



Consiglio di Stato

Ufficio Studi, massimario e formazione

“AUTORITÀ INDIPENDENTI E SINDACATO GIURISDIZIONALE” ***Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti***

1. Premessa (abstract)

Le tecniche di sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti hanno come tratto distintivo la esigenza di garantire la effettività della tutela giurisdizionale in controversie particolarmente complesse, che hanno ad oggetto atti adottati dalle autorità all’esito un lungo procedimento (sia esso di tipo regolatorio, o sia esso sanzionatorio), svolto in sede amministrativa con l’intervento di staff di economisti e giuristi delle authorities e delle parti.

Gli esiti del procedimento vengono poi assoggettati al sindacato del giudice, che, benché collegiale, può avere difficoltà a controllare provvedimenti in cui valutazioni economiche o tecniche si fondono con interpretazioni giuridiche.

La giurisprudenza che si è formata sul tema è in via prevalente quella del giudice amministrativo, competente per le controversie che riguardano la maggior parte delle autorità indipendenti.

La giurisprudenza amministrativa ha iniziato da tempo un percorso evolutivo che la ha condotta da un iniziale atteggiamento “timido” nell’esercizio del sindacato ad un sindacato pieno, che ha superato il vaglio e i parametri della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle valutazioni tecniche compiute dalle Autorità, oltre al sindacato di merito sulle sanzioni, compreso il potere di rideterminarle.

Numerosi sono i casi che dimostrano la pienezza del sindacato e l’utilizzo da parte del giudice amministrativo di ogni mezzo probatorio, comprese le Ctu e, anche comparando il contenzioso sviluppatosi davanti al g.a. con quello davanti al g.o., emerge come in sede di giurisdizione amministrativa siano più frequenti i casi in cui la controversia è risulta attraverso un pieno sindacato delle valutazioni, anche economiche, svolte, anziché sulla base di profili di tipo procedimentale.

Si tratta di un sindacato del tutto coerente con quello esercitato dal giudice comunitario sugli atti della Commissione.

Rispetto a tale evoluzione va evitato il rischio di fare passi indietro, introducendo limiti al sindacato che non sarebbero compatibili con i principi affermati dalla Cedu; va, quindi, evitato il rischio che in sede di controllo sui limiti esterni della giurisdizione la Cassazione possa frenare la tendenza verso un sindacato sempre più pieno ed effettivo e parimenti va evitato il rischio di interpretazioni dell’art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 incoerenti con i sopra richiamati principi.

Anzi la tendenza sembra essere quella di passare da un sindacato di mera attendibilità (è sufficiente che sia in sé attendibile la valutazione economica svolta dalle Autorità) ad un sindacato

di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuti in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata.

Va, infine, precisato che in allegato al presente studio vi è un approfondimento dedicato al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che è stato oggetto di una analisi distinta in quanto presenta profili in parte diversi da quelli che caratterizzano il contenzioso delle Autorità indipendenti e problematiche eterogenee e maggiormente simili, sotto il profilo del sindacato, alle amministrazioni tradizionali.

La presente ricerca è stata curata dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, diretto da Filippo Patroni Griffi, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato.

Alla ricerca hanno partecipato i componenti dell'Ufficio studi: Marco Lipari, Presidente di sezione del Consiglio di Stato; Roberto Giovagnoli, Consigliere di Stato; Alfredo Storto, Consigliere di Tar.

Alla ricerca hanno contribuito anche i Presidenti di sezione del Consiglio di Stato Rosanna de Nictolis (per la parte relativa all'ANAC) e Roberto Chieppa.

2. Brevi cenni sul riparto di giurisdizione.

Con riferimento al riparto di giurisdizione, pur emergendo una preferenza del legislatore in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il riparto è stato disciplinato caso per caso da singole norme di settore o in alcuni casi ricade nell'ambito di applicazione di disposizioni più generali.

Mentre restano attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto gli atti del Garante della *privacy* ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 196/2003, il Codice del processo amministrativo ha ora incluso tutte le diverse ipotesi di giurisdizione esclusiva sugli atti delle *Authorities* in una unica disposizione (art. 133, comma 1, lett. *l*) che richiama le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [dalla Banca d'Italia, dalla Consob], dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o Autorità antitrust), dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (sostituita dall'Anac), dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione (i cui compiti sono stati affidati in parte all'Anac e in parte al Dipartimento della funzione pubblica), dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (ora Ivass).

Come noto, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per eccesso di delega – degli articoli 133, comma 1, lettera *l*), 135, comma 1, lettera *c*), e 134, comma 1, lettera *c*), del Codice del processo amministrativo, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia (Corte Cost. 27 giugno 2012 n. 162 relativa alle sanzioni della Consob e Corte Cost. 15 aprile 2014, n. 94 relativa alle sanzioni di Banca d'Italia).

Per i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) si applica in via generale l'art. 133 del codice del processo amministrativo, che affida alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie relative ai provvedimenti adottati dalle autorità le cui funzioni sono oggi esercitate dall'Anac (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione), anche se previsioni speciali hanno poi in un caso ribadito la giurisdizione amministrativa (art. 50 del D. lgs, n. 33/2013, che prevede che le controversie relative agli obblighi di trasparenza - incluse, quindi, quelle sui poteri sanzionatori dell'Anac -previsti dalla normativa vigente sono disciplinate dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104) e, in altro caso, richiamato la giurisdizione ordinaria (art. 19, co. 5-bis, del d.l. n. 90/2014 per le sanzioni Anac in ipotesi di omessa adozione dei piani anticorruzione).

Per il contenzioso relativo alla maggior parte degli atti delle Autorità indipendenti la scelta del legislatore è stata, quindi, in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ciò ha fatto perdere di rilievo la questione della qualificazione come diritti soggettivi o come interessi legittimi delle posizioni dei soggetti con cui entrano in rapporto le Autorità indipendenti. Vanno certamente qualificate come posizioni di interesse legittimo quelle dei segnalanti che invocano l'intervento delle Autorità e reagiscono in giudizio avverso un provvedimento di archiviazione o avverso l'inerzia delle Autorità.

3. Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sugli atti sanzionatori e sugli atti di regolazione delle Autorità indipendenti: differenze e punti in comune.

Esclusa da tempo la natura paragiurisdizionale delle Autorità indipendenti, il problema si è spostato sulle modalità del sindacato giurisdizionale ovvero sull'individuazione di un tipo di sindacato idoneo a realizzare una tutela effettiva.

Dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla questione del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti emerge chiaramente come il giudice amministrativo abbia progressivamente approfondito la questione, mosso dalla ricerca di un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare direttamente un potere in materie rimesse alle autorità garanti, la correttezza del cui operato deve essere verificata dal giudice.

Nelle prime decisioni, pronunciate soprattutto in materia di tutela della concorrenza, il giudice amministrativo ha utilizzato tecniche tradizionali di sindacato sull'atto amministrativo, affermando che, nell'ambito del suo sindacato circoscritto alla sola legittimità dell'atto e non esteso al merito delle scelte amministrative, il giudice può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riserve¹.

Successivamente, il Consiglio di Stato ha approfondito la specificità del sindacato sugli atti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti, evidenziando che tali provvedimenti hanno natura atipica e sono articolati in più parti, che corrispondono alle fasi del controllo svolto dall'Autorità: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento, soprattutto nel settore antitrust, a "concetti giuridici indeterminati" (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra "contestualizzato"; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente².

La tecnica di sindacato utilizzata dal giudice amministrativo è stata leggermente differente in presenza di atti di autorità regolatorie rispetto agli atti delle autorità giustiziali.

Per le Autorità regolatorie l'attenzione del giudice è stata posta in primo luogo sul procedimento. Tale atteggiamento non è dipeso da una impostazione di tipo formale, ma è stato frutto dei dubbi in ordine alla legittimità dell'affidamento di potestà normative ad autorità non politiche, sotto il profilo del rispetto del principio di legalità e di gerarchia delle fonti;

Costituisce principio consolidato quello secondo cui un elemento che contribuisce a legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti è costituito dalle garanzie procedurali, dall'applicazione del giusto procedimento, secondo un principio definito di legalità procedurale.

Non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati. Nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale viene, quindi, almeno in parte compensata dalla legalità procedurale. Si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto

¹ Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348, Italcementi.

² Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, Rc Auto.

meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati.

Quindi, la partecipazione viene ad essere un correttivo sia della perdita della legalità sostanziale, sia del *deficit* di legittimazione democratica.

La valorizzazione dei vizi procedurali non esclude un sindacato effettivo sulle valutazioni compiute dalle Autorità, anche se oggettivamente i margini di opinabilità sono ancora più ampi nel caso di provvedimenti regolatori, ai quali non si applica la citata giurisprudenza della Cedu relativa ai provvedimenti sanzionatori (v. Cons. Stato, VI, 10 dicembre 2014 n. 6041, in cui con riferimento ad un provvedimento dell'Aeegsi, si ritiene che non è sufficiente ad integrare un vizio che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, essendo necessario che emerga un contrasto con un principio definito di ragionevolezza tecnica).

Mentre in sede di applicazione di una sanzione i margini di opinabilità delle valutazioni tecniche effettuate e dell'analisi economica svolta sono più stringenti, nell'attività di regolazione tali margini sono più ampi e ciò si riflette sul sindacato giurisdizionale, che non deve poter sindacare in modo pieno fatti e valutazioni, ma deve arrestarsi di fronte a scelte di merito sul contenuto della regolazione da adottare, che non può fare direttamente il giudice.

Ad esempio con riferimento agli atti adottati dall'Autorità per l'energia, il gas e il sistema idrico (AEEGSI) il contenzioso riguarda in particolare atti di regolazione (specie quelli che fissano i parametri per la determinazione delle voci che compongono le tariffe per la vendita e la distribuzione del gas e dell'energia elettrica o la tariffa del servizio idrico) e i provvedimenti in materia di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Si tratta di provvedimenti che presuppongono, nella maggior parte dei casi, l'esercizio da parte dell'AEEGSI di valutazioni tecnico-discrezionali, in relazione alle quali viene in rilievo la questione dell'intensità, dell'oggetto e dei limiti del sindacato giurisdizionale, simile a quella relativa ai provvedimenti sanzionatori.

Rispetto al contenzioso in materia di sanzioni (che investe principalmente altre Autorità indipendenti, come, ad esempio, l'AGCM), la principale differenza consiste nel fatto che, nel caso della regolazione, la discrezionalità tecnica viene esercitata *ex ante*, attraverso l'introduzione di regole dirette ad orientare e a condizionare quello che sarà, nel futuro, il comportamento degli operatori economici o dei soggetti regolati.

Nel caso delle sanzioni, invece, la discrezionalità tecnica viene esercitata *ex post*, nel senso che ha ad oggetto un comportamento già posto in essere dall'operatore economico in assunta violazione delle regole fissate *ex ante* (dalla legge o dal regolatore indipendente).

Nonostante il diverso momento in cui si esercita la discrezionalità tecnica, tuttavia, le questioni che si pongono nel dibattito giurisprudenziale presentano profili di evidente affinità, perché sia nel caso delle sanzioni sia nel caso della regolazione, il punto centrale è quello dell'elasticità del criterio tecnico utilizzato nell'esercizio del potere, a cui corrisponde la "fisiologica" opinabilità della soluzione tecnica adottata dall'Autorità indipendente.

Anche nell'ambito di tale tipologia di contenzioso si ripropone, quindi, il problema del difficile equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale (che postula il sindacato di piena giurisdizione sull'esercizio della discrezionalità tecnica) e il divieto per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio del potere.

L'esame della giurisprudenza (citata in seguito) mostra come il giudice amministrativo

eserciti nei confronti dell'AEEGSI un sindacato di particolare intensità, diretto sia all'accertamento pieno dei fatti (anche quanto presentano profili di complessità tecnica) sul cui presupposto vengono adottate le scelte regolatorie, sia alla rigorosa verifica dell'attendibilità tecnica dei criteri specialistici utilizzati nell'esercizio del potere. Un sindacato nell'ambito del quale il giudice amministrativo, specie in alcune più recenti decisioni, è giunto a vagliare l'attendibilità della soluzione tecnica recepita nel provvedimento anche tenendo conto anche della plausibilità delle ricostruzioni alternative eventualmente prospettate dalle imprese ricorrenti.

4. Le modalità di esercizio del sindacato.

4.1. La piena verifica dei fatti.

Nessun dubbio vi è mai stato sul pieno controllo in sede giurisdizionale dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, che possono essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi; ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione.

La piena e diretta verifica dei fatti posti a fondamento di provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti costituisce ormai un dato acquisito nella giurisprudenza amministrativa, come dimostrato dagli esempi che seguono.

Nel caso Mastercard il Consiglio di Stato ha ritenuto non dimostrato l'accertamento dell'Autorità Antitrust che la determinazione del livello della MIF nazionale e il contenuto dei contratti di licenza fra il circuito MasterCard e le proprie licenziatarie si porrebbero in contrasto con le previsioni di cui all'art. 101 TFUE. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto non dimostrato l'asserito livello elevato delle MIF, in quanto *"l'affermazione secondo cui un livello medio di MIF compreso fra 0,90 e 0,99 si attesterebbe in ogni caso su "livelli molto elevati" non risulta a sua volta confortata da adeguati riscontri fattuali e non dà conto delle comparazioni svolte al fine di rendere tale affermazione"*. In proposito, il Giudice ha rilevato come il raffronto tra l'entità delle commissioni applicate dal circuito, sia rispetto a quelle in uso in altri paesi, sia rispetto a quelle utilizzate dal principale concorrente, dimostra anzi l'insostenibilità della tesi che in capo a MasterCard vi fosse un esorbitante vantaggio comparativo.

Il Consiglio di Stato ha inoltre censurato l'iter logico probatorio seguito dall'AGCM al fine di affermare la sussistenza di un fascio di intese verticali tra MasterCard e le banche licenziatarie, ritenendo non dimostrata una effettiva *"comunanza di interessi"* in capo alle banche licenziatarie. A tale fine, il Giudice ha verificato in concreto l'accertamento condotto, ritenendo non persuasive le motivazioni dell'Autorità. A titolo di esempio, *"l'esame dei contratti di licenza acquisiti nel corso del giudizio non pare confermare la tesi secondo cui la determinazione della MIF nell'ambito dei contratti di licenza palesasse l'intento comune fra le parti di porre il relativo onere a carico degli esercenti"* (Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, nn. 743 e 744, Carte di Credito).

Nel caso TNT/Poste il Consiglio di Stato ha ritenuto erronei i presupposti di fatto alla base del provvedimento rilevando che esso si fonda sull'erronea credenza che il prezzo del servizio offerto dall'*incumbent* fosse inferiore a quello del concorrente, ritenendo, pertanto, l'applicazione di prezzi superiori a quelli dei concorrenti di per sé inidonea a determinare effetti escludenti nei confronti di questi ultimi (Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, TNT Post Italia).

