

Pubblicato il 11/03/2022

N. 01723/2022REG.PROV.COLL.

N. 08407/2021 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8407 del 2021, proposto dalla ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

contro

Valle Umbra Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, con domicilio digitale presso i medesimi in assenza di elezione di domicilio fisico in Roma;

nei confronti

Soenergy S.r.l., Hera Comm S.p.A., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) del 10 settembre 2021, n. 1983, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Valle Umbra Servizi S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2022 il Cons. Francesco Guarracino e uditi l'avv. dello Stato Fabio Tortora per la parte appellante e l'avv. Francesco Paolo Francica per la parte appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, n.r.g. 747/2020, la Valle Umbra Servizi S.p.A., società per azioni a capitale interamente pubblico costituita tra i comuni del comprensorio folignate, spoletino e della Valnerina avente per oggetto l'esercizio delle attività e dei servizi connessi e inerenti alla produzione, trasporto, trattamento, distribuzione e vendita del gas e delle attività connesse e accessorie, in proprio o per conto terzi, in via diretta e attraverso società controllate, collegate o comunque partecipate, impugnava, unitamente agli atti presupposti, il provvedimento dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), assunto con deliberazione in data 11 febbraio 2020, prot. n. 30/2020/S/GAS, col quale, all'esito del procedimento sanzionatorio avviato con deliberazione 568/2014/S/gas del 20 novembre 2014, alla ricorrente erano state irrogate sanzioni amministrative pecuniarie per un importo complessivo di euro 428.000,00 ed era stata ordinata la cessazione delle condotte lesive degli utenti per violazioni commesse in materia di separazione funzionale e contabile (*unbundling*) nei confronti di un'impresa di distribuzione del gas naturale e di un'impresa di vendita appartenente al medesimo gruppo societario.

Il ricorso è stato respinto dal T.AR. per la Lombardia (Sezione Prima) con sentenza n. 1983 del 10 settembre 2021.

Avverso la decisione di prime cure l'ARERA ha proposto appello, al quale ha resistito la società Valle Umbra Servizi.

Le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle proprie ragioni.

Alla pubblica udienza del 18 gennaio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

E' impugnata la sentenza con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha annullato il provvedimento adottato dall'ARERA nei confronti della società appellata per violazioni delle disposizioni in materia di separazione funzionale e contabile (*unbundling*) nei rapporti con società del medesimo gruppo.

Il T.A.R. ha fondato l'accoglimento *in parte qua* del ricorso di primo grado sull'assorbente fondatezza del sesto mezzo di gravame, col quale la società ricorrente aveva dedotto la violazione del termine di durata del procedimento sanzionatorio, avviato in data 20 novembre 2014 e concluso in data 11 febbraio 2020. In particolare, pur escludendo che il termine in questione avesse natura perentoria, ha nondimeno ritenuto, in considerazione di quanto contemplato dai considerando 33 e 34 della Dir. 2009/73/CE del 13 luglio 2009 sulla necessità di prevedere “*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle imprese del settore del gas naturale che non rispettano i loro obblighi*”, di dover verificare in concreto “*se il considerare superamento del termine di conclusione del procedimento, il quale non può mai di per se stesso determinare la decadenza dal potere sanzionatorio, sia stato dovuto all'esigenza di implementare il contraddittorio procedimentale o se sia, invece, decorso negligenzemente*”, pervenendo alla conclusione che, nel caso di specie, la dilatazione della conclusione del procedimento sanzionatorio non fosse giustificata da effettive esigenze istruttorie.

Ciò in quanto, dalla data di comunicazione dell'avvio del procedimento a quella di comunicazione delle risultanze istruttorie, erano intercorsi quasi cinque anni (a fronte dei 180 giorni fissati per l'istruttoria) e, in questo lasso di tempo, l'Autorità aveva atteso, dopo la memoria presentata dalla società il 23 gennaio 2015, fino al 17 luglio 2019 per chiedere ulteriori integrazioni, senza dar conto della ragione della rilevanza di queste informazioni rispetto alle contestazioni formulate con l'avvio del procedimento e in termini neppure attinenti alla fattispecie illecita e al relativo procedimento sanzionatorio.

