



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato  
la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 4467/03, proposto da:  
MOTOROLA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Rubino Sammartano, Stefano Vinti  
e Corinna Fedeli, ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli ultimi  
due in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,  
in persona del presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura  
generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia per legge in Roma, via dei  
Portoghesi, n. 12;

e nei confronti di

- MARCONI MOBILE S.P.A., in persona del legale rappresentante in  
carica, rappresentata e difesa dagli avv. Lorenzo Acquarone, Daniela  
Anselmi e Giovanni Di Gioia, ed elettivamente domiciliata presso lo studio  
dell'ultimo in Roma, piazza Mazzini, n. 27;
- NOKIA ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avv. Franco Gaetano Scoca e Roberto

N. 3865/2004  
Reg.Dec.

N. 4467 Reg.Ric.

ANNO 2003

Disp.vo 308/2004

RESPIRO

20

De

Colagrande, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via G. Paisiello, n. 55;

- CONSORZIO SECURCOMM MARCONI NOKIA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Merola, Adele Sodano e Daniele Domenicucci, ed elettivamente domiciliato presso lo studio Bonelli erede Pappalardo in Roma, via G. Paisiello, n. 39;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, 11 febbraio 2003, n. 868;

visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di Marconi Mobile s.p.a., di Nokia Italia s.p.a. e del Consorzio Securcomm;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti tutti gli atti della causa;

relatore all'udienza pubblica del 14 maggio 2004 il consigliere Carmine Volpe, e uditi altresì l'avv. V. Biagetti, in delega dell'avv. S. Vinti, per l'appellante, l'avv. dello Stato Venturini per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'avv. L. Acquarone per Marconi Mobile s.p.a., nonché l'avv. R. Colagrande per Nokia Italia s.p.a. e, in delega dell'avv. M. Merola, per il Consorzio Securcomm;

ritenuto e considerato quanto segue.

#### FATTO

Il primo giudice, con la sentenza indicata in epigrafe, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da Motorola s.p.a. avverso la deliberazione

dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 28 marzo 2002, n. 10596. L'Autorità, con tale provvedimento, riconosceva che l'intesa tra Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. per la costituzione del Consorzio Securcomm, determinando consistenti riduzioni della concorrenza, rientrava nelle intese vietate ai sensi dell'art. 2, comma 2, della l. 10 ottobre 1990, n. 287. Tuttavia, l'autorizzava in deroga al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della medesima legge e sino al 30 giugno 2003.

La sentenza viene appellata da Motorola s.p.a. per i seguenti motivi:

1) erroneità della sentenza in ordine all'inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse e difetto di legittimazione processuale;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della l. n. 287/1990, eccesso di potere per contraddittorietà, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria nell'accertamento dei presupposti necessari per l'autorizzazione in deroga, e sviamento;

3) violazione dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, difetto assoluto di motivazione, nonché motivazione contraddittoria, perplessa e insufficiente.

La detta Autorità, Marconi Mobile s.p.a., Nokia Italia s.p.a. e il Consorzio Securcomm si sono costituiti in giudizio, resistendo al ricorso in appello.

Tutte le parti hanno depositato memorie (Marconi Mobile s.p.a. in numero di due), con le quali hanno ulteriormente illustrato le rispettive difese.

**DIRITTO**

1. Nokia Italia s.p.a., Marconi Communications s.p.a. e Ote s.p.a., in data 8 agosto 2000, comunicavano all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi Autorità), ai sensi dell'art. 13 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, di avere concluso un'intesa avente ad oggetto la costituzione di un Consorzio, denominato Securcomm (d'ora in poi Consorzio). Il Consorzio aveva ad oggetto la promozione, la progettazione e la fornitura alle Forze di polizia italiane (Arma dei Carabinieri, Polizia di Stato e Guardia di finanza), come pure a soggetti terzi che forniscono le Forze di polizia italiane, di apparati di radiocomunicazione mobile che utilizzino la tecnologia digitale Tetra, e dei prodotti e dei servizi collegati.

Le società chiedevano di dichiarare che l'intesa raggiunta non rientrasse nella fattispecie di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 287/1990, e, in subordine, di autorizzarla ai sensi del successivo art. 4.

L'Autorità, con deliberazione 15 febbraio 2001, avviava l'istruttoria ai sensi dell'art. 14 della l. n. 287/1990. Nel frattempo, Ote s.p.a. veniva incorporata per fusione nella Marconi Mobile s.p.a., e Marconi Communications s.p.a., a seguito di atto di scissione parziale, assumeva la denominazione di Marconi Mobile s.p.a..

Successivamente, Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. comunicavano all'Autorità la decisione di apportare alcune modifiche allo statuto del Consorzio e alla relativa convenzione, tra cui:

a) limitare la durata del Consorzio (prima prevista sino al 2005) al 30 giugno 2003, salvo quanto richiesto ai fini dell'esecuzione delle gare di cui esso abbia eventualmente ottenuto l'aggiudicazione e dell'adempimento

DA

degli obblighi ivi previsti, e comunque sino al completamento delle attività esecutive delle gare in proprio favore aggiudicate;

b) limitare la propria attività, diretta all'aggiudicazione di gare, ad un numero di gare non superiore al valore di un terzo (33 per cento) di quello complessivo delle commesse per la fornitura alle Forze di polizia italiane di apparati di radiocomunicazione mobile digitale, nonché per la fornitura di prodotti collegati e servizi correlati.

Il Consorzio si impegnava, inoltre, con riguardo alle due società componenti, a non svolgere attività di commercializzazione in comune sotto forme associative diverse dal Consorzio, e precisamente a non concorrere congiuntamente all'aggiudicazione delle gare eccedenti il limite di un terzo del mercato di riferimento. Esso si obbligava, infine, a concedere a terzi, a condizioni ragionevoli, eque e non discriminatorie, in linea con le direttive European Standardization Institute (ETSI) in materia di licenze d'uso, le invenzioni eventualmente nel frattempo brevettate, e, se fosse risultato aggiudicatario delle prime gare indette dalle Forze di polizia, a mettere a disposizione, su richiesta dei terzi partecipanti, le specifiche tecniche relative all'interfaccia Inter System Interface (ISI); "necessarie per rendere il sistema da essi introdotto interoperabile con quello precedentemente installato dal Consorzio in un'altra regione del territorio italiano".

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con deliberazione 2 marzo 2002, n. 91/02/CONS, esprimeva parere favorevole sullo schema di provvedimento predisposto dall'Autorità, concordando con le valutazioni svolte dalla stessa.

