

L'articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990 e la legittimazione ad agire nel processo amministrativo della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

*Carlo Bellesini**

L'articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990 introduce nell'ordinamento giuridico italiano la legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'annullamento di un provvedimento della P.A. che si assume lesivo della concorrenza. Con il presente articolo s'intendono ripercorrere i plurimi contributi dottrinari ed i recenti interventi giurisprudenziali sorti sullo specifico tema rilevandone le problematiche tanto di ordine pratico quanto di carattere sistematico.

SOMMARIO: I. La natura della legittimazione ad agire dell'AGCM nelle recenti elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali - II. Le peculiarità del ricorso - III. Profili procedurali e processuali - IV. (segue) Il rilascio del parere motivato quale condizione di ammissibilità del ricorso dell'AGCM - V. (segue) Il dies a quo per l'emissione del parere interlocutorio e la sua rilevanza - VI. (segue) La decorrenza del termine di proposizione del ricorso.

I. La natura della legittimazione ad agire dell'AGCM nelle recenti elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali.

L'art. 35 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, cd. decreto "Salva Italia", come modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214, ha introdotto nella legge n. 287 del 1990 l'articolo 21 bis il quale al I comma pone in capo all'AGCM "la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato". Con il presente articolo, si intendono affrontare i molteplici temi di natura pratica e sistematica sollevati dall'introduzione del potere di impugnare gli atti amministrativi (presunti) anticoncorrenziali da parte dell'Antitrust. Dottrina e giurisprudenza (1) si sono cimentate nel difficile compito di

(*) Avvocato e dottore di ricerca in diritto amministrativo presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma, già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Per una ricostruzione di carattere sistematico della legittimazione ad agire nel processo amministrativo si consiglia R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990* - relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012 in www.giustizia-amministrativa.it; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo* in *Diritto processuale amministrativo*, 2014. Peraltro, si segnalano F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 21 bis l. n. 287 del 1990)* in *Giust. Amm.it*, 2013; M.A.SANDULLI, *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, 2012 e R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art.*

colmare alcuni vuoti lasciati dal Legislatore, sia in relazione alla tenuta sistematica e costituzionale di siffatta legittimazione ad agire sia in relazione alle numerose criticità sorte in sede di applicazione ed esecuzione.

In primis, è sorta la questione della riconducibilità nell'alveo della giurisdizione amministrativa, così come delineata dall'ordinamento giuridico italiano, del potere di impugnare atti amministrativi in capo all'AGCM a tutela di un interesse generale.

Com'è noto, la Costituzione italiana imprime al processo amministrativo un carattere marcatamente soggettivo, strumentale alla tutela di situazioni giuridiche dei singoli nei confronti della pubblica autorità. Diritti soggettivi e, nei casi espressamente previsti dalla legge, interessi legittimi devono trovare tutela dinanzi agli organi della giurisdizione amministrativa senza limiti nei mezzi e nell'oggetto (artt. 103 e 113, Cost.). Ciò è espressione del fondamentale diritto alla difesa di cui all'articolo 24 della Costituzione, laddove tutti coloro i quali vantino come "*propri*" diritti ed interessi legittimi meritano (hanno il diritto di ottenere) tutela dinanzi all'autorità giurisdizionale, la quale ha l'obbligo di provvedere a tale funzione (2).

Risulta oramai superata la lettura del processo amministrativo quale luogo per ripristinare la legalità dell'Amministrazione, dove l'interesse di parte fungeva esclusivamente da impulso per l'attività giurisdizionale. A seguito dei progressi della dottrina e della giurisprudenza l'ordinamento è giunto ad assi-

21-bis della legge n. 287 del 1990, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012; N. PECCHIOLI, "Teologia della concorrenza" o crisi di cooperazione? Note critiche sulla legittimazione dell'AGCM ad impugnare atti amministrativi e regolamenti, in *Giustamm.it*, 2012. Per una lettura delle criticità di ordine pratico sollevate dalla nuova legittimazione ad agire dell'AGCM si consiglia M. CAPPAL, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa* in *Foro amm. TAR*, 2013, 5, 1607, che riporta compiutamente i recenti interventi giurisprudenziali sulle maggiori criticità sollevate dalla norma in esame, specialmente di natura procedimentale, relative alla natura del parere emesso dall'AGCM ed alla sua qualità di requisito di ammissibilità del ricorso, nonché alla tempestività del ricorso e al *dies a quo* del decorso dei termini. Si vd. M. CLARICH, "I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90" in Atti del Convegno organizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su: "Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle autorità antitrust" Roma, 27 marzo 2013. In giurisprudenza, TAR Lazio, III ter, 15 marzo 2013, n. 2720; TAR Lazio, II, 6 maggio 2013 n. 4451, Corte cost. n. 20/2013.

(2) Sul punto si vd. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione* in *Astrid* e V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)* in *Dir. proc. amm.* 2012, 02, 436. Per un approfondimento sulla giustizia amministrativa nella Costituzione, si consigliano altresì, BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; e ripubb. in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981, CHITI M.P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; BERTI G., *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna 1987; SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988; SORRENTINO F., *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990; RESCIGNO G.U., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006.

curare la piena tutela giurisdizionale di tutte le situazioni protette nei rapporti tra *cives* e Pubblica Amministrazione. Dimostrazione di tale evoluzione risulta dal codice del processo amministrativo (d.lvo n. 104/2010), il quale con più disposizioni fornisce al ricorrente una gamma di strumenti (azioni di annullamento, condanna, accertamento, cautelare), idonei ad assicurare una tutela effettiva dinanzi ad ogni manifestazione della P.A. (si veda l'art. 7 del c.p.a., che contempla "l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi, comportamenti") (3).

Con riferimento all'articolo 21 *bis* della legge n. 287 del 1990, è apparsa tra gli interpreti la preoccupazione che un'ipotesi di legittimazione ad agire a tutela di interessi generali potesse violare un limite implicito della Costituzione, secondo cui il legislatore non potrebbe prevedere che azioni processuali - e relative legittimazioni - volte a garantire diritti ed interessi legittimi.

Secondo l'orientamento maggioritario in dottrina (4), tuttavia, l'articolo

(3) Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, il quale ricostruisce l'evoluzione della giustizia amministrativa dalla Costituzione sino all'emanazione del codice del processo amministrativo. In generale, alcuni commentari del *Codice*, A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011; M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011; B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1 ss.; A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 119 ss.; M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in Atti del 56° Convegno di Varenna, Milano, 2011, pp. 95 ss.; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.* 2012.

(4) Si vd.no *ex multis* R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990 - relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012* in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI, *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, 2012 e R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012. Per completezza, *ex adverso* è emersa in dottrina una lettura dell'articolo 21 *bis* che qualifica la legittimazione dell'AGCM in senso "oggettivo", dimostrando come tale ricostruzione trovi evidenti conferme nel quadro costituzionale ed ordinamentale italiano. Come noto, la Costituzione assicura la tutela delle situazioni giuridiche protette dinanzi all'esercizio dell'autorità pubblica, così plasmando la natura "soggettiva" della giurisdizione amministrativa, in ossequio ad uno dei capisaldi dello Stato di diritto moderno. La garanzia costituzionale del cittadino dinanzi agli abusi del potere pubblico non può sfociare "in un divieto posto al legislatore di prevedere casi di legittimazione "oggettiva" (cioè a tutela di interessi generali piuttosto che a tutela di situazioni soggettive protette)", poiché "in materia di giurisdizione sussiste riserva di legge, non riserva di Costituzione". Si vd.no i casi di azione popolare di cui al decreto legislativo 18 agosto del 2000, n. 267, contenente il Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali (cd. TUEL). In particolare, l'art. 9 del TUEL prevede che ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia. L'articolo 70 del TUEL dispone, altresì, che la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale può essere promossa in prima istanza da qualsiasi cittadino elettore del comune, o da chiunque altro vi abbia interesse davanti al tribunale civile. L'art. 6, comma 10, della l. 9 maggio 1989 n. 168 prevede un'ipotesi di giurisdizione og-

21 *bis* della legge n. 287 del 1990 non può leggersi se non qualificando la legittimazione ad agire in giudizio dell'AGCM quale espressione della titolarità in capo a quest'ultima di una situazione giuridica soggettiva, personale e differenziata, che si assume lesa. In particolare, la concorrenza deve intendersi quale bene della vita giuridicamente rilevante, normalmente *adespota* che, tuttavia, ai sensi dell'articolo 21 *bis* della lg. n. 287/1990, il legislatore soggettivizza in capo all'AGCM, seguendo uno schema simile a quanto accade per gli interessi diffusi (5). Diversamente argomentando si approderebbe ad una lettura della norma contraria alla Costituzione, delineante il carattere "soggettivo" della giurisdizione amministrativa, chiamata alla tutela degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi (artt. 24 e 103 Cost.). Tale tesi s'ispira a quella giurisprudenza (6) che riconosce nella

gettiva conferendo al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca la legittimazione *ex lege* a ricorrere al giudice amministrativo per vizi di legittimità degli statuti adottati dalle Università oltre i limiti della propria autonomia in contrapposizione ai rilievi del Ministero stesso. E l'art. 52, comma 4, del d.lgs. 15 dicembre 1997 n. 446 e ss. mm. pone in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze la legittimazione ad impugnare dinanzi alla Giustizia amministrativa per vizi di illegittimità i regolamenti con cui le Province ed i Comuni hanno provveduto a disciplinare le entrate locali nei limiti delle proprie competenze. Da ultimo, l'art. 36, 2° co., lett. n), d.l. n. 1/12, conv. in l. n. 27/12 attribuisce espressamente all'Autorità di regolazione dei trasporti una legittimazione a ricorrere (quanto alla materia: servizio taxi) al TAR del Lazio, a tutela del diritto di mobilità degli utenti, in ordine ad atti generali e particolari adottati da enti locali sulla gestione di detto servizio. Ulteriori ipotesi di legittimazione oggettiva si hanno con le azioni a tutela ambientale di cui al decreto legislativo n. 152 del 2006 (cd. codice dell'ambiente). In particolare, dal combinato disposto degli artt. 309 e 310 del codice dell'ambiente le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, e le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente, di cui all'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349 sono legittimati ad agire per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle norme a tutela ambientale nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale. Pertanto, la legittimazione ad agire dell'AGCM si ascrive dunque a tali ipotesi di legittimazione "oggettiva" e, più precisamente, di legittimazione *ex lege* a tutela di un interesse pubblico: ciò in piena conformità ai dati offerti dall'ordinamento sia a livello costituzionale che sistematico. L'Autorità tutela l'interesse generale della collettività al corretto andamento del mercato, difficilmente riducibile ad una situazione giuridica autonoma e differenziata, pena lo svuotamento della sua stessa essenza. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo in Diritto processuale amministrativo*, 2014; P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo in Dir. proc. amm.* n. 1/1999.