Ha soggiunto il Tribunale che nel provvedimento impugnato il riferimento alla complessità dell'istruttoria era affidato a generiche e quasi tautologiche perifrasi prive di concretezza e che lo stesso era stato adottato ben oltre il termine complessivo di 270 giorni, fissato per la conclusione del procedimento sanzionatorio, senza che fosse evidenziato, nelle more, il verificarsi di sopravvenienze rilevanti ai fini dell'adozione della sanzione amministrativa pecuniaria.

Avverso tale sentenza è stato proposto appello dall'ARERA, che ne ha denunciato l'erroneità con due motivi di impugnazione,

Col primo motivo di appello l'ARERA ha sostenuto che nessuna disposizione di legge o dello stesso regolatore prevedrebbe la decadenza del potere sanzionatorio al decorso del termine di conclusione del procedimento e ha contestato che l'eccessiva durata di quest'ultimo sia causa di illegittimità della sanzione, richiamando giurisprudenza di questo Consiglio di Stato nonché gli orientamenti della Corte di Cassazione relativi al termine quinquennale per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie di cui alla legge n. 689 del 1981; inoltre, ha dedotto che, nel caso concreto, la società sottoposta al procedimento sanzionatorio, che in ogni momento avrebbe potuto esercitare le proprie prerogative partecipative e difensive, avrebbe avuto a disposizione gli ordinari rimedi avverso il silenzio dell'amministrazione e ha sostenuto che la richiesta istruttoria del 19 luglio 2019 avrebbe, da un lato, consentito agli uffici dell'Autorità di acquisire elementi utili alla piena conoscenza degli eventuali mutamenti della situazione di fatto e, dall'altro lato, permesso alla società di dimostrare eventuali iniziative intraprese nel frattempo o di svolgere ulteriori difese.

Con il secondo motivo di appello, riconoscendo che la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è orientata nel senso della perentorietà del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio fissato dalla stessa ARERA, in via subordinata ha domandato che, in caso di conferma delle statuizioni del giudice di primo grado, siano salvaguardati gli effetti dei provvedimenti adottati prima del *revirement* giurisprudenziale operato nel 2021, applicando il c.d. *prospective overruling*.

L'appello è infondato.

Ai sensi dell'art. 45, comma 6, del D.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, “*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas disciplina, con proprio regolamento, nel rispetto della legislazione vigente in materia, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i procedimenti sanzionatori di sua competenza, in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Il regolamento disciplina altresì le modalità procedurali per la valutazione degli impegni di cui al comma 3 del presente articolo, nonché, i casi in cui, con l'accordo dell'impresa destinataria dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, possono essere adottate modalità procedurali semplificate di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*”.

E' quindi rimessa all'autonomia regolamentare dell'Autorità la disciplina dei procedimenti sanzionatori di propria competenza.

Con deliberazione del 14 giugno 2012, n. 243/2012/E/com, l'ARERA ha approvato l'Allegato A, recante “*Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità*

procedurali per la valutazione degli impegni”, successivamente integrato con le modificazioni apportate dalla deliberazione dell’1 giugno 2017, n. 388/2017/E/com.

L’art. 4 *bis* del Regolamento, introdotto con le modifiche di cui alla deliberazione 1 giugno 2017, ha fissato in 220 giorni il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio ed in 120 giorni il termine per la comunicazione delle risultanze istruttorie, decorrenti dalla comunicazione dell’avvio del procedimento disciplinata all’art. 4 del medesimo Regolamento.

La disposizione regolamentare contempla espressamente, al comma 3, un’ipotesi di sospensione del termine di conclusione del procedimento per esigenze istruttorie e, ai commi 4 e 5, due ipotesi di proroga del medesimo termine, la prima, pari a trenta giorni, ove sia stata avanzata la richiesta di audizione finale dinanzi al Collegio, la seconda, per la quale non è individuata una durata temporale massima e ne è prevista l’estensione anche al termine intermedio di comunicazione delle risultanze istruttorie, ove “*ricorrono motivate esigenze procedurali*” e, in particolare, “*sopravvenute esigenze istruttorie*” o ipotesi di estensione soggettiva ed oggettiva del procedimento.