L'attenta verifica diretta dei fatti avviene anche nei casi in cui il giudice amministrativo ha respinto i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità indipendente.

In un caso, il Consiglio di Stato, nell'accogliere l'appello proposto dall'AGCM avverso la sentenza del Tar che annullava il provvedimento di divieto di un'operazione di concentrazione, ha focalizzato l'attenzione sulla definizione del mercato rilevante e sulla presenza di indizi precisi seri e concordanti a fare emergere la criticità dell'operazione esaminata, che avrebbe dispiegato i suoi effetti nei mercati rilevanti che si sarebbero formati al momento della effettuazione delle gare d'ambito e non nel mercato della distribuzione del gas all'epoca esistente. Il giudice amministrativo ha qui analizzato nel dettaglio le evidenze istruttorie e, in particolare, quelle attinenti alla strategia che testimonia, per entrambe le società, *“l'interesse ad espandersi nell'area dove si trovano gli Atem rilevanti, senza limitarsi alla conferma in quelli dove già erano dominanti”*, e l'altra relativa *“alla presenza negli Atem rilevanti e/o limitrofi, oltre che alla loro capacità finanziaria”*. Tali evidenze sono state ritenute idonee a legittimare il divieto contestato, anche attraverso un attento esame dell'aspetto controfattuale: *“in assenza dell'operazione, le parti avrebbero tentato di sottrarsi l'un l'altra le concessioni relative agli Atem rilevanti, partecipando con offerte concorrenziali non solo alle gare per gli Atem nei quali ognuna è il gestore uscente ma anche alle gare per gli Atem nei quali era l'altra parte ad avere una notevole presenza pregressa”* (Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334, Italgas-Acea-IPS/Isontina Reti Gas).

Nello stesso senso, è stata affermata la necessità di una valutazione piena sul fatto, anche in relazione a fatti complessi e opinabili valutati dall'Agcom; valutazione che riguarda, nel suo complesso, anche le condotte degli operatori economici del settore delle telecomunicazioni, caratterizzate da tecnicità e opinabilità (Cons. Stato Sez. III, 2-10-2015, n. 4616).

4.2. Il sindacato sull'analisi economica e sulle valutazioni tecniche.

Per quanto concerne le fasi in precedenza indicate sub b) e c), consistenti nell'individuazione del parametro normativo e nel raffronto con i fatti accertati, in relazione alle quali le Autorità indipendenti effettuano valutazioni tecniche, fondate non su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma in base a scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i “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'amministrazione.

Il passaggio ad un controllo intrinseco assume una notevole importanza e conduce il giudice amministrativo a sindacare la stessa analisi economica svolta dall'Autorità.

Il problema si è allora spostato sull'individuazione di eventuali limiti nell'esercizio del sindacato sull'analisi economica e sulle valutazioni tecniche.

La tesi di un “sindacato di tipo debole”, nel senso che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del “concetto indeterminato” all'operato dell'Autorità, è stata da tempo superata dalla

giurisprudenza amministrativa³, che ha definito il sindacato “forte, pieno ed effettivo”, ponendo l'attenzione unicamente sulla ricerca di “un sindacato 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, ma di verificare — senza alcuna limitazione — se il potere a tal fine attribuito all'Autorità indipendente (nella specie. Antitrust) sia stato correttamente esercitato”⁴.

Le menzionate precisazioni fornite dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato escludono limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività delle Autorità indipendenti, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore alle autorità.

Numerosi sono gli esempi che possono essere indicati a dimostrazione della sussistenza di un sindacato pieno esteso anche ai profili tecnici.

Recentemente, il TAR del Lazio ha annullato un provvedimento dell'Autorità antitrust conducendo un esame particolarmente penetrante in relazione alle valutazioni circa la sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale. Ad avviso del Collegio, infatti, *“le imprese considerate hanno dato luogo “al di per sé lecito istituto del r.t.i., consentito dalla normativa vigente e dai bandi di gara. A fronte di tale presupposto oggettivo, l'AGCM ha ritenuto di rinvenire, in istruttoria, ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale legata alle “gare INAIL”: conseguentemente, è necessario verificare se le imprese, nel particolare Unicredit, abbiano fornito spiegazioni alternative idonee a evidenziare la liceità della loro condotta”*. Il Giudice ha quindi esaminato gli elementi probatori enucleati dall'Autorità nel corso dell'istruttoria in relazione a ciascuna singola gara, per concludere che *“non si rinviene la pratica concordata come sanzionata dall'AGCM, in quanto non si desumono elementi in grado di attestare la volontà di dare luogo, mediante un originario r.t.i. mantenuto “di fatto” fino al 2007, ad una collaborazione specifica e costante a danno della concorrenza nel mercato di riferimento, in quanto i contatti tra le parti risultavano giustificati da valutazioni di mera convenienza strategico/imprenditoriale che, di volta in volta, erano lecitamente orientate a conseguire un vantaggio, anche a discapito delle altre imprese “in cordata” nel 1996”* (Tar Lazio, sez. I, 16 giugno 2016, n. 6921, INAIL - affidamento servizio di cassa).

In altro caso, Il Consiglio di Stato ha rilevato un vizio *ab imis* dell'approccio metodologico seguito dall'AGCM atteso che nella valutazione delle condotte d'incremento tariffario era stato utilizzato il parametro del ricavo medio unitario anziché il *“corretto criterio, aderente alla fattispecie anticoncorrenziale addebitata alle odierne appellate, di un'analisi concreta e puntuale dei prezzi reali applicati dalle singole compagnie a raffronto, per tratte, singoli momenti della stagione e tipologie di viaggio e di servizi offerti”*. Il criterio di analisi economica utilizzato dall'Autorità è stato quindi ritenuto non attendibile o meno attendibile di quello proposto dalle parti e condiviso dal giudice. Proseguendo tale intensa verifica dei profili tecnici, il Consiglio di Stato, esercitando un intenso scrutinio sull'iter logico-probatorio seguito dall'Autorità, ha individuato molteplici spiegazioni al parallelismo dei prezzi, idonee ad

³ Tesi superata fin da Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004 n. 926, Buoni pasto Consip.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 597, Jetfuel.

escludere l'asserita pratica concordata vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE. In particolare il Giudice ha evidenziato che l'aumento dei prezzi costituiva *“una risposta razionale ai sensibili aumenti del combustibile nel periodo 2009.2011”*, ovvero che la coincidenza cronologica poteva dirsi *“conseguenza diretta della grande trasparenza del mercato del settore in esame”* ed ancora che l'esclusione dal perimetro degli operatori sanzionati di altre due imprese operanti nel medesimo mercato, nonostante i rialzi di prezzo operati e le quote detenute, costituiva di per sé *“la prova dell'esistenza di spiegazioni alternative alla concertazione”*. Il Giudice ha quindi ritenuto che il parallelismo dei prezzi e il loro andamento trovassero giustificazione nelle *“tendenze oligopolistiche del mercato”* (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123, *Tariffe Traghetti da/per la Sardegna*).

Anche il sindacato sulla logicità e coerenza della tesi seguita dall'Autorità antitrust è particolarmente intenso.

In un caso recente, il Consiglio di Stato ha censurato l'accertamento relativo alla condotta collusiva, ritenendo vi fosse una *“significativa incoerenza”* sul piano logico motivazionale tra il provvedimento impugnato e le numerose segnalazioni e i provvedimenti con i quali, a partire dal 1995, l'Autorità antitrust aveva espressamente criticato la regolamentazione adottata dalla Regione Campania, ritenendola ostativa al pieno dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nel mercato dei golfi di Napoli e Salerno. L'Autorità avrebbe pertanto dovuto approfondire l'istruttoria al fine di valutare l'influenza della regolamentazione regionale e illustrare le ragioni per le quali riteneva di modificare le precedenti valutazioni svolte nelle proprie segnalazioni e nel provvedimento del 25 ottobre 2009 di chiusura del procedimento con impegni (Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2016, nn. 3769, 3770, 3771, 3772 e 3773, *Organizzazione servizi marittimi nel Golfo di Napoli*).

Con riferimento alla verifica delle valutazioni tecniche l'intensità e la pienezza del sindacato emerge pure nei casi in cui il giudice amministrativo conferma i provvedimenti adottati dall'Autorità indipendente.

In un caso il Consiglio di Stato ha effettuato un'attenta verifica della individuazione del mercato rilevante, ritenuto coincidente con una singola gara e mercato, confermando l'accertamento di un'intesa anticompetitiva e verificando nel dettaglio la finalità dell'utilizzo di una ATI, ritenuta appunto non necessaria per la partecipazione alla gara, ma diretta ad assicurare il mantenimento della medesima ripartizione del bacino di azione (Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423, *Comune di Casalmaggiore - Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas*).

In altri casi, il Consiglio di Stato ha esaminato la validità dell'iter logico-argomentativo seguito dall'Autorità antitrust in relazione al mercato rilevante e all'accertamento dell'illecito; ad esempio, nel respingere la tesi delle parti - che sostenevano che il mercato geografico rilevante non avrebbe avuto dimensione locale bensì nazionale con un conseguente limitatissimo impatto sulla concorrenza dell'intesa incriminata - ha esaminato la delimitazione operata dall'AGCM nei suoi vari passaggi (domanda e offerta nel settore, natura e valore dell'offerta) e ritenuto

corretta tale delimitazione (*Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032, Affidamento del servizio assicurativo RCT/RCO per AA.SS.LL. e AA.OO. campane*).

Anche nei casi in cui il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado che aveva annullato il provvedimento, confermando la decisione dell'Autorità antitrust, questi è entrato nel merito delle condotte contestate al fine dell'accertamento della condotta illecita. A titolo di esempio, il Consiglio di Stato ha annullato una pronuncia del TAR che aveva ritenuto interrotto il nesso di causalità tra la condotta abusiva e gli effetti della stessa, analizzando le varie condotte poste in essere dall'abusante; tali condotte, seppure individualmente lecite, sono state ritenute nel loro complesso oggettivamente idonee a limitare la concorrenza, senza che potessero valere "successive, aleatorie reazioni di terzi" (*Cons. Stato, VI, 8 aprile 2014, n.1673, Esselunga/Coop Estense*).

In un altro caso, nel pervenire alle medesime conclusioni del TAR circa la legittimità del provvedimento AGCM con cui veniva sanzionato un abuso di posizione dominante di Telecom Italia, il Consiglio di Stato ha esaminato con particolare attenzione "sia le critiche alla sentenza sia le riproposte critiche al provvedimento antitrust originariamente impugnato". Il Giudice ha quindi ripercorso il processo valutativo dell'AGCM in relazione all'accertamento del carattere discriminatorio della procedura per la gestione delle richieste di attivazione provenienti dagli OLO concorrenti e del carattere abusivo della politica di sconti di Telecom Italia, confermandone gli esiti (*Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479, Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

Il sindacato sulle valutazioni tecniche può in altri casi attenere alla verifica in sede giurisdizionale della correttezza e attendibilità delle tesi proposte dalle parti e alternative all'analisi svolta dalla Autorità indipendente.

Ad esempio, in sede di sindacato sulle condizioni dettate dall'Autorità antitrust cui era subordinata l'autorizzazione di una operazione di concentrazione, il giudice amministrativo, nell'aderire alla ricostruzione dell'Autorità che individua nel canale di vendita "Baby Store" un mercato a sé stante in virtù delle categorie di prodotti rinvenibili e dei servizi offerti alla clientela che lo contraddistinguono rispetto a tutti gli altri canali di vendita, compresa la grande distribuzione, ha escluso la sostituibilità dei canali distributivi – evidenziata dai ricorrenti – osservando come "non appare logicamente condivisibile la considerazione legata all'esclusivo profilo del prezzo di offerta nelle operazioni di promozione, le quali, proprio in quanto tali, costituiscono evidentemente modalità non ordinarie di vendita" (*Tar Lazio, 10 febbraio 2016, n. 1934, Enrico Preziosi-Artsana/Newco-Bimbo Store*).

A conferma di quanto detto in precedenza circa l'intensità del sindacato anche in relazione agli atti delle Autorità di regolazione, possono essere indicate diverse decisioni in cui le scelte regolatorie, fondate su presupposti tecnici sono state assoggettate ad un pieno controllo giurisdizionale.

In un giudizio avente ad oggetto la deliberazione con cui l'AEEG aveva provveduto all'aggiornamento dei parametri di riferimento per il riconoscimento della produzione combinata, in un unico processo, di energia elettrica e calore come cogenerazione, il Consiglio di Stato (sez. VI,

12 ottobre 2011, n. 5519) ha ribadito che il sindacato giurisdizionale può svolgersi anche – e in primo luogo - con la verifica dell’attendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall’Amministrazione rispetto alla correttezza dei criteri utilizzati e applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell’ambito di opinabilità, poiché altrimenti all’apprezzamento opinabile dell’Amministrazione sostituirebbe quello proprio e altrettanto opinabile.

Applicando gli enunciati principi di diritto alla fattispecie concreta dedotta in giudizio e tenuto conto che sotto un profilo prettamente normativo per “*cogenerazione*” s’intende “*la produzione combinata di energia elettrica e calore alle condizioni definite dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas, che garantiscano un significativo risparmio di energia rispetto alle produzioni separate*” (v. art. 2 d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79), il Consiglio di Stato ha ritenuto la ragionevolezza delle determinazioni assunte dall’Autorità, “poiché dall’esame delle valutazioni tecniche poste a base della delibera di aggiornamento non emergono vizi di illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, né elementi tali da far ritenere che sia stato superato l’ambito di opinabilità secondo i correnti criteri tecnico-scientifici, trattandosi di valutazioni rispettose dei margini di opinabilità/plausibilità propri dei giudizi connotati da ampia discrezionalità tecnica, quali quelli in esame”.

In particolare, il Consiglio di Stato ha rilevato che l’Autorità, attraverso una serie di analitiche osservazioni è pervenuta (i) alla fissazione di nuovi valori di rendimento elettrico di riferimento (espressi dal parametro “*ηes*”) in relazione alle varie tipologie di impianti, (ii) all’individuazione di una nuova tipologia impiantistica con riguardo agli impianti alimentati dai residui dei processi di raffinazione (il c.d. tar di raffineria) e (iii) alla determinazione di un nuovo valore del limite termico (LT) per impianti fino a 25 MW; il tutto, avvalendosi della consulenza di un importante operatore del settore dell’impiantistica e dei sistemi elettrici, ossia della società di consulenza Centro elettrotecnico sperimentale italiano - Cesi s.p.a., il cui rapporto tecnico era accessibile agli operatori interessati sul sito *internet* dell’Autorità.