Quest'ultima, con deliberazione 28 marzo 2002, n. 10596, pur riconoscendo che l'intesa tra Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. per la costituzione del Consorzio, determinando consistenti riduzioni della concorrenza all'interno di una parte rilevante del mercato, rientrava nelle intese vietate ai sensi dell'art. 2, comma 2, della l. n. 287/1990, la autorizzava in deroga al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza. Ciò in applicazione dell'art. 4, comma 1, della medesima legge e sino al 30 giugno 2003.

Ai sensi del citato art. 4, comma 1, "l'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato".

Secondo il successivo comma 3 del medesimo articolo, "la richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa".

L'Autorità, con la detta deliberazione n. 10596/2002, riteneva soddisfatte le condizioni previste dall'art. 4, comma 1, della l. n. 287/1990, ossia: miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, beneficio per i committenti, indispensabilità delle restrizioni concorrenziali prodotte, e insuscettibilità, da parte di queste, di eliminare la concorrenza in una parte consistente del mercato.

2. Motorola s.p.a. impugnava la citata deliberazione n. 10596/2002, deducendo, soprattutto, l'inesistenza dei presupposti per procedere all'autorizzazione in deroga al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della l. n. 287/1990.

Il primo giudice ha dichiarato il ricorso inammissibile, in conformità alla propria precedente giurisprudenza - in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante e di pubblicità ingannevole - e alla decisione di questa sezione 30 dicembre 1996, n. 1792. Il tribunale amministrativo regionale ha ritenuto che i poteri di cui alla l. n. 287/1990 siano preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, e non anche alla garanzia di posizioni individuali o associate dei soggetti operanti nell'ambito di quest'ultimo. Ciò, secondo il primo giudice, porta alla conseguenza che, a fronte dell'esplicazione dei detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi sono titolari di un mero interesse indifferenziato, rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità, preposte alla repressione dei comportamenti illeciti, esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine.

Partendo dal più generale principio secondo cui, in tutti i procedimenti repressivi, neppure il soggetto denunciante assume legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo (come affermato da questa sezione nella citata decisione n. 1792/1996), il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto che, anche nella fattispecie per cui è causa, il singolo concorrente, il quale non è destinatario diretto dell'attività istituzionale dell'Autorità, se indubbiamente ne può avvertire gli effetti, sia titolare di una sfera giuridica che non è incisa in via immediata e diretta dall'attività medesima; in rapporto alla quale si registra "l'emersione differenziata delle sole situazioni soggettive proprie dell'impresa destinataria dell'atto".

A detta del primo giudice, è irrilevante la circostanza secondo cui la ricorrente aveva esercitato delle facoltà nell'ambito del procedimento che è sfociato nel provvedimento impugnato; "in difetto della titolarità di una posizione di interesse legittimo, neppure il mero fatto della partecipazione al procedimento costituisce titolo acquisitivo di legittimazione attiva al ricorso avverso il suo provvedimento conclusivo, in quanto altro è la partecipazione procedimentale ed altro è la legittimazione processuale". Così come ritenuto dal Consiglio di Stato, con le decisioni di questa sezione n. 1792/1996 e della sez. IV, 12 aprile 2000, n. 2185.

3. Motorola s.p.a., con il primo motivo di appello, deduce la sussistenza della propria legittimazione attiva, avendo partecipato al procedimento ed essendo stata riconosciuta dalla medesima Autorità, con la deliberazione impugnata, come soggetto direttamente coinvolto. A fronte di un diritto costituzionalmente garantito e di diretta derivazione comunitaria (rispettivamente, art. 41 della cost. e art. 1 della l. n. 287/1990), quale il

diritto di concorrere nel libero mercato a parità di condizioni e nel rispetto delle norme (comunitarie e interne) del settore, sussisterebbe una posizione individuale, del singolo operatore, che deve essere tutelata dall'ordinamento, consentendo l'esperibilità dell'azione innanzi al giudice amministrativo; posizione che risulta potenzialmente danneggiata dall'emanazione di provvedimenti illegittimi dell'Autorità.

Si sarebbe verificata, quindi, la lesione concreta e attuale dell'interesse ad un'effettiva concorrenza; interesse differenziato, data la qualità di operatore del settore di Motorola s.p.a., e qualificato dalla legge.

L'appellante, solo in ultima ipotesi, denuncia l'incostituzionalità dell'art. 33 della l. n. 287/1990 per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 113 della cost.. La stessa, nella memoria successivamente depositata, formula apposita istanza di rinvio alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato che istituisce la Comunità europea (CE), per la soluzione della questione pregiudiziale.

4.1. Ciò premesso, la sezione ritiene la sussistenza della legittimazione a ricorrere di Motorola s.p.a..

Va precisato, innanzitutto, che, nella materia oggetto del contendere, la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi non è più rilevante ai fini dell'individuazione del giudice competente. Infatti, ai sensi dell'art. 33, comma 1, della l. n. 287/1990, "i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio". La distinzione, tuttavia, conserva

rilevanza ad altri fini; come, ad esempio, con riguardo al termine per impugnare e alla delimitazione dei poteri del giudice (Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4).

La questione della legittimazione ad impugnare le decisioni dell'Autorità da parte di soggetti terzi, siano essi imprese concorrenti o consumatori, è stata più volte oggetto di esame da parte del Tribunale amministrativo regionale del Lazio; il quale l'ha risolta in senso negativo, disconoscendo la titolarità di una situazione giuridica sostanziale direttamente incisa dall'esercizio del potere amministrativo.

Le argomentazioni addotte sono essenzialmente duplici.

La prima muove dall'idea che i poteri dell'Autorità, di cui alla l. n. 287/1990, non sono preordinati alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti operanti nell'ambito del libero mercato, ma sono invece finalizzati alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nel medesimo settore.

Dal che consegue che tutti i soggetti diversi da quelli incisi direttamente dalla determinazione dell'Autorità sarebbero portatori di un interesse indifferenziato, rispetto alla pretesa della collettività alla tempestiva e corretta repressione dei comportamenti illeciti previsti dalla normativa antitrust. Così che solo le imprese dirette destinatarie delle deliberazioni finali dell'Autorità vanterebbero, nei confronti della stessa, un interesse qualificato; di tipo pretensivo, ad esempio al rilascio di autorizzazioni in deroga nel caso di intese, od oppositivo, come nell'ipotesi dell'adozione di provvedimenti che vietano intese o abusi di posizione dominante. La lesione di siffatto interesse, se concreta e attuale, farebbe

nascere la legittimazione delle dette imprese a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo.