Nel caso di specie, l’Autorità, con la deliberazione di avvio del procedimento del 20 novembre 2014, fissava in 180 giorni, decorrenti dalla notifica, il termine di durata dell’istruttoria e in 90 giorni, decorrenti dal termine dell’istruttoria, quello per l’adozione del provvedimento finale, per complessivi 270 giorni.

Nel corso del procedimento non intervenivano né sospensioni né proroghe.

Il superamento del termine posto dal regolamento e dalla stessa Autorità nella comunicazione di avvio del procedimento ha comportato l’illegittimità della sanzione irrogata.

Il Collegio, infatti, non intende discostarsi dall’orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza di questo Consiglio circa la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, affermatosi prima con riferimento ai procedimenti di altre Autorità (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; id., 6 agosto 2013, n. 4113; id., 29 gennaio 2013, n. 542, con riferimento alla Banca d’Italia; sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289, per l’ANAC; sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, per l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) e, più di recente, anche per l’ARERA (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; id., 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309).

Secondo tale orientamento, se in linea generale il carattere della perentorietà può essere riconosciuto a una scadenza temporale solo da un’espressa norma di legge, sicché, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda come perentorio, il termine va inteso come sollecitatorio o ordinatorio e il suo superamento non determina l’illegittimità dell’atto, tuttavia la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo conduce a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l’effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.).

Difatti, nei procedimenti sanzionatori consentire l’adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizione (cinque anni, ex art. 28 della l. n. 689 del 1981), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per la sua adozione, equivarrebbe a esporre l’inculpato a un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa, laddove l’esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può restare esposta *sine die* all’inerzia dell’autorità preposta al procedimento, per elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei propri comportamenti.

Si è, altresì, affermato che, pur non essendo necessaria un’espressa previsione di perentorietà del termine per provvedere, resterebbe nondimeno necessario che la normativa che regola lo specifico procedimento sanzionatorio contenga una norma primaria che, prevedendo termini, la cui determinazione potrebbe essere specificata da atti regolamentari o puntuali, per l’avvio e la conduzione del procedimento, e per la sua conclusione in deroga alle previsioni generali della l. n. 689 del 1981, consenta la qualificazione dei termini come termini perentori.

Peraltro, trattando specificamente del procedimento sanzionatorio di competenza dell’ARERA, si è detto che non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività e si sono individuate come norme di riferimento (stante quanto previsto dall’art. 2, comma 5, della l. 241/1990, per cui “*Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza*”) il comma 6 dell’art. 45 del d.lgs. 93/2011, che demanda a un regolamento dell’ARERA la disciplina dei procedimenti sanzionatori di sua competenza, e, quindi, la già menzionata deliberazione del 14

giugno 2012, n. 243/2012/E/com, che prevede che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia fissato di volta in volta dall'Autorità stessa in ragione della complessità della fattispecie.

Ancora con riferimento all'ARERA, è stato affermato, sulla base del cons. 34 della direttiva n. 2009/73/CE, che *“il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo”* e che *“Risulta ragionevole, pertanto, affermare che in questo caso l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio”*.

Si è esclusa, inoltre, la possibilità del riferimento all'art. 28 della l. 689 del 1981, che prevede la prescrizione quinquennale del diritto a riscuotere le somme per violazioni da cui derivano sanzioni amministrative, poiché in tal modo si finirebbe per sovrapporre archetipi normativi affatto dissimili, ossia quello della legge generale sulle sanzioni amministrative con quello della disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, che riguarda l'esercizio di un potere di natura discrezionale da esercitarsi in contraddittorio; potendosi peraltro recuperare il termine prescrizione quinquennale, anche con riferimento alla disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, attraverso la distinzione tra termine decadenziale di conclusione del procedimento sanzionatorio, entro il quale emettere il provvedimento sanzionatorio e determinare la sanzione pecuniaria, e termine prescrizione, quello appunto di cui all'art. 28, entro il quale riscuotere le dette somme (Cons. Stato, sez. IV, n. 584/2021 cit., nonché Cons. Stato, sez. IV, nn. 2307, 2308 e 2309/2021 citt.).