(5) In particolare, si vd. R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, il quale ritiene che il corretto funzionamento del mercato ed il libero esplicarsi in esso della libertà di iniziativa economica debbano identificarsi quale bene della vita, distinto dall'interesse di mero fatto al ripristino della legalità violata e protetto a livello costituzionale e comunitario nonché riconosciuto dalla giurisprudenza. Si tratta, prosegue la suddetta dottrina, di un interesse certamente "giuridicizzato", tuttavia difficilmente "soggettivizzabile" in tutti quei casi in cui la lesione del mercato non si traduce anche in una lesione particolare della sfera giuridica del privato (*impresa, consumatore, associazione di categoria*). In altre parole, la soluzione prospettata è l'assimilazione dell'interesse alla concorrenza e al mercato ad un interesse diffuso e la sua trasformazione in interesse collettivo di cui diventa titolare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quale ente esponenziale del gruppo, dotato dei necessari requisiti di rappresentatività.

(6) Cfr. *ex multis*, Cass. Sez. Un. 4 febbraio 2005 n. 2207.

concorrenza un *“bene della vita”* da salvaguardare al fine di assicurare la piena esplicazione della libertà di iniziativa economica privata, quale *“pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l’esercizio dell’impresa”*. Secondo questa tesi, le norme anticoncorrenziali si muovono a tutela di interessi individuali, concreti e qualificati, e fondano situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti coloro che agiscono sul mercato, imprese e consumatori, la cui violazione consente l’attivazione dei rimedi giurisdizionali. La tutela della concorrenza e del mercato rispecchia un interesse meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico, in quanto proprio della generalità dei consociati. L’AGCM risulta così l’ente per legge affidatario della cura di tale interesse (sostanziale, differenziato e qualificato), legittimato ad adire l’autorità giurisdizionale per ottenere tutela in caso di lesione (7). In altre parole, tale orientamento ricollega il potere di impugnare provvedimenti lesivi della concorrenza alla tutela di un interesse proprio dell’Autorità rapportandola ad un interesse legittimo.

Si è rilevato come tale modello sarebbe simile a quello della legittimazione della Commissione UE ad impugnare atti amministrativi nazionali davanti alla Corte di giustizia per illegittimità comunitaria *ex art. 108 TFUE* (8). La legittimazione ad agire dell’AGCM rappresenterebbe uno strumento di sindacato sulla legittimità dell’azione amministrativa analogo al modello comunitario della procedura di infrazione. Più in generale, si sostiene che ciascun soggetto istituito per la tutela di un determinato interesse pubblico sarebbe a sua volta titolare di una situazione giuridica personale, specifica e qualificata nell’ipotesi di violazione delle regole poste a tutela del medesimo interesse (interesse legittimo).

(7) Cfr. TAR Lazio, III *ter*, 15 marzo 2013, n. 2720, che aderendo a tali ricostruzioni, rileva che: *“l’interesse di cui l’Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all’interesse generale o all’interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale”*. In altre parole, secondo il TAR, *“la creazione di un’autorità amministrativa indipendente rimane comunque il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti”*.

(8) Sul punto, M.A. SANDULLI, *op. cit.*, la quale in particolare riprende le tesi di G. GRECO ne *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 secondo cui *“così come la Commissione UE è legittimata a proporre ricorso per far accertare la violazione da parte degli Stati degli obblighi comunitari, così dovrebbe ritenersi che anche nell’ordinamento nazionale ciascuna autorità pubblica possa attivare il controllo giurisdizionale, anche nei confronti di altri enti pubblici, per far accertare la violazione delle norme che ne delimitano prerogative e sfere di competenza in ossequio all’obbligo di leale cooperazione di cui all’art. 120, comma 2, Cost.: l’adozione di un atto illegittimo comporterebbe la violazione dell’obbligo di leale collaborazione nei confronti dell’ente la cui normativa è stata violata, potendo allora individuarsi in capo a questo ente la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato, con conseguente legittimazione all’impugnazione dell’atto che quell’obbligo ha violato”*.

Tale dottrina evidenzia come la novità legislativa in esame si innesti in un solco più volte arato a livello comunitario che vede l'AGCM quale "*amicus curiae*" (9). Ci si riferisce al *potere riconosciuto all'AGCM dall'art. 15 del Reg. CE n. 3/2001* secondo cui "*le Autorità degli Stati membri possono intervenire in un giudizio pendente dinanzi alle giurisdizioni nazionali, presentando osservazioni scritte o, previa autorizzazione del giudice, anche orali, in applicazione degli art. 101 e 102 TFUE*". Pertanto, con la legittimazione ad agire dell'AGCM l'Autorità si trasformerebbe da mera "interveniente" a "*parte processuale che agisce in giudizio*", con evidente potenziamento della tutela al corretto funzionamento del Mercato. Secondo tale interpretazione, l'art. 21 *bis* presenta forti "analogie" con la procedura d'infrazione disciplinata dagli artt. 258-259 TFUE, rappresentando "*la trasposizione interna di un procedimento previsto dalla normativa dell'Unione quale il ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea dinanzi alla Corte di Giustizia contro lo Stato che violi gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione (art. 258 TFUE)*" (10).

Si profilano due facce della tutela dell'interesse ad un mercato in libera concorrenza, rappresentate da un lato dalle garanzie giurisdizionali assicurate per i singoli soggetti economici e dall'altro dal potere dell'AGCM di agire in giudizio per l'annullamento di provvedimenti amministrativi ritenuti anticoncorrenziali.

E la giurisprudenza ad oggi prevalente sembra aver condiviso tale tesi (11).

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, è *per scelta del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, quest'ultimo pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifica affidataria l'Autorità*. E ciò anche in possibile contrasto con gli ulteriori interessi, pubblici o privati, di altri soggetti che operano sul mercato, come situazione giuridica comunque lesa dalla violazione delle norme a tutela della libertà di concorrenza, e dunque direttamente soddisfatta dal ripristino della legalità violata.

Pertanto, si ritiene l'istituto *de quo* come volto al "*potenziamento*" 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 (12).

(9) Il rilievo è mutuato da M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito* cit.

(10) Il rilievo è mutuato da M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito* cit.

(11) TAR LAZIO sentenza n. 2720/2013, T.A.R. Lazio Roma Sez. II, sent., 6 maggio 2013, n. 4451, Consiglio di Stato - sez. V - sentenza 30 aprile 2014 n. 2246 e, da ultimo, Cons. Stato Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

Secondo tale posizione il nuovo potere dell'Autorità andrebbe quindi inquadrato come azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata. Assumerebbe specifico peso a tale riguardo, l'interesse alla migliore attuazione del valore "concorrenza", che secondo detta ricostruzione *non andrebbe ricondotto ad una declinazione del mero interesse generale al rispetto della legge, quanto piuttosto ad un interesse particolare e differenziato di cui l'Autorità sarebbe diretta portatrice*; una declinazione di interesse legittimo soggettivizzato in capo all'Autorità e per la cui tutela essa risulterebbe legittimata *ex lege* a rivolgersi al giudice amministrativo (13).

Sarebbe infatti *"proprio la natura indipendente dell'Autorità e la specifica missione ad essa affidata (tutela dello specifico interesse pubblico, sotteso ad un Mercato concorrenziale, che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo)"* a giustificare la scelta legislativa di attribuire *in primis* a tale soggetto, la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela (14).

II. Le peculiarità del ricorso.

Sul tema dell'oggetto del ricorso dell'Antitrust per l'annullamento dell'atto anticoncorrenziale si rinvergono interessanti orientamenti in dottrina e giurisprudenza (15). Gli interpreti si sono in particolare mossi nel cercare di

(12) T.A.R. Lazio Roma Sez. II, sent., 6 maggio 2013, n. 4451.

(13) Sul punto, anche la Corte cost. (sentenza n. 20 del 14 febbraio 2013). In particolare, a fronte dell'impugnativa della Regione Veneto - la quale lamentava, tra l'altro, la circostanza secondo cui l'art. 21 *bis* finirebbe "col sottoporre gli atti regolamentari ed amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale", così travalicando i limiti desumibili dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 64 del 2005 e violando altresì gli artt. 117, sesto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., - la Corte ha osservato che è inesatto parlare di "nuovo e generalizzato controllo di legittimità", là dove la norma - integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della L. n. 287 del 1990 - prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi "che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato".

(14) Consiglio di Stato - sez. V - sentenza 30 aprile 2014 n. 2246.

(15) Sul tema si consiglia la lettura di F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 21 bis l. n. 287 del 1990)* in *Giust. Amm.it*, 2013; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990* - relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012 in www.giustizia-amministrativa.it; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2012, 1022-1031; R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità Indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, del 12 luglio 2012; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità antitrust (Art. 35 d.l. 201/2011)*, in www.federalismi.it, del 14 dicembre 2011, 2; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'autorità antitrust, tra il Minosse di Dante ed il giudice di De André*, in www.federalismi.it, del 5 giugno 2012; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'autorità antitrust italiana*, contributo

individuare tanto l'esatto provvedimento nei cui confronti l'impugnativa deve rivolgersi quanto il contenuto di quest'ultima, ossia la gamma di vizi sollevabili. Le ricostruzioni restrittive vengono preferite da quanti ritengono la legittimazione ad agire dell'AGCM un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, così limitando l'applicabilità della norma entro indicazioni normative puntuali e precise nel tentativo di recuperarne la tenuta costituzionale. Posizione che risulterebbe tuttavia superata guardando all'orientamento (si vd. prima par. III) che riconduce la legittimazione "oggettiva" dell'Antitrust nell'alveo di una giurisdizione "soggettiva" (16).

Gli interpreti si sono cimentati nell'individuare l'oggetto del ricorso chiedendosi se esso debba rivolgersi verso il provvedimento amministrativo che si assume originariamente lesivo della concorrenza e del buon funzionamento del mercato o, viceversa, nei confronti della determinazione (o dell'eventuale silenzio-inadempimento) assunta dalla P.A. interessata a seguito della fase interlocutoria introdotta dal parere dell'AGCM ai sensi del II comma dell'art. 21 bis - secondo cui: "*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*". Nella risoluzione del quesito riposa la conseguenza pratica dell'ammissibilità o meno (per carenza di interesse) del ricorso principale in caso di eventuale mancata impugnazione da parte dell'Antitrust dell'uno o dell'altro atto.

Un primo filone dottrinario (17) ritiene il parere dell'Autorità come un invito rivolto all'Amministrazione interessata ad agire in autotutela per ottenere l'annullamento d'ufficio del provvedimento lesivo della concorrenza e

per la X edizione del Convegno «Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea», Treviso 17-18 maggio 2012; M.A.SANDULLI, *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, 2012; M. CAPPAL, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa in Foro amm. TAR*, 2013, 5, 1607. In giurisprudenza, per le complesse ricadute processuali dell'articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990, si veda TAR Lazio, III ter, 15 marzo 2013, n. 2720; TAR Lazio, II, 6 maggio 2013 n. 4451 in www.giustizia-amministrativa.it.

(16) Per la legittimazione oggettiva dell'AGCM, si vd. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo in Diritto processuale amministrativo*, 2014. Sulla stessa falsariga sembrerebbero TAR Lazio, II, 6 maggio 2013 n. 4451, Corte cost. n. 20/2013.

(17) Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale* cit., 11-14; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali* cit., p. 1028; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità* cit., 2; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni* cit.; N. PECCHIOLO, «Teologia della concorrenza» cit., 2, nt. 1. In particolare, G. URBANO, *I nuovi poteri processuali* cit., 1028, rileva "come un atto di indirizzo volto a sollecitare all'amministrazione l'esercizio del potere in autotutela".

del mercato ai sensi dell'articolo 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990. Pertanto, l'oggetto del ricorso consisterebbe nell'atto di diniego motivato o di silenzio-inadempienza dell'Amministrazione invitata con il parere ad esercitare i poteri di autotutela decisoria (18). Si sostiene l'importanza di assoggettare il contenuto del ricorso dell'AGCM ai presupposti dell'annullamento d'ufficio, per ragioni sistematiche e di principio. In particolare, in tal modo l'Autorità dovrebbe in ogni caso vagliare il legittimo esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione intimata, con riferimento non solo ai vizi d'illegittimità del provvedimento *ex art. 21 octies* lg. n. 241/90 (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza), ma anche alla sussistenza di ragioni d'interesse pubblico, della ragionevolezza del termine entro il quale interviene l'annullamento e dell'eventuale pregiudizio subito da terzi. Si tratta, come noto, della *"necessaria ponderazione dell'interesse pubblico attuale e concreto ad annullare"* (19). Secondo tale tesi, in questo modo il potere di impugnare dell'AGCM sarebbe assoggettato a più stringenti presupposti, con maggiore garanzia del principio costituzionale di separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) e diminuzione del rischio d'invasioni nel merito amministrativo (20). Alla circostanza per cui la P.A. valuterà quale interesse concreto ed attuale alla conservazione o meno del provvedimento impugnato un bene presumibilmente diverso da quello della concorrenza, l'orientamento in esame replica che diversamente si dovrebbe accettare *"l'originale idea che l'ordinamento voglia dare alla concorrenza una sorta di inedito primato su tutti gli altri interessi generali del sistema"* (21). Tutto ciò troverebbe conferme nella facoltatività (e non doverosità) dell'esercizio del potere di impugnare a seguito della conclusione della fase consultiva (l'AGCM non impugnerebbe l'atto qualora ritenesse fondate le ragioni addotte dalla P.A. per il mancato esercizio del potere di autotutela o si verificassero sopravvenienze - di fatto o di diritto - tali da garantire la legittimità del provvedimento in relazione alle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato).

D'altro canto, un secondo orientamento (22) sostiene che l'oggetto del ri-

(18) Questa ricostruzione, si è affermato, dovrebbe essere preferita *"per necessità di ordine sistematico e di coerenza con i principi generali"*, si vd. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale* cit., 11.

(19) Cit. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale* cit., 11.

(20) Cit. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale* cit., 11. *"se riteniamo il conformarsi dell'amministrazione destinataria del parere come fenomeno di autotutela decisoria avremo che, una volta accertato che non esistono i presupposti di legge per il suo esercizio, anche il potere di ricorso AGCM dovrà arrestarsi di fronte a questo dato" (...) "anche se vi sia stata, a suo tempo, una violazione delle predette norme... altrimenti avremmo riconosciuto alla speciale legittimazione dell'Autorità una forza che nessun'altra forma di ricorso possiede e che oltretutto sarebbe in evidente distonia con irrinunciabili esigenze d'interpretazione sistematica"*.

(21) Cit. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale* cit., 11.

(22) Cfr. R. POLITI, *Ricadute processuali* cit., 26-29; R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri* cit., 16-17; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali* cit., 1029.

corso sia esclusivamente l'atto originario ritenuto illegittimo, mentre la determinazione dell'Amministrazione interessata a seguito del parere interlocutorio avrebbe valore endoprocedimentale. Tale argomento si muove dal dato testuale e dalla chiarezza del dispositivo di cui all'articolo 21 *bis* secondo comma, che “*non individuerebbe l'oggetto del giudizio ma si limiterebbe a fissare le modalità procedurali per l'esercizio del descritto potere d'azione*” (23). In tal modo, l'autorità giurisdizionale si troverebbe nelle condizioni di esercitare il solo scrutinio di legittimità alla luce dei vizi sollevati dall'AGCM con esclusivo riferimento alla violazione delle norme a tutela di concorrenza e buon funzionamento del mercato ed in ossequio al principio della domanda (24).

La giurisprudenza (25) sembra aver accolto tale orientamento, rilevando come “*l'atto impugnabile è l'atto ritenuto lesivo della concorrenza, e non l'atto successivo con il quale l'Amministrazione decida di non conformarsi al parere interlocutorio dell'Autorità. (...) Il secondo comma ... non individua l'oggetto del giudizio, limitandosi ... a dettare le regole procedurali per l'esercizio del potere di azione in sede giurisdizionale*”. La Corte costituzionale ha sulla stessa falsariga osservato come l'introduzione della legittimazione ad agire dell'AGCM veda la realizzazione nell'ordinamento di “*un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anticoncorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di con-*

(23) Cit. R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri* cit. Tuttavia, un opposto orientamento ritiene che “*in mancanza di alcuna espressa manifestazione di volontà (completamente) adesiva rispetto al parere, l'impugnazione prevista dalla norma debba rivolgersi avverso l'originario atto dell'amministrazione*” cit. R. POLITI, *Ricadute processuali* cit., 26.

(24) Sul principio della domanda e le ipotesi di legittimazione oggettiva nel processo amministrativo si vd. ampliamente V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo* in *Diritto processuale amministrativo*, 2014; in tal modo si assicura una maggiore ampiezza del sindacato del g.a. nel verificare la liceità del provvedimento impugnato rispetto alle norme della concorrenza, il tutto nei limiti del principio dispositivo. Peraltro, se oggetto è l'atto originario, ci si chiede se in concreto il contenuto del ricorso debba essere limitato dai vizi segnalati nel parere o se l'AGCM, in sede di ricorso “*non soffra alcun limite, con pienezza devolutiva involgente anche aspetti diversi rispetto a quelli già rappresentati*”. Secondo un orientamento consolidato delle Corti amministrative in materia di impugnativa di decisioni gerarchiche, sembrerebbe preferibile una limitazione delle censure a quelle originariamente rilevate in sede amministrativa (si vd. Cons. di St., sez. IV, 5 settembre 2008 n. 4231), per evitare l'elusione del termine di decadenza dell'azione d'annullamento in sede giurisdizionale (Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007 n. 1603; Tar Lazio, sez. III-*bis*, 22 maggio 2008 n. 4804; Tar Lazio, Latina, 26 luglio 2005 n. 629). Sul punto, si rimanda a R. POLITI, *Ricadute processuali* cit., 26-27. Per ciò, la determinazione dell'AGCM in seguito alla fase interlocutoria risulterebbe esercizio di uno “*speciale potere di ritornare sui propri atti, ove dall'AGCM ritenuti lesivi di norme a tutela della concorrenza e del mercato, anche a prescindere dai presupposti dell'autotutela decisoria*” cit. R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri* cit.

(25) Cfr. Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013, il quale peraltro rileva come “*l'atto attraverso il quale la P.A. decide di non conformarsi al parere emesso dall'Autorità ha natura endoprocedimentale, pertanto l'oggetto del ricorso instaurato per iniziativa dell'AGCM è costituito dall'atto originario, ritenuto dalla stessa anticoncorrenziale e in quanto tale colpito dal parere*”.

correnza in esito ad un confronto dialettico che costituisca espressione del principio di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni” (26). Diversamente argomentando e dando rilevanza esterna alle determinazioni endoprocedimentali dell’Amministrazione si mortificherebbe la *ratio* dell’istituto, che mira ad una soluzione deflattiva del contenzioso attraverso un momento di cooperazione tra Pubbliche Amministrazioni. Peraltro, osserva la magistratura come vincolare il potere di impugnare dell’AGCM ai presupposti dell’articolo 21 *novies* della legge n. 241 del 1990 contrasterebbe con la finalità, di vocazione comunitaria, di contrasto agli atti anticoncorrenziali e lesivi del buon funzionamento del mercato per *“la primazia della tutela della libertà di concorrenza, espressione di valori costituzionali e comunitari e strumento di attuazione del benessere sociale”* (27). In definitiva, si asserisce l’esistenza in capo all’Amministrazione di un *“obbligo di conformare la propria azione alla salvaguardia dei principi in materia di concorrenza”*, in caso di fondatezza dei rilievi dell’AGCM, senza che ciò possa essere ostacolato dalla mancanza di uno dei presupposti dell’annullamento d’ufficio come esimente della propria inottemperanza (28).

È opportuno infine riportare un ultimo orientamento (29) secondo cui il parere in questione non sarebbe equiparabile ai pareri che esprime l’AGCM in funzione consultiva ai sensi dell’art. 22 della legge n. 287/1990, ma avrebbe *“natura sostanziale di un atto di diffida”*, riconducibile all’articolo 15 della legge 287 del 1990. Si parla delle diffide, con fissazione di un termine per l’eliminazione dell’infrazione, che l’Autorità può indirizzare ai soggetti privati nei casi di violazione delle disposizioni in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, in conseguenza delle quali sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione (30). Si evidenzia in particolare come l’art. 21 *bis*, nel prevedere la legittimazione ad agire dell’AGCM *“se la pubblica amministrazione non si conforma”* al parere, confe-

(26) Cfr. Corte cost. n. 20/2013.

(27) Vd. Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013, rileva che *“l’Amministrazione non potrà, pur riconoscendo la violazione delle norme a tutela della concorrenza, decidere di non rimuovere o di non modificare l’atto originariamente adottato in ragione dell’asserito difetto dei presupposti di cui all’art. 21 nonies della legge n. 241/90”*.

(28) Si vd. ancora Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013.

(29) Si vd. M. CLARICH, *“I poteri di impugnativa dell’Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90”* in Atti del Convegno organizzato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su: *“Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle autorità antitrust”* Roma, 27 marzo 2013.

(30) Mutano le conseguenze dell’inottemperanza che consistono nel caso di intese restrittive nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo, nel caso di abuso di posizione dominante nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato. M. CLARICH, *op. cit.* rileva come *“sotto il profilo procedurale va rilevato il paradosso che mentre la diffida può essere deliberata nei confronti dell’impresa privata soltanto all’esito di un’istruttoria nell’ambito della quale vi è spazio per un contraddittorio procedimentale (art. 14), il parere-diffida può essere indirizzato a un’amministrazione senza alcun tipo di interlocuzione preliminare”*.

risce a quest'ultimo la medesima efficacia conformativa di cui alle diffide ex art. 15 (31). Tale orientamento ritiene il parere-diffida immediatamente impugnabile da parte del destinatario, in quanto provvedimento idoneo a ledere la sua situazione giuridica (in virtù dell'obbligo conformativo da esso nascente). Tale tesi avrebbe il pregio di anticipare il controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento originario che si assume lesivo della concorrenza, poiché il parere-diffida deve essere motivato, deve cioè indicare “*gli specifici profili delle violazioni riscontrate*” (art. 21-bis secondo comma), il ricorso proposto dall'amministrazione deve essere formulato con la proposizione di motivi volti a contestare ciascuna delle violazioni. Rileva tale orientamento come il ricorso proposto dall'Autorità contro il provvedimento dell'amministrazione nel caso in cui l'amministrazione non ottemperi al parere-diffida contenga in realtà gli stessi vizi-motivi. Nel giudizio di impugnazione del parere-diffida, quindi, l'Autorità ben potrà impugnare in via incidentale il provvedimento dell'amministrazione (32).

In dottrina si è approfondito il tema del contenuto del ricorso giurisdizionale che l'AGCM è legittimata a proporre ex art. 21 bis (33). L'Autorità sembrerebbe

(31) M. CLARICH, *op. cit.* richiama sul punto la legge 20 marzo 1865, n. 2248 All. E) nella parte in cui prevede che le autorità amministrative, “*si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso*” (art. 4, secondo comma) e che impone alle amministrazioni, com'è pacifico, un vero e proprio obbligo il cui inadempimento può essere contestato e superato attivando il giudizio di ottemperanza.

(32) Per una lettura approfondita di tale orientamento si rimanda ancora a M. CLARICH, *op. cit.*

(33) Utile guardare ai primi contenziosi sul punto, per individuare l'oggetto dei ricorsi dell'AGCM ex art. 21 bis. Nel caso affrontato dalla sentenza del Tar Lazio, Sez. III bis, sent. n. 2720 del 2013, già richiamata nell'*Osservatorio di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI e M. LIPARI, in *Foro amm. Tar*, 2013, l'AGCM aveva proposto ricorso contro il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed il Ministero dello Sviluppo Economico, per l'annullamento degli atti emanati dall'Osservatorio sulle attività di autotrasporto in attuazione dell'art. 83 bis, d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e s.m.i. La determinazione, nella parte in cui prevede l'imposizione coattiva dei costi minimi di esercizio con la fissazione di un sistema di tariffe unitario, sarebbe per la ricorrente illegittima “*per violazione dei principi del diritto dell'UE in materia di concorrenza e di libera circolazione delle imprese, violazione degli articoli 49 e 56 TFUE in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché dell'art. 96 TFUE, violazione dell'art. 43 TUE e dell'art. 101 TFUE*”, e “*per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., 11 e 117 comma primo Cost., nonché per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità*”; pertanto l'Autorità, con il medesimo ricorso, ha sollevato incidentalmente questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 83 bis, d.l. n. 112 del 2008.

Nella fattispecie della pronuncia del Tar Lazio, Sez. II, sent. n. 4451 del 2013, in *Osservatorio*, cit., 2013, l'AGCM, omettendo il preventivo espletamento della fase procedimentale avviata dal parere motivato, ha esercitato il potere di impugnativa di cui all'art. 21 bis direttamente impugnando la delibera di Roma Capitale n. 282 del 4 ottobre 2012, recante “*Regolamentazione dell'accesso dei titolari di autorizzazioni di noleggio con conducente rilasciate da altri Comuni all'interno delle Zone a Traffico Limitato di Roma Capitale*”. In particolare, secondo l'Autorità, il provvedimento risulterebbe illegittimo nella parte in cui prevede “*l'obbligo di preventiva comunicazione e preventivo pagamento di un pedaggio per l'ingresso nella Zona a Traffico Limitato, solo per i Servizi di Noleggio con Conducente (N.C.C.) autorizzati da Enti diversi da Roma Capitale*”, in quanto sproporzionato rispetto alla asserita finalità di contenere l'inquinamento atmosferico e di tutelare al contempo la salute dei cittadini e l'integrità del patrimonio artistico-archeologico della città ed allo stesso tempo discriminatorio per i soggetti operanti in settori economici destinatari della previsione restrittiva.

limitata, a pena di inammissibilità del ricorso stesso, a dedurre i soli vizi attinenti alla violazione delle norme di legge a tutela della concorrenza e del mercato. Sul punto, si è posto allora il quesito se tale motivo potesse incorporare anche le ipotesi di eccesso di potere. In particolare, il crescente avvicinamento tra il vizio di violazione di legge e quello di eccesso di potere come contrasto con principi generali, quali la ragionevolezza e la proporzionalità, ha portato alcuni a paventare il rischio che il sindacato giurisdizionale sollevato dall'AGCM possa così toccare le corde del merito amministrativo. E ciò accadrebbe qualora le succitate regole generali si qualificassero al contempo quali violazione dei principi attinenti la concorrenza ed il buon andamento del mercato (34).

Si evince allora la delicatezza del tema e l'importanza di circoscrivere la gamma di vizi di legittimità ricompresi nell'inciso dell'articolo 21 *bis*, attinenti le norme di legge a tutela della concorrenza e del mercato. In ossequio al principio della domanda, essi delimiteranno il sindacato del giudice adito in relazione a quanto dedotto dalla ricorrente AGCM.

In principio, si individuano quali elementi di orientamento gli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento UE, i quali, disciplinando rispettivamente l'intesa anticoncorrenziale e l'abuso di posizione dominante, insieme ai principi ed interpretazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE, ben potrebbero guidare l'interprete nel "*delineare la tipologia di violazioni e di comportamenti che sono rilevanti per l'interesse generale alla concorrenza*" (35). Si tratta di linee guida, prosegue tale orientamento, non sufficienti da sole ad individuare la portata del vizio azionabile *ex art. 21 bis*, poiché tali illeciti anticoncorrenziali trovano già piena tutela nell'ordinamento comunitario e nazionale.

Sul punto, interessante la tesi che vuole ricondurre nel potere di impu-

(34) Sul punto, interessanti considerazioni in F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale cit.*, secondo cui: "*parrebbe che esso corrisponda ad un sottotipo di uno dei tre generali vizi di legittimità, ossia ad un sottotipo della violazione di legge. Sicché sarebbe estraneo all'impugnazione in questione quel particolare vizio che consiste nell'eccesso di potere. Tuttavia, nell'ambito del concetto di legge sono compresi anche i principi generali, parte integrante del diritto positivo. Ne segue che anche la loro violazione, quando possa nel contempo qualificarsi alla stregua della violazione di norme a tutela della concorrenza e del mercato, dovrebbe poter esser ricompresa nel vizio-motivo a disposizione dell'Autorità. Questo assunto finisce, a ben vedere, per avvicinare potenzialmente questo tipo di doglianza all'eccesso di potere. Questo è anche conseguenza della progressiva erosione della linea di discriminazione tra i due vizi di legittimità, in atto da molto tempo, e soprattutto della tendenziale assimilazione dell'eccesso di potere al vizio consistente nella violazione dei parametri generali di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. In breve, nonostante la puntualizzazione legislativa, per la via dei principi generali il sindacato richiesto da AGCM potrebbe anche finire per lambire la sfera del merito e sovrapporsi a profili che tradizionalmente appartengono alla figura dell'eccesso di potere*".

(35) F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale, op. cit.*, rileva come "*ovviamente, ciò non può bastare, poiché i comportamenti che violano tali norme, i cd. illeciti antitrust, trovano tutela puntuale nell'ordinamento comunitario e nazionale. Sul piano dei rapporti contrattuali e dell'illecito civile è prevista la giurisdizione del g.o. dall'art. 33 l. n. 287 del 1990. Sul piano del public enforcement, invece, l'Autorità è chiamata, nel quadro del network disciplinato dal regolamento n. 1 del 2003, ad attivare i suoi poteri di accertamento e sanzionatori, sicché non v'è spazio per inserirvi una simile impugnazione*".

gnare dell'AGCM i vizi per violazione del divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e ss. del Trattato. Stante la competenza esclusiva della Commissione a valutare la compatibilità dell'intervento statale con la disciplina degli aiuti di Stato, ci si sofferma esclusivamente alle ipotesi nelle quali l'accertamento di incompatibilità dell'aiuto sia stato già effettuato dalla Commissione e siano successivamente stati adottati atti amministrativi con esso contrastanti: più specificatamente, atti amministrativi contrastanti con obblighi di recupero sanciti dalla Commissione, evidentemente violativi di norme a tutela della concorrenza e pertanto annullabili in via giurisdizionale. Si ritiene di scarsa utilità tale ricorso giurisdizionale stante l'efficacia riconosciuta dalla CGUE alle decisioni della Commissione in tema di aiuti di Stato, capace di superare anche il giudicato (36). Tuttavia, l'attenzione viene posta su quelle ipotesi suscettibili di applicazione immediata, a prescindere dall'intervento della Commissione. Ci si riferisce alla clausola di sospensione di cui all'art. 108, comma 3 TFUE, cd. obbligo di *standstill*, secondo la quale: *“alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato comune a norma dell'art. 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo 2. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale”*. Secondo le Corti europee, l'efficacia diretta di tale disposizione fa sorgere diritti individuali azionabili dalle parti interessate, tra cui i concorrenti del beneficiario, i quali possono quindi ricorrere davanti al giudice nazionale dello Stato membro che abbia concesso gli aiuti, anche prima dell'intervento della Commissione sulla natura lecita o meno dell'aiuto in contestazione (37). Seconda questa tesi, l'AGCM potrebbe così contribuire

(36) Sempre, F. CINTIOLI, *op. cit.* rileva come *“a proposito di questa ipotesi di applicazione dell'art. 21 bis al caso degli aiuti di Stato, v'è però da ricordare che la forza della decisione di recupero è tale da imporsi, di per sé, sino in fondo nell'ordinamento nazionale, al punto di poter resistere persino alla eventuale formazione del giudicato, così come affermato dalla Corte di giustizia nella nota sentenza Lucchini, Corte di giustizia CE 18 luglio 2007, C-119/05, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2007, 1075. L'utilità di una impugnazione davanti al TAR del provvedimento amministrativo che ponesse un ostacolo sulla via del recupero dell'aiuto potrebbe dirsi, allora, piuttosto lieve, dato che tale provvedimento comunque non può produrre un effetto stabile che osti in via definitiva al recupero stesso”*.

(37) Una disamina delle pronunce su questo tema in *Comunicazione della Commissione UE relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, 2009/C 85/01*. Sul punto, cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*, C. SCHEPISI (a cura di), *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011. La Comunicazione in esame offre tre strumenti di tutela nei casi *de quibus*: la sospensione del pagamento dell'aiuto illegale; il risarcimento dei danni a concorrenti e terzi interessati; il recupero dell'aiuto, a prescindere dalla sua incompatibilità. Come rilevato da F. CINTIOLI, *op. cit.*, rileva come la necessità della previa notifica alla Commissione dell'aiuto e le lungaggini del difficile procedimento atto a valutare la competenza di quest'ultimo con l'ordinamento comunitario, fanno sorgere un'esigenza di tutela immediata per tutti quegli aiuti (o perché ancora oggetto di valutazione o perché non notificati) che sono già efficaci e rispetto ai quali la Commissione non ha alcun potere di intervento. Ed il rimedio cautelare e provvisorio risulta la sospensiva ex art. 108, comma III TFUE.

all'*enforcement* di tale norma, a tutela del generale interesse alla concorrenza, ricorrendo al TAR per l'annullamento dell'atto amministrativo nazionale che concede l'aiuto di Stato illegale nel periodo di *standstill*. Si segnalano in particolare anche i casi in cui l'utilità derivante dall'aiuto di Stato venga non tanto prodotta, quanto consolidata da un intervento dell'autorità amministrativa, quale potrebbe essere un provvedimento di aggiudicazione di un appalto, a cui l'impresa ha avuto accesso per aver goduto di un aiuto di Stato (38).

Ai sensi dell'articolo 108, comma III, TFUE si può agire altresì davanti al giudice nazionale al fine di ottenere il recupero dell'aiuto effettuato durante l'obbligo di *standstill*, sempre a prescindere da un giudizio di compatibilità-incompatibilità ancora da compiersi da parte della Commissione. E allora si ipotizza che l'intervento dell'AGCM possa avere ad oggetto non solo la demolizione dell'atto amministrativo, ma anche il recupero delle somme illecitamente devolute, sempre a tutela della concorrenza e del mercato (39).

Escludere il poter dell'AGCM di impugnare provvedimenti lesivi delle disposizioni a tutela della concorrenza di cui all'articolo 108, III co. TFUE, violerebbe il principio comunitario di effettività della tutela che, com'è noto, richiede tra l'altro l'equivalenza tra strumenti di garanzia dei diritti di fonte comunitaria e nazionale. Senza contare che annullato il provvedimento a seguito dell'iniziativa dell'Antitrust, potrebbero seguire azioni dei privati volte ad ottenere il risarcimento del danno subito per via del provvedimento.

(38) F. CINTIOLI, *op. cit.*, rileva sul punto: “*si potrebbe anche pensare che l'utilità economica sia stata già conseguita dal beneficiario dell'aiuto e che però questa utilità venga in qualche modo consolidata e/o resa effettivamente profittevole grazie ad un atto amministrativo nazionale. Una delle ipotesi potrebbe essere quella della partecipazione ad un procedimento di gara (per esser selezionato come contraente di una p.a.) di una impresa che abbia fruito di un aiuto di Stato illegittimo e sempre che tale aiuto sia rilevante per la predisposizione della sua offerta; se, in un tal caso, la stazione appaltante non ritenesse di escludere l'impresa in questione alla luce dell'effetto viziante che sull'offerta è prodotto dall'aiuto di Stato illegale, si potrebbe ritenere che gli altri partecipanti siano legittimati ad impugnare l'eventuale aggiudicazione facendo valere un tale vizio*”. Sul punto cfr. la sentenza del Tribunal de commerce di Bruxelles 13 febbraio 1995, caso *Breda*, in T. BALLARINO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 361. Non a caso, F. CINTIOLI, *op. cit.*, evidenzia come l'ordinamento conosca di tali evenienze, così disciplinando all'art. 87, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006 (c.d. codice dei contratti pubblici): “*La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione*”.

(39) F. CINTIOLI, *op. cit.*, secondo cui a diversa conclusione non può condurre il fatto che l'articolo 108 TFUE sembra far sorgere diritti solo ai concorrenti della gara eventualmente lesi dal beneficiario dell'aiuto. *In primis*, l'A. rileva come la Commissione (vd. Comunicazione testè cit.) abbia più volte ribadito come *le norme nazionali non possono limitare la legittimazione ad agire soltanto ai concorrenti del beneficiario e che anche i terzi che non sono lesi dalla distorsione di concorrenza derivante dalla misura di aiuto possono del pari avere un sufficiente interesse giuridico di differente carattere ad adire un giudice nazionale. In secundis*, si evidenzia come è la legge stessa a dar corso a tale possibilità ossia dall'articolo 21 *bis* che pone in capo all'AGCM una legittimazione ad agire per interessi generali.

Peraltro, la dottrina si è posta il problema se il concetto di tutela della concorrenza di cui all'articolo 21 *bis* debba allargarsi a tutti gli interventi di legge volti alla promozione della concorrenza, i quali operano secondo una logica *ex ante*. Cioè a dire, se debbano superarsi i confini dell'intervento *ex post*, caratterizzante la disciplina della repressione degli illeciti antitrust, abbracciandosi così la vasta gamma della disciplina regolatoria volta a promuovere e ad instaurare la concorrenza nei luoghi dove questa non si sia ancora affermata. E ciò sembrerebbe confermato nell'inciso dell'articolo 21 *bis*, il quale si riferisce al contrasto con le norme a tutela non solo della concorrenza ma anche del mercato nel suo complesso (40). Seguendo tale impostazione, il potere di impugnazione dell'AGCM includerebbe anche gli atti con i quali gli enti locali, disattendendo gli indirizzi della giurisprudenza comunitaria (41), confermano gli affidamenti diretti a società "in house providing" delle concessioni per la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. Si ritiene così che l'AGCM sia allora legittimata ad agire anche in presenza di violazioni che non abbiano ad oggetto norme volte alla sola liberalizzazione ma anche alla privatizzazione obbligatoria di un certo mercato, stante la loro tendenziale affinità con obiettivi pro-concorrenziali (42).

Infine, l'orientamento in esame prende in considerazione la violazione di norme che prevedano liberalizzazioni *tout court* (43) di settori del Mercato prima soggetti a regolazione pubblica. In quanto considerabili norme a tutela

(40) L'espansione verso la violazione di norme di regolazione e di promozione della concorrenza è un obiettivo dichiarato nei lavori preparatori e nel dibattito che ha accompagnato questa novità legislativa in *Dossier Atto Camera: 4829 Disegno di legge: "Conversione in legge del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"* Cd. "Salva Italia" in www.Camera.it.

(41) Sul punto si rileva come a seguito della declaratoria d'incostituzionalità che ha colpito l'art. 4, commi 3 e 4, del d.l. n. 138 del 2011, come novellato dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, da parte della sentenza della C. cost. n. 199/2012, gli orientamenti della CGUE risultano essere il punto di riferimento per valutare la liceità comunitaria degli affidamenti *in house* relativi a servizi pubblici locali, secondo i noti criteri del controllo analogo dell'Ente pubblico sulla società e la realizzazione della parte più importante del servizio nei confronti dell'Ente controllante (CGUE C-107/98 *Teckal*; C-26/03, *Stadt Halle*, CdSt. Ad, Pl. n. 8 del 2001).

(42) F. CINTIOLI, *op. cit.* rileva infatti come ricomprendere nell'ambito della legittimazione ad agire dell'AGCM gli affidamenti *in house* anticoncorrenziali allargherebbe assai la portata applicativa dell'art. 21 *bis*. In particolare, secondo l'A. *l'ostilità espressa in questi ultimi anni dal legislatore nazionale verso gli affidamenti in house dei servizi pubblici locali non è il frutto di una politica di liberalizzazione tout court, ma di una spinta verso la loro privatizzazione.*

Le norme volte alla privatizzazione possono avere effetti indiretti pro-concorrenziali nella parte in cui introducono il congegno della gara e della concorrenza per il mercato nella selezione del privato od essere strumentali alla futura apertura di determinati mercati e quindi alla effettiva loro liberalizzazione, sì da evitare che il portato della loro efficacia sia unicamente la sostituzione di un monopolista pubblico con uno privato. L'A. paventa tuttavia la possibilità di tale allargamento applicativo dell'art. 21 *bis*, stante la sua natura eccezionale ed il rischio che essa introduca una giurisdizione oggettiva. D'altro canto, tali preoccupazioni sembrano superate alla luce dell'orientamento condivisibile che legga la legittimazione oggettiva dell'AGCM all'interno di una giurisdizione pienamente soggettiva e nella disponibilità esclusiva della domanda di parte. Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 2014.

della concorrenza e del mercato ai fini dell'art. 21 *bis*, l'AGCM dovrebbe pertanto poter impugnare atti generali o regolamentari ovvero anche puntuali in contrasto con siffatte norme. Sul punto, parte della dottrina rileva come l'Autorità potrebbe impiegare lo strumento del parere-diffida di cui all'articolo 21 *bis*, non soltanto nel caso di emanazione di provvedimenti adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, ma anche in quello della mancata emanazione di provvedimenti volti ad aprire determinati mercati alla concorrenza prevista dalle varie leggi di liberalizzazione (si porta l'esempio di un regolamento comunale che non modifichi le disposizioni restrittive in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali). In questi casi, si ritiene che l'Autorità ben possa far seguire al proprio parere-diffida un'azione di accertamento del dovere di provvedere e, nel caso in cui si tratti di atti avente contenuto vincolato, di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento (azione di adempimento, ora espressamente introdotta nel Codice), così ampliando la legittimazione ad agire oltre la sola tutela caducatoria (44).

Per altro verso, interventi di regolazione di autorità indipendenti diverse dall'AGCM possono risultare in contrasto con le norme sulla tutela della concorrenza e del mercato e per questo venire impuginate *ex art. 21 bis*, sia in quanto violativi degli artt. 101 e 102 del TFUE sia in quanto eccedenti rispetto ai limiti posti al regolatore dai principi a tutela del mercato (45).

Infine, si ritiene che il potere di impugnare dell'AGCM non possa estendersi anche agli atti delle procedure di evidenza pubblica ed in particolare, alle clausole dei bandi di gara. Seppur questo settore abbia negli anni dimostrato una marcata attenzione alle norme della concorrenza e del mercato, la sua disciplina mira nel complesso a tutelare ulteriori e fondamentali interessi pubblici e generali, quali l'imparzialità dell'azione amministrativa ed il buon andamento nei suoi precipitati dell'economicità e della razionale utilizzazione

(43) F. CINTIOLI, *op. cit.* si riferisce a quelle norme che abbiano previsto l'apertura completa al libero mercato per attività (e corrispondenti mercati) in precedenza gestiti mediante atti di concessione od autorizzazione. Si pensi per esempio all'art. 34 del d. l. n. 2012/2011 che ha codificato il principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento delle attività economiche. Gli atti idonei a reintrodurre barriere in tali settori sarebbero quindi contrastanti con la tutela del mercato e pertanto impugnabili dall'AGCM *ex art. 21 bis*. Non a caso in tali ipotesi l'Autorità interviene spesso nell'esercizio delle sue funzioni consultive e di proposta: es. il trasporto cittadino su bus turistici, cfr. TAR Lazio, sez. I, 30 gennaio 2012, n. 977, in www.giustizia-amministrativa.it; l'attività di recupero della gestione dei rifiuti, che non è sottoposta al regime di privativa che contraddistingue le fasi precedenti del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani.

(44) Si vd. M. CLARICH, *op. cit.*

(45) F. CINTIOLI, *op. cit.* pone l'attenzione sul caso CIF (Consorzio Italiano Fiammiferi) deciso dalla Corte di giustizia CE con sentenza del 9 settembre 2003, C-198/01, in *Urb. e app.*, 2004, 151. Il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato era stato impugnato davanti al T.A.R. del Lazio, che ha sollevato la questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia circa i rapporti tra regolazione delle autorità indipendenti e rispetto degli artt. 101 e 102 del TFUE; si veda anche T.A.R. Lazio, sez. I, ord. 24 gennaio - 4 aprile 2001, n. 2919, *ivi*, 566.

delle risorse pubbliche (46). La tutela della concorrenza in materia di appalti pubblici deve essere pertanto contemperata con altrettanti valori fondamentali dell'ordinamento, non potendo assurgere ad unico interesse apprezzabile (47). Senza contare, poi, l'importanza che il settore degli appalti pubblici copre nell'economia nazionale. Di qui, i frequenti interventi del legislatore volti ad impedire che il contenzioso amministrativo possa pregiudicare interessi superiori, come nel caso della dimidiazione dei termini di proposizione del ricorso, in recepimento della direttiva UE n. 66/2007. Riconoscere all'AGCM il potere di impugnare i bandi di gara contrasterebbe altresì con l'attività regolatoria già svolta dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (48).

III. Profili procedurali e processuali.

La novella legislativa introdotta dall'articolo 21 *bis* in commento ha creato alcuni problemi di natura non solo sistematica ma anche pratica. Ciò è apparso tanto in dottrina quanto nelle prime pronunce giurisprudenziali le quali si sono affannate a risolvere alcune evidenti criticità (49).

(46) F. CINTIOLI, *op. cit.*, rileva come le norme disciplinanti la fase dell'evidenza pubblica, volta alla scelta del contraente della P.A., vengano interpretate alla luce del principio della concorrenza - così come il codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) viene definito un testo di legge che si occupa di tutelare la concorrenza - per alcune ragioni di fondo di seguito sintetizzate: A) l'ampliamento applicativo della disciplina comunitaria nel settore in esame - sul punto cfr. F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli 2010 - B) le norme sulla scelta del contraente nei contratti pubblici hanno abbandonato la scelta sottesa alla disciplina contabilistica degli anni '20, che tutelava in primo luogo l'interesse dell'amministrazione, guardando ormai alla protezione di tutti i soggetti che prendono parte a questi procedimenti e, quindi, anzitutto dei privati partecipanti in competizione tra di loro - sul punto, R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, *Dir. amm.*, 2010, 325 e ss.; G.D. COMPORTE, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte* - C) La Corte costituzionale, nello stabilire se il codice dei contratti pubblici avesse sconfinato nella competenza delle regioni, ha ricondotto le norme in esso contenute alla materia statale esclusiva della tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117 Cost.; vd. Corte cost., sent. n. 401 del 2007. L'Autore nota tuttavia come tali tendenze interpretative possano portare ad un allargamento "sorprendente" della portata applicativa dell'art. 21 *bis* di difficile attuazione.

(47) Sul punto, vd. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione* cit.; ; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, *Dir. amm.*, 2008, 297 e ss.

(48) Cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*; sulla fase consultiva e precontenziosa prevista dinanzi all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si vd. S.S. SCOCA, *L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, II, Torino, 2007, 1343 e ss.; S. VINTI, *Limiti alla soluzione stragiudiziale delle controversie nelle procedure di evidenza pubblica. Discrezionalità e conservazione dell'atto illegittimo*, *Riv. trim. app.*, 2007, 189 e ss.; A. CLARIZIA, *Il c.d. precontenzioso tra deflazione dei processi ed effettività dei poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, www.giustamm.it, 28 gennaio 2008.

(49) Sul tema si consiglia la lettura di F. CINTIOLI, *op. cit.*; R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*; ; M. CAPPAL, *op. cit.*

IV. (segue) Il rilascio del parere motivato quale condizione di ammissibilità del ricorso dell'AGCM. La struttura bifasica del procedimento.

In primis, ci si è interrogati sul rapporto intercorrente tra il parere motivato rilasciato dall'AGCM e la legittimazione ad agire nell'iter procedimentale delineato dalla norma. In particolare, *l'art. 21-bis, l. n. 287 del 1990, comma secondo, prevede che "l'Autorità 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"*. Si rileva come il primo comma dell'articolo 21 *bis* preveda il generale potere di impugnare atti amministrativi che si assumono lesivi della concorrenza. Pertanto, è sorto un dibattito tra gli interpreti in relazione alla corretta lettura dei due commi per superare possibili incongruenze (50). Da un lato, si è profilata la tesi della lettura combinata dei due disposti, dall'altra quella dell'autonomia precettiva del primo comma e dell'alternatività tra i due procedimenti. In altre parole, alcuni predicano la previa emissione del parere ai sensi del secondo comma quale presupposto di ammissibilità o procedibilità del ricorso (51), mentre altri sostengono l'alternatività tra l'instaurazione di una fase interlocutoria tra P.A. interessata e AGCM e il ricorso diretto al TAR avverso l'atto che si assume lesivo della concorrenza (52).

I fautori della tesi dell'alternatività pongono l'accento su due ordini di considerazioni. La prima, attiene alla configurabilità di una tutela cautelare giudiziale *ante/sine* parere a favore dell'Autorità, che sarebbe possibile solo in caso di ricorso immediato e rimanendo esclusa la tutela cautelare amministrativa di cui all'art. 14 *bis* l. 287/1990 e stante l'inefficacia sospensiva del parere (53). Pertanto, il ricorso diretto al Tar consentirebbe una maggior fles-

(50) Si vd. relazione annuale AGCM sull'attività svolta, del 31 marzo 2012, 22.

(51) Cfr. A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 1/2012, 37-38; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale cit.*, 11 e 14; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni cit.*; N. PECCHIOLI «*Teologia della concorrenza*» cit., 20.

(52) Si vd. M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità antitrust (Art. 35 d.l. 201/2011)*, in www.federalismi.it, del 14 dicembre 2011, 2; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito cit.*, 17-18; R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri cit.*; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali cit.*, 1029.

(53) Cfr. M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità cit.*, 2; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali cit.*, 1029. Secondo M. CLARICH, *op. cit.*, un potere cautelare di tipo sostanziale in capo all'Autorità potrebbe dedursi estendendo in via interpretativa il campo di applicazione dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/1990, inserito nel capo II relativo ai poteri dell'Autorità in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, che attribuisce appunto un siffatto potere nei confronti delle imprese. Visto che il primo comma dell'art. 14-*bis* si riferisce all'ipotesi che l'Autorità constati ad un primo sommario esame "*la sussistenza di un'infrazione*", senza richiamare specificamente i divieti stabiliti negli artt. 2 e 3 della legge n. 287 (riferiti appunto alle intese restrittive e agli abusi), come fanno

sibilità garantendo all'AGCM di ottenere tutela cautelare immediata nei casi più gravi ed eviterebbe una disparità di trattamento con gli enti esponenziali di interessi diffusi di natura privatistica, la cui azione non è sottoposta ad alcun presupposto di ammissibilità o procedibilità.

Secondo altro orientamento, da ritenersi ad oggi prevalente, la tesi dell'alternatività non sembra coerente con l'effettiva intenzione del legislatore.

In particolare, come sostenuto dalla giurisprudenza, dal dato letterale espresso dal complessivo disposto dell'articolo 21 *bis*, emerge come la volontà del legislatore sia favorire attraverso il parere *“un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anti-concorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di concorrenza”* (54). Pertanto, il rimedio giurisdizionale sembra essere l'estrema *ratio*, percorribile solo in caso di crisi di cooperazione tra AGCM e P.A. interessata.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 20 del 2013, ha per l'appunto rilevato come la legittimazione ad agire dell'*Antitrust* *“si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso”* (55).

Del resto, il TAR ha evidenziato: *“la previsione di un termine speciale dimezzato, di trenta giorni, per la proposizione del ricorso - come anche l'applicazione di un rito processuale speciale accelerato (Il comma 3 dell'art. 21 bis rinvia alla disciplina contenuta nel Libro IV, Titolo V del c.p.a., che regola lo speciale rito di cui all'art. 119 - controversie insorte in determinate materie - e lo specialissimo rito di cui all'art. 120 - controversie insorte in materia di appalti -) si giustifica proprio in considerazione del fatto che l'iniziativa giurisdizionale è preceduta dalla fase procedimentale di interlocuzione con l'amministrazione emanante l'atto oggetto di contestazione”* (56).

Peraltro, la *“collocazione sistematica”* dell'articolo 21 *bis* nel Titolo III

invece tutte le altre disposizioni contenute nel Capo II (art. 12, comma 1, art. 14, comma 1, art. 14-*ter*, art. 15, comma 1). Il primo comma dell'art. 14-*bis* potrebbe così essere letto come una disposizione avente carattere generale applicabile anche al di là del contesto specifico del Capo II.

(54) In giurisprudenza si è affermato che *la previa espressione del parere costituisce un presupposto per l'ammissibilità o la procedibilità del ricorso principale dell'AGCM* (Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013; Tar Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013), *“ma non anche per la formulazione di motivi aggiunti”* (Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013). Il TAR sembra aver aderito alle indicazioni della dottrina. Si vd. M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità antitrust* (Art. 35 d.l. 201/2011), in www.federalismi.it, del 14 dicembre 2011, 2; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito* cit., 17-18; R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri* cit.; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali* cit., 1029.

(55) Cfr. Corte cost. n. 20/2013.

(56) Cfr. Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013.

della leg. n. 287 del 1990, relativo ai poteri conoscitivi e consultivi dell'Anti-trust, ovvero della cd. *competition advocacy*, consentirebbe all'Autorità di agire con “*veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale*” per concorrere alla “*formazione, e al mantenimento, di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza, promuovendo il sindacato del g.a., indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali e/o collettivi, lesi dall'attività amministrativa*” (57). La pervasività degli effetti prodotti dall'esercizio del nuovo potere di impugnativa necessita dunque una forte procedimentalizzazione, così come nei settori delle intese e degli abusi di posizione dominante i poteri decisorii e sanzionatori dell'Autorità sono preceduti da un contraddittorio con le imprese, al fine di contestualizzare e procedimentalizzare la propria valutazione circa la regola giuridica da applicare al caso concreto. La necessità del previo parere motivato di cui al II comma dell'articolo 21 *bis*, non creerebbe problemi in punto di impraticabilità del rimedio cautelare, in quanto, nelle ipotesi *de quibus* difficilmente si potrebbe individuare il *periculum in mora* con riferimento al pregiudizio concorrenziale che non si manifesta in termini soggettivi ma come “*danno alla struttura concorrenziale in senso oggettivo*” (come precedentemente rilevato con riferimento all'interesse ad agire in tali circostanze in par. III), e senza contare che “*a differenza delle parti private, l'Autorità, attraverso l'espressione del parere, può esercitare una forma di moral suasion che, se tempestivamente attivata, è potenzialmente in grado di condurre all'eliminazione della situazione distorsiva negli stessi tempi di un giudizio cautelare*” (58). Infine, si è evidenziato come nessuna disparità di trattamento potrebbe profilarsi tra la disciplina dell'art. 21 *bis* e quella dei ricorsi degli enti esponenziali, in quanto non si tratterebbe di situazioni omogenee, poiché mentre le associazioni portatrici di interessi diffusi “*preesistono al diritto positivo e non sono conformati da esso*”, le Autorità Amministrative Indipendenti rappresentano “*il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti*” (59).