La seconda argomentazione è connessa alla riconduzione dei procedimenti antitrust nella categoria di quelli così detti repressivi, in relazione ai quali neppure il soggetto denunciante assume legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo. L'aver sollecitato l'apertura del procedimento e la partecipazione allo stesso non assumono rilevanza alcuna. La partecipazione procedimentale è cosa diversa dalla legittimazione processuale; e la prima non dà necessariamente luogo alla seconda.

La conseguenza di siffatto orientamento giurisprudenziale è la seguente.

L'interesse dei concorrenti ad agire in un mercato libero, pienamente ed effettivamente concorrenziale, non risultando differenziato rispetto al generico interesse dell'appartenente alla collettività al rispetto della normativa antitrust, non assurge al rango né di diritto soggettivo né di interesse legittimo. Il ricorso è precluso a quanti, nonostante che avvertino gli effetti dei provvedimenti amministrativi dell'Autorità, sono titolari di una sfera giuridica che non è incisa in via immediata e diretta dall'attività dell'Autorità medesima.

4.2. Così impostato il problema, la soluzione adottata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio soffre di eccessiva generalizzazione, non entra nella variegata specificità che possono assumere le diverse situazioni concrete - anche relativamente ai vari tipi di provvedimenti adottabili dall'Autorità - e finisce per limitare la tutela giurisdizionale.

Si verifica, infatti, la non accettabile conseguenza dell'insindacabilità dei provvedimenti dell'Autorità da parte di coloro che non sono i destinatari diretti dell'attività della stessa. A discapito dell'effettività della tutela giurisdizionale, principio immanente nel sistema e che riceve protezione a livello costituzionale; laddove il principio è desumibile da diverse disposizioni (artt. 24, 103, 111 e 113 della cost.), le quali assicurano tutela integrale alla situazione soggettiva del privato, ed è tipico dell'ordinamento di uno Stato democratico. Tra l'altro, l'accesso alla tutela giurisdizionale costituisce uno dei principi fondamentali dell'Unione europea (UE).

La sezione ritiene che la questione vada risolta riportandola nell'ambito dei principi in tema di condizioni dell'azione e di requisiti necessari per individuare una situazione di interesse legittimo, qual'è la posizione di colui il quale si contrappone all'esercizio del potere dell'amministrazione; posizione che si configura, nella specie, in capo al soggetto che contesta l'esercizio del potere autoritativo (in favore di altri) da parte dell'Autorità.

La titolarità di una posizione giuridica sostanziale e la lesione della stessa ad opera del potere amministrativo, sempre che la lesione abbia i caratteri della personalità, dell'attualità e della concretezza, costituiscono condizione generale per agire innanzi al giudice amministrativo. La titolarità di un interesse legittimo deve poi essere stabilita in base ai due criteri, della differenziazione e della qualificazione.

Le imprese concorrenti (nel medesimo settore economico) non si trovano sullo stesso piano degli altri appartenenti alla collettività, dato che non sono portatrici di un interesse indifferenziato alla concorrenza nel

mercato. Esse vantano invece un interesse personale e individuale al rispetto della normativa antitrust, in quanto dalle determinazioni dell'Autorità, dirette ad altri, possono derivare uno svantaggio (in presenza di deliberazioni di natura autorizzatoria, come nella specie) - o un vantaggio (come nel caso di provvedimenti inibitori e sanzionatori) - chiaramente riferibile alla loro sfera individuale.

La circostanza che l'Autorità sia tenuta a perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica non è in grado di escludere, in linea di principio, che anche soggetti terzi a quelli immediatamente lesi dai provvedimenti finali possono vantare interessi, pretesivi o oppositivi, suscettibili di ricevere protezione giuridica. E l'interesse delle imprese terze rispetto a un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza è oggetto di valutazione positiva da parte dell'ordinamento.

L'ordinamento, in particolare, già nella fase antecedente all'emanazione del provvedimento dell'Autorità:

a) garantisce ai terzi la partecipazione procedimentale (art. 12, comma 1, della l. n. 287/1990), prevedendo che chiunque vi abbia interesse può portare degli elementi a conoscenza dell'Autorità, e sancisce l'obbligo di comunicare il provvedimento di avvio dell'istruttoria, non solo alle imprese e agli enti interessati, ma anche ai "soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato e attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria" (art. 6, comma 4, del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217);

b) ammette all'istruttoria i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa

derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa, e che facciano motivata richiesta di intervenire entro un dato termine (art. 7, comma 1, lett. b, del d.P.R. n. 217/1998);

c) stabilisce che l'Autorità notifica l'apertura dell'istruttoria "alle imprese ed agli enti interessati" (art. 14, comma 1, della l. n. 287/1990) e che la stessa, in ogni momento dell'istruttoria, può richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria (art. 14, comma 2, della l. n. 287/1990);

d) riconosce poi il diritto di essere sentiti in sede di audizione finale ai "soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio" (art. 14, commi 5 e 6, del d.P.R. n. 217/1998).

La Costituzione (art. 41), il diritto comunitario (art. 81, ex art. 85, del Trattato CE) e il diritto interno (l. n. 287/1990 e d.P.R. n. 217/1998) tutelano il principio della libertà di concorrenza, e non consentono, se non in casi eccezionali e limitati, accordi o intese che abbiano per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza.

Nei procedimenti in materia di intese, quindi, i terzi possono configurarsi come soggetti tutelati, il cui intervento è funzionale alla protezione degli interessi dei quali sono portatori e che sono suscettibili di essere lesi dalle determinazioni dell'Autorità. Essi, anzi, possono assumere una posizione contrapposta e speculare rispetto a quella dell'impresa destinataria del provvedimento finale (a sé favorevole).

E' vero che la partecipazione del terzo al procedimento, e comunque la previsione di garanzie procedurali in suo favore, non fa solo per questo

acquisire la legittimazione a ricorrere. Il Consiglio di Stato ha più volte affermato che la natura delle situazioni giuridiche soggettive non muta per effetto dell'intervento nel procedimento amministrativo (questa sezione, 29 agosto 2002, n. 4343 e sez. IV, n. 2185/2000). Ma se il terzo è titolare di una posizione giuridica sostanziale differenziata (da quella della generalità degli appartenenti alla collettività) e qualificata (dall'ordinamento giuridico), e la posizione subisce una lesione - personale, attuale e concreta - dall'esercizio del potere amministrativo, non può non ammettersi la legittimazione all'impugnativa del provvedimento; atto, questo, che costituisce la manifestazione dell'esercizio del potere.