Non giova alle tesi dell'Autorità il richiamo, nelle sue difese, alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2021, riguardante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge n. 689 del 1981 nella parte in cui non prevede un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio mediante l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, alla luce di quanto detto poc'anzi sulla inapplicabilità del regime generale della legge in questione ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, in relazione alla specificità delle funzioni esercitate e della loro collocazione nell'ambito dell'ordinamento.

Peraltro, in quella sentenza la Corte costituzionale afferma che, nel procedimento sanzionatorio, *“l'esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, assume una rilevanza del tutto peculiare, proprio perché tale esercizio si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione”* e sottolinea che, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo *“impone la predeterminazione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti), ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere. Ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale. Inoltre, la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost.”*.

Con ciò sostanzialmente riconoscendo l'esigenza di fissazione di un termine nei procedimenti sanzionatori, termine che per l'ARERA è stato ricavato dalla giurisprudenza di questo Consiglio dal combinato disposto delle norme primarie e delle norme regolamentari, avendo cura di precisare, da ultimo, che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento *“deve sempre valutarsi nel concreto contesto procedimentale come un parametro dell'eccesso di potere più che come una violazione di legge ove si sia in presenza di una disciplina autonoma del procedimento dettata da fonte secondaria o da un regolamento dell'Autorità”* (Cons. Stato, sez. IV, nn. 2307, 2308 e 2309/2021 citt.).

Va, pertanto, tenuto fermo l'orientamento recentemente espresso dalla Sesta Sezione, dove afferma (sent. n. 584/2021 cit., punto 8.1), in ipotesi analoga, che *“l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio”*.

Nel caso in esame, tale illegittimità si giustifica perché il procedimento è durato circa cinque anni, con plurime violazioni, da parte dell'ARERA, di termini autoimposti.

Non può, poi, essere accolta la richiesta dell'ARERA di considerare i provvedimenti legittimi in applicazione del c.d. *prospective overruling*.

La giurisprudenza ha ritenuto applicabile questa figura, consentendo l'applicazione di un rovesciamento di indirizzo giurisprudenziale in maniera non retroattiva, come, invece, dovrebbe avvenire in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, nei casi in cui il mutato orientamento incida sulla interpretazione di una regola processuale, sia imprevedibile o segua ad altro orientamento consolidato nel tempo, tale da considerarsi diritto vivente, nonché comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (Cass. civ., SS.UU., 13 settembre 2017, n. 21194; id., 11 luglio 2011 n. 15144, che ha ritenuto rilevante l'affidamento riposto dalla parte al momento della proposizione del giudizio, "*tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità -da verificarsi in concreto- dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva*").

Questo Consiglio ne ha esteso il campo di applicazione al rispetto di tempistiche procedurali, affermando, con l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2017, la "*praticabilità della prospective overruling, in forza della quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato alle situazioni anteriori alla data della decisione. La prospective overruling si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata. All'Adunanza Plenaria è concessa la possibilità di limitare al futuro l'applicazione del principio di diritto al verificarsi delle seguenti condizioni:*

- a) *l'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare;*
- b) *l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata;*
- c) *la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche*".

Ciò sulla base del principio di certezza del diritto, limitando, quindi, "*la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni*".

Come di recente ribadito, il presupposto fondamentale per la sua applicazione è costituito dalla "*esistenza di un orientamento consolidato, costituente diritto vivente, che viene imprevedibilmente modificato dalla nuova esegesi*" (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2019; Sez. VI, 30 luglio 2021, n. 5624; id. 28 luglio 2021, n. 5599).

Nel caso di specie, non si è in presenza di un mutamento improvviso della giurisprudenza di questo Consiglio, trattandosi dell'applicazione di un orientamento già da tempo formatosi per altre Autorità indipendenti (cfr. Cons. Stato nn. 542 e 4113/2013 citt.) e consolidatosi nell'ultimo periodo anche con riferimento specifico ai procedimenti dell'ARERA, né ricorre il presupposto, individuato dall'Adunanza plenaria, della necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

Per queste ragioni, in conclusione, l'appello deve essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate, in considerazione della particolarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Antonella Manziona, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesco Guarracino

IL PRESIDENTE

Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO