di concorrenza, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata.
Un interesse che, proprio perché comunque leso per la mera violazione delle norme sulla concorrenza, pone un'esigenza di tutela, e di attivazione dei rimedi anche giurisdizionali di tutela, pure quando, e anche sebbene, la lesione del mercato non si traduca in una lesione particolare di posizioni giuridiche soggettive di privati (imprese, consumatori, associazioni di categoria).
Proprio la peculiarità della dimensione ontologica del bene della vita "concorrenza", e la primazia della sua rilevanza nel quadro dei valori costituzionali e comunitari, impone che la "giustiziabilità" dell'interesse al libero mercato sia garantita anche quando la violazione delle norme sulla concorrenza non evidenzi una lesione concreta di interessi di operatori privati e non sussistano quindi posizioni giuridiche soggettive private legittimanti l'attivazione dei rimedi di reazione nell'ordinamento.
La scelta del legislatore di introduzione di un potere di azione giurisdizionale dell'Autorità a tutela di tale interesse, pubblico ma diverso dall'interesse generale al rispetto della legge affidato al potere giurisdizionale, è dunque una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale; ma che, anzi, si inserisce nell'ambito degli strumenti di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa.
Una scelta che completa la gamma delle attribuzioni e dei poteri che il legislatore attribuisce all'Autorità AGCM individuata come soggetto, altamente qualificato, portatore del bene della vita (la concorrenza, appunto) e quindi titolare del relativo interesse pubblico, soggettivo e differenziato rispetto all'interesse generale, da un parte, e dall'altra rispetto agli interessi particolari dei soggetti privati che possono, nelle singole fattispecie in cui venga in gioco l'attuazione della concorrenza, trovarsi in una situazione differenziata rispetto alla generalità dei consociati.
Tale forma di speciale legittimazione costituisce, per un verso, il completamento del potere già riconosciuto all'AGCM dall'art. 15 del Reg. CE n. 3/2001; per altro verso, la trasposizione interna di un procedimento previsto dalla normativa dell'Unione quale il ricorso per

inadempimento promosso dalla Commissione europea dinanzi alla Corte di Giustizia contro lo Stato che violi gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione (art. 258 TFUE).
Ed invero, l'art. 15, comma 3, del Reg. (CE) n. 1/2003 prevedeva già che le Autorità degli Stati membri potessero intervenire in un giudizio pendente dinanzi alle giurisdizioni nazionali, presentando osservazioni scritte o, previa autorizzazione del giudice, anche orali, in applicazione degli art. 101 e 102 TFUE.
L'art. 21-bis, dunque, implementa il ruolo dell'AGCM, trasformandola da mera interveniente che svolge osservazioni a parte processuale che agisce in giudizio, per poter così assicurare la piena effettività delle regole preordinate alla tutela della concorrenza.
Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre, del resto, sempre più frequenti esempi di aperture alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni ad agire a tutela di interessi superindividuali.
Si pensi in primo luogo alle due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 della legge n. 180 del 2011 (legittimazione delle associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e delle loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti; legittimazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi).
Una significativa anticipazione della progressiva apertura della legittimazione ad agire era però rinvenibile già nel d. lgs. n. 198 del 2009, che, in attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009 n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, aveva riconosciuto la possibilità di agire in giudizio per "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio", oltre che ai singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, alle "associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati".
In questa stessa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa si era già spinta a riconoscere la configurabilità di una legittimazione ad agire correlata "per un verso, all'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, per altro verso, alla riferibilità di tali interessi ad un soggetto titolare, ed infine, all'esistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi" riconoscendo, per esempio, all'Ente locale territoriale, ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della propria comunità nelle materie di competenza istituzionale, una più ampia legittimazione per "altre materie non direttamente conferitegli dalla legge". (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683).
7. Conclusivamente, dunque, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 bis può essere dichiarata manifestamente infondata, considerata, con valore assorbente, la necessaria correlazione dei poteri giurisdizionali riconosciuti dall'art. 103 al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa con il valore primario che l'ordinamento costituzionale e dell'Unione riconoscono alla concorrenza, cui si correla la responsabilità dello Stato per la violazione delle norme UE: in questo quadro, infatti, si colloca la coerente attribuzione ad un organo pubblico come l'AGCM del potere di agire anche in sede giurisdizionale in caso di violazione delle norme che tutelano tale valore.
Omissis

b. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246

Ai sensi dell'art. 21 bis, l. 10 ottobre 1990 n. 87, aggiunto dall'art. 35 comma 1 d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, conv. con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214, il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti amministrativi da essa ritenuti lesivi della libertà di concorrenza e mercato deve essere necessariamente preceduto, a pena di inammissibilità, da una fase precontenziosa caratterizzata dall'emanazione, da parte sua, di un parere motivato rivolto alla p.a. nel quale sono segnalate le violazioni riscontrate e indicati i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato; la funzione di detto parere motivato è duplice: sollecitare la p.a. a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, mediante uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando

che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa p.a. e restando il ricorso all'Autorità giudiziaria amministrativa "extrema ratio", non essendo l'Autorità dotata di poteri coercitivi nei confronti dell' amministrazione pubblica; d'altro canto, la fase precontenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente ed esclusivamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico.

Omissis
5.1. L'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990, aggiunto dall'art. 35, comma 1, del d.l. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 214 del 2011, significativamente rubricato "Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza", ha previsto al comma 1 che "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato".
Al successivo secondo comma è poi stabilito che "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norma a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni", mentre il terzo comma aggiunge infine che "Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".
5.2. Come si ricava agevolmente dal loro stesso tenore letterale, ognuna delle ricordate disposizioni assolve ad una specifica funzione, individuando e tutelando uno specifico interesse pubblico.
5.2.1. Il primo comma infatti, attribuisce una peculiare legitimatio ad causam all'Autorità nei confronti degli atti amministrativi generali, dei regolamenti e dei provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, in tal modo evidenziando la natura di speciale interesse pubblico generale della tutela della concorrenza e del mercato, quale condizione essenziale per l'ordinato sviluppo economico e sociale e per il progresso della collettività, in armonia del resto con i principi comunitari (non è del resto un caso che l'articolo 21 bis sia stato introdotto dall'art. 35, comma 1, del D.L. n. 201 del 2011, come modificato dalla legge n. 241 del 2011, recante disposizione urgenti per la crescita e lo sviluppo economico).
E' coerente con il bene giuridico protetto dalla norma (la libertà di concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato) e con le finalità che con esse si intende perseguire (la crescita e lo sviluppo economico) la previsione che l'accertamento della violazione delle nome in questione e il loro ripristino, per un verso, trascenda l'interesse specifico del singolo operatore del mercato e sia pertanto sottratto alla libera disponibilità dell'interessato (il che giustifica la disposizione nella parte in cui ammette sostanzialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati, quanto ai provvedimenti lesivi del predetto bene giuridico), e, per altro verso, la tutela debba avviarsi per quanto possibile immediatamente, in tal modo dovendo essere intesa la legittimazione ad agire dell'Autorità nei confronti dei regolamenti e dei provvedimenti generali (atti che, secondo i principi generali, in quanto in genere non immediatamente lesivi, possono essere impugnati solo unitamente ai provvedimenti di cui costituiscono applicazione).
5.2. Il secondo comma, coerentemente con il principio di legalità predicato dall'articolo 97 della Costituzione, cui è improntata tutta l'attività della pubblica amministrazione, disciplina (e delimita, procedimentalizzandolo) il potere attribuito alla Autorità in relazione agli atti amministrativi generali, ai regolamenti e ai provvedimenti amministrativi, dalla stessa ritenuti violativi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.
Secondo l'intenzione del legislatore, così come si ricava dall'esame della norma, il fondamentale e innovativo ruolo attribuito all'Autorità circa il controllo sull'effettivo ed efficace dispiegarsi della libertà della concorrenza e del mercato impone che il potere di agire in giudizio contro gli atti lesivi di tali principi sia preceduto da una fase pre-contenziosa,

caratterizzata dall'emissione, da parte dell'Autorità, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione, parere in cui ragionevolmente sono segnalate le violazioni riscontrate e sono indicano i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato.
La funzione del predetto parere motivato è in realtà duplice: esso mira innanzitutto a sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, attraverso uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato proprio dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e restando pertanto il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa l'extrema ratio (non essendo stata d'altra parte dotata l'Autorità di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica che non intenda conformarsi al predetto parere motivato); d'altro canto, la fase pre-contenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente (ed esclusivamente) al giudice per la tutela di un interesse pubblico.
5.2.3. Con il terzo comma infine è stato stabilito che alle controversie azionate dall'Autorità ai sensi del comma uno trovino applicazione le disposizioni concernenti i riti abbreviati.
In presenza di una previsione di rinvio così generale, all'intero titolo V del libro IV, del codice del processo amministrativo, e in considerazione del bene giuridico tutelato, deve ragionevolmente ritenersi allo stato, anche per la mancanza di diversi elementi di valutazione, che il legislatore non abbia inteso sottoporre le controversie in questione al solo rito abbreviato dell'art. 119, fermo restando la necessità di verificare in concreto l'applicabilità delle altre specifiche disposizione del titolo V alla fattispecie sottoposta all'esame del giudice.
5.3. Ciò posto, la Sezione, condividendo le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici, è dell'avviso che l'esaminato articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990, anche in considerazione della sostanziale unicità ed unitarietà del bene giuridico protetto (libertà della concorrenza e del mercato), sia pur nelle differenti prospettive di cui ai commi 1 e 2, non preveda due distinte forme di tutela del predetto bene giuridico, l'una con accesso diretto ed immediato al giudice e l'altra mediata alla fase pre-contenziosa.
5.3.1. A favore di tale ricostruzione propugnata dall'appellante non vi è del resto nessun argomento, né di ordine letterale, né di carattere logico - sistematico, essendo invero del ragionevole che il legislatore, dopo aver fissato al primo comma il principio della legittimazione straordinaria dell'Autorità ad agire nei confronti degli atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti violativi delle norme a tutela della concorrenza e a tutela del mercato, abbia poi, al secondo comma, stabilito le modalità di concreto esercizio di tale legittimazione straordinaria, con ciò volendo evitare che una norma, astrattamente concepita quale (ulteriore) strumento per la ripresa e lo sviluppo economico, potesse dar luogo in concreto a nuove e diverse situazioni di confusione e contraddittorietà dell'azione amministrativa.
E' in tal senso priva di autonoma rilevanza la circostanza, su cui pure indugia l'appellante, che il terzo comma dell'articolo in esame faccia riferimento, ai fini di stabilire la disciplina processuale da applicare, ai soli giudizi instaurati ai sensi del comma 1, da ciò non potendo desumersi l'esistenza di altri giudizi (instaurati ai sensi del comma 2, successivamente cioè all'espletamento della fase pre-contenziosa): infatti il riferimento operato dal legislatore (ai giudizi di cui al comma 1), lungi dall'essere equivoco o fonte di dubbi, è del tutto coerente e ragionevole, anche sotto il profilo dell'interpretazione letterale, solo nel comma 1 si prevede la legittimazione straordinaria dell'Autorità ed il potere di quest'ultima di introdurre giudizi, di cui non vi è invece alcuna menzione nel comma 2 (per le ragioni sopra già esposte e alle quali pertanto si rinvia).
5.3.2. Né alla predetta ricostruzione dell'unicità dei giudizi instaurabili dall'Autorità può opporsi che in tal modo, dovendo cioè gli stessi essere necessariamente preceduti dalla fase pre-contenziosa, potrebbero verificarsi in concreto e nell'immediato proprio quegli effetti negativi ed eventualmente irreversibili, derivanti dalla efficacia di regolamenti, atti generali e provvedimenti emessi in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, che la stessa norma vuole invece scongiurare: è sufficiente rilevare al riguardo che, fermo restando la generale disciplina delineata dal secondo comma dell'art. 21 bis in esame, non vi è alcuna ragione logico - sistematica che possa ragionevolmente escludere, ricorrendone i

presupposti, la richiesta da parte dell'Autorità delle misure cautelari ante causam di cui all'art. 61 c.p.a.
5.3.3. Per completezza occorre infine segnalare che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20 del 14 febbraio 2013, nel dichiarare inammissibili le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990 promosse in via principale dalla Regione Veneto in riferimento agli artt. 3, 97, primo comma, 113, primo comma, 117, sesto comma, e 118, primo e secondo comma, della Costituzione, alla legge costituzionale n. 3 del 2001 ed al principio di leale collaborazione, ha osservato che detta norma, piuttosto che introdurre un "nuovo e generalizzato controllo di legittimità" in capo all'Autorità nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni, ha soltanto integrato "...i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990", prevedendo "...un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato...e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza del mercato", precisando quindi che tale potere "...si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso".
Trova pertanto autorevole conforto la tesi della eccezionalità della legittimatio ad causam riconosciuta all'Autorità in funzione del bene giuridico tutelato e l'unicità e unitarietà dell'azione giudiziaria dalla stessa proposta, ancorché preceduta da una necessaria fase pre-contenziosa.
Omissis

8. Tutela giurisdizionale nei confronti dell'Antitrust

a. Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2299
Con riguardo al diritto antitrust il principio dell'effettività e compiutezza della tutela giurisdizionale delle situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo consente l'esercizio delle azioni di nullità (contro gli atti e/o le intese anticoncorrenziali di cui agli artt. 2 e segg. L. 10 ottobre 1990 n. 287) e di risarcimento dei danni da illecito anticoncorrenziale dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria (vedasi l'art. 33 comma 2 citata L. n. 287 del 1990), fermo restando, ai sensi dell'art. 113 commi 1 e 3 Cost., la separata proponibilità dell'azione di annullamento, dinanzi al giudice amministrativo, contro gli atti autoritativi di esercizio del potere censurati sub specie di eccesso di potere e di violazione di legge per inosservanza della disciplina, comunitaria e nazionale, della concorrenza.

Omissis

b. Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050
Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Autorità indipendenti (nella specie, 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 giudicarne della legittimità, salvo non includano 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), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell' Autorità garante.

Omissis
5.L'appello è fondato e merita di essere accolto solo in parte, per le ragioni ed entro i limiti – riguardanti il profilo della quantificazione della sanzione applicata a PosteMobile- che saranno specificati in appresso (v. p. 5.4.).

5.1.Come si è accennato sopra al p. 4., con il primo motivo d'appello Poste Mobile, nel dedurre violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati aspetti, rileva prima di tutto che, a differenza di quanto ritenuto dal Tar, tutte le informazioni relative alla offerta promozionale di

PosteMobile sarebbero state fornite fin dal primo contatto commerciale e nel medesimo, unico e unitario, contesto comunicativo del catalogo, costituito dalla copertina e dalle pagine 47 e 48 (quest'ultima subito contigua a pag. 47 e non contenuta in una sezione o in una parte distinta del catalogo), essendo indubitabile sia la percepibilità in via immediata, da parte del consumatore, di tutte le informazioni rilevanti dell'offerta promozionale, e sia l'unicità del contesto comunicativo costituito dal catalogo, senza alcun onere di ricostruire le informazioni mediante la consultazione di diverse fonti informative.

