

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. I PRESUPPOSTI E IL FONDAMENTO DEL NUOVO POTERE NEL QUADRO COSTITUZIONALE ED EURO-UNITARIO. – III. L'AMBITO DELL'AZIONE. – IV. I PRESUPPOSTI DEL RICORSO; IL PARERE. – V. IL RITO APPLICABILE.

I. INTRODUZIONE

Nell'ambito del più vasto complesso di disposizioni che, a partire dal d.l. n. 138 del 2011, hanno rinforzato il *public enforcement* nel settore della concorrenza e del mercato, incrementando i poteri e i compiti alla relativa autorità di garanzia, chiamata a collaborare in prima linea al rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dell'effettività della concorrenza, un ruolo di primo piano spetta sicuramente al nuovo – importantissimo – potere di legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale avverso la violazione delle regole del predetto settore attribuito alla medesima AGCM dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (così detto decreto "salva Italia"), convertito nella legge 22 dicembre 2011 n. 214.

Il potere, che trova un lontano precedente nel potere di agire in giudizio originariamente riconosciuto al Garante per l'editoria, ancorché poi eliminato, e anticipa il potere di azione dell'istituenda Autorità dei Trasporti in materia di provvedimenti sui taxi, costituisce invero una novità di massimo rilievo anche nel sistema generale, per il significato e gli effetti che essa assume nel quadro della giustizia amministrativa e sui quali si è immediatamente aperto un vasto dibattito.

In particolare, l'art. 35 citato, sotto la significativa rubrica «potenziamento dell'Antitrust», ha aggiunto un art. 21-bis alla l. n. 287/1990, titolando l'Autorità a ricor-

rere secondo le regole del titolo V del libro IV del c.p.a. (e dunque dinanzi al giudice amministrativo) «contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»¹.

L'ampia formulazione della norma, che attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (anche a contenuto particolare) assunto da una pubblica amministrazione² in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, le consente, tra l'altro, di incidere in via immediata su qualsiasi procedura concorsuale che, pur astrattamente rispettosa del sistema pro-concorrenziale, integri nel suo concreto espletamento una violazione delle sue regole formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi.

Al di là delle problematiche che la disposizione potrà sollevare sul piano pratico (in relazione al limitato organico dell'Autorità e alla oggettiva impossibilità per la medesima di «monitorare» tutti i provvedimenti amministrativi suscettibili di contravvenire alle norme sulla concorrenza, compito per il quale dovrebbe opportunamente potersi avvalere quanto meno delle Autorità di settore), si tratta, come è agevole rilevare, di una novità di grandissimo significato, non soltanto per la forza che essa attribuisce all'AGCM e al valore primario riconosciuto alla concorrenza, ma anche e soprattutto per i potenziali effetti sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo, che, accedendo ad una lettura della norma in termini di apertura alla legittimazione pubblica all'azione «nell'inten-

¹ L'art. 21-bis, comma 1, l. 287/1990, rubricata «Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza», recita: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pub-

blica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

² La regola, in quanto eccezionale, dovrebbe quindi a stretto rigore trovare applicazione soltanto alle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 e non anche ai cd "soggetti equiparati", cfr. *infra*.

resse della legge», vedrebbe indubitabilmente potenziato il suo ruolo di garanzia della «giustizia nell'amministrazione» affermata dall'art. 100 Cost. e più volte sottolineata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004³.

II. I PRESUPPOSTI E IL FONDAMENTO DEL NUOVO POTERE NEL QUADRO COSTITUZIONALE E DELL'UE

a) Il valore della concorrenza e del mercato nel diritto UE e l'obbligo di leale collaborazione degli Stati membri per la relativa tutela.

Prima di scendere nel dettaglio della natura e della disciplina della nuova particolarissima competenza attribuita all'AGCM, merita come anticipato riflettere sulla circostanza che le nuove disposizioni costituiscono un importantissimo segnale di attenzione verso la garanzia di un valore che trae dal diritto dell'Unione europea una primaria rilevanza, in nome del quale il legislatore italiano deroga alle più tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela delle posizioni soggettive individuali, in favore della tutela di un interesse, pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico e soddisfatto attraverso il mero rispetto della legge.

La scelta può leggersi in un certo senso come uno sviluppo della visione delle autorità nazionali in termini di *amici curiae*, proposta dall'art. 15, comma 3, del Reg. 1 del 2003.

È evidente la coerenza della linea evolutiva e, al tempo stesso, l'importanza del salto in avanti compiuto dal nostro si-

stema con l'introduzione dell'art. 21-bis l. 287/1990, che addirittura trasforma l'AGCM da mero interveniente in una controversia già *sub judice* in autonomo promotore di un giudizio.