Né può ritenersi che la partecipazione procedimentale prevista dall'ordinamento escluda, assorbendola, la tutela giurisdizionale avverso il provvedimento conclusivo. Siffatta interpretazione non è consentita dal sistema e contrasterebbe anche con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

4.3. L'indagine in materia, inoltre, non può prescindere da una duplice precisazione metodologica. Nel senso che, da un lato, è necessario dare il dovuto rilievo al criterio ermeneutico indicato nell'art. 1, comma 4, della l. n. 287/1990 - secondo cui "l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza" - il quale vincola il giudicante ad interpretare le disposizioni relative alla normativa interna in materia antitrust in conformità ai principi dell'ordinamento comunitario; e che, dall'altro, l'individuazione di eventuali lesioni alla sfera

giuridica dei privati, in base alla normativa interna, deve in ogni caso trovare la sua genesi nell'atto adottato dall'amministrazione.

Tutto ciò rappresenta la prospettazione del medesimo problema da due diverse angolazioni, dal momento che, in sede comunitaria, l'eventuale lesione lamentata da soggetti diversi dal destinatario del provvedimento viene ritenuta suscettibile di tutela giurisdizionale nella misura in cui è ricollegabile al procedimento posto in essere dall'amministrazione, e alla rilevanza che gli interessi dei terzi hanno avuto ai fini dell'adozione dell'atto conclusivo. L'accertamento della natura dei provvedimenti adottati dall'Autorità diviene indagine preliminare, la quale condiziona la soglia di rilevanza che tali interessi possono in questi casi evidenziare, tenuto conto che l'atto conclusivo del procedimento rappresenta il punto di emersione degli interessi coinvolti ai fini della determinazione finale, come del resto già precisato in sede comunitaria.

4.4. Con riguardo al criterio interpretativo di cui all'art. 1, comma 4, della l. n. 287/1990, deve precisarsi che l'Autorità, in un primo tempo, ha operato solo sulla base di tale legge; la quale, all'art. 1, comma 1, ne identifica le competenze, riferendosi espressamente "alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione...degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

La situazione normativa è poi cambiata con l'avvento della l. 6 febbraio 1996, n. 52, la quale, al comma 5 dell'art. 54 (intitolato "cooperazione con la Commissione delle Comunità europee in materia di

concorrenza”), ha disposto che l’Autorità, “in quanto autorità nazionale competente in materia di concorrenza, applica...gli articoli 85, paragrafo 1, ed 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea, utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure di cui al titolo II, capo II, della medesima legge n. 287 del 1990”.

In base all’art. 230 (ex art. 173), comma 4, del Trattato CE, qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ricorso per annullamento, non solo contro le decisioni ad essa dirette, ma anche contro quelle che, “pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente”.

A partire dalla sentenza Plaumann c. Commissione (Corte di giustizia, 15 luglio 1963, causa C-25/62), è stato più volte ribadito che soggetti diversi dai destinatari di una decisione possono sostenere di essere individualmente interessati, ai sensi del citato art. 230, comma 4, solo se detta decisione li riguarda a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerli dalla generalità e a identificarli alla stessa stregua dei destinatari (Corte di giustizia, 10 dicembre 1969, cause riunite 10/68 e 18/68, Eridania e altri c. Commissione; Tribunale di primo grado: 28 ottobre 1993, causa T-83/92, Zunis Holding e altri c. Commissione; 13 dicembre 1995, cause T-481/93 e 484/93, Vereniging Van Exporteurs in Levende Varkens e altri c. Commissione).

La giurisprudenza comunitaria, ai fini dell’individuazione del requisito dell’interesse individuale, tende ad attribuire rilevanza al fatto che il ricorrente sia espressamente nominato nell’atto (Corte di giustizia, 29 ottobre 1980, cause 138/79 e 139/79, Roquette Frères e Maizena), oppure a

far leva su elementi estrinseci rispetto all'atto; quali l'appartenenza del ricorrente ad una "cerchia ristretta" di persone, sulla quale il provvedimento incide eliminando vantaggi o diritti (Corte di giustizia: 26 giugno 1990, causa C-152/88, Sofrimport; 27 novembre 1984, causa 232/81, Agricola commerciale Olio), o la circostanza che, nell'adozione del provvedimento, le istituzioni comunitarie abbiano tenuto in considerazione la posizione giuridica specifica nella quale si trova il ricorrente (Corte di giustizia: 13 maggio 1971, causa 41-44/70, International Fruit; 6 novembre 1990, causa C-354/87, Weddel).

Il Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia, in diverse sentenze, hanno considerato rilevante, ai fini della ricevibilità del ricorso dei terzi, il fatto che questi fossero assistiti da precise garanzie procedurali e che avessero effettivamente partecipato al procedimento. Tuttavia, gli stessi giudici comunitari (Tribunale di primo grado: 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93, T-546/93, Metro e altri c. Commissione; 27 aprile 1995, causa T-96/92, Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources e altri c. Commissione, e causa T-12/93, Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel e altri c. Commissione), hanno avuto occasione di affermare che, "subordinare l'interesse ad agire dei terzi qualificati che beneficiano di diritti procedurali nel corso di un procedimento amministrativo alla loro effettiva partecipazione a tale procedimento equivarrebbe ad introdurre un elemento di ricevibilità aggiuntivo, in forma di un procedimento precontenzioso obbligatorio che non è previsto dall'art. 173 del Trattato" (attuale art. 230).

La Corte di giustizia ha riconosciuto direttamente interessato ad agire, avverso le decisioni della Commissione, non solo chi ne ha sollecitato l'intervento con una denuncia, ma anche colui il quale lamenta di subirne pregiudizio a motivo di sue particolari qualità o di situazioni di fatto che lo contraddistinguono rispetto a chiunque altro (sentenza 22 ottobre 1986, causa C-75/84, Metro II).

Anche il Tribunale di primo grado ha riconosciuto la legittimazione ad agire in capo a chi, pur non essendo nominativamente indicato nel provvedimento come destinatario, ne ha subito direttamente gli effetti (sentenza 24 marzo 1994, causa T-3/93, Società anonime à participation ouvriere Compagnie nazionale Air France). Lo stesso Tribunale ha poi ritenuto che, se una decisione della Commissione pregiudica una società nella sua posizione concorrenziale, quest'ultima assume la qualifica di terzo interessato e sia individualmente interessata dalla decisione; e che la stessa società sia altresì direttamente interessata dalla medesima decisione - indipendentemente dalla partecipazione al procedimento o dalla formale qualificazione di soggetto destinatario - se ed in quanto esiste un effettivo nesso di causalità diretta tra quest'ultima e la lesione della posizione concorrenziale subita [sentenza 8 ottobre 2002, cause riunite T-185/00, T-216/00, T-299/00 e T-300/00, Metropoli television SA (M6) e altri].