Il consumatore sarebbe stato quindi posto in grado di conoscere da subito, in modo chiaro e completo, tutti gli elementi informativi necessari per compiere una scelta commerciale consapevole, semplicemente consultando le pagine 47 e 48 del catalogo.

L'appellante segnala inoltre l'irragionevolezza della tesi, che il Tar lascia intendere, secondo la quale la completezza del messaggio promozionale dovrebbe essere assicurata già nella copertina.

Né assume rilievo, a detta dell'appellante, ai fini della completezza informativa dell'offerta promozionale in esame, la circostanza, richiamata a pag. 7 della sentenza del Tar, che nelle pagine 47 e 48 del catalogo non fosse indicato l'importo del canone del piano tariffario proposto, e ciò perché tale canone era gratuito per gli utenti che aderivano all'offerta e, quindi, non costituiva per essi un onere economico.

Di qui la contraddizione tra il principio, correttamente richiamato in sentenza, secondo cui la completezza informativa di una comunicazione pubblicitaria dev'essere esaminata "nell'àmbito dello stesso contesto di comunicazione in cui la pratica commerciale oggetto di indagine viene integrata", "indipendentemente dalle informazioni rese disponibili in un diverso contesto", e le conclusioni, contrastanti col principio suddetto, e quindi erronee, alle quali l'Autorità è giunta nel caso di specie.

Il motivo è infondato e va respinto.

Va rammentato in via preliminare che l'art. 22, comma 1, del d. lgs. n. 206/2005, dispone che "è considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

Ciò posto, alla luce delle peculiarità della fattispecie non può essere condiviso il punto di partenza dal quale prende le mosse PosteMobile allo scopo di porre in risalto la "percepibilità", "immediata, chiara e completa", degli elementi informativi essenziali dell'offerta promozionale, ossia "l'unicità del contesto di comunicazione commerciale" costituita, a detta dell'appellante, dalla copertina con le pagine 47 e 48 del catalogo.

A parte che, anche a voler aderire, per un istante, al presupposto argomentativo, fatto proprio dall'appellante, del carattere unitario del contesto comunicativo formato dalla copertina e dalle pagine 47 e 48, resterebbe comprovata un'omissione, o comunque un'incompletezza informativa riguardante un elemento oggettivamente rilevante nel contesto in discussione, al fine di comprendere cioè l'esatta convenienza economica dell'offerta, vale a dire l'omessa specificazione, tra i vincoli ai quali subordinare la fruzione dei "180 € di bonus + 1 anno di internet gratis", del pagamento di un canone mensile di 6,50 € (il riferimento, a pag. 48, al canone in regalo per i primi 12 mesi riguarda –così sembra almeno- esclusivamente l'opzione "Mobile 1 Giga"); a parte ciò, se, di norma, potrebbe osservarsi in modo attendibile che lo stesso catalogo che contiene il messaggio pubblicitario dovrebbe configurarsi come "contesto di comunicazione commerciale unico", "strumento informativo unitario", con conseguente completezza di informazioni fornite ai consumatori, in un contesto unitario, su caratteristiche e condizioni dell'offerta promozionale; tuttavia nel caso in esame, tenuto conto delle particolarità

che contraddistinguono il catalogo PosteShop "Primavera 2011", la pagina 48 del catalogo, benché contigua a pag. 47, non costituisce "stesso contesto pubblicitario" insieme a copertina e a pag. 47; non fa parte del "contesto unitario", con la copertina e con pag. 47, al quale si è fatto riferimento sopra, atteso che, come è stato puntualmente rilevato dal Tar, da un lato la copertina rinvia (unicamente) a pag. 47 "per info e dettagli" e, dall'altro, a pag. 47 il bollino blu riferito ai "180 € di bonus" –in ogni caso mancante in copertina- non rinvia affatto a pag. 48, pagina che raccoglie insieme "tutte le promozioni poste mobile che ti regalano traffico telefonico e navigazione internet".

Tra queste, incolonnata in basso, in quarta posizione, sotto altre tre differenti offerte promozionali contrassegnate da altrettanti "bollini blu", e a fianco del bollino "180 € di bonus" vi è, appunto, l'offerta "180 € di bonus + 1 anno di internet gratis" con l'indicazione delle condizioni economiche cui era subordinata la fruizione del bonus di traffico telefonico e la navigazione gratuita in internet per un anno.

Non vi è dunque alcun rinvio, tantomeno "intuitivo", da pag. 47 a pag. 48, pag. 48 che, benché contigua a 47, appare "isolata" ai fini che qui rilevano e, per così dire, "fuori contesto".

Né può assumere rilievo, nel senso propugnato dal'appellante, vale a dire nella prospettiva dell'unicità del contesto comunicativo, il rinvio alla pagina 48 del catalogo ("per info sulla Promo Poste Mobile vai a pagina 48") inserito a pag. 43, dato che pag. 43 –ove viene pubblicizzato un diverso prodotto- è "slegata", quanto a contenuti commerciali promozionali, rispetto alla copertina e a pag. 47.

Da ciò discende, considerando anche la centralità dell'elemento dell'offerta economica nella comunicazione pubblicitaria dei mercati di vendita di prodotti attinenti alla comunicazione, con la conseguenza che qualunque omissione, o incompletezza informativa, o inesattezza nella percezione della convenienza economica dell'offerta, assume una rilevanza assai significativa, la correttezza delle affermazioni contenute in sentenza secondo cui:

-sono condivisibili le valutazioni dell'AGCM sulla "scorrettezza della pratica in esame in ragione delle omissioni informative circa le caratteristiche e le condizioni economiche effettive dell'offerta tariffaria associata all'acquisto dell'apparecchio telefonico reclamizzato, condizioni idonee a falsare in misura apprezzabile la valutazione del consumatore circa la convenienza dell'offerta pubblicizzata associata all'acquisto di uno smartphone, in ragione della necessità di attivare una nuova SIM e sostenere specifici oneri economici mensili";

-"viene in rilievo una fattispecie di illecito caratterizzata da incompletezza informativa su caratteristiche rilevanti dell'offerta reclamizzata, date le riscontrate carenze informative del messaggio sanzionato in ordine a elementi essenziali per assumere una decisione economica consapevole sulla convenienza dell'offerta";

-su pag. 48, in corrispondenza del bollino riferito al bonus di 180 €, "in disparte la considerazione che accanto al messaggio non vi è alcun percepibile rinvio a tali ulteriori informazioni e che tale bollino è collocato solo a pagina 47 del catalogo e non nella copertina, l'onere di chiarezza e di completezza informativa, gravante sul professionista, impone che tutte le informazioni rilevanti ai fini dell'adozione di una scelta consapevole siano contenute già dal primo contatto, essendo la verifica di correttezza rivolta al messaggio in sé ed alla sua intrinseca idoneità a condizionare le scelte dei consumatori, indipendentemente dalle informazioni rese disponibili in un diverso contesto, e quindi, ad effetto promozionale ormai prodotto";

-"l'ingannevolezza del messaggio non è esclusa dalla possibilità che il consumatore sia posto in condizione di conoscere tutti i dettagli dell'offerta reclamizzata attraverso la lettura di ulteriori e diverse pagine del catalogo, o attraverso la consultazione delle pagine internet o la confezione dell'apparecchio, essendo l'esigenza di chiarezza e completezza dei messaggi pubblicitari imposta con riferimento al messaggio che costituisce il primo contatto, attraverso il quale devono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per una

immediata percezione dell'offerta economica reclamizzata…"… "i limiti di spazio (del messaggio non escludevano) la concreta possibilità per il professionista di optare per una diversa evidenza grafica o enfasi relativamente ad informazioni indispensabili ai fini della corretta percezione, da parte del consumatore, delle reali caratteristiche dell'offerta" (il che non significa che già nella copertina dovesse essere assicurata un'informazione completa su tutte le condizioni dell'offerta promozionale e su tutti gli elementi che componevano il prezzo contrattuale: sarebbe bastato un rinvio, immediatamente e, comunque, agevolmente percepibile a una pagina interna del catalogo contenente la specificazione completa delle condizioni dell'offerta promozionale, il che non è però avvenuto);