Il modello si avvicina peraltro in qualche modo alla procedura di infrazione attivabile dalla Commissione europea e al relativo giudizio di constatazione dell'inadempienza, di cui si riscontra ormai un'ampia casistica anche avverso atti amministrativi (se ne ricordano, in via esemplificativa, rispetto a singole procedure di affidamento di appalti pubblici⁴, a concessioni di trasporto⁵; al recupero di aiuti illegittimamente concessi⁶; ad accordi ["patto d'area"] per lo sviluppo industriale in zone costituenti *habitat* naturali protetti⁷; al mancato esperimento di una valutazione di impatto ambientale⁸, ecc.). Con l'effetto che gli atti amministrativi nazionali, adottati in materie coperte dal diritto UE, sono comunque esposti, oltre che alle possibili azioni giurisdizionali intentate dai soggetti che ne lamentino la lesione delle proprie posizioni giuridiche soggettive, al controllo operato, su iniziativa della Commissione, davanti alla Corte di giustizia.

E proprio in riferimento a queste ipotesi un'autorevole dottrina⁹ ebbe qualche tempo fa a chiedersi se, tale modello di garanzia dell'adempimento degli obblighi comunitari potesse essere in qualche modo utilizzato anche nel nostro sistema di giustizia amministrativa e, innanzitutto, se ve ne fosse la necessità, correlata ad eventuali nostre lacune in ordine alla garanzia di giustizia nell'azione amministrativa, soprattutto dopo l'abolizione dei

³ Si rimanda sul punto a M.A. SANDULLI, *Considerazioni conclusive*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, Atti del Convegno, svoltosi presso l'Università degli studi "Roma Tre" il 18 e 19 maggio 2007, in www.giustamm.it e in *Quaderni del Foro amm.-TAR*, 2007; *Id.*, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it, 2008.

⁴ Corte giust., Grande Sezione, 18 dicembre 2007, in causa C-532/03, *Commissione/Irlanda*; Corte giust., sez. I, 4 giugno 2009, causa C-250/07, *Commissione/Grecia*; Corte giust., Grande Sezione, 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione/Irlanda*; Corte giust., sez. III, 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione/Germania*.

⁵ Corte giust., sez. II, 9 marzo 2006, causa C-323/03, *Commissione/Spagna*.

⁶ Corte giust., Grande Sezione, 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione/Grecia*.

⁷ Corte giust., sez. II, 20 settembre 2007, causa C-388/05, *Commissione/Italia*; Corte giust., sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06, *Commissione/Italia*.

⁸ Corte giust., sez. II, 5 luglio 2007, in causa C-255/05, *Commissione/Italia*.

⁹ G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2010.

controlli amministrativi, sia in ordine agli atti degli enti territoriali minori (riforma del titolo V della Costituzione), sia in ordine agli atti amministrativi statali (riforma dei controlli preventivo di legittimità della Corte dei conti), che lascia circoscritto il controllo pubblico ai – più gravi e limitati – casi di responsabilità amministrativa e contabile.

Si rilevava dunque correttamente l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati, che peraltro, proprio nelle materie che qui interessano, trova il pesante quanto ingiusto ostacolo dell'ingente contributo unificato.

Si suggeriva pertanto l'introduzione di una possibilità di attivazione del controllo giurisdizionale da parte delle autorità appartenenti al medesimo ente la cui normativa risulta violata, quale «importante strumento per contrastare quel deficit di legalità e quelle sacche di immunità, che l'attuale nostro sistema non è in grado altrimenti di superare».

Il fondamento giuridico di tale potere di legittimazione, non potendosi riconoscere nella violazione di una propria norma la lesione di una posizione giuridica sostanziale del soggetto emanante, era individuato nell'obbligo di leale collaborazione (sancito dall'art. 120 Cost. e dall'art. 4 § 3 TUE), vieppiù facilmente invocabile nei confronti dello Stato per il rispetto delle regole UE, in forza della responsabilità cui lo espone la loro violazione. Quanto meno la grave violazione di tale obbligo, come acutamente osservato dalla surriferita dottrina, implica invero la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato dell'ente la cui norma è stata violata: «Perché la sussistenza di un obbligo di leale collaborazione consente

di attribuire valenza intersoggettiva ad interessi qualificati di altro ente (Stato, Regione, ecc.), correlati ai propri compiti istituzionali (ad esempio, nel campo economico e sociale) e ad ulteriori obblighi giuridici, intestati appunto a tale diverso ente».

Ancora più agevolmente, la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato è riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell'ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse.

b) Il problema della compatibilità con l'art. 103 Cost.