La posizione della giurisprudenza comunitaria risulta condivisa anche da questa sezione, la quale, con la decisione 1 marzo 2002, n. 1258, in tema di legittimazione in materia di pubblicità ingannevole, ha affermato che "l'impresa che lamenta una propria specifica lesione a causa della pubblicità ingannevole..., oltre a potere proporre alla Autorità il <<ricorso>> previsto

dall'art. 7 del D.L.vo n. 74 del 1992, è legittimata ad impugnare innanzi al giudice amministrativo la determinazione dell'Autorità, assumendone il carattere lesivo".

4.5. Relativamente ai diversi atti e provvedimenti adottabili dall'Autorità, la sezione osserva che il potere autoritativo che essa è chiamata ad esercitare non ha sempre la stessa natura.

Comunque, qualora il provvedimento emesso risulti espressione di una vera e propria discrezionalità amministrativa, come accade per l'ipotesi disciplinata dall'art. 4 della l. n. 287/1990, in cui un'intesa di per sé illecita viene temporaneamente assentita in considerazione della sua idoneità a perseguire finalità di natura pubblicistica espressamente contemplate dalla norma e che debbono essere adeguatamente evidenziate nel provvedimento, la determinazione dell'Autorità nasce dalla comparazione di interessi, pubblici e privati; comparazione che è in grado di dare rilievo alla posizione di imprese concorrenti, le quali divengono pienamente legittimate a pretendere che, in sede giurisdizionale, venga verificata, sia pure sotto il profilo della sola legittimità, la correttezza dell'operato dell'Autorità.

La natura di tali provvedimenti è in grado di avere la medesima forza lesiva di quelli che inibiscono alle imprese private di porre in essere l'intesa, perché dannosa della concorrenza. In entrambi i casi il provvedimento incide direttamente sulla sfera giuridica dei privati; ora mediante la compressione, ritenuta ingiustificata, del diritto di iniziativa economica di coloro ai quali ne viene inibito l'esercizio con le modalità imprenditoriali consacrate nell'atto di autonomia privata sottoposto alla verifica dell'Autorità, ora mediante un'ingiustificata dilatazione al di là del "lecito"

di tale facoltà. Così da danneggiare gli interessi dei terzi, che trovano la salvaguardia delle loro posizioni proprio nel rispetto della normativa antitrust.

Tali ipotesi si collocano ai limiti estremi del potere riconosciuto dalla normativa vigente all'Autorità, il quale, in ogni altro caso diverso da quello autorizzatorio in senso stretto di cui all'art. 4 della l. n. 287/1990 e da quello inibitorio, e per ciò stesso limitativo della sfera soggettiva del destinatario del provvedimento, risulta espressione di una discrezionalità di natura prevalentemente tecnica, di concretizzazione del precetto normativo indeterminato sulla scorta dell'applicazione di regole proprie di scienze inesatte e opinabili, quali quelle economiche (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, e 1 ottobre 2001, n. 5156); come tale idoneo ad incidere sulla sfera giuridica dei terzi nei limiti e con le modalità precisati e individuati in sede comunitaria.

Nella stessa ottica, infatti, anche il potere prescrittivo esercitato dall'Autorità è espressione di tale discrezionalità tecnica ed è diretto a "conformare" i comportamenti successivi dei destinatari del provvedimento, concernenti la fase attuativa dell'atto di autonomia privata; l'atto, tuttavia, in tanto può essere assentito, in quanto risulti di per sé intrinsecamente "lecito", ad eccezione delle ipotesi di cui all'art. 4 della l. n. 287/1990, dove le prescrizioni imposte sono le uniche che possono direttamente incidere sul contenuto della regolamentazione negoziale.

4.6. Motorola s.p.a., nella fattispecie per cui è causa, è un soggetto operatore del settore della radiocomunicazione mobile privata ed è anch'essa fornitrice di pubbliche amministrazioni. Essa opera, in particolare,

nel mercato delle forniture destinate alle Forze di polizia; mercato che rappresenta un settore ristretto, nel quale agiscono pure Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. che hanno costituito il Consorzio di cui trattasi. La circostanza è evidenziata nella medesima deliberazione impugnata, laddove viene detto (paragrafo 75) che “il novero dei concorrenti effettivi delle società facenti parte del consorzio sembra essere ristretto a Motorola, Simoco e Thales (ex-Thompson)...., oltre che ad Ericsson”.

Motorola s.p.a. ha partecipato al procedimento, a conclusione del quale è stato riconosciuto, con la deliberazione impugnata, che l'intesa di cui trattasi determinava notevoli restrizioni della concorrenza su di una parte consistente del mercato rilevante, con effetti negativi sulle caratteristiche delle offerte e dei prezzi, in violazione dell'art. 2, commi 2 e 3, della l. n. 287/1990. Essa contesta proprio l'esistenza dei presupposti per autorizzare in deroga l'intesa, come previsti dall'art. 4 della l. n. 287/1990; in un sistema normativo dove la regola, non assoluta ma derogabile a date condizioni, è quella del divieto delle intese restrittive della concorrenza. Ed è evidente che, se l'intesa non fosse stata autorizzata in deroga alla regola ordinaria, non vi sarebbero state le restrizioni della concorrenza nel relativo settore di mercato, con indubbi vantaggi per Motorola che in quel settore svolge la propria attività, dato anche il numero limitato dei concorrenti delle due società facenti parte del Consorzio.

L'Autorità, nella specie, aveva indirizzato a Motorola s.p.a. un'espressa richiesta di informazioni. La società era stata convocata per un'audizione e aveva depositato deduzioni e una memoria, denunciando il possibile effetto distorsivo sulla concorrenza da parte dell'accordo; il quale,

a detta della stessa, a causa del carattere altamente concentrato del mercato di riferimento, avrebbe aumentato le barriere alla concorrenza da parte di altri fornitori, con conseguente pregiudizio nei propri confronti.

Ne consegue la sussistenza dell'interesse e della legittimazione al ricorso di primo grado.

Secondo la citata decisione di questa sezione n. 1792/1996, richiamata nella sentenza appellata e che riguarda un'associazione di consumatori, quest'ultima, nell'esercizio delle attribuzioni previste dalla l. n. 287/1990 in capo all'Autorità, può solo presentare denunce e non è titolare di una situazione giuridica soggettiva analoga, ma di segno opposto, a quella che può essere fatta valere dalle imprese destinatarie delle misure sanzionatorie adottate dall'Autorità; ciò anche se l'associazione ha partecipato al procedimento.