-"l'ingannevolezza di un messaggio … può discendere anche dalle sole modalità di presentazione del prodotto…quando il messaggio enfatizza elementi di particolare capacità persuasiva rendendo la reale portata dell'offerta di non chiara e immediata percezione da parte del consumatore in virtù della omissione o della più difficile percezione di altri elementi essenziali dell'offerta che ne limitano la portata"; tanto più tenuto conto –come rileva l'Autorità al p. 33. della motivazione del provvedimento impugnato avanti al Tar- "delle significative asimmetrie che caratterizzano il rapporto tra professionisti e consumatori e impongono ai primi, nel definire le modalità di esercizio della propria attività commerciale, una declinazione particolarmente stringente dei generali obblighi di buona fede e correttezza".

In questo contesto non pare inutile aggiungere che il settore di attività in cui opera il professionista sanzionato è caratterizzato da una particolare complessità, dovuta alla continua evoluzione tecnologica, il che determina l'esistenza di un divario informativo significativo tra consumatore e professionista.

Dalle considerazioni su esposte deriva inoltre la legittimità della decisione dell'Autorità là dove la pratica commerciale è stata qualificata come scorretta in quanto, in violazione dell'art. 22 del codice del consumo, il messaggio pubblicitario riportato sulla copertina e all'interno del catalogo Poste Shop "Primavera 2011", relativo all'offerta dell'apparecchio "PM SMART 1107", omettendo di indicare che l'adesione presuppone l'attivazione di una nuova SIM collegata ad uno specifico piano tariffario, non consentiva al consumatore medio una valutazione pienamente informata e consapevole delle caratteristiche e dell'effettiva convenienza economica della promozione ed era, pertanto, suscettibile di indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

5.2. Ugualmente infondato e da disattendere, sotto entrambi gli aspetti dedotti, è il secondo motivo, suddiviso, come si è accennato sopra al p. 4., in un duplice profilo.

L'appellante valorizza in primo luogo la circostanza che la sentenza non avrebbe dato alcun rilievo al fatto che il provvedimento dell'Autorità avrebbe omesso di prendere in considerazione il contenuto di pag. 48 del catalogo, pagina che, come detto, riveste un'importanza essenziale ai fini della valutazione delle condizioni dell'offerta di PosteMobile.

Sotto una diversa angolazione viene dedotto che il Tar, anziché porre in risalto la richiamata carenza istruttoria e motivazionale che inficiava il provvedimento, avrebbe proceduto esso stesso a esaminare il contenuto di pag. 48 del catalogo, così sostituendosi indebitamente all'Autorità nell'esercizio dei suoi poteri di valutazione delle pratiche commerciali ai sensi degli articoli 20 e seguenti del codice del consumo ed esorbitando dai confini della propria giurisdizione.

Più in dettaglio, nell'appello si puntualizza che la correttezza della condotta di PosteMobile ai sensi degli articoli 20 e seguenti del codice del consumo non poteva prescindere dalla valutazione, da parte dell'AGCM, delle informazioni riportate a pag. 48 del catalogo.

Sennonché, il provvedimento dell'Autorità non contiene traccia di riferimenti al contenuto di pag. 48, dal che si fa derivare la carenza istruttoria e motivazionale che vizia il provvedimento dell'Autorità, non potendo considerarsi completa ed esauriente la valutazione dei profili di potenziale carenza informativa di un messaggio promozionale qualora si ometta di prendere in

considerazione le informazioni riportate nell'unico contesto di comunicazione commerciale in cui detto messaggio è formulato.

Sotto un diverso profilo, a dire dell'appellante verrebbe in rilievo un'indebita e illegittima sostituzione, da parte del Tar, nello svolgimento di attività istruttoria e nell'espressione di valutazioni che il codice del consumo riservano all'Autorità.

Inoltre, in una situazione, come quella in questione, nella quale la valutazione di una parte essenziale della pratica commerciale viene effettuata per la prima volta dal Tar, l'impresa si ritrova a esercitare in un unico grado di giudizio i propri diritti di difesa per contestare le suddette analisi giuridiche, con evidente compressione dei propri diritti di difesa costituzionalmente garantiti dall'art. 24 Cost. e con violazione del principio del doppio grado di giudizio.

Anche il motivo sopra riassunto non può trovare accoglimento.

Sotto il primo aspetto, vista la peculiare impostazione del catalogo, l'Autorità non era tenuta a prendere in considerazione le informazioni di pagina 48 come essenziali poiché, come si è detto sopra, pag. 48, quasi "occultata" al consumatore, in mancanza di rinvii da pag. 47, per come congegnata era estranea alla struttura del messaggio pubblicitario -offerta promozionale di Poste Mobile, costituita dalla indicazione in copertina e dal rimando "per info e dettagli" a pag. 47.

La pagina 48 era cioè da ritenersi esterna al contesto comunicativo unitario così come individuato in copertina.

Di qui l'insussistenza dell'omissione ascrivibile alla sentenza del Tar.

Quanto al secondo profilo di censura dedotto, v'è da dire in primo luogo che il rilievo dato in sentenza (v. pag. 7) al contenuto di pag. 48, con particolare riguardo alla specificazione dei vincoli cui la fruizione del bonus fino a 180 € di traffico telefonico e la navigazione gratuita in internet per un anno erano subordinati, era da ricollegare in via diretta alle deduzioni svolte dalla ricorrente dinanzi al Tar (v. pagine 3 e 8 e seguenti del ricorso di primo grado, là dove si evidenzia l'unicità del contesto informativo dato dalle pagine 47 e 48 del catalogo).

In ogni caso, il Tar non si è sostituito in modo indebito all'Autorità nell'esercizio di poteri istruttori e valutativi riservati a quest'ultima, così travalicando i confini della giurisdizione amministrativa, ma si è limitato –anche, come detto, in risposta a deduzioni e questioni sollevate da Poste Mobile nel ricorso introduttivo- a verificare i presupposti di fatto e a sindacare la ragionevolezza, logicità e coerenza delle argomentazioni, valutazioni e conclusioni dell'Autorità sul carattere scorretto e/o ingannevole della pratica commerciale posta in essere da PosteMobile.

Sul punto, appare utile rammentare in via generale che, in tema di sostituzione indebita del giudice amministrativo nell'esercizio di poteri riservati all'AGCM, secondo la consolidata giurisprudenza della Sezione "il giudice amministrativo - nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità - può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato" (Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873). "Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi

eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità.

Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte o "debole', va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato.

Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'A.g.c.m, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità" (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302).

Dal canto proprio Cass. civ., SS. UU. , 14 maggio 2014, n. 10411, ha statuito che "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 giudicarne della legittimità, salvo non includano 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), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell' Autorità Garante".

Guardando ora più da vicino la fattispecie in esame, oggetto dell'indagine dell'Autorità era il carattere omissivo e ingannevole della comunicazione promozionale "de qua" in quanto, alla luce delle previsioni contenute nel messaggio, vale a dire in copertina e a pag. 47, non si consentiva al consumatore medio una valutazione pienamente informata e consapevole delle caratteristiche e dell'effettiva convenienza economica dell'offerta promozionale.

La circostanza che il Tar abbia confermato in sentenza la ragionevolezza di valutazioni e conclusioni dell'Autorità sul carattere scorretto e ingannevole del "messaggio contenuto nel catalogo, come rappresentato in copertina e a pagina 47" facendo richiamo –giova forse ripeterlo, "in risposta" a specifiche deduzioni della ricorrente, il che permette di superare anche il profilo di censura basato sull'affermata violazione del principio del doppio grado di giudizio- agli elementi essenziali contenuti "a pagina 48 del catalogo", laddove si svela la vera identità dell'offerta promozionale, si concretizza –non in una indebita sostituzione del Tar all'AGCM nell'esercizio di funzioni riservate a quest'ultima, ma- in una consentita e legittima verifica dei presupposti di fatto posti a base della scelta sanzionatoria dell'Autorità e della ragionevolezza delle valutazioni compiute dalla stessa.

5.3.Con il terzo motivo l'appellante sostiene che la sentenza avrebbe errato nel negare qualsiasi rilevanza al fatto che dei 700 utenti che hanno aderito all'offerta solo uno di essi ha mosso contestazioni a causa di presunte omissioni informative.

L'appellante specifica che, anche a voler considerare le pratiche commerciali scorrette come illecito di mero pericolo, resta che la verifica dell'ingannevolezza di un messaggio promozionale non può prescindere dall'esame della percezione del carattere scorretto, o ingannevole, del messaggio, avuta in concreto dai consumatori che si sono trovati in contatto con il messaggio stesso.

La circostanza che, rispetto alla diffusione nazionale del catalogo e ai 700 utenti che hanno aderito all'offerta, solo un consumatore abbia ritenuto ingannevole o scorretto il messaggio promozionale, costituirebbe indice sintomatico sia dell'assenza di potenziale lesività del

messaggio stesso, e sia del fatto che la generalità dei consumatori (tranne uno) ha correttamente e chiaramente percepito le condizioni dell'offerta proposta da PosteMobile.

Aderendo alla tesi esposta in sentenza si giungerebbe all'illogica conclusione di considerare come consumatore "medio" quell'unico soggetto che ha rilevato profili di scorrettezza nel messaggio, quando tutto il resto del mercato ha ritenuto chiara e non ingannevole l'offerta in esame.

La correttezza dell'impostazione propugnata dall'appellante è confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, n. 5297/2011), secondo la quale "qualora l'episodio che ha dato luogo alla segnalazione di ingannevolezza di un messaggio pubblicitario sia stato generato da un caso isolato, l'episodio stesso è da considerare di scarsa significatività e, come tale, non riconducibile - perché divenga giuridicamente rilevante - ad una vera e propria "pratica" commerciale dal carattere di oggettiva ingannevolezza").

Anche il motivo sopra riassunto è infondato e da respingere.

Infatti in modo persuasivo l'Autorità, al p. n. 29 del provvedimento impugnato in primo grado, ha rilevato, "con riguardo all'asserita assenza in concreto di un rilevante pregiudizio economico a diversi consumatori, … che la sussistenza di una pratica commerciale scorretta non richiede necessariamente che la condotta in esame abbia prodotto effetti dannosi per i consumatori, dovendosi ritenere sufficiente, ai fini della configurabilità dell'illecito, la semplice potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista".

A sua volta in maniera condivisibile, e ampiamente motivata, il Tar, nella sentenza appellata, ha osservato che l'impostazione difensiva dalla quale ha preso le mosse la ricorrente –impostazione nella sostanza riproposta in appello- "confligge con la natura dell'illecito consumeristico, da inquadrarsi nell'àmbito degli illeciti di mero pericolo e non di danno…l'effettiva incidenza della pratica commerciale scorretta sulle scelte dei consumatori non costitu(endo) elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa, e ciò in ragione della struttura dell'illecito in esame…(ponendosi) gli effetti della condotta al di fuori della struttura dell'illecito…con la conseguenza –è stato aggiunto in sentenza- che gli effetti della condotta possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell'ambito dei consumatori, essendo da tale circostanza desumibile con ogni evidenza la grave inadeguatezza del comportamento posto in essere da quest'ultimo…".

Coerentemente con quanto rilevato sopra, va ora ribadito che il carattere ingannevole della pratica commerciale dev'essere valutato "ex ante", a prescindere cioè dal dato di fatto, variabile per le più svariate ragioni, soggettive e oggettive, dell'esito concretamente lesivo prodotto dalla condotta del professionista. Nel qualificare come scorretta una pratica commerciale pubblicitaria che miri a condizionare la libertà di scelta del consumatore, si prescinde dall'effettiva lesione patrimoniale arrecata.

Ciò che assume rilievo, nella –condivisibile- qualificazione dell'illecito consumeristico come illecito di mero pericolo, è la potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari, indotti ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

Se così è, la valutazione di scorrettezza della pratica non può ritenersi inficiata dall'argomentazione difensiva di parte appellante con cui si menziona di nuovo il fatto che solo un consumatore (su circa 700 clienti) avrebbe ritenuto ingannevole e scorretto il messaggio, segnalando la circostanza all'AGCM.

Se, come detto, la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette delinea una fattispecie di illecito di mero pericolo, ai fini della configurazione dello stesso basta che, sulla base di una valutazione prognostica, riferita al consumatore medio, la condotta del

professionista sia semplicemente ritenuta idonea a incidere potenzialmente sulle scelte dei consumatori, condizionandole: valutazione che, nella specie, l'Autorità ha compiuto e il Tar ha giudicato conforme a legge e motivata in modo ragionevole.

Inoltre, la tesi dell'appellante sull'esistenza nella specie di un "indice sintomatico dell'assenza di una potenziale lesività del messaggio" si traduce, come il Tar non ha mancato di notare, "in una inammissibile inversione dell'onere di diligenza che viene fatto gravare, invece che sul professionista, sul consumatore, dovendo peraltro rilevarsi, al riguardo, come con riferimento al settore della telefonia sussista una significativa asimmetria informativa tra professionista e consumatore, che impone un rafforzamento dell'onere di chiarezza e completezza informativa in capo al primo".

Infine non assume alcun rilievo, a sostegno della tesi propugnata dall'appellante, richiamare Cons. St. ,sez. VI, sent. n. 5297/2011, venendo in rilievo, in quel caso, una fattispecie assai diversa da quella odierna.

5.4.. Con il quarto motivo l'appellante rileva infine che il Tar non avrebbe considerato che nel provvedimento impugnato l'AGCM avrebbe determinato l'ammontare della sanzione omettendo qualsiasi valutazione su alcuni dei criteri dettati dall'art. 11 della l. n. 689/1981, con particolare riferimento all'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, e alle condizioni economiche dell'impresa.

La sentenza, inoltre, non avrebbe dato alcun rilievo all'omissione, da parte dell'Autorità, di qualsiasi analisi sulla personalità dell'impresa stessa, e sarebbe caduta in errore nel valutare la gravità della condotta di Poste Mobile.

Ragioni idonee nel loro insieme a giustificare, tuttalpiù, una sanzione assai inferiore a quella in concreto irrogata dall'AGCM (40.000 €).

La censura sopra riassunta merita di essere parzialmente accolta, per le ragioni che si esporranno.

In via preliminare va rammentato che il Tar, in sentenza (v. da pag. 17 a pag. 20), aveva riconosciuto la sostanziale correttezza della quantificazione della sanzione irrogata a PosteMobile osservando come il giudizio sulla gravità della condotta formulato dall'Autorità era stato parametrato in modo coerente e secondo proporzionalità e adeguatezza rispetto alla dimensione economica del professionista e ai restanti criteri di cui all'art. 11 della l. n. 689/1981, richiamati, ai fini della determinazione della sanzione, dall'art. 27, comma 13, del codice del consumo.