La proposta ricostruzione consentirebbe agevolmente di superare i delicati dubbi di legittimità costituzionale prontamente sollevati in dottrina¹⁰ in riferimento all'art. 103 Cost., sotto il profilo della non riconducibilità dell'interesse alla tutela della concorrenza alle posizioni soggettive di interesse legittimo e, in particolari materie, di diritto soggettivo, per la cui tutela soltanto la Costituzione consente (in deroga alla regola generale di cui all'art. 102) il ricorso al giudice amministrativo.

Come già anticipato nelle prime occasioni di dibattito sul tema¹¹, la critica è superabile con la considerazione, che infatti la predetta dottrina non condivide, sul presupposto della natura indipendente dell'AGCM, che essa è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa¹² e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a conte-

¹⁰ F. CINTIOLI, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990), in *www.giustamm.it*, gennaio 2012.

¹¹ M.A. SANDULLI, *Il nuovo potere di ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza*, Relazione al Convegno dell'AIGE (Associazione italiana giuristi europei) sul tema Norme europee sulla concorrenza e tutela dinanzi al giudice amministrativo - *EU Competition Law and the enforcement before the administrative Courts*, svoltosi nell'Università «Roma Tre» il 19 aprile 2012, e Introduzione all'Incontro di studio su *L'azione di*

annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali, svoltosi nella stessa Università il 26 aprile 2012.

¹² In senso radicalmente contrario, F. CINTIOLI, *op. cit.* La posizione negativa sembra condivisa anche da F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012. L'impostazione è condivisa da R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nuto normativo o generale. Sicché, nell'attuale quadro normativo, gli ostacoli al suo accesso diretto alla giustizia non sono tanto ravvisabili nella inconfigurabilità in capo alla stessa di un interesse sostanziale, «qualificato» in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall'ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti. Gli ostacoli consistono, se mai, nella difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale consistente, come noto, nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione. Proprio in quanto derivanti da prescrizioni di legge ordinaria, tali condizioni possono però trovare una deroga in fonti di pari rango, nella specie sopravvenute e speciali, che, in un'ottica di massima garanzia della giustizia nell'amministrazione (affidata al Consiglio di Stato *ex art. 100 Cost.*) identificano, per le *Authorities*, tale interesse nel rispetto delle regole della concorrenza. Del pari non sembra condivisibile l'argomento che il principio di effettività della tutela – e le regole che sul suo presupposto informano il processo amministrativo – avrebbe valenza soltanto per gli interessi dei singoli e non anche per quelli a carattere superindividuale, ancorché specificamente protetti dall'ordinamento e affidati addirittura alla cura di un soggetto appositamente istituito e deputato ad operare in posizione di «indipendenza» dall'apparato amministrativo e di Governo. Proprio la natura indipendente delle Autorità e la specifica missione ad esse affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo) giustificano infatti la scelta legislativa di attribuire *in primis* a tali soggetti la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela.

In altri termini, il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore (effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo), deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato –

alla migliore attuazione del valore «concorrenza», di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti: interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito, espresso nel parere di non conformità a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini da esso all'uopo indicati.

La scelta on ordine alla possibilità di agire direttamente a tutela di tali interessi, che, ripeto, si distinguono dall'interesse generale e «vuoto» di contenuti al rispetto della legge affidato al potere giurisdizionale, è dunque una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre del resto sempre più frequenti esempi di aperture alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni ad agire a tutela di interessi superindividuali.

Si segnalano *in primis* le due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 l. 180/2011, che, per un verso legittima le associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e le loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio «sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia», ed è questo l'elemento di novità, «a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti»; e, per l'altro, legittima le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale «ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi».

Come è stato giustamente sottolineato, la speciale legittimazione riconosciuta alle associazioni di categoria, ai vari livelli e secondo il grado di rappresentatività, sta a significare non solo il definitivo superamento di alcune acquisizioni giurisprudenziali circa i limiti, i presupposti e le condizioni di azionabilità di procedure e provvedimenti nel settore della concorrenza, del mercato e dell'attività d'impresa, ma comporterà un notevole ampliamento della capacità di intervento per il

rispetto delle norme poste a tutela della libertà di impresa, e, in generale, dei principi codificati nello Statuto delle imprese¹³.

Una significativa anticipazione della progressiva apertura della legittimazione ad agire è rinvenibile nel d.lgs. 198/2009 che, in attuazione dell'art. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, aveva riconosciuto la possibilità di agire in giudizio per «ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio», oltre che ai singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, alle «associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati»¹⁴. In tale disposizione la giurisprudenza amministrativa ha trovato il sostegno normativo per individuare un criterio idoneo a riconoscere la legittimazione ad agire correlata «per un verso, all'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, per altro verso, alla riferibilità di tali interessi ad un soggetto titolare, ed infine, all'esistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi». Per questa strada, il G.A. ha così riconosciuto all'Ente locale territoriale, ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della propria comunità nelle materie di competenza istituzionale, una più ampia legittimazione per «altre materie non direttamente conferitegli dalla legge»¹⁵.

Le conclusioni sopra esposte sono state condivise dal TAR Lazio, che, con

sent. sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720, ha su queste premesse dichiarato la manifesta infondatezza delle eccezioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990 con gli artt. 24, 103, 113 e 95 Cost.

Esse trovano peraltro indiretto conforto negli argomenti utilizzati dalla sentenza n. 20 del 2013 della Corte costituzionale, che, nel dichiarare l'inammissibilità (sotto il profilo dei vizi denunciati) del ricorso proposto in via principale dalla Regione Veneto contro lo stesso art. 21-bis, ha significativamente sottolineato, a «giustificazione» dei nuovi poteri dell'AGCM, che, nell'ipotesi introdotta dal citato art. 35, «è *inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», (omissis) perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1)*».

Anche a voler negare la possibilità di «soggettivizzare» l'interesse alla tutela della concorrenza in capo all'AGCM, il nuovo potere di legittimazione a ricorrere conferitole dall'art. 35 d.l. «salva Italia» non appare peraltro in ineludibile contrasto con l'attuale assetto costituzionale. Due, ad un'attenta riflessione, gli argomenti spendibili in questo senso. *In primis*, e con valore assorbente, la necessaria correlazione dei poteri giurisdizionali riconosciuti dall'art. 103 Cost. al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa con il surrichiamato ruolo di garante della «giustizia nell'amministrazione» che l'art. 100 Cost. riconosce allo

¹³ P. QUINTO, *Le imprese protagoniste nel processo amministrativo: una nuova dimensione dell'interesse legittimo*, in www.giustamm.it.

¹⁴ La più recente giurisprudenza amministrativa ha poi osservato che la disciplina transitoria di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, laddove subordina l'applicabilità delle norme all'adozione di decreti attuativi deputati a definire gli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, non opera nell'ipotesi in cui il legislatore abbia già delineato il comportamento esigibile dell'amministrazione. L'azione è, quindi, direttamente esperibile nell'ipotesi di omissione o tardiva emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo (TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 giugno 2011, n. 552, confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512). Da cui l'ulteriore considerazione che, una volta riconosciuta la legittimazione processuale delle associa-

zioni di categoria delle imprese e la loro rappresentatività degli interessi diffusi in quel settore, non può essere disconosciuta la legittimazione di dette associazioni a proporre azioni per l'efficienza della Pubblica Amministrazione, ricorrendone i presupposti legali ed in presenza degli interessi categoriali. Significativamente il TAR della Basilicata (sez. I, 23 settembre 2011, n. 478) accogliendo il ricorso di una associazione privata, della quale ha riconosciuto il grado di rappresentatività di interessi diffusi degli utenti, ha condannato la Regione a consentire di interloquire tramite posta elettronica certificata e a rendere visibile nella *home page* del sito l'elenco degli indirizzi di posta elettronica certificata, come imposto dalle «Linee guida» dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683.

stesso giudice, ruolo più volte sottolineato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204/ 2004 e significativamente richiamato anche dal Presidente emerito del Consiglio di Stato Giancarlo Coraggio nel suo discorso di insediamento¹⁶: un ruolo perfettamente in linea con una legittimazione di una Autorità indipendente ad agire nell'interesse del rispetto delle norme di cui è garante, anche per tutelare posizioni soggettive di terzi lesi dalla loro violazione da parte della p.a.; in aggiunta, il valore primario che l'ordinamento costituzionale e dell'Unione europea riconoscono alla concorrenza, cui si correla la già richiamata responsabilità dello Stato per la violazione delle norme UE¹⁷ e la coerente attribuzione ad un organo pubblico del potere di agire a tutela delle lesioni arrecate alle posizioni giuridiche soggettive dalla violazione delle norme che tutelano tale valore.

Come già osservato in sede di riflessione a prima lettura sulle novità legislative di fine 2011 sul processo amministrativo¹⁸, il giudizio che viene instaurato dall'Autorità si spoglia in quest'ottica dalle vesti tipiche del giudizio di parti a tutela di una specifica posizione giuridica soggettiva del ricorrente, per assumere connotazioni più propriamente oggettive, che hanno fatto addirittura parlare dell'introduzione di una sorta di «pubblico mini-

stero della concorrenza» nel giudizio amministrativo.

L'assimilazione è però a ben vedere inesatta e rischia di creare confusione. Il pubblico ministero, come il giudice, agisce nell'interesse della legge, senza farsi portatore di alcun interesse particolare. Di contro, l'AGCM, come sopra rilevato, agisce a tutela dell'interesse (proprio o di terzi) al rispetto delle regole sulla concorrenza, in termini al più assimilabili all'azione del Procuratore della Corte dei conti a tutela dell'erario. Non è quindi forse corretto parlare di superamento del processo di parti, quanto piuttosto di valorizzazione, «potenziamento» appunto, del ruolo del soggetto affidatario della tutela di un interesse pubblico particolare, fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti.

Con la conseguenza che anche i «palletti» posti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di legittimazione all'impugnazione degli atti di gara (cfr. da ultima, la discussa sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011)¹⁹ o i nuovi gravosi oneri di accesso alla giustizia potrebbero sostanzialmente

¹⁶ Leggibile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Quest'ultimo elemento è valorizzato in particolare da F. ARENA, *op. cit.*, che testualmente riconosce nello scopo perseguito dalla disposizione – id est la promozione di un valore costituzionalmente garantito, quale la concorrenza – l'idoneità a «fronteggiare perplessità, pur comprensibili, anche con riferimento al sistema di giustizia amministrativa delineato in Costituzione».

¹⁸ M.A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *Osservatorio del Foro amm. TAR*, 12, 2011.

¹⁹ Si tratta della nota sentenza sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, nella quale, in merito al particolare profilo della tutela dell'interesse «strumentale», il Supremo Consesso, nella sua composizione plenaria, ha anche affermato che: «in linea generale, il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso. In partico-

lare, a tale fine risulta del tutto insufficiente il riferimento a una utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, come avviene nella vicenda in esame, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione (...) infatti, l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione». In dottrina si veda F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 563 ss.; L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.; D. VAIANO, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, *ivi*, 2004, 697 ss.

essere superati attraverso una denuncia all'AGCM e un successivo ricorso da parte di quest'ultima.

La tendenza verso una maggiore oggettivizzazione del giudizio amministrativo, timidamente anticipata dall'art. 146, comma 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel testo approvato con d.lgs. n. 42 del 2004 (ma repentinamente abrogato nelle successive modifiche)²⁰, è stata per vero da più parti correttamente riscontrata anche nelle nuove disposizioni introdotte nel rito speciale sulle controversie in materia di contratti pubblici in attuazione della Dir. 2007/66, trasfuse, con alcune modificazioni, negli artt. 120 ss. c.p.a.²¹. A tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e in deroga al principio di stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il legislatore ha infatti, come noto, riconosciuto al giudice adito contro il provvedimento di aggiudicazione il potere/dovere di dichiarare in ogni caso la cessazione di efficacia del contratto stipulato in esito alle più gravi violazioni delle regole pro concorrenziali, a prescindere da una specifica richiesta in tal senso. Analoga *ratio* informa l'introduzione del nuovo sistema di sanzioni amministrative, che il giudice, d'ufficio, è chiamato a disporre in alternativa alla dichiarazione integrale di inefficacia del contratto, quando, pur in presenza delle suddette più gravi violazioni, questa non sia possibile.

Come era stato autorevolmente prospettato proprio con riguardo a tali ultime previsioni²², in coerenza con il richiamato ruolo di garanzia della «giustizia nell'amministrazione» affidato al Con-

siglio di Stato dall'art. 100 Cost., le nuove disposizioni potrebbero quindi aprire la strada ad una progressiva estensione di un giudizio amministrativo di tipo oggettivo a tutela di interessi generali primari (quali l'ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.), con nuove forme di legittimazione «pubblica» a ricorrere ovvero con meccanismi di indebolimento dello stretto rapporto chiesto/pronunciato (anche mediante l'eventuale irrinunciabilità dell'azione) o con l'introduzione di ulteriori sanzioni.

III. L'AMBITO DELL'AZIONE

Passando alla disamina della disciplina positiva, il primo tema su cui occorre fermare l'attenzione è costituito dallo stesso ambito di applicazione del nuovo potere.

L'ampia formulazione della norma, che, come si è visto, attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una pubblica amministrazione in violazione delle norme «a tutela della concorrenza e del mercato», le consente indubbiamente un vasto spettro di intervento, che, tuttavia, proprio per la sua eccezionalità, non può essere esteso al di là della specifica violazione delle disposizioni dell'ordinamento positivo effettivamente dirette alla tutela della concorrenza e del mercato, ivi compreso l'eccesso di potere, in quanto rientrante nella più ampia categoria dei vizi di legittimità, ma senza potersi spingere ad abbracciare, seguendo un approccio economico-sostanzialista, ogni astratta lesione del benessere del consumatore

²⁰ La disposizione (su cui si richiama l'immediato commento di M.A. SANDULLI, *Verso un processo amministrativo «oggettivo» (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm. - TAR*, 2004) prevedeva infatti, da un lato, un «obbligo di decisione» dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti di autorizzazione paesistica anche nell'ipotesi di rinuncia o di sopravvenuto venir meno dell'interesse da parte del ricorrente (comma 11, primo periodo) e, dall'altro, la possibilità dei soggetti legittimati a ricorrere avverso l'autorizzazione (identificati dallo stesso comma 11 nelle associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi *ex art. 13 l. n. 349 del 1986* e in qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse) di proporre appello avverso le or-

dinanze o le sentenze del TAR in materia anche nelle ipotesi in cui non avessero proposto il ricorso di primo grado (secondo periodo).

²¹ Sul tema delle sanzioni alternative si vedano per tutti i rilievi di M.A. SANDULLI *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, (a cura di) G. GRECO, Milano, 2011 e R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

²² Cfr. la *Relazione* del Presidente Coraggio alla Tavola Rotonda sul tema «Verso il codice del processo amministrativo» svoltasi nell'Aula magna della Corte di cassazione il 21 aprile 2010 sullo schema di c.p.a. redatto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato.

(troppo legata a parametri di tipo soggettivo e dunque pericolosamente arbitrari).

Quanto alla tipologia delle disposizioni riconducibili alla violazione delle regole a tutela della concorrenza e del mercato, vengono innanzi tutto in considerazione, anche per l'evidente analogia con le surrichiamate disposizioni del Reg. 1/2003, gli artt. 101 e 102 TFUE, i quali, individuando rispettivamente le caratteristiche dell'intesa anticoncorrenziale e dell'abuso di posizione dominante, rappresentano le principali fonti di riferimento dell'azione *antitrust* in ambito europeo.

Il nuovo potere di azione dell'AGCM si viene così ad aggiungere all'attuale sistema di reazioni configurate dall'ordinamento, interno ed europeo a tali illeciti e, in particolare, per quanto riguarda il diritto nazionale, a rafforzare i due modelli del *private enforcement*, attraverso l'azione davanti al g.o. *ex art. 33 l. 287/1990*, e del *public enforcement*, affidato al potere di vigilanza e di controllo della stessa Autorità, già deputata, nell'ambito del sistema disciplinato dal Reg. 1/2003, ad esercitare un potere di accertamento e di sanzione nei confronti delle imprese ovvero di segnalazione al Parlamento (art. 21 l. 287/1990), nei confronti degli atti di natura legislativa o regolamentare nonché dei provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano o semplicemente consentono distorsioni della concorrenza o del mercato senza trovare giustificazione in esigenze di carattere generale. Quanto meno rispetto ad atti amministrativi assunti in violazione dei principi espressi da tali articoli e delle interpretazioni che ne ha dato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non sembra dunque possibile escludere l'azione diretta dell'Autorità davanti al TAR, sicuramente più efficace del suddetto potere di segnalazione al Parlamento.

Un altro possibile ambito di impugnazione è stato poi configurato dai primi autorevoli commentatori²³ negli atti ammi-

nistrativi in contrasto con il divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 ss. TFUE, per i casi nei quali l'accertamento di illegittimità dell'aiuto sia stato già effettuato dalla Commissione, alla quale l'ordinamento UE riserva la relativa competenza.

Una sfera nella quale, stante la stretta correlazione con la tutela concorrenza ripetutamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia, l'AGCM dovrebbe poter sicuramente intervenire, nonostante le perplessità espresse in sede di primo commento²⁴, è quella delle procedure concorsuali, ivi comprese quelle che, pur formalmente rispettose del sistema concorrenziale, integrino nei contenuti delle regole di ammissione e/o di selezione o nella loro concreta attuazione una violazione delle sue norme formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi. In senso favorevole a tale possibilità di ricorso opera del resto il già richiamato rinvio all'intero titolo V del libro IV del c.p.a., che, salvo l'art. 119, si occupa proprio del contenzioso in materia di appalti pubblici.

Si è già detto poi che il nuovo art. 21-bis l. 287/1990 riconosce in via generale all'AGCM la legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una «pubblica amministrazione». Quest'ultima precisazione è molto importante: la regola, in quanto eccezionale, non dovrebbe (il condizionale, stante lo scarso rigore del nostro sistema legislativo, è necessariamente d'obbligo) trovare dunque applicazione alle imprese pubbliche²⁵ e, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione²⁶, agli organismi di diritto pubblico, che, se sono equiparabili ed equiparati alle pubbliche amministrazioni ad alcuni fini, non sono però perfettamente identificabili con le medesime. Sembra pertanto corretto escludere il ricorso diretto contro le decisioni dei soggetti diversi dalle pubbliche

²³ F. CINTIOLI, *op. cit.*

²⁴ Il riferimento è ancora a F. CINTIOLI, *ibidem*.