In altro giudizio avente ad oggetto le delibere con cui l’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas ha modificato – per il triennio 2010/2013 – i criteri per la determinazione delle tariffe di trasporto e dispacciamento del gas naturale) ha, innanzitutto, ricordato la significativa evoluzione giurisprudenziale, rispetto all’indirizzo che limitava il giudizio di legittimità, rapportato ai provvedimenti tecnici della medesima Autorità, alla mera estrinseca ragionevolezza e coerenza tecnica degli stessi: cosiddetto “*sindacato debole*”, quest’ultimo, per la riferibilità degli atti in questione non solo a regole scientifiche specialistiche, ma anche a valutazioni di natura prognostica, non ripercorribile in base a dati univoci perché a carattere anche economico o sociologico.

La sentenza (Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888) ha, quindi, richiamato il principio, secondo cui, pur non potendo il giudice sostituirsi all’Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell’istruttoria), ma deve estendersi, invece, dall’esatta rappresentazione dei fatti all’attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati,

secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio – costituzionale e comunitario – di effettività della tutela giurisdizionale.

Tale principio impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte.

Applicando tali principi al caso di specie, il Collegio ha censurato i nuovi criteri introdotti dall'AEEGSI, ritenendoli non corrispondenti alle esigenze di copertura dei “*costi effettivi*” del servizio, con “*recupero delle quote di ricavo riconducibili al capitale*”, in corrispondenza al principio di “*semplificazione amministrativa*”.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto plausibili e attendibili le spiegazioni alternative prospettate dalla società appellata. La sentenza, in particolare ha evidenziato come nel provvedimento impugnato fossero state indebitamente trascurate circostanze anche estrinseche, legate alle contingenze possibili del mercato internazionale, per cui gli acquisti di gas potrebbero trovare maggiore spazio, di volta in volta, presso Paesi diversi e collocati in aree geografiche anche opposte: quanto sopra, in corrispondenza a situazioni reali e di sistema di primario rilievo, necessariamente da considerare per una valutazione attendibile.

Al tempo stesso, secondo il Consiglio di Stato, non possono ragionevolmente essere escluse ragioni aziendali che, in regime di libera concorrenza, comportino forniture e consumi concentrati, per alcuni operatori, nelle aree meridionali del Paese, con non comprovata possibilità di riequilibrio nel rapporto *entry-exit*.

Secondo la sentenza in esame, le circostanze sopra indicate richiedono l'individuazione di punti di immissione nella rete, riconducibili non solo (come prospettato dall'Autorità) all'elemento della statica vicinanza ai siti di stoccaggio o ai luoghi di maggior consumo, ma anche a ragioni geografiche, ambientali, economiche e, in senso lato, politiche.

La particolare intensità del sindacato che il Consiglio di Stato esercita sugli atti dell'AEEGSI trova conferma anche nella recente sentenza sez. VI, 9 agosto n. 3552/2016, relativa ai criteri di regolazione tariffaria e di accesso relativi al servizio di rigassificazione nei casi di rinuncia o revoca dell'esonero relativa a terminali GNL.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il provvedimento impugnato, riscontrando profili di difetto di motivazione ed eccesso di potere. Secondo la sentenza in esame, l'AEEGSI non ha, infatti, chiarito il motivo per il quale un terminale, comunque soggetto all'obbligo di garantire l'accesso ai terzi, debba ritenersi, per il solo fatto di avere rinunciato all'esonero dal relativo regime, meno meritevole di tutela rispetto ad un terminale soggetto ai medesimi obblighi, ma che non aveva avuto interesse a richiedere l'esonero dal c.d. *Third Party Access* (TPA), ovvero al quale l'esonero era stata negata.

Esercitando un sindacato pieno sulle e valutazioni compiute dall'AEEGSI, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la rinuncia all'esonero non rappresenta un comportamento abusivo, ma un comportamento che, sebbene frutto di una mutata valutazione economica, non incide sulla realizzazione dell'interesse pubblico sotteso al rilascio dell'esonero, che è quello di vedere la

realizzazione di un nuovo terminale, in linea con l'aspettativa del sistema di vedere ampliata l'offerta di gas.

Inoltre, la rinuncia all'esenzione provoca, a sua volta, benefici per il sistema, nella misura in cui consente una maggiore integrazione con i mercati più liquidi e nel medio termine un auspicabile effetto favorevole sulla formazione dei prezzi. Ciò in quanto, il ritorno al regime regolato a seguito della rinuncia al diritto all'esenzione dal TPA consente al terminale di offrire una significativa capacità di rigassificazione di GNL per forniture *spot* su base sistematica, a differenza di quanto sarebbe stato possibile in caso di esenzione.

Con riferimento ad un provvedimento di rideterminazione tariffaria che introduceva (a seguito della riduzione del prezzo del gas sui mercati europei) un coefficiente di demoltiplicazione idoneo a determinare una riduzione dei costi di approvvigionamento riconosciuti in tariffa, il Consiglio di Stato, in via istruttoria, con ordinanza n. 288/2016, aveva disposto incumbenti istruttori, esplicitamente finalizzati ad esercitare in sindacato pieno sui presupposti di fatto della variazione tariffaria.

Si legge, in particolare, nella citata ordinanza: *visto che sia le società ricorrenti [...] sia l'E. contestano di aver tratto reali benefici dalla riduzione dei prezzi del gas sui mercati europei, si rende necessario acquisire da parte di tale imprese, puntuali informazioni, supportate da adeguata documentazione, circa l'esistenza e l'esito di eventuali rinegoziazioni dei contratti per la fornitura del gas, illustrando anche nel dettaglio i contenuti dei regolamenti contrattuali in essere, anche al fine di valutare l'effettiva sussistenza del rischio di penalità che possono scaturire dalle c.d. clausola take-or-pay, cui hanno fatto riferimento sia le originarie ricorrenti sia l'Eni*".

All'esito dell'istruttoria, il Consiglio di Stato ha ritenuto l'illegittimità del provvedimento dell'AEEGSI.

La lettura di alcuni passaggi motivazionali della sentenza evidenzia la particolare intensità del sindacato giurisdizionale.

Secondo il Consiglio di Stato, il provvedimento dell'Autorità, basandosi su dati previsionali e non storici, ha condotto ad un risultato che, lungi dall'essere semplice *moderamento* rispetto ai prezzi praticabili e praticati sui mercati a valle e, come tale, idoneo e positivo strumento di induzione di *good practice* (nella fissazione dei prezzi) tra le imprese che riforniscono tali mercati, si è rivelato piuttosto, in fondo, uno strumento se non strettamente punitivo quanto meno lesivo dei plausibili (in considerazione delle effettive e concrete elasticità dei mercati di approvvigionamento) margini di ricavi di tali imprese.

Ciò che, pertanto, ha indotto il giudice amministrativo all'accoglimento del ricorso non è tanto il fatto in sé che l'Autorità, nella determinazione di una variazione della struttura della formula tariffaria e, dunque, della sua dinamica operativa, sotto forma di demoltiplicazione dei fattori di costo, si sia avvalsa di una metodologia e di una tecnica previsionale (piuttosto che meramente ricognitiva di dati storici e consolidati).

Ciò che, invece, ha condotto all'accoglimento è soprattutto il risultato pratico che è disceso dalle determinazioni dell'AEEGSI, risultato di per se stesso rivelatore (in assenza di fattori perturbativi alieni ed imprevedibili, che l'Autorità non ha neppure evocato) di una stima previsionale dalle ricadute eccedentarie e, per ciò solo, non plausibile né giustificabile alla luce di quegli stessi poteri che la legge le ha dato.

Quando, invero, una strategia di *suasion*, perseguita attraverso tecniche di induzione di comportamenti migliorativi (dal punto di vista della dinamica di determinazione dei prezzi) che fanno leva sulle capacità concorrenziali degli operatori interessati, giunge a risultati deprimenti degli stessi margini di ricavo conseguibili dalla vendita dei prodotti, la stessa finisce per denotare o, da un lato, un intendimento latamente ablativo di ricchezza nei riguardi degli operatori o, da altro lato, un errore, insito a propria volta o nelle previsioni e stime o nelle loro traduzioni nelle formule determinative di quella che dovrebbe costituire la leva di induzione di tali comportamenti migliorativi.

Prendendo in esame il contenzioso sui provvedimenti dell'AGCOM, emerge come il giudice amministrativo "penetri" frequentemente, e programmaticamente, il percorso istruttorio e la motivazione dell'atto, anche in aree che potrebbero astrattamente qualificarsi come di "opinabilità" tecnica.

In questo senso, risulta particolarmente approfondita la pronuncia del Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013 n. 1645, anche in relazione ai corollari applicativi in materia di mezzi di prova ammissibili nel giudizio amministrativo e di utilizzazione della verifica e CTU.

Si deve sottolineare che il GA chiarisce il limite della valutazione di legittimità, evitando di sconfinare nel "merito" della scelta compiuta nella "forchetta" delle opzioni astrattamente opinabili, riservate all'Autorità di regolazione. Ma, in ultima analisi, attraverso il controllo della ragionevolezza e completezza dell'istruttoria, il giudice svolge la verifica del vizio di eccesso di potere, secondo parametri riconducibili alla collaudata tradizione del suo ruolo.

Secondo la citata pronuncia del Consiglio di Stato, "(...) la P.A., anche nell'accertamento di fatti complessi alla stregua di "concetti giuridici indeterminati" (c.d. *unbestimmte Rechtsbegriffe*) o di "regole tecnico-scientifiche opinabili", deve ispirarsi ad un rigore metodologico e ad una coerenza applicativa, che non possono non essere suscettibili di verifica e di controllo da parte del giudice amministrativo, nel loro intrinseco svolgimento, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico."

Giova sottolineare che, per la Terza Sezione del Consiglio di Stato, la complessità scientifica dei dati da accertare non rappresenta un ostacolo o un limite alla profondità del sindacato del giudice, correlato all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione della controversia.

"Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale, infatti, sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la P.A., al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere."

4.3. Il sindacato esteso al merito sulle sanzioni.

Parimenti, alcun dubbio vi è stato sulla sussistenza di un sindacato pieno, e in questo caso anche sostitutivo in quanto esteso al merito, sulle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti.

Le conclusioni cui era giunta la giurisprudenza amministrativa sono state confermate dall'art. 134, comma 1, lett. c), del Codice del processo amministrativo, che ha incluso, tra le materie di giurisdizione amministrativa estesa al merito, le controversie aventi ad oggetto "le sanzioni

pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti”.

La norma ovviamente non è attributiva della giurisdizione, nel senso che deve preesistere altrove una specifica disposizione che attribuisce la giudice amministrativo la cognizione sulle contestazioni di sanzioni pecuniarie.

Quando la giurisdizione amministrativa sulle sanzioni sussiste, il G.A. ha gli stessi poteri del G.O. per la rideterminazione delle sanzioni; esercita cioè i poteri previsti dall'art. 23 l. n. 689/1981, che stabilisce che con la sentenza il giudice [ordinario] può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento o accoglierla, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta (v. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896 e VI, 28 gennaio 2016 n. 289, secondo cui l'esercizio del sindacato giurisdizionale di merito sui provvedimenti dell'antitrust, che sfocia nella modificazione dell'entità della sanzione in sostituzione della correlativa determinazione dell'Autorità, si risolve nell'adozione di una sentenza ad efficacia costitutiva, a completamento della fattispecie sostanziale, con riferimento al *quantum* della sanzione quale rideterminata in sede giudiziale).

In taluni casi, il Giudice ha stabilito la diminuzione dell'importo finale della sanzione irrogata, dettando i criteri in base ai quali effettuare la concreta rideterminazione e rinviando all'Autorità antitrust per la quantificazione dell'importo. Ad esempio, in un caso il Giudice ha ridotto del 25% la sanzione irrogata all'impresa osservando che *“anche se nella controversia in oggetto esercita giurisdizione di merito ai sensi dell'art. 134, comma 1, lettera c) del Codice del processo amministrativo, ritiene opportuno demandarne la concreta nuova quantificazione all'Autorità, in rinnovazione del procedimento per la parte in esame, per modo che siano presi in dettagliata considerazione tutti gli elementi rilevanti”* (Consiglio di Stato, VI, 2 luglio 2015, n. 329, *Intesa nel mercato delle barriere stradali*; cfr. anche Cons. Stato, VI, 11 luglio 2016, n. 3047, *Gare fanghi*).

In altri casi, il Giudice ha proceduto direttamente nella sentenza alla rideterminazione dell'importo: cfr. ad esempio *TAR Lazio, 29 marzo 2012, n. 3025, Logistica Internazionale*, con cui il TAR ha *“parzialmente accolto limitatamente alla quantificazione della sanzione, e segnatamente con riferimento alla riduzione spettante alla società ricorrente per l'attenuante della ridotta partecipazione all'intesa, con conseguente rideterminazione della sanzione, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lettera c) del codice del processo amministrativo”* (confermata da Cons. Stato, VI, 23 giugno 2014, n. 3167).

Non sono rari i casi in cui il Giudice ha ridotto sostanzialmente la sanzione inizialmente irrogata dall'AGCM. Si considerino, a titolo di esempio, le seguenti pronunce:

- *Consiglio di Stato, VI, 20 febbraio 2017, n. 740, Gara Consip servizi di pulizia nelle scuole*. Il Collegio, confermando le valutazioni del TAR, ha ritenuto che l'importo base della sanzione debba coincidere con l'importo di aggiudicazione aumentato del solo massimale di fornitura, con l'esclusione del *“plafond”* aggiuntivo per il quale la committenza, secondo la *lex specialis* di gara, poteva disporre l'estensione della convezione stipulata con l'aggiudicatario. In merito alla valutazione di gravità della condotta, il Collegio ha confermato la percentuale del 5% stabilita dal TAR, in luogo del 15% applicato dall'Autorità, in quanto ha ritenuto tale quantificazione aderente al principio di proporzionalità e sorretta da sufficiente e condivisibile motivazione in ordine

all'inconfigurabilità della fattispecie della “*segretezza della pratica illecita*”. La sanzione irrogata è stata rideterminata dall’Autorità ad esito della pronuncia del TAR risultando ridotta di circa il 70% (da 56.190.000 euro a 17.027.300 euro).

- *TAR Lazio, I, 10 ottobre 2013, n. 8752, I, Espletamento gare affidamento servizio distribuzione gas (passata in giudicato)*. Il TAR ha rideterminato la sanzione irrogata dall’Autorità Antitrust ad Italgas. In particolare, ad avviso del Giudice, la condotta abusiva si è manifestata per un periodo inferiore rispetto a quello determinato dall’Autorità, comportando tale differenza una riduzione di un terzo. Inoltre, il TAR ha rilevato che la condotta si è svolta in un contesto normativo incerto, per cui l’ammenda è stata inoltre ridotta di un ulteriore terzo. L’ammenda è stata complessivamente ridotta di circa il 67%, passando da 4.671.447 euro a 1.557.149 euro.