Sempre in via preliminare è opportuno sottolineare che, in base a quanto dispone l'art. 134, comma 1, lett. c) del c. p. a. , nelle controversie aventi per oggetto provvedimenti dell'AGCM di applicazione di sanzioni pecuniarie –anche, è da ritenere, in ordine alle sanzioni applicate per pratica commerciale scorretta- il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito, il che gli consente, non solo di annullare gli atti impugnati in tutto o in parte, ma anche di modificare, sulla base di una propria valutazione, la misura delle sanzioni pecuniarie comminate.

Ciò posto, il profilo di censura con cui PosteMobile lamenta che il Tar, nella determinazione dell'ammontare della sanzione, non avrebbe valutato in alcun modo le "condizioni economiche" dell'impresa, così violando l'art. 27, comma 3, del codice del consumo, può essere superato rilevando come l'Autorità abbia, in concreto, valutato in modo motivato ed esplicito le condizioni economiche ("non positive, con un bilancio in perdita" –v. p. 41. del provvedimento dell'AGCM) di Poste Shop, diminuendo di conseguenza l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria a carico della società stessa da 40.000 € a 30.000 € : da ciò può arguirsi, "a contrariis", solo implicitamente, ma non per ciò meno sicuramente, come l'AGCM abbia valutato anche le condizioni economiche di PosteMobile, avendo ritenuto di non ridurre l'importo della sanzione applicabile all'appellante, stabilito in 40.000 €.

Sotto un diverso profilo, il criterio relativo alle dimensioni economiche dell'impresa è stato esplicitamente e motivatamente preso in considerazione dall'AGCM (si veda il p. 37. del provvedimento impugnato in primo grado), con statuizione –condivisibilmente- giudicata dal Tar "correttamente parametrata".

Il motivo d'appello è invece fondato e va accolto –dal che consegue, in parziale accoglimento dell'appello proposto, la rideterminazione in diminuzione della sanzione a carico dell'appellante da 40.000 € a 30.000 €- là dove Poste Mobile deduce che la sentenza del Tar non avrebbe rilevato il fatto che nel provvedimento impugnato l'AGCM avrebbe omesso di formulare –pur essendovi tenuta "ex lege"- uno specifico giudizio, ai fini della determinazione dell'ammontare della sanzione, sia sull'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, e sia sulla personalità del professionista. E questo, nonostante che l'AGCM, nel provvedimento (v. ppunti da 35. a 41.), avesse dichiarato di dover tenere conto dei criteri di cui all'art. 11 della l. n. 689/1981, in base al richiamo previsto dall'art. 27, comma 13, del codice del consumo.

Guardando più da vicino i due profili sopra delineati, quanto alla considerazione della personalità dell'impresa, vale a dire all'insieme dei precedenti attribuibili alla società, se Poste Mobile è "illibata" -come sostiene l'appellante senza alcuna contestazione a questo riguardo da parte dell'AGCM-, stante l'assenza, prima del provvedimento del 22 febbraio 2012, di qualsiasi accertamento, in capo alla società, di violazioni di norme in materia di pratiche commerciali scorrette, ebbene, effettivamente di ciò non risulta essersi tenuto conto nel provvedimento impugnato in primo grado, e il Tar ha omesso di considerare tale omissione.

Sotto un diverso aspetto merita di essere accolto il profilo di censura con cui si evidenzia che l'AGCM avrebbe omesso di considerare, in modo adeguato, l'impegno di Poste Mobile volto a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale (cfr. memorie procedimentali PosteMobile 20.1.2012 e 1.2.2012 –cfr. p. 11. provv. AGCM) e di tenere conto dell'interruzione in via autonoma, nel maggio del 2011, ossia ben prima dell'avvio del procedimento, avvenuto a novembre 2011, della diffusione dei messaggi promozionali.

Alla stregua delle considerazioni su esposte, la sanzione di 40.000 €, applicata dall'Autorità, appare sproporzionata e, pertanto, il Collegio, nell'esercizio della giurisdizione di merito ex art. 134, lett. c) del c.p.a. , ritiene di doverla rideterminare -applicando una riduzione del 25 %- nella misura di € 30.000.

omissis

c. Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041

2.Gli atti dell'Autorità indipendenti sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto non è consentito al giudice amministrativo – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità.

omissis

d. Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2015, n. 2299

Con riguardo al diritto antitrust il principio dell'effettività e compiutezza della tutela giurisdizionale delle situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo consente l'esercizio delle azioni di nullità (contro gli atti e/o le intese anticoncorrenziali di cui agli artt. 2 e segg. L. 10 ottobre 1990 n. 287) e di risarcimento dei danni da illecito anticoncorrenziale dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria (vedasi l'art. 33 comma 2 citata L. n. 287 del 1990), fermo restando, ai sensi dell'art. 113 commi 1 e 3 Cost., la separata proponibilità dell'azione di annullamento, dinanzi al giudice amministrativo, contro gli atti autoritativi di esercizio del

potere censurati sub specie di eccesso di potere e di violazione di legge per inosservanza della disciplina, comunitaria e nazionale, della concorrenza.

Omissis
FATTO E DIRITTO. - 1. Con la sentenza in epigrafe, il T.r.g.a. - Sezione autonoma di Bolzano si pronunciava definitivamente sul ricorso n. 140 del 2010, proposto dalla Crif s.p.a. – un'impresa erogatrice di servizi informativi di natura economico-finanziario in materia di pubblicità immobiliare (precipuamente, in favore di c.d. grandi clienti, quali banche) – avverso la circolare n. 3/2010 del 26 marzo 2010 del Direttore di ripartizione del libro fondiario, catasto fondiario e urbano della Provincia autonoma di Bolzano e i relativi atti presupposti, nelle parti in cui era stata disposta la cessazione del regime di pubblicità del c.d. libro giornale, recante gli estremi delle iscrizioni giornaliere concernenti le partite tavolari, i relativi comuni catastali e i nominativi dei richiedenti (con la precisazione, che ad ogni iscrizione nel libro giornale corrisponde, in attesa dell'emanazione del decreto tavolare e delle intavolazioni, prenotazioni o annotazioni ivi disposte, la c.d. piombatura della partita tavolare interessata, oggetto immediato e diretto di pubblicità tavolare, di per sé non intaccata dagli impugnati provvedimenti, ma aggravata sotto il profilo delle modalità di consultazione da parte degli utenti), ed era stato offerto, dalla stessa Amministrazione, un servizio informativo telematico di 'marcatura' delle partite tavolari tramite il sistema informatico c.d. Openkat, secondo l'assunto della ricorrente potenzialmente sostitutivo di quello erogato dagli operatori privati del settore.
In particolare, l'adìto T.r.g.a. provvedeva come segue:
(i) previa qualificazione dell'impugnata 'circolare' come atto ad efficacia esterna, accoglieva il primo motivo di ricorso, con cui era stata dedotta la violazione della disciplina, primaria e secondaria, in materia di pubblicità tavolare, affermando l'illegittimità degli atti impugnati, nella parte in cui escludevano la visione del giornale tavolare;
(ii) respingeva, nel merito, il terzo motivo di ricorso – con il quale erano stati dedotti i vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, di violazione degli artt. 7 e 14 l. prov. 22 ottobre 1993, n. 17, per lesione delle garanzie procedimentali sub specie di violazione dell'obbligo di motivazione e di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, e di conseguente illegittima pretermissione di ogni valutazione degli effetti anticoncorrenziali scaturenti dal gravato provvedimento –, ritenendo legittima la riduzione dei tempi di accesso, per ogni singolo utente, ai video-terminali installati presso gli uffici del libro fondiario;
(iii) dichiarava inammissibili, per difetto di giurisdizione, il secondo e il quarto motivo di ricorso – con i quali erano stati dedotti i vizi di eccesso di potere per sviamento e di violazione degli artt. 8 e 10 della direttiva 2003/97/CE, 8 d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, 106 Tratto UE, 8, comma 2-bis, l. 10 ottobre 1990, n. 287, ed 1 l. n. 241 del 1990, in relazione ai principi comunitari di proporzionalità e di concorrenza ed in materia di riutilizzo commerciale dei dati pubblici (secondo motivo), nonché di violazione degli artt. 12, comma 2, d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, e 9 l. 21 giugno 1986, n. 317, oltre che del d.lgs. 23 novembre 2000, n. 427, e della direttiva 98/34/CE, per omessa comunicazione alla Commissione europea (quarto motivo) –, sulla base del rilievo che le questioni sollevate con tali motivi inerivano alla materia di tutela della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287 del 1990 rientrante nell'ambito di giurisdizione del giudice ordinario;
(iv) dichiarava le spese di causa interamente compensate tra le parti.
2. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente Crif s.p.a., deducendo i seguenti motivi:
a) l'erronea statuizione d'inammissibilità per carenza di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle questioni dedotte con il secondo e il quarto motivo di ricorso, in quanto, per un verso, la proposta domanda era volta all'annullamento dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione provinciale nell'esercizio delle funzioni pubbliche in materia di tenuta dei libri fondiari, per vizi di violazione di legge e di eccesso di potere, con conseguente sussistenza della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, e, per altro verso, si verteva in materia di servizi pubblici, rientranti nell'ambito di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1 lett. c), cod. proc. amm.;
b) il travisamento del terzo motivo del ricorso di primo grado e la conseguente erronea statuizione sub 1.(ii), non limitata alla questione dei tempi di accesso ai video-terminali presso gli uffici del libro fondiario, ma funzionale alle censure dell'indebita ingerenza della Provincia