La sezione ritiene che la detta decisione non rilevi sulla fattispecie per cui è causa, in quanto la posizione di un'associazione di consumatori non è equiparabile a quella di un operatore del settore pregiudicato da un provvedimento dell'Autorità, che autorizza in deroga un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza nel medesimo settore di mercato. Tra l'altro, la normativa (si veda anche l'art. 9 della l. 7 agosto 1990, n. 241) consente la partecipazione procedimentale alle associazioni portatrici di interessi diffusi, ma non anche, se non titolari di una situazione di interesse legittimo o di diritto soggettivo, di agire in giudizio.

Quanto ritenuto dalla sezione comporta che non vi è luogo a pronunciare sulla questione di costituzionalità dell'art. 33 della l. n. 287/1990, e sull'istanza di rinvio alla Corte di giustizia.

5. Affermata la sussistenza della legittimazione a ricorrere di Motorola s.p.a., deve passarsi all'esame del merito.

La tecnologia Tetra rappresenta l'evoluzione digitale in ambito europeo del sistema di radiocomunicazione mobile analogico attualmente utilizzato dalla generalità degli operatori, tra cui in particolare le Forze di polizia. La tecnologia Tetra è uno standard aperto che consente la condivisione del canale radio e che trova la competente sede di definizione in ambito ETSI (paragrafo 28 della deliberazione impugnata).

L'impulso all'elaborazione di tale standard è derivato soprattutto dagli enti governativi e dagli Stati membri dell'Unione europea, interessati a sviluppare la domanda di sistemi autogestiti, detti anche ad accesso privato, e sistemi centralizzati, detti anche ad accesso pubblico (rispettivamente PMR e PAMR), pure a seguito dell'assunzione di obblighi di cooperazione tra le Forze di polizia in ambito comunitario; oltre che ad assicurare l'indipendenza dei diversi utenti da un fornitore unico, cioè allo scopo di realizzare sistemi multivendor (paragrafi da 25 a 27 della deliberazione impugnata).

L'ETSI, affinché la realizzazione progressiva della rete sia svincolata dalla necessità di rivolgersi ad un unico costruttore, ha promosso la standardizzazione delle diverse interfacce in grado di garantire le soluzioni definite multivendor (paragrafo 29 della deliberazione impugnata). E tra le principali interfacce della tecnologia Tetra vi sono: a) l'interfaccia ISI, che mette in collegamento reti e infrastrutture realizzate da costruttori diversi; b) l'interfaccia ARIA, che permette la comunicazione tra le stazioni radio base della rete Tetra e i terminali costruiti da produttori diversi; c) l'interfaccia

Legacy, che consente la comunicazione tra la rete Tetra di nuova costruzione e una centrale operativa eventualmente condivisa con un precedente sistema PMR di tipo analogico (paragrafo 30 della deliberazione impugnata). Pur essendo il processo di standardizzazione giunto ad uno stadio avanzato di elaborazione, esso non è ancora arrivato a garantire la concreta interoperabilità tra sistemi prodotti da costruttori diversi.

Le Forze di polizia italiane hanno manifestato l'interesse per il requisito dell'interoperabilità e l'esigenza che tale tecnologia fosse resa disponibile nei termini brevi previsti per lo svolgimento delle gare per il Mezzogiorno, secondo il piano di finanziamento concordato con la Commissione europea. Il Ministero dell'interno, infatti, aveva già destinato i fondi comunitari alla realizzazione del progetto relativo alla rete PMR interpolizie per il Mezzogiorno secondo impegni di spesa annuali a partire dal 2002, prevedendo di completare le procedure di gara entro il 2003 (paragrafi 110 e 157 della deliberazione impugnata).

In tale quadro si inserisce la richiesta di Nokia Italia s.p.a., Marconi Communications s.p.a. e Ote s.p.a., di cui si è detto al paragrafo 1 della presente decisione, relativamente alla costituzione tra esse di un Consorzio, avente ad oggetto la promozione, la progettazione e la fornitura alle Forze di polizia italiane (Arma dei Carabinieri, Polizia di Stato e Guardia di finanza), come pure a soggetti terzi che forniscono le Forze di polizia italiane, di apparati di radiocomunicazione mobile che utilizzino la tecnologia digitale Tetra, e dei prodotti e dei servizi collegati.

Le società consorziate, tra l'altro, si erano impegnate a sviluppare concretamente proprio un'interfaccia ISI che consentisse l'interoperabilità

tra reti costruite da operatori diversi (paragrafo 10 della deliberazione impugnata), oltre che, nell'ambito delle reti PMR Tetra, la Legacy System Interface, che consentirà l'intercomunicabilità tra i sistemi preesistenti di tipo analogico e quelli che utilizzano la tecnologia digitale.

Tale attività congiunta di ricerca e immediato sviluppo applicativo tendeva a consentire l'ingresso sul mercato dei nuovi prodotti in tempi più ristretti rispetto a quelli necessari ai singoli operatori, i quali avrebbero avuto bisogno di una fase ulteriore di superamento del test di interoperabilità con i sistemi di costruttori diversi. E le Forze di polizia avevano l'esigenza di disporre del sistema in tempi brevi (paragrafi 155, 161, 162 e 163 della deliberazione impugnata).

Assumono rilevanza, a questo punto, le modifiche che Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. comunicavano successivamente all'Autorità; modifiche da apportare allo statuto del Consorzio e alla relativa convenzione, di cui si è detto al paragrafo 1 della presente decisione.

L'Autorità, con la deliberazione impugnata, anche alla luce delle modifiche, pur riconoscendo che l'intesa tra Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. per la costituzione del Consorzio, determinando consistenti riduzioni della concorrenza all'interno di una parte rilevante del mercato, rientrava nelle intese vietate ai sensi dell'art. 2, comma 2, della l. n. 287/1990, la autorizzava in deroga al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della medesima legge e sino al 30 giugno 2003. Riteneva, infatti, con ampia motivazione, sussistenti le condizioni stabilite dalla norma per l'esenzione: miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, beneficio per i committenti,

indispensabilità delle restrizioni concorrenziali prodotte e insuscettibilità di queste di eliminare la concorrenza in una parte consistente del mercato.

6.1. Motorola s.p.a., con il secondo motivo di appello, denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della l. n. 287/1990, eccesso di potere per contraddittorietà, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria nell'accertamento dei presupposti necessari per l'autorizzazione in deroga, e sviamento.