- *Consiglio di Stato, VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, Eni - Trans Tunisian Pipeline*. Il Giudice, riqualificando l’abuso come grave, ha proceduto a rideterminare la sanzione irrogata ad ENI in una percentuale dello 0,10% del fatturato e, in considerazione del ravvedimento operoso, ha applicato un abbattimento del 65%, pervenendo così ad una sanzione pecuniaria pari a 20.405.000 euro. La sanzione inizialmente irrogata, inizialmente pari a 290 milioni di euro, è stata quindi ridotta di circa il 93%;

- *Consiglio di Stato, sez. VI, - sentenza 10 marzo 2006, n. 1271, Comportamenti abusivi di Telecom Italia*. L’Autorità ha accertato due condotte abusive di Telecom Italia, ciascuna delle quali è stata sanzionata con un’ammenda pari a 76 milioni di euro. In relazione ad uno dei due illeciti accertati, il Collegio ha ritenuto non grave una parte della condotta (l’abuso costituito dalle clausole escludenti contenute nelle offerte *standard* alla clientela *business* privata in ragione dell’intervenuta autorizzazione da parte dell’Agcom) e rideterminato l’ammenda in misura pari a 38,5 milioni di euro. E’ stato quindi ridotto di circa il 50% l’importo inizialmente irrogato per la condotta in questione.

4.4. I mezzi di prova.

In termini generali, per quanto riguarda, in generale, i mezzi di prova ammissibili nel sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti, si deve richiamare che fin dalla sentenza del Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 è stato affermato, con riferimento ai provvedimenti dell’Autorità antitrust, il pieno accesso del giudice amministrativo al fatto ed è stato sottolineato che l’introduzione nel processo amministrativo dello strumento della C.T.U., dapprima per la sola giurisdizione esclusiva (art. 35, comma 3, D. Lgs. n. 80/98) e poi anche in quella di legittimità (art. 44 del T.U. n. 1054/1924, come novellato dall’art. 1 della legge n. 205/2000), ha fatto cadere anche quelle limitazioni di carattere processuale che venivano invocate a fondamento della limitazione del sindacato del giudice amministrativo.

In definitiva, i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell’Autorità antitrust possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi; ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall’Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l’accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione.

Pur riconoscendo la possibilità per l’Autorità antitrust di procedere per presunzioni – naturalmente, gravi, precise e concordanti (TAR Lazio, Sez. I, n. 335/2014), il giudice amministrativo ha poi sempre verificato in concreto e senza alcuna limitazione probatoria l’idoneità degli elementi raccolti a sostenere l’accertamento dell’illecito.

L'utilizzo degli strumenti della verifica e della consulenza tecnica a supporto degli elementi indiziari di eccesso di potere denunciati all'attenzione del g.a. incontra il solo limite dell'insindacabilità del merito dell'azione amministrativa (Cons. Stato, V Sez., 4/2/2015, n. 533).

Nell'esercizio di detto sindacato è, quindi, ammissibile l'utilizzo della C.T.U., ma tramite tale mezzo probatorio può essere delegato al consulente l'accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto del fatto o comunque gli potrà essere chiesto un ausilio finalizzato ad ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico – specialistici (ben delimitati nel quesito) appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva difficoltà (cfr., Cons. Stato, IV, n. 5287/2001).

E' anche significativo il fatto che la Corte di Giustizia abbia ritenuto ammissibile la C.T.U. nell'ambito dei giudizi in materia di concorrenza, ma abbia poi utilizzato lo strumento con estrema cautela (per un caso di utilizzo, vedi Corte Giust, CE, , C – 89/85, 31-3-93, Woodpulp – Pasta di legno, in cui è stato affidato ai periti l'incarico di accertare alcuni fatti contestati alle imprese e determinate caratteristiche del mercato in esame).

Alla descritta crescente tendenza ad esercitare un sindacato pieno, con un accesso diretto ai presupposti di fatto sulla cui base viene adottato il provvedimento e all'attendibilità intrinseca dei parametri tecnici utilizzati, ha fatto seguito un crescente ricorso, a livello istruttorio, a mezzi di prova quali la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio, la cui utilizzabilità era stata sempre affermata in passato in astratto, ma poco o mai utilizzata in concreto nei giudizi aventi ad oggetto gli atti delle Autorità indipendenti.

Dalla stessa formulazione dei quesiti che vengono sottoposti al verificatore o al consulente tecnico d'ufficio traspare nettamente l'esigenza di acquisire dati tecnico-specialistici al fine di vagliare, punto per punto, alla luce delle contestazioni prospettate dai ricorrenti, le valutazioni tecnico specialistiche dell'Autorità (nella specie, AEEGSI).

In quest'ottica si segnala, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 7 marzo 2016, n. 899, che, in una controversia avente ad oggetto un provvedimento per il recupero somme percepite (secondo l'Autorità indebitamente) a titolo di prezzo incentivante per la cessione di energia elettrica, ha disposto una c.t.u. per verificare *“sia l'attendibilità dei criteri di calcolo applicati [...], sia la correttezza intrinseca del calcolo eseguito dall'AEEG ai fini della determinazione della quantità di energia assorbita dai servizi ausiliari, individuando, in particolare, i parametri tecnico-scientifici idonei a determinare, in maniera oggettiva e analitica, supportata da concreti elementi empirici, l'effettiva potenza assorbita dalle utenze che alimentano i servizi ausiliari dell'impianto di termovalorizzazione”*.

Sulla stessa linea si pone Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 14 ottobre 2015, n. 4745. In un ricorso diretto all'annullamento del provvedimento di determinazione del *“metodo tariffario transitorio del servizio idrico integrato”*, il Consiglio di Stato, *“per assicurare la completezza dell'istruttoria ai fini di un compiuto sindacato giudiziale “esterno”, sub specie di non manifesta illogicità, sull'attendibilità e ragionevolezza tecnica della voce tariffaria relativa alla copertura degli oneri finanziari”*, ha ritenuto necessario disporre una consulenza tecnica d'ufficio finalizzata ad esercitare un sindacato pieno sull'attendibilità tecnica dei criteri utilizzati dall'AEEG per calcolare il c.d. costo del capitale investito.

Appare utile riportare, nel dettaglio, il contenuto dei quesiti, perché essi preludono ad un sindacato giurisdizionale di particolare intensità:

«Esaminati gli atti di causa e compiuto ogni accertamento ritenuto utile ai fini della valutazione peritale, accerti l'organo peritale, in applicazione dei correnti criteri tecnico-scientifici in materia economica:

(i) se le formule e i parametri adottati nell'art. 18 dell'allegato 'A' della citata deliberazione dell'AEEG, disciplinante la componente tariffaria relativa agli "Oneri finanziari del gestore del SII" – con particolare riguardo alle formule e ai parametri diretti a calcolare il tasso di interesse di riferimento (art. 18.2) e la componente di copertura della rischiosità (18.3) –, rientrano, o meno, entro i limiti di attendibilità e di ragionevolezza del settore tecnico-scientifico che qui viene in rilievo, sotto il profilo della loro idoneità a riflettere la componente tariffaria strettamente limitata alla copertura dei costi di capitale proprio investito;

(ii) se i parametri applicati costituiscano, o meno, eventuali duplicazioni di fattori di rischio già considerati in altre parti della deliberazione in questione, e se i coefficienti in concreto determinati implicano, o meno, un'eventuale illogica 'sovrastima' del fattore di rischio all'interno della componente delineata sub 18.3».

Sullo stesso tema (metodo tariffario transitorio del servizio idrico integrato) si segnalano anche le ordinanze del Consiglio di Stato nn. 4830, 4831, 4832, 4833, 4834, 4835 e 4836 del 2015 che, nelle more della c.t.u. disposta dall'ordinanza n. 4745/2015 (appena citata), hanno disposto la sospensione dei relativi giudizi sul rilievo che *“ l'eventuale caducazione del criterio di calcolo del costo del capitale avrebbe un significativo impatto anche sulle altre voci tariffarie oggetto di specifica contestazione in quanto per stabilire se tali voci rispettino il principio di integrale copertura dei costi (c.d. full cost recovery) o se, al contrario, diano surrettiziamente luogo ad una forma di remunerazione del capitale investito, la valutazione delle diverse componenti tariffarie, nonostante la loro formale autonomia non può che avvenire secondo una prospettiva globale ed unitaria”*.

Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2012, n. 2388, in una controversia relativa al recupero degli incentivi percepiti per impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonte rinnovabili ha ritenuto necessario disporre una verifica *ex art. 66 Cod. proc. amm.* sui seguenti quesiti:

(i) ad accertare la sussistenza e l'entità di eventuali errori metodologici e di calcolo, in cui siano incorse le amministrazioni appellate nella stima dell'indice IEN relativo all'impianto TG-1 all'interno dello stabilimento petrolchimico di Ravenna negli anni 2004 e 2005, avendo particolare riguardo alle questioni di fatto, controverse tra le parti, concernenti il rientro (o meno) di condense dal Petrolchimico, la temperatura delle eventuali condense di rientro e l'utilizzo (o la dismissione) delle caldaie del preesistente impianto RA COGEN, e considerando quale energia termica utile, (a) secondo una prima ipotesi di calcolo, il solo vapore destinato alle utenze tecnologiche dello stabilimento e, (b) secondo un'ipotesi di calcolo alternativa, anche il vapore destinato alla produzione di energia elettrica ;

(ii) ad accertare la sussistenza e l'entità di eventuali errori metodologici o di calcolo nella determinazione dell'ammontare degli eventuali importi indebitamente percepiti dall'odierna appellante negli anni 2004 e 2005, tenendo conto delle risultanze delle varie ipotesi di accertamento sub (i)”.

Sempre in sede di impugnazione di un provvedimento con cui l'AEEGSI ha accertato il mancato rispetto delle condizioni per la spettanza degli incentivi economici, con conseguente obbligo di restituzione delle somme già percepite, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con ordinanza 28 ottobre 2016, n. 4544, dopo aver rilevato che *“ai fini della risoluzione della controversia occorre accertare se sia conforme al procedimento e ai criteri della scienza tecnica di riferimento la modalità attraverso la quale l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha proceduto ad effettuare [...] la misurazione”*, ha ritenuto necessario disporre la nomina di un verificatore per esercitare un sindacato intrinseco sugli accertamenti tecnici, per valutare in particolare se le misurazioni e le quantificazioni disposte dall'AEEGSI siano conformi ai *“requisiti di buona tecnica”*.

Anche con riferimento all'AGCOM, è stato affermato che il sindacato del giudice, che ha carattere intrinseco, deve essere ritenuto comprensivo anche del riesame delle valutazioni tecniche operate dall'Autorità nonché dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati applicati (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595; id. 8 febbraio 2007, n. 515) e va condotto con il ricorso a regole e conoscenze tecniche appartenenti alle stesse discipline applicate dall'Amministrazione, anche con l'aiuto di periti (TAR Lazio, Sez. I, sent. n. 2309/2016).

Il giudice amministrativo, quindi, deve poter sempre verificare, anche mediante l'ausilio della c.t.u., se la P.A. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla P.A., avvenga iuxta propria principia.” (Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013 n. 1645).

5. La giurisprudenza della Cassazione a confronto con i principi affermati dalla Cedu.

Al termine del descritto sviluppo evolutivo della giurisprudenza amministrativa è tuttavia poi arrivato un segnale parzialmente contrario dalla Cassazione, che ha affermato che *“non è consentito al Consiglio di Stato un controllo c.d. di tipo “forte” sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza”* (Cass. civ., sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063; seguita da Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014 n. 1013, che ha affermato che il sindacato del g.a. comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini).

Anche più recentemente la Cassazione ha annullato per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa una sentenza del Consiglio di Stato, che, in sede di ottemperanza, aveva ordinato all'Agcom di provvedere ora per allora attesa la totale carenza dei presupposti di emanazione di un legittimo provvedimento di ottemperanza. (Cass. civ. Sez. Unite, 01-02-2016, n. 1836; fattispecie relativa al piano di numerazione automatica dei canali televisivi, del quale si era ordinata la rinnovazione "ora per allora" nonostante l'ultimazione "medio tempore" del passaggio

dal sistema analogico al digitale; nella particolare controversia in esame, riguardanti la complessa fase di transizione dall'analogico al digitale terrestre, la soluzione delle Sezioni Unite pare largamente condizionata dalla circostanza che, nell'evoluzione temporale della vicenda, la misura ripristinatoria stabilita dal Consiglio di Stato in sede di ottemperanza fosse diventata medio tempore tecnicamente irrealizzabile).

A seguito di tali sentenze si potrebbe porre il problema di verificare se la nuova modalità (più intensa) di sindacato, esercitata dal g.a. non possa essere ritenuta lesiva dei limiti esterni della giurisdizione, in quanto idonea a invadere le prerogative proprie dell'amministrazione (rectius, autorità indipendente).

Tale rischio di un passo indietro nella effettività della tutela giurisdizionale dovrebbe essere escluso, anche in considerazione della giurisprudenza della CEDU.

Con la sentenza Menarini, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha affrontato la questione della compatibilità dei procedimenti antitrust con le norme della CEDU e, in particolare, con l'art. 6 della Convenzione - diritto ad un equo processo (*CEDU, 27 settembre 2011, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*).

La CEDU ha stabilito che l'imposizione di una sanzione pecuniaria da parte di un'Autorità antitrust (nel caso specifico, si trattava proprio dell'Autorità italiana) costituisce una sanzione di tipo penale (o quanto meno assimilabile), concludendo però con l'affermazione secondo cui il controllo di piena giurisdizione esercitato dal Consiglio di Stato esclude la violazione del suddetto art. 6.

Tale conclusione risolve il problema della compatibilità dei procedimenti sanzionatori irrogati dalle autorità indipendenti anche con riferimento ai principi contenuti nella successiva sentenza Grande Stevens.

Con tale sentenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'equiparare alle sanzioni penali le sanzioni irrogate da alcune autorità indipendenti, ha ritenuto che le garanzie sottese al principio del giusto processo, richieste dall'art. 6, par. 1, CEDU, debbano essere soddisfatte in prima battuta mediante la connotazione in senso *quasi-judicial* del procedimento amministrativo sanzionatorio condotto da una autorità che deve risultare oggettivamente imparziale e, in caso di assenza di tali elementi, dalla possibilità di ricorso ad un organo dotato del potere di esercitare un sindacato di "giurisdizione piena" (*Cedu, 4 marzo 2014 n. 18640, Grande Stevens e altri c. Italia*).

In particolare, la Cedu ha rilevato alcune carenze di garanzie del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio della Consob, aggiungendo che il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa, che non soddisfi le condizioni dell'articolo 6, essendo sufficiente che la decisione di tale autorità sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione.

In quel caso specifico, la Corte ha escluso il requisito della piena giurisdizione in capo al giudice ordinario italiano per un motivo meramente formale (perché la Corte di appello di Torino non aveva tenuto una udienza pubblica).

E' quindi necessario che la sanzione irrogata da una autorità amministrativa possa essere oggetto di ricorso ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction* (*Cons. Stato, VI, 26 marzo 2015, n. 1596*).