nel mercato dei servizi informativi, in violazione della normativa comunitaria e nazionale a tutela della concorrenza.
L'appellante riproponeva, comunque, anche nel merito i motivi dichiarati inammissibili e chiedeva l'annullamento dell'impugnata sentenza, con ogni effetto di legge.
3. Costituendosi in giudizio, l'Amministrazione provinciale contestava la fondatezza dell'appello e ne chiedeva la reiezione, con rifusione delle spese.
4. All'udienza pubblica del 18 marzo 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.
5. Premesso che non risulta impugnata, né in via principale, né in via incidentale, la statuizione di accoglimento sub 1.(i), sicché su tale capo (autonomo) della sentenza si è formato il giudicato, con conseguente preclusione all'ingresso di ogni relativa questione nel presente grado, si osserva che il primo motivo d'appello, di cui sopra sub 2.a), è fondato nei sensi di cui appresso.
Il T.r.g.a. ha basato la statuizione declinatoria della giurisdizione sui testuali rilievi che «in materia di tutela della concorrenza e del mercato (art. 33/2 L. 287/90), eccettuati i provvedimenti emanati dall'Autorità garante per la concorrenza e del mercato (...), residua la generale giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni di nullità, di risarcimento del danno e cautelari», e che, pertanto, «questo tribunale ha la giurisdizione sul primo e terzo motivo di impugnazione, mentre ne è carente in ordine alle questioni sollevate con il secondo e quarto motivo che, riguardando la direttiva 2003/97/CE (e la legge interna di attuazione n° 36/06) di tutela della concorrenza in materia di riutilizzo dei documenti e l'asserito obbligo di comunicazione del provvedimento adottato alla Commissione europea, vanno discusse dinanzi al giudice ordinario».
Orbene, l'odierna appellante, sin dal ricorso introduttivo di primo grado, ha impugnato i provvedimenti disciplinanti le modalità di consultazione del libro fondiario, deducendo, con i quattro motivi, vizi di violazione di legge e di eccesso di potere e chiedendo, di conseguenza, l'annullamento degli atti impugnati, mentre la stessa non ha – neppure con riguardo alla lamentata violazione della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di concorrenza, oggetto del secondo e quarto motivo di ricorso – proposto domande di nullità, di risarcimento dei danni o cautelari ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, e ss. mm. ii., rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario.
Risulta, invece, ex actis che l'odierna appellante aveva proposto separato ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. dinanzi alla Corte d'appello di Trento, Seziona distaccata di Bolzano, definito con ordinanza di accoglimento del 21 luglio 2010, ivi azionando in sede cautelare, quale petitum sostanziale, la pretesa alla cessazione dell'illecito anticoncorrenziale di abuso di posizione dominante.
Entrambe le opzioni processuali appaiono ammissibili e tra di loro compatibili, in applicazione del principio dell'effettività e compiutezza della tutela giurisdizionale delle situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, che, per quanto qui interessa – ossia, con riguardo al diritto antitrust –, consente l'esercizio delle azioni di nullità (contro gli atti e/o le intese anticoncorrenziali di cui agli artt. 2 ss. l. n. 287 del 1990) e di risarcimento dei danni da illecito anticoncorrenziale dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (v. il citato art. 33, comma 2, l. n. 287 del 1990), ferma restando, ex art. 113, commi 1 e 3, Cost., la separata proponibilità dell'azione di annullamento, dinanzi al giudice amministrativo, contro gli atti autoritativi di esercizio del potere censurati sub specie di eccesso di potere e di violazione di legge per inosservanza della disciplina, comunitaria e nazionale, della concorrenza.
Risultando dunque, nella presente sede, impugnati in via principale e non meramente incidentale, i provvedimenti, d'indubbia valenza autoritativa, emanati nell'esercizio del potere discrezionale di regolazione delle modalità di accesso alla pubblicità tavolare e di svolgimento dei relativi servizi – potere, attribuito dallo statuto di autonomia e dalle relative norme di attuazione alla regione e, per delega, alle province autonome –, e risultando, anche con i motivi secondo e quarto, censurato il cattivo uso del potere, e, dunque, azionata quale petitum sostanziale una situazione di interesse legittimo, l'intera controversia deve ritenersi devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.
Peraltro, nel nostro ordinamento, il criterio di riparto è costituito dall'oggetto della domanda (v. art. 386 cod. proc. civ.), identificabile sulla base delle caratteristiche e della consistenza della situazione giuridica fatta valere in giudizio, e non già – come erroneamente supposto nell'impugnata sentenza – da un criterio di qualificazione delle «questioni» prospettate dalle parti a sostegno delle proprie domande, eccezioni e/o difese, come riconducibili all'uno o ad un

altro settore ordinamentale individuato per materia (nella specie, al settore della disciplina comunitaria della concorrenza; v. il sopra citato passaggio testuale dell'impugnata sentenza) e avuto riguardo ai singoli motivi di censura posti a base dell'esperita (unica ed unitaria) azione di annullamento.
Per le esposte ragioni, il capo della sentenza avente ad oggetto la statuizione declinatoria della giurisdizione deve essere annullato, con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, cod. proc. amm..
L'annullamento con rinvio travolge anche il capo della sentenza avente ad oggetto la statuizione sub 1.(ii), attesa la connessione funzionale delle censure ivi svolte (difetto di istruttoria e di motivazione) in relazione alle censure dedotte con il secondo e quarto motivo di ricorso, e stante il conseguente effetto espansivo interno (ex artt. 39, comma 1, cod. proc. amm. e 336, comma 1, cod. proc. civ.) che la pronuncia annullatoria (con rinvio al primo giudice) sprigiona su tale capo della sentenza.
6. Tenuto conto delle alterne vicende connotanti la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.
omissis

9. Sulla natura giuridica della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche

Tar Reggio Calabria, 16 dicembre 2014, n. 806
1.La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche è una Autorità amministrativa indipendente, istituita al fine di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione della attività delle amministrazioni, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione dell'operato della dirigenza, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale delle pubbliche amministrazioni, con la precisazione che l'attività della predetta Authority si sostanzia in peculiari compiti di indirizzo e di monitoraggio della attività svolta dalle P.A. allo scopo di favorire il raggiungimento di un obiettivo comune di risparmio della spesa pubblica e di reale trasparenza nella gestione delle risorse.