Si sostiene la contraddittorietà, l'irragionevolezza, il vizio nell'iter logico e la mancanza di idonei elementi probatori relativamente al comportamento dell'Autorità, la quale, dopo avere ritenuto (al paragrafo 85 della deliberazione impugnata) che "qualsiasi costruttore potrebbe fornire senza difficoltà l'interfaccia Legacy" - quindi che qualsiasi concorrente delle società consorziate poteva adottare la soluzione tecnica che consente ai vecchi sistemi analogici di cooperare con la nuova tecnologia digitale - aveva posto a base dell'autorizzazione il miglioramento delle condizioni dell'offerta; che sarebbe derivato dalla circostanza secondo cui, "l'attività di ricerca e sviluppo svolta nell'ambito del Consorzio relativamente allo sviluppo dell'interfaccia ISI e Legacy accelera l'utilizzazione della tecnologia TETRA" (paragrafo 150 della deliberazione impugnata).

Sarebbe così mancato uno dei presupposti a base della deliberazione impugnata, ossia che tutti gli altri fornitori di sistemi di radiocomunicazione non fossero stati in grado di sviluppare la relativa tecnologia e che non potessero investire rilevanti risorse per tale obiettivo; così privandosi della possibilità di effettuare forniture al mercato rilevante. Con la costituzione del Consorzio, invece, dietro l'apparente miglioramento delle condizioni di

offerta, si sarebbe celato l'intento di rendere le società consorziate maggiormente competitive sul mercato, creando una situazione di monopolio e impedendo agli altri operatori del settore di essere realmente competitivi.

6.2. Le censure sono prive di pregio.

La circostanza secondo cui Marconi Mobile s.p.a. e Nokia Italia s.p.a. sarebbero state le uniche società in grado di realizzare un prodotto innovativo, non costituisce presupposto della deliberazione impugnata. La circostanza, inoltre, non è nemmeno prevista tra le condizioni occorrenti per potere autorizzare in deroga un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, secondo l'art. 4, comma 1, della l. n. 287/1990; condizioni nelle quali, invece, assume preminenza il fatto che dalla progettata collaborazione possono scaturire benefici per la collettività.

La premessa dell'Autorità, inoltre, non è in contrasto con la successiva considerazione.

La premessa riguardava solo l'interfaccia Legacy, mentre il miglioramento delle condizioni dell'offerta e l'innovatività, con riguardo all'attività svolta nell'ambito del Consorzio, attenevano anche allo sviluppo dell'interfaccia ISI. Al paragrafo 151 della deliberazione impugnata viene rilevato, infatti, che "il completamento delle interfacce ISI e Legacy, correlate all'architettura Tetra, è essenziale per lo sviluppo di sistemi multivendor e di sistemi che dialoghino con i sistemi analogici già installati e in prospettiva per il contenimento dei prezzi dei sistemi PMR basati su tecnologia Tetra".

7.1. Motorola s.p.a., con il terzo e ultimo motivo di appello, deduce violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, difetto assoluto di motivazione, nonché motivazione contraddittoria, perplessa e insufficiente.

Si contesta la circostanza, affermata dall'Autorità, che il Consorzio sarebbe in grado di realizzare un prodotto effettivamente innovativo. Al riguardo Motorola s.p.a. svolge le seguenti considerazioni:

a) l'interfaccia Legacy potrebbe essere ottenuta da qualsiasi operatore; così che l'integrazione delle reti Tetra con le infrastrutture radiomobili analogiche attualmente in uso non sarebbe prerogativa esclusiva del Consorzio;

b) lo stesso discorso varrebbe per la sicurezza delle comunicazioni, obiettivo già raggiunto anche da altri operatori del settore (si richiama il sistema Motorola installato ad Aachen in Germania);

c) non sarebbe spiegato come mai solo mediante l'attività del Consorzio si perviene alla flessibilità nell'architettura delle reti;

d) sarebbe insufficiente e non comprovato il convincimento, espresso dall'Autorità, che solo il prodotto allo studio del Consorzio consente a sistemi installati da costruttori diversi, non solo di intercomunicare, ma anche di interoperare, con conseguente sua innovatività.

Si sostiene poi che la deliberazione impugnata sarebbe affetta da contraddittorietà e irragionevolezza, in quanto l'Autorità, dopo avere individuato il rischio della creazione di un duopolio derivante dall'accordo, avrebbe dovuto negare l'autorizzazione richiesta e non ritenere sufficiente l'assunzione di un mero impegno unilaterale (concessione a terzi delle licenze d'uso).

24

Si denuncia, poi, l'impegno assunto dal Consorzio di qualificarsi come aggiudicatario di un numero di gare che non superi il valore di un terzo (33 per cento) di quello complessivo delle commesse per la fornitura delle Forze di polizia italiane. Tale impegno, consentendo a Nokia Italia s.p.a. e a Marconi Mobile s.p.a. di concorrere disgiuntamente oltre il detto importo, e di partecipare comunque, disgiuntamente o meno, a tutte le gare per sistemi di radiocomunicazione mobile non riservate alle Forze di polizia, lascerebbe sempre una posizione dominante delle due società nel mercato, rispetto alle altre. Inoltre, essendo consentito al Consorzio di operare sino al compimento delle attività esecutive delle gare di cui abbia eventualmente ottenuto l'aggiudicazione, esso potrà andare oltre il 2003; in tal modo le due società consorziate darebbero origine ad una vera e propria posizione dominante collettiva vietata.

Sarebbe, infine, del tutto irragionevole e immotivata l'affermazione dell'Autorità sui vantaggi che conseguono i committenti per effetto dell'opera del Consorzio, a causa di un'accelerazione dello sviluppo dei prodotti di cui trattasi; atteso che si dovrebbe presupporre la totale immobilità degli altri concorrenti.

Motorola s.p.a., in via istruttoria, chiede disporsi una consulenza tecnica di ufficio diretta ad accertare l'effettiva innovatività dei prodotti allo studio del Consorzio.

#### 7.2. Le censure sono prive di fondamento.

La deliberazione impugnata, con riguardo alla ritenuta innovatività del prodotto, non è né insufficiente nella motivazione né irragionevole.