Il sindacato maggiormente effettivo garantito dal Consiglio di Stato evita la violazione dell'art. 6 della CEDU e, di conseguenza, non appare praticabile la strada di limitare tale sindacato con riferimento ai limiti esterni della giurisdizione e si deve rilevare come la citata sentenza della

Cassazione n. 1013/2014 abbia il limite di non prendere in esame la già intervenuta giurisprudenza della CEDU.

Deve, quindi, essere garantito il mantenimento da parte del giudice amministrativo di un sindacato di piena giurisdizione; il concetto di «*full jurisdiction*», introdotto dalla giurisprudenza della Cedu è un concetto complesso e non del tutto sovrapponibile alle categorie nazionali alle quali siamo più abituati (sindacato di legittimità, di merito, intrinseco, sostitutivo) e implica che il giudice nazionale esamini compiutamente, punto per punto, i profili in concreto contestati, senza la possibilità di invocare spazi di discrezionalità, tecnica o amministrativa, riservati all'amministrazione.

La Cassazione indica la strada di limitare il sindacato alla verifica che il provvedimento impugnato non esorbiti dai margini di opinabilità insiti nelle complesse valutazioni tecniche rimesse alle Autorità indipendenti.

Oltre alle citate decisioni emesse in sede di riparto di giurisdizione dalla Cassazione, va ricordato che per le sanzioni adottate da Consob e Banca d'Italia la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

La Cassazione ha affrontato la già descritta tematica del rapporto tra le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa e il successivo sindacato giurisdizionale pieno, rilevando, in conformità con la richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato (VI, 26 marzo 2015, n. 1596), che il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione, risulta all'origine conforme alle prescrizioni di detto articolo, proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo, non essendo dubitabile che la Corte d'appello debba essere considerata, alla stregua dei parametri indicati dalla stessa sentenza Grande Stevens, un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e davanti al quale è garantita la pienezza del contraddittorio e la pubblicità dell'udienza» (Cass., Sez. II, 13 febbraio 2017, n. 770; Id. 22 aprile 2016, n. 8210).

Benché espressamente la sentenza di legittimità n. 770/2017 cit. dichiarò non rilevanti nel giudizio al suo esame le affermazioni contenute nella pronuncia del Consiglio di Stato appena richiamata (la quale, nell'esercizio del sindacato ordinario di legittimità sul regolamento Consob del 2005, ne disponeva l'annullamento *in parte qua* per violazione del principio del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie, «sebbene non presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU, né con gli artt. 24 e 111 Cost.»), è evidente che per la Corte EDU, per la Cassazione e per il Consiglio di Stato lo snodo fondamentale per la tenuta del sistema sta nell'assicurare, quantomeno nella fase giurisdizionale, l'effettiva possibilità di devolvere la questione relativa alla fondatezza dell'accusa penale a un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*, esteso cioè alla verifica della legittimità sostanziale delle determinazioni amministrative, nel rispetto pieno dei principi del giusto processo.

Sulla base del d.lgs. n. 58/1998 (cfr. artt. 187-*septies*, comma 6-*bis*, e 195, comma 7), la corte d'appello dispone, anche in via officiosa, di tutti i mezzi di prova previsti dall'ordinamento processuale civile che ritenga necessario ammettere o dispiegare.

Tuttavia, in concreto, il fatto che le sanzioni in parola (in particolar modo quelle pecuniarie) debbano essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale

recidiva quali parametri non espressivi di discrezionalità amministrativa (cfr. sul punto già Tar Lazio, Sez. I, 20 giugno 2013, n. 6211 e, poi, C.d.S. n. 1596/2015 cit.) insieme al fatto che il corredo documentale è per lo più costituito dal materiale acquisito in sede di verifica ispettiva (art. 115 TUF) dalla Consob, se da un lato hanno comportato nella pratica una cognizione piuttosto penetrante quanto allo scrutinio degli elementi fattuali, dall'altro fanno registrare l'assenza di un dispiegamento di particolari mezzi istruttori, in particolar modo officiosi, ai fini di acquisizione di ulteriori dati di fatto o di accertamenti di tipo tecnico.

Cass., I, 30 giugno 2016, n. 13433 significativamente considera che eventuali vizi del procedimento amministrativo sanzionatorio (ex art. 195, d.lgs. n. 58/1998), che si svolge innanzi alla Consob, non sono rilevanti in applicazione dell'art. 21-*octies* l. n. 241/1990, sia in ragione della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, sia della immodificabilità del suo contenuto.

Proprio l'assenza di profili rilevanti di discrezionalità amministrativa, derivante dal fatto che le sanzioni Consob fronteggiano situazioni di diritto soggettivo, vale cioè a dequotare il tema del controllo dell'esercizio del potere relativamente a profili connotati da margini di discrezionalità e, con esso, l'estensione ad un sindacato di maggiore attendibilità della valutazione tecnica della Commissione.

Quanto alle tecniche istruttorie e di esercizio del sindacato così configurato, occorre dunque considerare innanzitutto che, nella estrema frammentarietà del quadro delle pronunce di merito edite e per quanto ricavabile anche dalla ricostruzione in fatto di alcuni precedenti di cassazione, non è dato osservare l'utilizzo specifico di mezzi di ricerca ovvero di valutazione tecnica della prova, quali l'ispezione e la consulenza tecnica da parte del giudice ordinario.

E' invece riscontrabile l'uso, da parte della corte d'appello, della prova presuntiva, ad esempio per dedurre dal fatto noto dell'acquisto di titoli di una società in un dato lasso di tempo i fatti ignoti dell'utilizzo dell'informazione relativa all'avvio di una nuova iniziativa di investimento da parte della medesima società, resa pubblica solo in data successiva, nonché della consapevolezza della natura privilegiata di tale informazione (fattispecie esaminata da Cass., 22 aprile 2016, n. 8204).

Le maggiori pronunce edite appaiono piuttosto concentrate sulla disamina di questioni puramente normative, a partire dal rispetto del principio del *ne bis in idem* (pure scolpito dalla decisione Grande Stevens), con oscillazioni che vanno dal pedissequo ossequio sul punto alla pronuncia CEDU⁵ fino alla presa d'atto del *revirement* operato da quella giurisprudenza con la sentenza (grande Camera) 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, relativa a due casi di omessa dichiarazione di profitti derivanti da transazioni estere, la quale ha infine chiarito che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta".⁶

⁵ Corte app. civile Milano, 21 gennaio 2014, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, 558, con nota di G. BARILLA, *Ne bis in idem, provvedimenti Consob e violazione di diritti umani: la Corte d'Appello di Milano nel solco della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, la quale ha disapplicato la sanzione pecuniaria amministrativa inflitta dalla Consob per la contemporanea pendenza di un procedimento penale in merito agli stessi fatti con contestazione dell'illecito penale disciplinato dall'art. 2638 c.c.

⁶ Facendo applicazione di questo principio, Corte app. penale Milano, Sez. I, 6 dicembre 2016 (in *Il societario*, 2017, 4 gennaio 2017) ha ritenuto non violato il *ne bis in idem* per molto stretta connessione sostanziale e

Quanto poi al tipo di sindacato del giudice ordinario di merito, in materia di sanzioni Consob, esso appare essenzialmente commisurato a censure relative al rispetto del contraddittorio e dei termini nel procedimento sanzionatorio, a questioni di legittimazione passiva dei responsabili (cfr. la fattispecie di merito richiamata da Cass. n. 770/2017 e, quanto ai termini, da Cass., Sez. II 5 luglio 2016, n. 13662, Sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433, Sez. II, 11 maggio 2016, n. 9643, Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8204), di valutazione della proporzionalità della sanzione (Cass., Sez. II n. 8204/2016 cit.), di qualificazione ovvero di prova dei fatti contestati (ad es. in ordine alla qualificabilità dell'informazione relativa all'imminente pubblicazione di una ricerca su Banca Italease in termini di informazione privilegiata e idonea a influire sull'andamento dello strumento finanziario e, quindi, in ordine alla prova dell'utilizzo di tale informazione da parte degli incolpati, ricavabile da Cass., Sez. II, 5 luglio 2016, n. 13662, Sez. II 22 aprile 2016, n. 8210 e Sez. II 11 marzo 2016) o della loro valutazione (Cass. Sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114).

Talvolta, appare più specifica la cognizione del giudice di merito (ad es. Corte d'appello di Genova 29 maggio 2010, nei termini di cui alla ricostruzione in fatto di Cass., Sez. II, 4 aprile 2016, n. 6470) come in un caso di operazioni anomale, eseguite tramite servizio di trading online, con più contratti di vendita del titolo nei quali l'incolpato risultava sia venditore sia acquirente e che avevano determinato una variazione significativa del prezzo di alcune azioni, con conseguente contestazione di illecito di manipolazione del mercato azionario (art. 18-ter, lettera a, TUF).

In relazione a questa fattispecie il giudice aveva rigettato il reclamo dell'interessato rilevando che:

“(...) h) le prassi operative contestate si differenziavano solo per il fatto che alcune di esse erano caratterizzate da doppi incroci ed altre da incroci solo in un senso, laddove erano accomunate da un aumento dei prezzi di oltre il 10% provocato in un arco temporale di pochi minuti;

i) i dati evidenziati dalla CONSOB erano più che sufficienti a far ritenere che le operazioni in oggetto fossero state effettuate al fine esclusivo di determinare, tramite mezzi non consentiti, un rialzo anomalo dei prezzi dei titoli ed un conseguente guadagno illecito;

j) il volume delle operazioni che era stato preso in considerazione dalla CONSOB nel determinare la sanzione era quello delle operazioni illecite, laddove il profitto conseguito, anch'esso tenuto presente agli stessi fini, era quello realizzato con le stesse operazioni; (...)”.

Con riferimento al contenzioso relativo alle sanzioni irrogate da Banca d'Italia è stato ritenuto che «la regola stabilita dalla CEDU (sentenza del 4 marzo 2014, caso Grande Stevens ed altri c./Italia), per la quale i principi del giusto processo – tipici dell'ambito giurisdizionale – devono essere rispettati anche nei processi amministrativi qualora questi possano sfociare in una delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 187-ter TUF, ritenute nel concreto di carattere “sostanzialmente” penale, non si applica nel caso di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 TUB. La ragione di tale esclusione risiede nel fatto che l'articolo citato, a differenza di quanto previsto per le violazioni ex art. 187-ter TUF, non prevede né l'irrogazione di sanzioni accessorie, né la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per

temporale tra un procedimento penale e un procedimento Consob conclusosi con l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie ex art. 187-ter del TUF per i medesimi fatti.

commetterlo, e, inoltre, dispone quale massimo edittale della sanzione pecuniaria irrogabile la somma di Euro 129.110,00, assolutamente non comparabile con quella di Euro 5.000.000,00 prevista per le violazioni ex art. 187-ter TUF» (Cass., Sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219 e Id. 24 febbraio 2016, n. 3656).

In linea con quanto osservato con riguardo alla Consob: «*il procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 195 TUF, non viola l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, perché questo esige solo che, ove il procedimento amministrativo sanzionatorio non offra garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale, l'incolpato possa sottoporre la questione della fondatezza dell'"accusa penale" a un organo indipendente e imparziale, dotato di piena giurisdizione, come la disciplina nazionale gli consente di fare tramite l'opposizione alla corte d'appello*» (Cass., Sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141).

Analogo a quello esaminato con riguardo alla Consob appare il tipo di sindacato esercitato dal g.o. sui provvedimenti sanzionatori Bankitalia, nelle poche fattispecie di merito ricavabili soprattutto dalla ricostruzione in fatto di sentenze di legittimità.

Esso appare ristretto, ad esempio, alla verifica «dall'inosservanza delle istruzioni della Banca d'Italia relative all'organizzazione amministrativa e contabile ed ai doverosi controlli interni, e, per altro verso, all'omesso invio delle prescritte segnalazioni all'istituto di emissione: dunque di violazioni tali da consumarsi indipendentemente dall'incidenza delle stesse sui risultati gestionali, la cui valutazione si collocava al di fuori della fattispecie sanzionatoria» (Corte d'appello di Roma, decreto 11 febbraio 2009 esaminata da Cass., Sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2406).

Quanto ai mezzi di prova (che, in linea generale, l'art. 145, comma 7, TUB consente alla Corte di appello di disporre, anche d'ufficio, sul solo presupposto della loro necessità), inoltre, in un fattispecie di responsabilità dei consiglieri non esecutivi componenti del consiglio di amministrazione di società bancarie per illeciti commessi dall'organo delegato, è stato affermato che: «in caso di irrogazione di sanzioni amministrative, la Banca d'Italia, anche in virtù della presunzione di colpa vigente in materia, ha unicamente l'onere di dimostrare l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, mentre spetta a questi ultimi provare di avere tenuto la condotta attiva dovuta o, comunque, mirante a scongiurare il danno» (Cass., Sez. I, 9 novembre 2015, n. 22848).

In conclusione, con riguardo ai provvedimenti sanzionatori sia della Consob sia della Banca d'Italia, l'area della cognizione giudiziale e, dunque, della cognizione piena riguardata sotto il profilo dell'intensità del sindacato, appare fortemente circoscritta dalla sostanziale assenza di grandi profili di discrezionalità e opinabilità delle valutazioni tecniche.

Ciò che, in termini retrospettivi, potrebbe rivelarsi come il sostrato esperienziale di quelle pronunce delle Sezioni Unite che autorizzano unicamente un sindacato intrinseco non sostitutivo sulle valutazioni tecniche non opinabili (n. 7063/2008 e, soprattutto, n. 1013/2014).

6. Il recepimento della direttiva sul private enforcement.

Va, infine, segnalato come il recepimento della direttiva 2014/104/EU sul c.d. *private enforcement* (azioni civili di danni derivanti da illeciti antitrust) comporta l'introduzione del carattere vincolante delle decisioni antitrust definitive (non impugnate o definite con sentenze passate in giudicato) nei giudizi civili di risarcimento e ciò dovrebbe indurre la Cassazione ad evitare passi indietro sull'intensità del sindacato giurisdizionale esercitato dal g.a. al fine di

consentire che la definitività delle decisioni antitrust arrivi dopo un controllo di piena giurisdizione (come è tale il controllo oggi esercitato proprio sulla base della sentenza Menarini della Cedu).

In sede di recepimento della direttiva è stata inserita una previsione che non trova riscontro nel testo della direttiva stessa: l'art. 7 del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 (*Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014*) contiene il seguente periodo: *“Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione”*.

La disposizione appena citata presenta, peraltro, alcune ambiguità, in quanto i profili tecnici demandati all'AGCM in sede di accertamento dell'illecito presentano quasi sempre “un oggettivo margine di opinabilità”. Se l'opinabilità rappresenta il limite del sindacato giurisdizionale, le valutazioni tecniche opinabili sarebbero per ciò solo insindacabili, e questo rappresenterebbe un passo indietro rispetto all'attuale quadro giurisprudenziale per ciò che concerne l'intensità del controllo giurisdizionale.

Il riferimento all'opinabilità come limite al sindacato non sembra, quindi, tener conto di quanto la giurisprudenza ha in questi anni costantemente affermato, ovvero che l'opinabilità non esclude l'inattendibilità della soluzione tecnica prescelta dall'Amministrazione, e quest'ultimo profilo risulta certamente sindacabile dal giudice del ricorso.

Una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame dovrebbe allora condurre alla conclusione che con essa il legislatore abbia solo voluto ribadire la natura non sostitutiva del sindacato giurisdizionale, ovvero che, in presenza di più soluzioni tecniche alternative, tutte opinabili, quella contenuta nel provvedimento, una volta che ha superato il test di attendibilità intrinseca, deve essere privilegiata.

Questo tipo di sindacato presenta, tuttavia, elementi di criticità se confrontato con il modello di *full jurisdiction*.

Il modello delineato dalla Corte Edu vorrebbe e che la sede privilegiata per valutare la fondatezza dell'accusa penale sia il processo, almeno laddove il procedimento non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio. Quando l'accusa penale si fonda su fatti economici complessi la sede privilegiata per compiere la relativa valutazione deve, quindi, ugualmente essere il processo.

Sembra, allora, che l'ultima parola in merito alla ricostruzione corretta del concetto giuridico indeterminato dovrebbe dirla il giudice.

7. Conclusioni: verso un sindacato di maggiore attendibilità.

Il giudice amministrativo ha più volte ribadito che il sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità è pieno e particolarmente penetrante e si svolge tanto con riguardo ai vizi dell'eccesso di potere quanto anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute; resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche o della scienza economica, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo di una valutazione parimenti opinabile (*Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e VI, 30 giugno 2016, n. 2947*).

Tale sindacato appare coerente con i principi della Cedu e con la giurisprudenza comunitaria, che esclude un potere del giudice di sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle contenute nella impugnata decisione della Commissione, rientrando tali tipo di valutazioni nelle prerogative della Commissione per garantire la concorrenza nel mercato interno (cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline*, causa C-501/06, e 3 maggio 2012, *Legris Industries*, causa C-289/11 P). In proposito, la Corte di Giustizia ha chiarito che, sebbene la Commissione disponga di un potere discrezionale negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse, ciò non implica che il Giudice UE debba astenersi dal controllare l'interpretazione che la Commissione fa di dati di natura economica; il Giudice UE è infatti tenuto a verificare “*non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza*”, ma altresì ad accertare “*se tale elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa*” e “*siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono*” (cfr. Corte di Giustizia, 8 dicembre 2011, *KME Germany*, causa C-389/10; sul punto si veda anche Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, *Schindler Holding Ltd*, causa C-501/11 e 10 luglio 2014, *Telefónica S.A. e Telefónica de España S.A.U.*, C-295/12).

La giurisprudenza del giudice amministrativo, quindi, non riconosce oggi alcun ambito di attività “riservato” all'Autorità indipendente e non sindacabile in modo effettivo dal giudice; ciò che è riservato all'Autorità, cui non può sostituirsi il giudice, è il diretto esercizio del potere, rispetto al quale il compito del giudice è quello di valutarne la correttezza, sotto tutti i profili, anche sotto quello dell'analisi economica applicata.

Resta da chiedersi se, a prescindere dagli obblighi imposti dalla Cedu (ad oggi già soddisfatti) sia preferibile passare da un sindacato intrinseco di attendibilità ad un tipo di sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuta in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata.

Nell'ambito di tale dibattito, merita di essere segnalata Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165 che, riformando la sentenza di primo grado, ha respinto il ricorso contro una delibera dell'AEEGSI relativa alla determinazione dei parametri che incidono sulla voce “remunerazione del capitale investito”, che concorre alla formazione della tariffa riconosciuta al distributore del gas.

La sentenza ha ritenuto che nel caso di specie la valutazione tecnico-discrezionale dell'AEEGSI fosse attendibile, ragionevole e adeguatamente motivata.

La sentenza, anche se respinge il ricorso, sembra, tuttavia, ammettere, almeno per implicito, la praticabilità di un sindacato di maggiore attendibilità, sia pure con la precisazione che la maggiore attendibilità della soluzione alternativa prospettata dal privato debba essere supportata da specifici elementi probatori, in grado di evidenziare sul piano tecnico-specialistico le ragioni di tale maggiore ragionevolezza e non possa essere meramente desunta dalla difficile intelligibilità estrinseca della scelta regolatoria dell'Autorità.

In quest'ottica, secondo il Consiglio di Stato, il principio del sindacato giurisdizionale pieno (e non meramente estrinseco-formale) può avere implicazioni anche a favore dell'Autorità, nella misura in cui impone di distinguere la difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) dall'irragionevolezza o dall'inadeguatezza motivazionale.

La sentenza evidenzia come la complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie dell’Autorità spesso non renda immediatamente percepibile, specie se guardato con gli occhi del “profano”, l’*iter* logico-motivazionale che sorregge la “regola” o il “parametro” introdotto dall’Autorità.

Secondo il Consiglio di Stato, a fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve, pertanto, avvenire “*con gli occhi dell’esperto*”, ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall’Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell’Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della scarsa intelligibilità con quello della carenza motivazionale.

Molte scelte regolatorie, infatti, se guardate solo “con gli occhi del profano” possono risultare di difficile comprensione e proprio in ragione di questa scarsa intelligibilità possono apparire non supportate da un adeguato supporto motivazionale volto ad esplicitare il percorso logico-argomentativo che ne ha preceduto l’adozione.

Se il giudice si limita, pertanto, ad un sindacato estrinseco (cioè dall’esterno, in base ai canoni del senso comune) è forte il rischio di sovrapporre, fino a farle coincidere, complessità ed irragionevolezza; il rischio di ritenere, in altri termini, irragionevole e non adeguatamente motivato tutto ciò che sfugge alla immediata comprensione del profano.

La necessità di un sindacato intrinseco e forte rappresenta allora una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche, e prima ancora, per l’Autorità, onde evitare che scelte regolatorie supportate da un’adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall’esterno, di difficile comprensione.

Sulla base di tali premesse, il giudice di appello ha ritenuto che, nel caso di specie, la sentenza di primo grado risultasse viziata per avere esercitato un tipo di sindacato che si era arrestato in superficie, senza entrare nella complessità tecnica della materia oggetto di regolazione. La sentenza del T.a.r., infatti, secondo il Consiglio di Stato, si era limitata ad etichettare in termini di inadeguatezza motivazionale ogni scelta non immediatamente intelligibile, sovrapponendo così il piano della complessità tecnica con quello della carenza motivazionale.

In tal modo la sentenza appellata aveva finito per sostituirsi al regolatore ritenendo “più ragionevole” la soluzione prospettata dalla ricorrente rispetto a quella individuata dall’Autorità, senza farsi carico, tuttavia, di giustificare sul piano tecnico-specialistico le ragioni di tale asserita maggiore ragionevolezza.

Anche in altre occasioni, pure quando il provvedimento dell’AEEGSI è stato confermato, il sindacato del giudice amministrativo è risultato particolarmente intenso, spingendosi sino al punto di valutare la correttezza e l’attendibilità delle tesi proposte dalle parti in alternativa all’analisi svolta dalla Autorità indipendente.

Si segnala in questo senso Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2012, n. 1242. La sentenza in esame, nell’escludere l’irragionevolezza della determinazione con cui l’Autorità ha stabilito un’alta soglia di accesso per la fruizione dei benefici della cogenerazione, nonché nel concludere nel senso della non irraggiungibilità di tale soglia, pone in risalto che l’assunto difensivo della società ricorrente, volto a dimostrare la sussistenza di variabili impeditive legate a situazioni contingenti dovute a condizioni ambientali locali od a problematiche tecnico-progettuali proprie

dell'impianto realizzato, risultava inidoneo a provare che quelle soglie non fossero raggiungibili da parte di impianti di maggiore taglia.

L'art. 6, § 1, CEDU sembrerebbe allora richiedere il passaggio da un sindacato intrinseco di attendibilità (quello oggi generalmente praticato), ad un tipo di sindacato che si potrebbe definire di maggiore attendibilità. Il giudice dovrebbe verificare se la scelta compiuta dall'Autorità risulti la più attendibile tra quelle prospettate. Con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Autorità, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata.

Se così non fosse, infatti, la fondatezza dell'accusa che porta all'applicazione di una sanzione "penale" sarebbe accertata nel procedimento amministrativo e, quindi, al di fuori dalla garanzia del giusto processo.

In quest'ottica, il limite che le Sezioni Unite hanno posto al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni economiche complesse dell'AGCM – sebbene ricalchi, in massima parte la tesi del sindacato intrinseco non sostitutivo (un tempo chiamato "debole") già da tempo recepita dalla giurisprudenza amministrativa e anche da quella comunitaria – non appare del tutto in linea con il standard della full jurisdiction delineato dalla Corte EDU. Del resto, l'elemento che più colpisce nella sentenza delle Sezioni Unite n. 1013/2014 è l'assenza di richiami alla giurisprudenza della Corte EDU e, in particolare, alla sentenza Menarini.

Il punto di equilibrio potrebbe essere raggiunto ritenendo che il sindacato di attendibilità (o plausibilità) predicato dalle Sezioni Unite debba avvenire in termini non assoluti, ma relativi, ovvero attraverso un puntuale confronto con le soluzioni tecniche alternative emerse nel corso del processo. L'esito di tale confronto (da compiersi punto per punto, come richiesto dalla Corte EDU) dovrebbe condurre alla conclusione secondo cui la valutazione dell'AGCM andrebbe ritenuta non plausibile o inattendibile non solo nei casi in cui lo è già in se stessa, ma anche quando, pur rientrando in termini assoluti nei margini di opinabilità richiamati dal concetto indeterminato, risulti, tuttavia, significativamente meno plausibile rispetto alle soluzioni tecniche alternative.

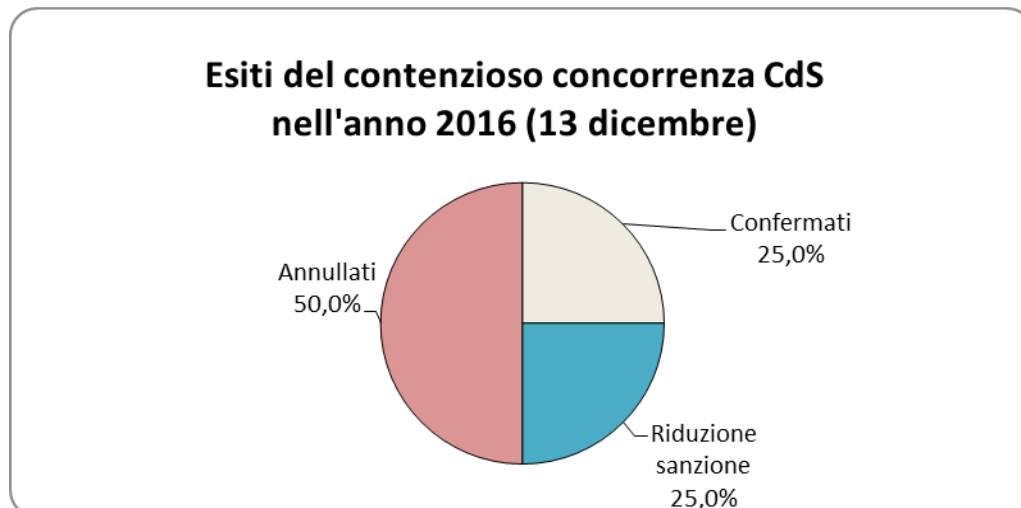
In quest'ottica, tanto più plausibili, puntuali e attendibili saranno le soluzioni tecniche alternative prospettate dal soggetto sanzionato, tanto più si restringeranno quei margini di opinabilità richiamati dalle Sezioni Unite per perimetrare l'intensità del sindacato consentito al giudice amministrativo.

Come è stato evidenziato anche in dottrina, i principi della CEDU devono fare certamente i conti con il fatto che si è in presenza di una giurisdizione di ricorso e con il principio dispositivo, nel senso che affinché il giudice possa effettuare un sindacato pieno, il ricorrente è onerato di porlo nelle condizioni di provvedervi. Non può il ricorrente solo dolersi di tutto il provvedimento sanzionatorio e porlo davanti al giudice per sollecitare un riesame dell'intero procedimento. Il ricorrente deve, al contrario, essere in grado di individuare quei vizi-motivi che, al di là di eventuali e ulteriori violazioni di legge, riescano a condensare il punto in cui il provvedimento è manchevole: a denunciare un travisamento dei fatti, una irragionevole valutazione tecnica, una sproporzionata conclusione sul piano dei dati economici, una scorretta utilizzazione delle scienze non giuridiche.

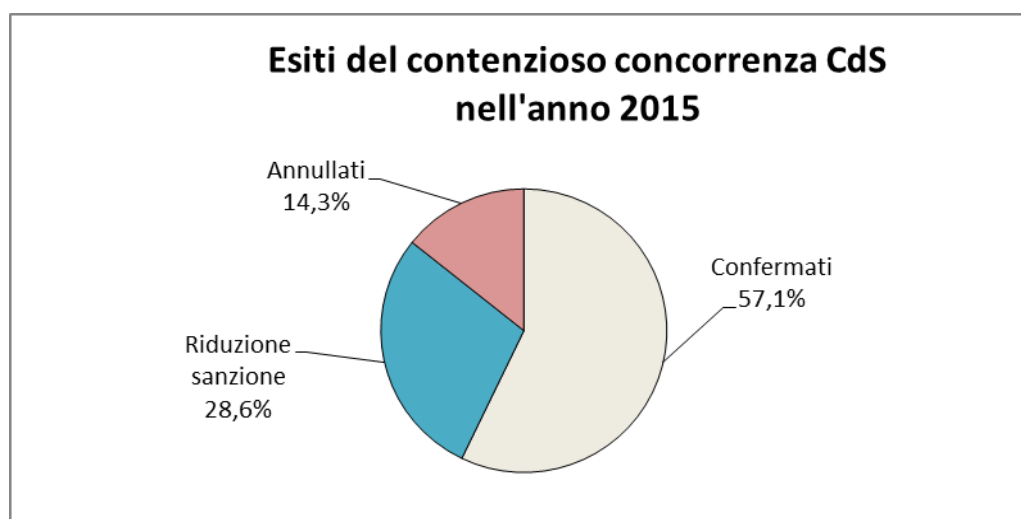
Esiti del contenzioso provvedimenti AGCM in materia di concorrenza

Esiti del contenzioso anno 2015 /2016 (al 13 dicembre) con riguardo alle sentenze del Consiglio di Stato in materia di concorrenza, relative a provvedimenti in materia di abusi, intese, concentrazioni e accesso (ad eccezione di quelle rese su casi di rideterminazione della sanzione e maggiorazioni):

Anno 2016⁷



Anno 2015⁸



⁷ Nello specifico, il Consiglio di Stato ha: **annullato 4 provvedimenti** (I738 FNOMCEO, I720 Carte di credito, I689C Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli, I780 Mercato del calcestruzzo in Veneto – accesso); **confermato 2 provvedimenti** (I722 Logistica Internazionale – DHL, I748 Condotte restrittive del CNF); **confermato 2 provvedimenti, riducendo la sanzione** (I723 Intesa nel mercato delle barriere stradali – CAR, I765 Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte). A tali pronunce deve aggiungersi la sentenza n.323 del 28/1/2016 resa sul caso S1851 Bando di gara europeo Ministero dei Trasporti – Riscossione diritti motorizzazione (art. 21bis), **che ha respinto l'appello dell'Autorità** avverso la sentenza sfavorevole del Tar del Lazio.