²⁵ Sulla peculiare natura delle imprese pubbliche e sui limiti della loro assimilabilità alle pubbliche amministrazioni cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16 del 2011 e Cass., SS.UU., ord. n. 8511 del 2012.

²⁶ Il riferimento è alla sentenza 22 dicembre 2011, n. 28329, con cui le SS.UU. hanno affermato la giurisdizione del g.o. sulle controversie relative alla procedura indetta dalla RAI per la selezione di alcuni giornalisti.

amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 (si pensi alle società pubbliche, ai consorzi istituzionali ecc.) che pongano in essere comportamenti anticoncorrenziali.

IV. I PRESUPPOSTI DEL RICORSO: IL PARERE

I commi 2 e 3 del del nuovo art. 21-*bis* disciplinano la proposizione del ricorso²⁷. In particolare, a norma del comma 2, l'Autorità, se riscontra la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, deve preliminarmente procedere all'emanazione di un parere motivato, nel quale indica all'Amministrazione autrice dell'atto gli specifici profili di illegittimità rilevati (secondo uno schema in qualche modo analogo all'informativa di ricorso di cui all'art. 243-*bis* del d.lgs. n.163 del 2006). Se l'amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, entro i successivi trenta giorni l'Autorità può presentare (con la difesa *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato), il ricorso al TAR.

La necessità o meno del parere è già *vexata quaestio* sotto diversi profili.

La lettura testuale della disposizione e la perfetta coincidenza oggettiva con il precedente comma 1 non sembrano lasciare spazio ad un ricorso non preceduto dal parere. Considerato che peraltro il legislatore non fissa alcun termine per l'espressione del parere (che vale del resto a rafforzare il rapporto tra legittimazione a ricorrere e lesione di un interesse dell'AGCM), il modello rischia di contraddire all'esigenza di immediatezza della tutela avverso gli atti lesivi della concorrenza, confermata anche dal rinvio al rito speciale accelerato di cui all'art. 119 c.p.a.²⁸.

Proprio il diritto europeo, nella Direttiva 2007/66 sui ricorsi in materia di appalti, espressamente richiamando an-

che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche in diverse sentenze della Corte di Giustizia, pone tuttavia espressamente la sospensione immediata dell'efficacia dell'atto lesivo delle regole pro-concorrenziali come imprescindibile corollario del principio di effettività della tutela.

L'obbligo del previo procedimento stragiudiziale e la mancata previsione di termini per la relativa attivazione desta pertanto, da un lato, evidenti problemi di certezza del diritto, consentendo un intervento del giudice anche a distanza di mesi o anni e preclude dall'altro alla stessa AGCM, nel caso in cui essa riesca ad attivarsi in modo celere, di impedire che l'atto contestato produca i suoi effetti. Ciò, se sicuramente pone fondati dubbi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio della ragionevolezza, potrebbe addirittura giustificare una disapplicazione del secondo comma in nome dei principi dell'ordinamento UE, quanto meno nei casi di violazioni più gravi in cui la sospensione appaia l'unico strumento per conseguire una tutela effettiva.

Occorre invero a questo riguardo osservare che, una volta riconosciuto in capo all'AGCM un interesse qualificato ad impugnare gli atti lesivi della concorrenza, non ha all'evidenza alcuna logica privare tale interesse della forma più efficace di tutela, spesso indispensabile ad assicurare, all'esito del giudizio, quella ripristinatoria, che, proprio per la peculiarità del soggetto e del valore protetto, non può essere validamente sostituita da quella risarcitoria.

In merito a ciò, la Direttiva ricorsi – e il principio è all'evidenza valido, quantomeno, per tutte le controversie in materia di concorrenza – ha espressamente chiarito che la tutela contro la violazione delle

²⁷ L'art. 21-*bis*, commi 2 e 3, l. 287/1990, recita: «2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi

alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. // 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104».

²⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust*, in www.federalismi.it.

regole che la disciplinano non può essere adeguatamente soddisfatta attraverso il risarcimento del danno per equivalente.

E meno ancora, si ripete, tale forma di soddisfazione può dirsi sufficiente per l'interesse affidato all'AGCM, che, per la sua natura pubblica, non può essere ridotto ad una mera compensazione economica.

Proprio la natura ultraindividuale dell'interesse protetto rende poi ancora più importante la tutela cautelare, che già la novella legislativa del 2006 (introducendo l'art. 14-*bis* alla l. 287/1990) aveva consentito all'Autorità di esercitare in via diretta, con l'adozione di proprie misure cautelari, in esito ad una constatazione in via sommaria della sussistenza di un'infrazione, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

In particolare, il nuovo potere di azione dell'AGCM potrebbe poi consentire la richiesta (e l'ottenimento) della sospensione (e magari dell'obbligo giurisdizionale di riesame) di quegli atti che, per il loro contenuto non immediatamente lesivo di interessi individuali), non sono impugnabili da parte dei singoli, con l'indubbio vantaggio di impedire la prosecuzione di un procedimento o l'applicazione di regole lesive della concorrenza.

Le innegabili ragioni di certezza del diritto che il legislatore – interno ed europeo – hanno posto a base di una disciplina processuale accelerata e di rigidi termini di decadenza dall'azione (anche a prescindere da una effettiva conoscenza dell'atto lesivo, come nel caso del termine massimo semestrale per contestare la stipula di un contratto), in una con quanto sopra esposto sulla soggettivizzazione dell'interesse ad agire, spingono per altro verso ad applicare anche all'AGCM i termini di decadenza previsti per ogni altro soggetto.

V. IL RITO APPLICABILE

Riguardo al rito applicabile al ricorso proposto dall'AGCM, il comma 3 del nuovo art. 21-*bis* dispone, come anticipato, che al giudizio instaurato dall'Autorità si applica la disciplina disegnata dal

titolo V del libro IV del c.p.a. La disposizione è in questi termini assolutamente criptica: il titolo V si occupa invero tanto, all'art. 119 c.p.a., del «rito speciale comune a particolari materie» considerate economicamente o politicamente più «sensibili», tra cui, in particolare le controversie sugli atti delle autorità amministrative indipendenti (essenzialmente caratterizzato dalla dimidiazione dei termini processuali diversi dalla proposizione dei ricorsi di primo grado e da un maggiore rigore nella concessione delle misure cautelari), quanto, agli artt. 120 ss., del rito *super* speciale per le controversie sugli atti di affidamento di lavori, servizi e forniture. La novella non chiarisce tuttavia quale dei due riti trovi effettivamente applicazione ai giudizi *de quibus*. La logica farebbe ritenere che la specialissima disciplina del rito appalti trovi applicazione esclusivamente ai giudizi eventualmente instaurati dall'AGCM in questa materia, valendo in ogni altro caso le regole meno complesse di cui all'art. 119 c.p.a. A prescindere dall'anomalia dell'applicazione di un regime cautelare più rigido (in favore del resistente) per i ricorsi proposti da un organo titolare di un potere pubblico nell'interesse al migliore rispetto delle norme sulla concorrenza, sarà poi in ogni caso necessario stabilire gli opportuni adattamenti delle regole di cui agli artt. 120 ss. c.p.a. (improntate al rapporto tra impresa e stazione appaltante ed eventuali aggiudicatari, in una logica di bilanciamento dei diversi interessi, anche ai fini della tutela del contraente e dell'eventuale risarcimento per equivalente) al nuovo giudizio nell'interesse di un valore pubblico.

A ciò si aggiunge il silenzio della legge sull'individuazione del giudice competente, che non consente di estendere ai giudizi *de quibus* la competenza funzionale del TAR del Lazio, nel quale sono invece concentrate a norma dell'art. 135 c.p.a. le controversie contro i provvedimenti delle Autorità per la concorrenza, per i contratti pubblici e per le telecomunicazioni, evidentemente in considerazione dell'esigenza di riunire di fronte ad un unico giudice le questioni attinenti alle determinazioni tecnico-giuridiche assun-

te da tali particolari organismi in nome dei primari interessi economici ad essi affidati. Il generico richiamo al titolo V del libro IV, comprensivo, come già sottolineato, anche del rito sugli appalti, giustifica invero la mancata previsione di una riserva di competenza nel TAR capitolino anche dei giudizi azionati dall'Antitrust in *subiecta materia*, magari confluenti con quelli proposti contro i medesimi provvedimenti dagli operatori economici direttamente lesi: sicché non sarebbe corretto spostare la competenza in funzione della natura di uno dei soggetti ricorrenti.

MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Bibliografia

G. GRECO, «Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato

di legittimità dell'azione amministrativa in Italia», in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010; F. CINTIOLI, «Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)», in *www.giustamm.it*, gennaio 2012; M. LIBERTINI, «I nuovi poteri dell'Autorità antitrust», in *www.federalismi.it*; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012; R. GIOVAGNOLI, «Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale», in *www.giustizia-amministrativa.it*; M.A. SANDULLI, «Verso un processo amministrativo "oggettivo" (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)», in *Foro amm. TAR*, 2004; «Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990», in *www.federalismi.it*; «Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti», in *www.astrid.it*.