

Seminario su casi giurisprudenziali

- Principio di buon andamento;
- Principio di trasparenza;
- Autorità amministrative indipendenti.

Stefano Augusto

stefano.agusto@unife.it

Principio di buon andamento

Cons. St., sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032

- *«I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» (art. 97, co. 2 Cost.);*
- Soprattutto a partire dalla legge n. 241/1990, il principio di buon andamento è strettamente connesso alla:
 - Efficienza → misura, secondo indicatori di produttività prefissati, i risultati raggiunti dalle pp.aa.;
 - Efficacia → la relazione tra i risultati dell'azione pubblica e gli obiettivi predeterminati in sede di indirizzo politico

La vicenda

- Al fine di contenere le proprie passività, la Provincia di Pisa ha concluso con due intermediari finanziari un contratto avente ad oggetto la ricostruzione del debito dell'ente locale (c.d. swap);
- L'ente locale paga all'intermediario una rata fissa;
- L'intermediario paga all'ente locale una rata variabile, corrispondente al debito verso gli obbligazionisti, assicurandolo così dal rischio di fluttuazione del tasso di interesse bancario;
- Nei rapporti interni tra le parti, il rischio suddetto è poi ripartito secondo lo schema dei differenziali attivi e passivi;
- Due anni dopo l'acquisto, un'indagine della Provincia sull'andamento del prodotto acquistato mostra dei «costi occulti», che favoriscono i due intermediari finanziari, non denunciati in sede di gara per la scelta del contraente,
- Ne consegue una determina dirigenziale di annullamento dell'aggiudicazione, che si estende ovviamente anche al contratto in essere.

La sentenza

- *«l'amministrazione provinciale di Pisa non ha inteso esercitare un potere negoziale di recesso unilaterale dai contratti stipulati [...] avendo piuttosto esercitato il potere amministrativo di annullare in autotutela l'aggiudicazione in favore di [...]».*
- *«il potere di autotutela culminato nella ricordata determinazione dirigenziale non è stato esercitato per sottrarsi puramente e semplicemente ad un contratto economicamente squilibrato, quanto piuttosto a causa della mancata corretta valutazione della convenienza economica che legittimava l'operazione di ristrutturazione del debito».*

La sentenza

- *«Si è in presenza in effetti non già di un mero generico interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa o al rispetto del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., ma dell'interesse pubblico concreto, specifico e attuale, da ricollegare direttamente al **principio di buon andamento** dell'azione amministrativa, sub specie della sua economicità, incidendo i «costi impliciti» dell'operazione in strumenti finanziari derivati in modo rilevante sulle effettive disponibilità economico-finanziarie dell'amministrazione provinciale [...]»*
- *«l'amministrazione ha ritenuto, non irragionevolmente, che non potesse trovare tutela l'affidamento delle banche alla legittimità dell'aggiudicazione, avendo esse stesse omesso di comunicare elementi di fatto decisivi ai fini della corretta e legittima determinazione dell'amministrazione di affidare loro l'operazione finanziaria [...]»*

Principio di trasparenza

TAR Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486

- Principio non esplicitamente previsto in Costituzione;
- Tipologie di accesso:
 - Documentale: l. 241/90, artt. 22 e ss.
 - Civico: d.lgs. 33/2013
 - Civico generalizzato (c.d. modello FOIA): d.lgs. 33/2013, come novellato dal d.lgs. 97/2016

La vicenda

- Il ricorrente si è visto respingere dal TAR Campania i ricorsi avverso:
 - il provvedimento con il quale il responsabile del procedimento aveva dichiarato improcedibile la richiesta di agibilità per pendenza della domanda di condono;
 - Il provvedimento con il quale il responsabile SUAP aveva adottato il provvedimento di sospensione dell'attività di somministrazione al pubblico di alimenti esercitata dal ricorrente;
- Mentre propone appello al Consiglio di Stato avverso la sentenza del TAR Campania, il ricorrente presenta al Comune istanza di accesso agli atti in ai sensi ai sensi degli articoli 22 e ss. della l. n. 241/90 e articoli 5 e ss. del d.lgs. n. 97/16;
- il Comune ha respinto l'istanza di accesso;
- Il ricorrente impugna il diniego di ostensione dei documenti richiesti al TAR Campania