Omissis
1. Con delibera di Giunta n. 105 del 6.11.2012, l'Amministrazione comunale di Laureana di Borrello ha approvato l'avviso pubblico per la nomina dei due componenti esterni dell'OIV ai sensi dell' art. 14 del DLgs 150/09 .

A tale procedura di selezione, si candidava la società COIM Idea s.a.s., odierna ricorrente.

2. Nelle more della procedura selettiva, la CIVIT ha adottato la delibera n. 29/2012, con la quale ha precisato che l'incarico di OIV non può essere conferito a società.

L'Amministrazione, preso atto della citata delibera della CIVIT ed in considerazione del fatto che era pervenuta la sola candidatura della società COIM Idea, con provvedimento n.11 del 24 gennaio 2013 ha riaperto i termini per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura selettiva; e, nelle more – con il decreto del 14 febbraio 2013 - ha proceduto ad individuare due professionisti ai quali ha conferito l'incarico di componente dell'organismo interno di valutazione "temporaneamente e fino alla conclusione della procedura" di selezione.

3. Con ricorso principale, la soc. COIM IDEA s.a.s impugna la delibera del Comune di Laureana di Borrello n. 11 del 24.01.2013 con cui è stata disposta la riapertura dei termini dell'avviso pubblico per la nomina di due componenti esterni dell'OIV nonchè il temporaneo affidamento dell'incarico.

Avverso i predetti atti la ricorrente muove articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere con riguardo alla violazione della normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici in tema di conferimento di incarichi professionali.

In particolare, secondo la prospettiva della ricorrente, la citata normativa consente l'affidamento degli incarichi di progettazione ovvero dei servizi legali, anche a società di professionisti e dunque, gli atti gravati si porrebbero in contrasto con il principio di derivazione comunitaria del favor partecipationis.

Con ulteriore censura, la ricorrente denuncia un vizio di eccesso di potere nella condotta dell'amministrazione, la quale ha ritenuto di vincolarsi al parere della CIVIT che è una amministrazione indipendente i cui provvedimenti non hanno natura normativa e dunque non presentano carattere di vincolatività nei confronti delle amministrazioni alle quali sono destinati.

4. Con ordinanza 77/2013 il TAR di Reggio Calabria ha accolto la domanda cautelare della COIM ordinando al Comune di Laureana di Borrello di portare a conclusione il procedimento di selezione avviato.

5. In ottemperanza alla ordinanza cautelare, l'amministrazione, con provvedimento del 3 dicembre 2013, ha riaperto i termini per la partecipazione alla procedura selettiva e successivamente con decreto n. 149 del 7.1.2014 - richiamando la precedente delibera del 24 gennaio 2013 ed espressamente anche la delibera CIVIT 29/2013 - ha conferito l'incarico di componente dell'OIV ai professionisti risultati collocati al primo ed al secondo posto della graduatoria.

In tale decreto, tuttavia, non viene dato atto della domanda originariamente presentata dalla ricorrente a seguito del primo bando di selezione del 6 novembre 2012.

6. Avverso tali atti la società COIM Idea ha proposto ricorso per motivi aggiunti lamentando che l'amministrazione, omettendo di valutare la candidatura della ricorrente nella seconda procedura di selezione, abbia violato il principio della concorrenza e della par condicio, in conseguenza di una erronea valutazione dei principi contenuti nella succitata delibera della CIVIT.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, difendendo la piena legittimità dei propri atti e chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 23 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Il ricorso è infondato e va rigettato.

Ritiene il Collegio di dover anzitutto precisare la natura e le funzioni della CIVIT.

La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche è una Autorità Amministrativa Indipendente, istituita al fine di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione della attività delle amministrazioni, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione dell'operato della dirigenza, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale delle pubbliche amministrazioni.

L'attività della CIVIT si sostanzia in peculiari compiti di indirizzo e di monitoraggio della attività svolta dalle amministrazioni allo scopo di favorire il raggiungimento di un obiettivo comune di risparmio della spesa pubblica e di reale trasparenza nella gestione delle risorse.

Al riguardo va ritenuto che i pareri resi dalla CIVIT assumono carattere interpretativo delle norme contenute nel D.Lgs 150/09 e pertanto, sebbene essi non possano incidere con effetti vincolanti sull'operato delle amministrazioni alla stregua di una fonte normativa, essi tuttavia contengono gli indirizzi per la successiva azione degli enti a cui sono resi e di quelli nei confronti dei quali si verifichino i medesimi presupposti di fatto.

7.1 In particolare, per quanto riguarda la nomina dei componenti dell'Organismo Indipendente di Valutazione, dispone l'art. 14 del D.Lgs 150/09 che:

- l'Organismo indipendente di valutazione è nominato " sentita la Commissione di cui all'art. 13…";

- L'Organismo indipendente di valutazione è costituito da un organo monocratico ovvero collegiale composto da 3 componenti "dotati dei requisiti stabiliti dalla Commissione ai sensi dell'articolo 13, comma 6, lettera g),…".

La legge, dunque, espressamente condiziona la nomina dell'OIV agli atti di indirizzo espressi dalla CIVIT; con la conseguenza che l'atto di nomina che non tiene conto delle indicazioni in essi contenute, risulta illegittimo in quanto viziato da eccesso di potere.

A tale vizio dell'atto, infatti, vanno ricondotte quelle ipotesi in cui l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, si discosti dai criteri fissati in altri atti amministrativi – ad esempio nelle circolari interpretative- quale limitazione all'esercizio del futuro potere discrezionale fino a quando questi non perdano i propri effetti per sopravvenute determinazioni della stessa amministrazione che li ha emanati ovvero in conseguenza di annullamento giurisdizionale.

7.2 Nel caso di specie, l'Amministrazione comunale ha legittimamente ritenuto di volersi adeguare al parere della CIVIT n. 29/2013 e, conseguentemente, di non affidare l'incarico di componente dell'OIV alla società COIM Idea .

Il predetto parere, peraltro, non risulta impugnato dalla ricorrente la quale procede ad evocarne una generica ed eventuale illegittimità nei motivi di ricorso, ma non spiega avverso tale atto alcuna puntuale censura .

Ne deriva che le censure con cui la ricorrente denuncia la violazione degli articoli 13 e 34 del D.lgs 163/06 – affermando che il sistema normativo contempla la possibilità di scindere il momento dell'affidamento del servizio che è sempre effettuato nei confronti di una persona fisica da quello del versamento del corrispettivo della prestazione che invece può essere effettuato nei confronti di una società - non sono condivisibili, in quanto proposte avverso un provvedimento che recepisce le linee direttive di un atto presupposto tutt'ora valido ed efficace .

Il ricorso principale è pertanto infondato e ne va disposto il rigetto.

7.3 La infondatezza del ricorso principale determina la improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti.

omissis