⁸ Nello specifico, il Consiglio di Stato ha: **annullato 1 provvedimento** (I743 Tariffe traghetti da/per la Sardegna); **confermato 4 provvedimenti** (I713 Consiglio Nazionale dei Geologi – Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi, C11878 Italgas-Acegas-APS/Isontina Reti Gas, A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia, I641 Rifornimenti aeroportuali – accesso); **confermato 2 provvedimenti, riducendo la sanzione** (I701 Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici – GlaxoSmithline e Mirato, I723 Intesa nel mercato delle barriere stradali – Fracasso).

ALLEGATO:

Giurisdizione, rito, competenza sui provvedimenti dell'ANAC, natura del sindacato giurisdizionale

Sommario:

- 1) Giurisdizione, rito e competenza
- 2) Il sindacato giurisdizionale
 - 2.1) Ricognizione della tipologia di provvedimenti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici
 - 2.2) Il sindacato sui provvedimenti di amministrazione attiva e di vigilanza
 - 2.3) Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori
 - 2.4) Il sindacato sui pareri precontenziosi e sulle raccomandazioni vincolanti
 - 2.5) Il sindacato sulle linee guida dell'ANAC
 - 2.6) Il sindacato sui provvedimenti dell'ANAC quale Autorità anticorruzione

1) Giurisdizione, rito e competenza

Nell'ordinamento vigente sono molteplici le Autorità indipendenti, ciascuna connotata da una disciplina propria e peculiare.

Parallelamente, non esiste un **regime processuale unitario** in relazione al regime di impugnazione degli atti delle Autorità indipendenti, in quanto talora la giurisdizione è affidata al giudice ordinario o amministrativo secondo il tradizionale criterio di riparto, a seconda che si controversa di diritti soggettivi o di interessi legittimi, mentre in altri casi sono previste ipotesi di giurisdizione esclusiva o del giudice amministrativo o del giudice ordinario.

Inoltre, nell'ambito del codice del processo amministrativo, non vi è un perfetto parallelismo tra norme sulla giurisdizione e norme sul rito, e segnatamente tra gli artt. 133, 134, 135, 119 e 120 c.p.a.

In particolare, l'art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti, inclusi quelli sanzionatori, ed esclusi quelli relativi al rapporto di pubblico impiego privatizzato, di alcune Autorità amministrative che sono elencate nominativamente. Si tratta di Autorità che *di solito* vengono da dottrina e giurisprudenza ascritte al novero delle Autorità indipendenti, ma non si tratta comunque di tutte le Autorità indipendenti esistenti nel vigente ordinamento, a causa della tecnica normativa di individuarle **nominativamente, e non quale *genus***.

Sempre in punto di giurisdizione, l'art. 134, c. 1, lett. c) c.p.a., con una diversa tecnica normativa, attribuisce al g.a. una giurisdizione di merito su “le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (...)”.

A sua volta l'art. 119, c. 1, lett. b), c.p.a., e prevede il rito processuale abbreviato su “*i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti*”.

Come si vede, gli artt. 134 e 119 a differenza dell'art. 133, **fanno riferimento al *genus*** “Autorità indipendenti” e non a un **elenco nominativo di esse**.

Pertanto, il rito abbreviato si applica ogni qualvolta il g.a. abbia giurisdizione su una Autorità indipendente, vi sia o meno la giurisdizione esclusiva ex art. 133, lett. 1).

Infine, l'art. 135, c. 1, lett. c) c.p.a. attribuisce la competenza al Tar Lazio – Roma, sui provvedimenti delle Autorità menzionate nell'art. 133, lett. 1), ma non di tutte le Autorità indipendenti.

Non vi è dunque perfetta coincidenza tra ambito di giurisdizione, rito, e competenza del Tar Lazio sulle Autorità indipendenti.

Un tale **disallineamento** si coglie, in particolare, **per l'ANAC** che cumula le funzioni di **Autorità di vigilanza sui contratti pubblici** (art. 19 d.l. n. 90/2014 e art. 213 d.lgs. n. 50/2016) e di **Autorità nazionale anticorruzione** (art. 13, d.lgs. n. 150/2009; art. 1, l. n. 190/2012; art. 19, d.l. n. 90/2014).

Infatti:

a) l'art. **133, c. 1, lett. 1)**, c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ma non su quelli dell'Autorità nazionale anticorruzione;

b) l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici è stata soppressa nel 2014 e le sue competenze sono state attribuite all'ANAC (art. 19, c. 1, d.l. n. 90/2014);

c) l'ANAC è stata **espressamente qualificata** dalla legge come **Autorità amministrativa indipendente** (art. 22, d.l. n. 90/2014);

d) non è stato novellato l'art. 133, c. 1, lett. 1) c.p.a.;

e) per l'effetto:

(i) il g.a. ha giurisdizione esclusiva sugli atti che l'ANAC adotta nell'ambito delle competenze di Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, mentre ha giurisdizione di sola legittimità sui provvedimenti che l'ANAC adotta quale Autorità nazionale anticorruzione e sempre che la giurisdizione non sia **espressamente attribuita al g.o.** (v. ad es. art. 19, c. 5-bis, d.l. n. 90/2014 su alcuni provvedimenti sanzionatori dell'ANAC quale Autorità anticorruzione);

(ii) il g.a. ha anche giurisdizione di merito sui provvedimenti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che irrogano sanzioni pecuniarie;

(iii) ove in ipotesi la legge attribuisca al g.a. la competenza su provvedimenti dell'ANAC quale Autorità anticorruzione che irroghino sanzioni pecuniarie, il g.a. avrebbe giurisdizione di merito ex art. 135 c.p.a.;

(iv) **a tutti i provvedimenti dell'ANAC**, sia quando agisce quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sia quando agisce quale Autorità anticorruzione, che ricadano nella giurisdizione del g.a. (quale che sia il tipo di giurisdizione) si applica il rito abbreviato ex art. **119 c.p.a.** (con esclusione degli atti adottati nell'ambito del rapporto di pubblico impiego privatizzato);

(v) **ad alcuni provvedimenti dell'ANAC** quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si applica il rito abbreviato ex art. **120 c.p.a.** e questo accade: tutte le volte in cui i provvedimenti dell'ANAC sono **impugnati in connessione** con atti delle procedure di affidamento (art. 120 c. 1, c.p.a.); in alcuni casi specifici, per espressa estensione legislativa, **anche in caso di impugnazione autonoma** di taluni provvedimenti dell'ANAC, e segnatamente i pareri resi in sede di precontenzioso e le raccomandazioni vincolanti (art. 211, c. 1 e 2 d.lgs. n. 50/2016);

(vi) la competenza del Tar Lazio – Roma riguarda senz'altro i provvedimenti dell'ANAC

quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ma non senz'altro i provvedimenti quale Autorità nazionale anticorruzione (art. 135, c. 1, lett. c), c.p.a.).

Più in dettaglio, con il c.p.a. e con il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, la giurisdizione esclusiva sugli atti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, riguarda tutti i suoi provvedimenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di pubblico impiego privatizzato e, segnatamente:

a) **provvedimenti sanzionatori** nei confronti di operatori economici, stazioni appaltanti, SOA;

b) **atti di regolazione**, bandi tipo, capitolati tipo, linee guida, atti di regolazione flessibile (art. 213, c. 2, d.lgs. n. 50/2016);

c) **pareri su precontenzioso e raccomandazioni vincolanti** (art. 211, c. 1 e c. 2, d.lgs. n. 50/2016);

d) **ogni altro tipo di provvedimento** dell'ANAC previsto dal **d.lgs. n. 50/2016** (v. artt. 106, c. 14 in tema di varianti; 110 in tema di avvalimento necessario; 163 c. 10 in tema di congruità dei prezzi di appalti di protezione civile; 177, c. 3, in tema di monitoraggio del rispetto degli obblighi di esternalizzazione dei concessionari, d.lgs. n. 50/2016).

Per i provvedimenti dell'ANAC quale Autorità nazionale anticorruzione, valgono gli ordinari criteri di riparto, e dunque la giurisdizione del g.a. è quella generale di legittimità, in caso di provvedimenti autoritativi.

L'art. 19, c. 5-bis, d.l. n. 90/2014 attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sui provvedimenti dell'ANAC che irrogano sanzioni pecuniarie in relazione all'omessa adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza, dei codici di comportamento.

Fuori di tale ipotesi, sono da ritenere impugnabili davanti al g.a. i provvedimenti autoritativi dell'ANAC quale autorità nazionale anticorruzione, quali:

- il **piano nazionale anticorruzione** (art. 1, c. 2 e 2-bis, l. n. 190/2012);

- le **linee guida sugli obblighi di trasparenza** (art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013);

- gli **atti di vigilanza e cautelari in tema di inconferibilità e incompatibilità di incarichi pubblici** (art. 16, d.lgs. n. 39/2013).

Quanto ai provvedimenti che l'ANAC adotta ai sensi dell'**art. 32, d.l. n. 90/2014**, vale a dire le misure straordinarie di gestione e sostegno di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, può dubitarsi se siano adottati quale Autorità anticorruzione o quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Rientrano in entrambi i casi nella giurisdizione del giudice amministrativo.

2) Il sindacato giurisdizionale

2.1) Ricognizione della tipologia di provvedimenti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici

La natura e portata del sindacato del g.a. sui provvedimenti dell'ANAC dipende dalla tipologia, molto eterogenea, di provvedimenti di tale Autorità⁹.

⁹ Specificamente sulla natura del sindacato del g.a. e sull'applicazione delle categorie "sindacato forte e debole, estrinseco e intrinseco" ai provvedimenti dell'ANAC v. C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del*

Partendo dalle sue **competenze come Autorità di vigilanza sui contratti pubblici**, si rileva che, attraverso una lenta transizione, l'originaria mission di sola vigilanza, si è definitivamente arricchita con i compiti di regolazione.

L'ANAC, oggi, è senz'altro autorità che regola (con le linee guida e tutti gli altri strumenti ad essa assegnati, quali bandi tipo, raccomandazioni, pareri), e vigila, con pregnanti poteri ispettivi, istruttori, sanzionatori.

La vocazione "regolatoria" che è tipica delle Autorità indipendenti, nel caso dell'ANAC viene declinata in modo peculiare. Perché gli atti di regolazione, in alcune materie, per la generalità e astrattezza dei contenuti, assurgono a veri e propri regolamenti in senso sostanziale, anche se non ne hanno il nome.

E, del resto, l'ANAC partecipa alla funzione regolamentare del Ministro delle infrastrutture, con un potere di proposta (che è un tipico atto predeterminativo del contenuto dell'atto finale).

L'ANAC fa anche molto altro, perché ha compiti propriamente gestionali di amministrazione attiva (tali sono quelli di tenuta di albi, quale quello delle SOA, dei commissari di gara, degli arbitri, quello delle stazioni appaltanti con società in house, e il compito della gestione del sistema di qualificazione) e ha compiti che sono paragiurisdizionali (parere vincolante sul contenzioso relativo alle gare).

L'ANAC ha anche una funzione consultiva, in quanto è previsto che venga sentita in molti procedimenti previsti dal codice dei contratti pubblici.

Schematicamente, si possono individuare alcune tipologie principali di provvedimenti dell'ANAC quale Autorità avente competenze sui contratti pubblici:

- 1) regolamenti di organizzazione;
- 2) regolamenti aventi rilevanza esterna;
- 3) atti di regolazione flessibile;
- 4) provvedimenti sanzionatori;
- 5) provvedimenti di vigilanza;
- 6) provvedimenti precontenziosi;
- 7) provvedimenti di amministrazione attiva.

2.2) Il sindacato sui provvedimenti di amministrazione attiva e di vigilanza

Il sindacato sui **provvedimenti di amministrazione attiva e di vigilanza**, non differisce dall'ordinario sindacato del g.a. sui provvedimenti amministrativi: è un sindacato volto a verificare da un lato il rispetto delle regole procedimentali di adozione del provvedimento, dall'altro la legittimità sostanziale della scelta rispetto ai parametri normativi, anche secondo i canoni di ragionevolezza, proporzionalità, buon andamento, economicità della scelta, e con il limite della "riserva di amministrazione", ossia dell'impossibilità per il g.a. di sostituire la p.a. nelle scelte di merito che siano immuni da vizi di legittimità, e che rispettino i canoni generali di ragionevolezza, logicità, proporzionalità, buon andamento, economicità.

2.3) Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori

Il sindacato sui **provvedimenti sanzionatori**, non differisce dall'ordinario sindacato del g.a. sui provvedimenti amministrativi e non pone problematiche assimilabili a quelle relative ai provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust e delle altre Autorità di regolazione in ambiti in cui le sanzioni sono correlate a condotte concrete cui devono applicarsi concetti giuridico-economici indeterminati. Questo discende dalla tipologia di condotte sanzionate dall'ANAC, che sono condotte a forma vincolata, in cui il parametro normativo di riferimento non contiene concetti indeterminati. L'ANAC infatti irroga sanzioni pecuniarie con un minimo e massimo prestabiliti dalla legge, ovvero sanzioni di tipo inibitorio per periodi stabiliti nel massimo dalla legge (iscrizione nel casellario informatico), per condotte tipizzate (la omessa trasmissione di atti, documenti, informazioni, la trasmissione di atti, documenti, informazioni non veritieri).

Peraltro, sulle sanzioni pecuniarie devolute alla giurisdizione del g.a., il giudice amministrativo ha una giurisdizione "di merito" ai sensi dell'art. 135 c.p.a., che consente al giudice amministrativo di compiere un sindacato pieno sugli elementi costitutivi dell'illecito, sulla sussistenza di scriminanti, sulla dosimetria della sanzione, consentendogli di sostituirsi all'Amministrazione nella quantificazione della sanzione.

Resta fermo che la "giurisdizione di merito" sulle sanzioni, ex art. 135 c.p.a., viene letta come attributiva del potere di intervenire sul *quantum* della sanzione pecuniaria, e non anche di un sindacato sull'opportunità della sua adozione.