A prescindere che tale censura investe le valutazioni attinenti al merito (delle scelte tecniche) dell'esercizio della funzione amministrativa, sindacabili solo quando presentano elementi tali di illogicità, contraddittorietà e incongruità da far ritenere che siano state condotte in eccesso di potere, con un evidente vizio di sviamento dalla causa per cui il potere è stato assegnato all'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1416), la sezione ritiene che l'innovatività del prodotto immesso sul mercato dal Consorzio risulti giustificata in maniera sufficiente e non sia manifestamente irragionevole. Ciò sulla base della perizia tecnica versata in atti dalle parti e della risposta dell'ETSI, sostanzialmente confermativa della prima; nel senso che la realizzazione pratica dell'ISI necessitava ancora di un'attività di sviluppo e sperimentazione con riguardo ad alcuni aspetti essenziali, segnatamente per la realizzazione di sistemi effettivamente interoperabili (paragrafi 152 e 153 della deliberazione impugnata).

Questa sezione, tra l'altro, con la citata decisione n. 1258/2002, ha ritenuto che i provvedimenti dell'Autorità che si fondano su valutazioni tecnico-discrezionali sono sindacabili, in sede giurisdizionale, solo ove risultino immotivati o manifestamente irragionevoli.

Nella deliberazione contestata (paragrafo 154) viene illustrato, in maniera più che esaustiva, che, allo stato attuale, i sistemi Tetra installati da costruttori diversi sono in grado di intercomunicare, ma non di interoperare, nel senso proprio definito dallo standard ETSI, e che attualmente in Europa non esiste alcuna altra rete Tetra interoperabile in tal senso. Inoltre, viene affermato che, come precisato dalla stessa Motorola s.p.a., anche la rete destinata alle Forze di polizia di Aachen e assegnata alla società in

collaborazione con l'Università di Aachen, non consentirà di realizzare l'interoperabilità in senso proprio, ma solo una forma semplificata di interoperabilità, concordata con il committente, tra porzioni di reti Tetra del medesimo costruttore.

Quanto sostenuto dall'appellante non trova riscontro in precisa documentazione. Contrasta, invece, con la documentazione di cui si è detto, oltre che con le deduzioni svolte dall'Autorità in primo grado, e depositate il 6 novembre 2002 a seguito di istruttoria disposta dal primo giudice, e con il parere reso dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (citato al paragrafo 1. della presente decisione; si veda il paragrafo 9 della relativa deliberazione). Nel quale parere viene condivisa l'analisi svolta dall'Autorità, "soprattutto in considerazione del miglioramento delle condizioni di offerta, in quanto lo sviluppo dell'interfaccia denominata ISI da parte del Consorzio Securcomm effettivamente potrà apportare un'accelerazione nello sviluppo dei sistemi TETRA consentendo, con le condizioni previste nelle dette modifiche dello statuto, a tutti i costruttori interessati un'offerta competitiva".

Eguale è a dirsi con riguardo alla sicurezza delle comunicazioni e alla flessibilità nell'architettura delle reti, a cui si perviene con l'attività del Consorzio. Tutti elementi che, in base all'istruttoria svolta dall'Autorità e come evidenziato nel contenuto della deliberazione impugnata, risultano corrispondere a precise funzionalità del sistema Tetra realizzato dal Consorzio.

Relativamente all'interfaccia Legacy si rimanda a quanto osservato al paragrafo 6.2. della presente decisione.

Non vi sono, pertanto, i presupposti per disporre una consulenza tecnica di ufficio sull'accertamento dell'effettiva innovatività dei prodotti allo studio del Consorzio.

Inoltre, la deliberazione impugnata non è affetta da contraddittorietà e irragionevolezza.

L'impegno di concedere a terzi le licenze d'uso, insieme agli altri obblighi assunti dalle società consorziate, oltre alla durata limitata del Consorzio, sono tutti elementi idonei a fondare e a legittimare l'esercizio del potere autorizzatorio previsto dall'art. 4, comma 1, della l. n. 287/1990.

L'obbligo assunto dal Consorzio di qualificarsi come aggiudicatario di un numero di gare che non superi il valore di un terzo (33 per cento) di quello complessivo delle commesse per la fornitura delle Forze di polizia italiane, appare di per sé idoneo a scongiurare il rischio dell'eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato; così come previsto dall'art. 4, comma 1, della l. n. 287/1990. Mentre, quanto paventato dall'appellante rappresenta evenienza del tutto ipotetica, alla quale il sistema, tra l'altro, consente di ovviare con la revoca del provvedimento di autorizzazione (ai sensi dell'art. 4, comma 2, della l. n. 287/1990, secondo cui "l'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione", e in virtù dell'art. 15 del d.P.R. n. 217/1998).

L'affermazione dell'Autorità in ordine ai vantaggi conseguibili dai committenti per effetto dell'attività del Consorzio, conseguenti ad un'accelerazione dello sviluppo dei prodotti di cui trattasi, è del tutto

plausibile sulla base delle risultanze dell'istruttoria disposta dalla stessa, e non presuppone necessariamente, come invece denunciato dall'appellante, la totale immobilità degli altri concorrenti. L'affermazione, inoltre, trova conforto anche nel citato parere reso dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, laddove viene detto che l'autorizzazione di cui trattasi può "favorire lo sviluppo delle reti PMR per le Forze di Polizia, e, quindi, costituire anche un traino per le future procedure di assegnazione di licenze per i sistemi pubblici digitali PAMR, contribuendo allo sviluppo e alla concorrenza del settore anche fra i sistemi pubblici civili".

8. In conclusione, il ricorso in appello deve essere respinto e la sentenza impugnata, causa l'infondatezza del ricorso di primo grado, va integrata nella motivazione. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensati.

**Per questi motivi**

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, respinge il ricorso in appello.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma il 14 maggio 2004 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Claudio VARRONE

Presidente

Carmine VOLPE

Consigliere Est.

Giuseppe ROMEO

Consigliere

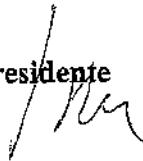
Francesco D'OTTAVI

Consigliere

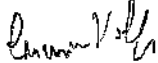
Lanfranco BALUCANI

Consigliere

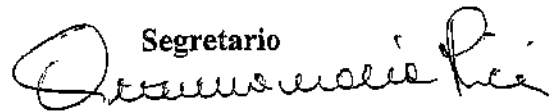
Presidente



Consigliere



Segretario

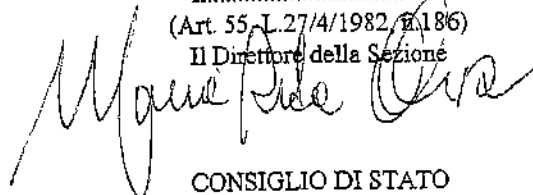


DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 14.06.2004

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione



CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 14.06.2004 copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero AUTONITÀ GARANTE CONCOMENTE E  
GENCA 20;

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n. 642

Il Direttore della Segreteria