La sentenza

- *«Avverso il detto atto di rigetto dell'istanza di accesso il ricorrente propone dunque ricorso rilevando di avere titolarità a conoscere la documentazione richiesta sia a norma dell'art. 22 della legge 241/1990 sia a norma dell'art. 5, co. 2 del d. lg. 33/2013 che consente un controllo diffuso in quanto finalizzato a verificare la correttezza dell'operato del Comune e in particolare "l'osservanza del principio della par condicio civium" [...]*»
- *«Afferma il ricorrente che il diniego di agibilità del locale de quo è basato effettivamente sulla pendenza di una domanda di condono edilizio non ancora evasa dall'amministrazione comunale, sicché è fuor di dubbio che il ricorrente abbia interesse a sapere se per altri esercizi commerciali che si svolgono in locali oggetto di domanda di condono edilizio, non ancora evasa, sia stata fatta applicazione del medesimo principio, ciò soprattutto al fine di acquisire ogni informazione utile per la proposizione dell'appello al Consiglio di Stato».*

La sentenza

«Le questioni che vengono qui in rilievo riguardano, quanto all'accesso documentale, i presupposti per consentire l'accesso, le finalità dello stesso e l'ampiezza oggettiva; per l'accesso generalizzato, invece, vengono in evidenza gli aspetti relativi ai presupposti, alle finalità, all'attività che svolge l'amministrazione nel decidere l'istanza, ai limiti, alle ipotesi di istanze massive, al c.d. dialogo collaborativo in caso di istanze che contengono richieste onerose, all'obbligo di motivare la decisione dell'amministrazione, all'intervento del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) in sede di riesame».

La sentenza

- *«Alla luce dei principi sopra richiamati, l'istanza di accesso documentale formulata dal ricorrente deve essere respinta in quanto soggiace al limite di cui all'art. 24 co. 3 poiché preordinata ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione».*
- *«A diverso esito si giunge allorquando si esamina la domanda di accesso del ricorrente in base all'art. 5, co. 2 del d. lg. 33/2013.*

La sentenza

- *«La finalità soggettiva che spinge il richiedente a presentare istanza di accesso civico non è, infatti, sindacabile se non correndo il rischio di confondere la finalità della legge con la finalità soggettiva del richiedente».*
- *«Alla luce di quanto argomentato, quindi, anche richieste di accesso civico presentate per finalità “egoistiche” possono favorire un controllo diffuso sull’amministrazione, se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate».*
- *«Potranno trovare, così, accoglimento anche istanze tese all’acquisizione di informazioni utili a fini personali, ad esempio professionali, se l’istanza riguarda informazioni, dati e documenti amministrativi e ciò perché ai fini della trasparenza e del diritto a conoscere rileva “che cosa si può conoscere” e non “perché si vuole conoscere”».*
- *«Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei limiti di cui in motivazione».*

Autorità amministrative indipendenti

Cons. St., sez. VI, 9 dicembre 2019, n. 8386

«La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio [...] con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla Società nei confronti del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 19 dicembre 2012 n. 66621, con il quale la predetta Autorità ha ritenuto scorretta la pratica di diffondere alcuni messaggi pubblicitari volti a promuovere la stipulazione del contratto di affiliazione commerciale alla rete in franchising gestita dalla predetta società, attiva nel campo dei servizi postali, di comunicazione e di supporto alle attività di aziende e privati, irrogandole la sanzione amministrativa pecuniaria di 80.000 euro».

La vicenda

- *«La Società proponeva ricorso nei confronti del suddetto provvedimento sanzionatorio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio deducendo la non ingannevolezza dei messaggi, la violazione del diritto di difesa, l'erroneità del rigetto dell'istanza di assunzione di impegni e l'erronea quantificazione della sanzione».*
- *«Il Tribunale amministrativo regionale ha osservato che i messaggi sottoposti a scrutinio dall'Autorità non palesassero realmente una capacità ingannevole».*
- *«L'Autorità [Antitrust] ritiene la sentenza di primo grado errata e ne chiede, quindi, la riforma».*

I motivi di appello dell'Antitrust

1. Il TAR, nell'esaminare il procedimento sanzionatorio sviluppato dall'Autorità, ha finito con il sindacare nel merito il provvedimento sanzionatorio impugnato, realizzando una inammissibile sostituzione dei parametri rilevanti ai fini della valutazione della pratica commerciale e ciò lo ha realizzato, in particolare, attraverso una propria ricostruzione delle informazioni presenti sui messaggi pubblicitari diffusi dal professionista [...]. Il giudice di primo grado avrebbe travalicato dal perimetro del potere di indagine riconosciuto al giudice amministrativo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato

2. La sentenza qui oggetto di appello sarebbe errata anche con riferimento alla valutazione di non ingannevolezza del messaggio operata dal primo giudice, perché fondata su una erronea ricostruzione della pratica commerciale in esame, nonché dei parametri di valutazione rilevanti

La sentenza

Il giudice amministrativo - nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità - può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato

La sentenza

- Infatti, con riguardo alle valutazioni tecniche [...] la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità.
- Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità [...]. Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'AGCM, individuando quale unica preclusione la impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità.
- In ragione di tutto quanto si è sopra esposto l'appello può trovare accoglimento.