Il sindacato pieno è stato esercitato dal g.a. anche sulle sanzioni non pecuniarie, e segnatamente sulla sanzione inibitoria dell'iscrizione nel casellario informatico, dove il giudice ha verificato in fatto gli elementi costitutivi della condotta, e segnatamente la sussistenza della "falsa dichiarazione" sotto il profilo dell'elemento soggettivo del falso¹⁰, o l'elemento soggettivo della colpa grave¹¹.

Inoltre, attraverso il sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'ANAC, ivi comprese le sanzioni non pecuniarie (in particolare, le iscrizioni nel casellario informatico, con funzione ed

¹⁰ Cons. St., VI, 20.7.2009 n. 4504.

¹¹ Tar Lazio - Roma, III, 2.12.2015 n. 13653: "È illegittima la sanzione adottata dall'ANAC nei confronti di un'impresa per aver prodotto documenti falsi al fine di ottenere un'attestazione SOA, ai sensi dell'art. 40, c. 9-*quater*, d.lgs. n. 163/2006, quando non risulti provata, sulla base della condotta concretamente tenuta dall'operatore economico, la sua colpa grave."

effetto inibitorio), il giudice amministrativo ha imposto all’Autorità il rispetto del “**giusto procedimento**”, richiedendo che il procedimento sanzionatorio si svolgesse nel rispetto dei principi del contraddittorio, del diritto di difesa, del rispetto dei termini massimi.

Tanto è stato affermato con riferimento al procedimento di iscrizione nel casellario informatico¹². A seguito di tale giurisprudenza, l’ANAC ha normato con proprio regolamento sia il procedimento di vigilanza che il procedimento sanzionatorio.

Allo stato attuale della normativa, nel passaggio dal codice appalti n. 163 del 2006 al codice appalti n. 50 del 2016, il legislatore non ha riprodotto, nel nuovo codice, i principi a cui deve attenersi l’ANAC nell’adottare i regolamenti sulla vigilanza e sulle sanzioni (principi in precedenza contenuti nell’art. 8, d.lgs. n. 163/2006).

Tale lacuna è stata segnalata dal Consiglio di Stato al Governo, con il parere Cons. St., comm. spec., sez. affari normativi, 28.12.2016 n. 2777, che ha inoltre dato indicazioni in via esecutiva, ritenendo che il regolamento ANAC sulla vigilanza debba rispettare i principi procedurali di cui alla l. n. 241/1990 e quello sulle sanzioni i principi della l. n. 241/1990 nonché quelli di cui alla l. n. 689/1981.

2.4) Il sindacato sui pareri precontenziosi e sulle raccomandazioni vincolanti

Quanto al sindacato sui **pareri precontenziosi e sulle raccomandazioni vincolanti**, si tratta di un ambito su cui non c’è ancora casistica giurisprudenziale.

Infatti nel vigore del codice appalti del 2006 non esistevano le raccomandazioni vincolanti, e non si ritenevano autonomamente impugnabili i pareri precontenziosi.

Nel vigore del nuovo codice appalti i pareri precontenziosi sono espressamente dichiarati impugnabili, e del pari sono impugnabili le c.d. raccomandazioni vincolanti, che sono una sollecitazione alle stazioni appaltanti ad esercitare l’autotutela.

Peraltro, il sindacato del g.a. su tali atti si prospetta della stessa natura di quello esercitato sugli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, rispetto ai quali gli atti dell’ANAC (parere precontenzioso e raccomandazioni vincolanti) si pongono quale una preliminare valutazione della loro legittimità.

2.5) Il sindacato sui regolamenti di organizzazione sulle linee guida dell’ANAC

Vengono in rilievo alcuni regolamenti dell’ANAC che in senso lato possono attribuirsi al *genus* dei regolamenti di organizzazione in quanto disciplinano funzioni proprie dell’ANAC, ma che in realtà acquistano una sicura rilevanza esterna.

Tali sono il regolamento sulle sanzioni, quello sulla vigilanza e sulle raccomandazioni vincolanti, quello sui pareri precontenziosi.

Il Consiglio di Stato in sede consultiva ha esaminato il regolamento sul precontenzioso e quello sulla vigilanza e raccomandazioni vincolanti, e ha con difficoltà individuato una base normativa certa del potere regolamentare. Nel parere sul regolamento sulla vigilanza ha espresso l’auspicio che in sede di correttivo del codice appalti si dia una base normativa più chiara sia al

¹² Cons. St., VI, 4.8.2009 n. 4905; Id., VI, 24.12.2009 n. 8720; Id., VI, 15.6.2010 n. 3754; Cons. St., ad. plen., 4.5.2012 n. 8; Tar Lazio - Roma, III, 15.9.2016 n. 9776.

regolamento sulla vigilanza sia a quello sulle sanzioni, con indicazione di principi e criteri direttivi (che erano presenti nell'art. 8, d.lgs. n. 163/2006 e non sono stati riprodotti nel d.lgs. n. 50/2016).

Vengono poi in rilievo le c.d. Linee guida dell'ANAC, sulla cui natura giuridica si sono sinora esercitate la dottrina e il Consiglio di Stato in sede consultiva (mediante i pareri sullo schema di codice e sulle linee guida), ma non ancora la giurisprudenza amministrativa.

Una distinzione viene fatta, dalla legge delega e dal codice n. 50/2016, tra LG vincolanti e non vincolanti.

Peraltro, il codice n. 50/2016 non ha dettato una disciplina archetipo delle due tipologie, ma ha previsto una molteplicità di linee guida su vari ambiti, delineando procedimenti eterogenei di formazione e una diversa intensità di principi e criteri direttivi, talora puntuali, talora generici e “in bianco”.

In relazione alle linee guida vincolanti, il Consiglio di Stato in sede consultiva ha ritenuto che non si tratti di regolamenti veri e propri ma di atti di regolazione¹³, mentre la dottrina vi attribuisce natura di veri e propri regolamenti, con svariati argomenti¹⁴.

Va rilevato che tale tipologia di LG non sono una mera “*spiegazione*” della portata delle norme primarie e non si limitano a indicare buone prassi comportamentali (secondo quello che dovrebbe essere, in astratto, il *proprium* delle linee guida, intese come una sorta di “istruzioni per l'uso”), ma costituiscono una vera e propria “*integrazione*” di norme primarie incomplete, e questo sembrerebbe far propendere per una natura regolamentare vera e propria.

Si prescinde qui dal dibattito dottrinale sulla possibilità “costituzionale” di attribuire all'ANAC la potestà di adottare regolamenti aventi rilevanza esterna¹⁵.

Quanto alla natura giuridica delle LG non vincolanti, la tesi più plausibile è quella che le equipara a “circolari” da cui le stazioni appaltanti possono discostarsi con adeguata motivazione¹⁶.

Per tutte le LG dell'ANAC, a bilanciare il deficit “democratico” dello strumento (che viene adottato da un organo tecnico anziché da un organo politico), i pareri del Consiglio di Stato sullo schema di codice appalti e sulle singole linee guida, hanno chiesto il rispetto di procedimenti partecipati di formazione, mediante audizione degli *stakeholders* e utilizzo di strumenti di AIR e di VIR, nonché il rispetto di regole di conoscibilità mediante adeguata pubblicità. Tali principi sono codificati nell'art. 213, c. 2, d.lgs. n. 50/2016.

La natura del sindacato del g.a. su tutti i tipi di LG dell'ANAC non differisce da quello che viene espletato sugli atti di natura regolamentare e sugli atti amministrativi generali.

Si tratta anzitutto di un sindacato che riguarda tutti i vizi di legittimità afferenti sia al procedimento di formazione che al rispetto dei limiti sostanziali imposti dalle norme primarie.

In secondo luogo, sebbene l'attività normativa sia, in astratto, “libera nei fini”, per i

¹³ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 1.4.2016 n. 855, parere sullo schema di codice appalti; Id., 2.8.2016 n. 1767 reso su tre LG ANAC: RUP, OEPV, SIA.

¹⁴ V. ITALIA, *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, relazione tenuta presso l'IGI il 9.2.2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Relazione tenuta al convegno “*L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Mada”*”, Lecce, 28-29.10.2016

¹⁵ Su tale dibattito si rinvia a V. ITALIA, C. DEODATO, G. MORBIDELLI, F. CINTIOLI, *opp. citt.* nella nota precedente, che espongono opinioni ora in senso affermativo ora in senso negativo.

¹⁶ F. CINTIOLI e C. DEODATO, *opp. citt.*

regolamenti tale “libertà” incontra il doppio vincolo del rispetto della Costituzione, delle fonti sovranazionali, e della fonte primaria attributiva del potere.

Il margine di “scelta discrezionale” del regolamento, sebbene più ampio rispetto a quello di un provvedimento puntuale, non esime da un sindacato condotto attraverso lo strumentario proprio dell’eccesso di potere, che consente di verificare anche la congruità, logicità, proporzionalità, ragionevolezza delle scelte, con il solo limite della non sindacabilità di quelle che implicano margini di apprezzamento di merito e che non siano illegittime, o illogiche, irragionevoli, diseconomiche¹⁷.

Gli atti generali e regolamentari che l’ANAC adotta quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici pongono, in prospettiva, **una ulteriore questione, in ordine all’ampiezza di eventuali “poteri impliciti”**, non chiaramente desumibili dalla fonte primaria, specie laddove quest’ultima attribuisca genericamente la competenza ad adottare strumenti di regolazione flessibile. Tale tema non è stato sinora affrontato dalla giurisprudenza con riferimento ai compiti di Autorità di vigilanza sui contratti pubblici mentre ci sono alcuni precedenti giurisprudenziali in ordine ai “poteri impliciti” esercitati dall’ANAC nei compiti di Autorità anticorruzione, la cui sussistenza è stata negata dal g.a. V. paragrafo seguente.

2.6) Il sindacato sui provvedimenti dell’ANAC quale Autorità anticorruzione

Passando agli atti che l’ANAC adotta quale Autorità anticorruzione, come già osservato esulano dalla giurisdizione del g.a. le sanzioni irrogate ai sensi dell’art. 19, c. 5, lett. b), d.l. n. 90/2014, attribuite al g.o. (art. 19, c. 5-bis, d.l. n. 90/2014).

Rientrano invece nella giurisdizione del g.a. varie tipologie di atti autoritativi, aventi natura di atti generali, quali il piano nazionale anticorruzione (art. 1, c. 2 e 2-bis, l. n. 190/2012) e le linee guida sugli obblighi di trasparenza delle pp.aa. (art. 5-bis, c. 6, d.lgs. n. 33/2013), o di atti di gestione (quali il commissariamento temporaneo di imprese ex art. 32, d.l. n. 90/2014, o gli atti di vigilanza e cautelari in tema di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi pubblici ex art. 16, d.lgs. n. 39/2013).

Valgono le considerazioni già svolte su natura e portata del sindacato del g.a.

In relazione alle attribuzioni dell’ANAC quale Autorità anticorruzione il giudice amministrativo ha affermato la necessità di individuare i poteri dell’ANAC nel rispetto del **principio di stretta legalità, negando la sussistenza di “poteri impliciti”** non immediatamente derivanti dalla fonte primaria.

In particolare, in tema di inconfiribilità di incarichi, si è affermato che l’art. 16 d.lgs. n.

¹⁷ Afferma C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato (...), op. cit.*, che nel sindacato del g.a. sui regolamenti “è necessario, tuttavia, che lo scrutinio giurisdizionale dei profili di ragionevolezza resti circoscritto alla verifica di manifeste deviazioni dai canoni di razionalità e proporzionalità ai quali rimane soggetta anche l’attività normativa secondaria, che altrimenti produrrebbe l’inaccettabile effetto di consentire al giudice di sostituirsi all’autorità titolare del potere regolativo nella scelta dell’opzione di intervento liberamente giudicata più opportuna.

Ma, con l’esclusione della patologica ipotesi da ultimo menzionata, l’analisi della ragionevolezza della scelta regolatoria, pur nel rispetto dei vincoli recati dalla disposizione legislativa di riferimento, non può intendersi preclusa al giudice amministrativo, dovendo, anzi, ritenersi naturalmente compresa nell’oggetto del giudizio, nella misura in cui attiene direttamente al controllo del corretto esercizio della funzione pubblica giudicata (ancorché avente carattere normativo).”.

39/2013, che attribuisce all'ANAC un potere di vigilanza e cautelare, non le attribuisce anche un potere sostitutivo né un potere di ordinare alle pubbliche amministrazioni di adottare determinati provvedimenti (nella specie, l'ANAC aveva ordinato a una amministrazione di revocare un incarico).

E' stato inoltre stigmatizzato che l'insussistente potere di "ordine" sia stato in concreto esercitato senza motivazione, e si è osservato che l'insussistenza di un siffatto potere in capo all'ANAC non determina un vuoto di tutela nell'ordinamento, attesa la ordinaria impugnabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi¹⁸.

¹⁸ Tar Lazio – Roma, I, 14.11.2016 n. 11270: *“Come noto, il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa.*

Ne discende che il contenuto dei poteri spettanti all'Autorità nell'ambito dei procedimenti per il conferimento di incarichi va ricercato, quanto meno per i suoi profili essenziali, nel dato normativo primario, non essendo consentito il ricorso ad atti regolatori diversi, quali le linee guida o altri strumenti di cd. soft law, per prevedere l'esercizio di poteri nuovi e ulteriori, non immediatamente percepibili dall'analisi della fonte legislativa”. L'art. 16, d.lgs. n. 39/2013 “(...) delinea chiaramente il ruolo e i compiti dell'ANAC in materia di inconfiribilità di incarichi e li descrive nei termini dell'esercizio di un generale potere di vigilanza, rafforzato attraverso il riconoscimento di forme di dissuasione e di indirizzo dell'ente vigilato, che possono financo condurre alla sospensione di un procedimento di conferimento ancora in fieri ma che non possono comunque mai portare alla sostituzione delle proprie determinazioni a quelle che solo l'ente vigilato è competente ad assumere. (...)

Giova sottolineare, sul punto, che la circostanza che, nella presente controversia, il potere di generale vigilanza ed indirizzo dell'Autorità abbia sconfinato i suoi propri limiti di esercizio trova ulteriore conferma nella circostanza che l'ANAC, nell'esercizio del suo potere di “ordine”, non ha neppure provveduto ad esplicitare le ragioni per cui non riteneva corrette le valutazioni svolte dal RPC sulla conferibilità dell'incarico.

E' opportuno anche chiarire che l'assenza di un potere di ordine in capo all'Autorità e il riconoscimento al solo RPC del potere di decidere in ordine alla inconfiribilità o meno di un incarico, non comportano comunque alcun vuoto di tutela né una potenziale sterilizzazione degli effetti perseguiti dalle norme in materia di anticorruzione, poiché l'atto adottato dal responsabile non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale di questo giudice e i suoi effetti potranno essere per questa via rimossi.”. V. anche Tar Lazio – Roma, III, 8.6.2016 n. 6593: l'ANAC esprime “il proprio qualificato orientamento al naturale destinatario, invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni a cui era tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconfiribilità o incompatibilità”.