Allo stesso modo, il Consiglio di Stato - sez. V - sentenza 30 aprile 2014 n. 2246, ha evidenziato come dall'esame della norma si evinca il fondamentale e innovativo ruolo attribuito all'Autorità circa il controllo sull'effettivo ed efficace dispiegarsi della libertà della concorrenza e del mercato impone che il potere di

(57) Cfr. Tar Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013.

(58) Cfr. Tar Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013.

(59) Cfr. Tar Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013.

agire in giudizio contro gli atti lesivi di tali principi sia preceduto da una fase precontenziosa, caratterizzata dall'emissione, da parte dell'Autorità, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione, parere in cui ragionevolmente sono segnalate le violazioni riscontrate e sono indicati i rimedi per eliminarle e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato.

Prosegue la succitata pronuncia rilevando come lo scopo del predetto parere motivato sia plurimo. *In primis*, esso mira a sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, attraverso uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato proprio dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e restando pertanto il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa l'*extrema ratio* (non essendo stata d'altra parte dotata l'Autorità di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica che non intenda conformarsi al predetto parere motivato); *in secundis*, la fase precontenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente (ed esclusivamente) al giudice per la tutela di un interesse pubblico.

Recentemente, il Cons. Stato Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323 ha infatti definitivamente affermato come *ai sensi dell'art. 21-bis della L. n. 287/90, il ricorso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato al giudice amministrativo, contro atti che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, deve essere preceduto, a pena d'inammissibilità, da un parere motivato diretto all'amministrazione interessata.*

Per completezza, è altresì emersa la problematicità circa l'ammissibilità dei motivi aggiunti presentati dall'AGCM senza previa riedizione della fase interlocutoria, ossia senza prima emanare un nuovo parere avente ad oggetto il secondo atto consequenziale impugnato ai sensi dell'art. 42 c.p.a. A riguardo, la soluzione sembra pacifica in giurisprudenza, laddove non si richiede la riedizione della fase consultiva, in quanto l'oggetto dei motivi aggiunti è per espressa previsione normativa un atto strettamente collegato (connessione oggettiva e soggettiva) e consequenziale a quello già impugnato. In altre parole, la riproposizione della fase interlocutoria comporterebbe l'introduzione di una fase inutile ed antieconomica in contrasto con la *ratio* dei motivi aggiunti, ispirata a principi di celerità ed immediatezza, volti ad instaurare il *simultaneus processus* su cause comuni (60).

(60) Cfr. Tar Lazio 4451/2013 e C. di St., sez. V, 21 novembre 2003.

V. (segue) *Il dies a quo per l'emissione del parere interlocutorio.*

Un altro degli aspetti procedurali su cui si è discusso risulta essere il *dies a quo* da cui decorre il termine di sessanta giorni per l'emaneazione del parere interlocutorio previsto dal II comma dell'articolo 21 *bis*. Secondo la tesi maggioritaria, è opportuno guardare alla disciplina ordinaria dei termini di decadenza delle azioni proponibili dinanzi al TAR: in particolare, a quanto previsto nell'art. 41 comma 2 c.p.a. Pertanto, si ritiene che il termine debba decorrere, ogniqualvolta la legge sottoponga a pubblicazione la determinata categoria cui è ascrivibile l'atto amministrativo censurato, dalla data di pubblicazione dell'atto stesso e, nei restanti casi, dalla data della notificazione, della comunicazione o di piena conoscenza dell'atto (61). Tuttavia, una tesi minoritaria propone di sganciare il termine in esame dalla pubblicazione dell'atto da impugnare, per evitare che l'AGCM debba svolgere un controllo continuo ed "a tappeto" degli atti anticoncorrenziali adottati da ogni Amministrazione (62). Il rischio è che l'AGCM possa rilasciare il parere in ogni momento, così rischiando di introdurre uno strumento per contestare l'attività amministrativa sganciato da qualsiasi limite temporale e legato alla sola presenza di un interesse attuale, con inevitabile pregiudizio ai principi di ragionevolezza, di certezza dei rapporti giuridici e, finanche, di buon andamento dell'azione amministrativa (63). Secondo un'altra tesi, le problematiche anzidette sarebbero tuttavia superate interpretando il parere ex art. 21 *bis* come invito ad agire in autotutela decisoria rivolto dall'AGCM alla Amministrazione interessata, così consentendo l'applicazione del criterio della «ragionevolezza» del termine entro il quale l'annullamento stesso dovrà intervenire ai sensi dell'art. 21 *novies* della lg. n. 241/90 (64). La giurisprudenza sembra comunque aver concluso la questione rilevando come il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere debba decorrere dal momento della conoscenza effettiva dell'atto impugnato, che deve essere esclusivamente l'atto originario che si assume lesivo della concorrenza, come rilevato nei precedenti paragrafi (65).

(61) Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri* cit.; N. PECHOLI, "Teologia della concorrenza" cit., 2, nt. 1.

(62) F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni* cit.

(63) La Regione Veneto nel sollevare questione di legittimità costituzionale in via principale dell'art. 21 *bis* (risolta negativamente dalla Corte cost. n. 20/2013) aveva rilevato come in tal modo "sembrerebbe che l'Autorità possa emettere il parere in ogni momento, purché ci sia ancora un interesse attuale a correggere ... l'atto contestato". *Idem*, M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità* cit., che ritiene come tale facoltà di impugnare per l'AGCM potrebbe comunque considerarsi preclusa laddove l'Autorità abbia fatto inutilmente decorrere il termine ordinario di sessanta giorni per presentare ricorso in via immediata.

(64) F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale* cit., secondo cui "il ricorso al regime dell'annullamento d'ufficio consentirebbe di sostituire il predetto termine ragionevole al termine di decadenza processuale e per questa via si troverebbe una comunque indispensabile armonia sistematica".

(65) Si vd. Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013, per cui "dalla formulazione letterale della

VI. (segue) *La decorrenza del termine di proposizione del ricorso.*

Ulteriore questione è sorta circa l'individuazione del *dies a quo* per il decorso del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso con precipuo riferimento al caso in cui la determinazione negativa dell'Amministrazione a seguito del parere interlocutorio dell'AGCM intervenga prima del termine di sessanta giorni previsto dal II comma dell'articolo 21 *bis*. E la risoluzione del caso comporta evidente ricadute in punto di ricevibilità o meno dell'azione stessa.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, partendo dall'assunto che oggetto del ricorso rimane l'atto originariamente considerato lesivo della concorrenza, si rileva come non si possa far decorrere il termine di trenta giorni che dal momento in cui scadono i sessanta giorni entro i quali si deve svolgere la fase partecipativa (il cui esito ha valore esclusivamente interno) (66). In altre parole, non può calcolarsi il termine di decadenza dell'azione caducatoria dalla conoscenza di un atto con valore endoprocedimentale (la determinazione negativa dell'Amministrazione interessata a seguito del parere interlocutorio), diverso da quello con efficacia esterna che si andrà ad impugnare. Peraltro, il procedimento previsto dal II comma dell'art. 21 *bis* vuole instaurare un momento di confronto costruttivo tra AGCM ed Amministrazione interessata, relegando il rimedio giurisdizionale ad *extrema ratio* (67). Altrimenti, evidenzia la giurisprudenza come si rischierebbe di mortificare tale logica cooperativa risultando *“ben possibile che, anche a seguito dell'adozione di una determinazione negativa, nel termine di sessanta giorni possano intervenire ulteriori*

norma di cui al secondo comma dell'art. 21 bis emerge ... con chiarezza che il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere è riferito alla conoscenza dello specifico atto, ritenuto anticoncorrenziale, e che sarà oggetto dell'eventuale ricorso giurisdizionale all'esito della fase precontenziosa (...) pur costituendo l'espletamento della fase precontenziosa condizione per l'esercizio dell'azione giurisdizionale, non sembra potersi ritenere, in mancanza di espressa previsione normativa in tal senso, che l'eventuale tardività del parere rispetto alla scadenza del termine di sessanta giorni previsto possa implicare la decadenza del potere di azione e la conseguente inammissibilità del ricorso giurisdizionale proposto direttamente avverso l'atto anticoncorrenziale. Ciò anche in quanto oggetto del giudizio... è in maniera diretta l'atto ritenuto anticoncorrenziale. Il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere è riferito alla conoscenza dello specifico atto ritenuto anticoncorrenziale e, in mancanza di espressa previsione normativa in tal senso, l'eventuale tardività del parere rispetto alla scadenza di tale termine non implica la decadenza dal potere di azione e la conseguente inammissibilità del ricorso proposto”. In tal senso si erano espressi R. GIOVAGNOLI, Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri cit.; N. PECCHIOLI, “Teologia della concorrenza” cit., 2, nt. 1.

(66) Cfr. Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013, secondo cui *“la tempestività del ricorso principale rispetto alla scadenza del termine di trenta giorni è valutata con decorrenza dalla data in cui spira il termine di sessanta giorni entro il quale la P.A. può presentare le proprie osservazioni, anche se la determinazione a tal fine assunta dall'Amministrazione sia stata comunicata all'Autorità in un momento precedente”*.

(67) Al fine di realizzare quella “leale collaborazione” che trova un fondamento normativo sia comunitario che costituzionale (art. 4, III TUE; art. 120 comma 2 Cost.), osserva il TAR come *“la scansione temporale di detto procedimento risponde, nel suo complesso, al fine di garantire una sollecita conformazione dell'azione amministrativa alla preminente esigenza di garanzia e tutela dei principi concorrenziali”*, cfr. Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 2720 del 2013.

diverse determinazioni della stessa amministrazione, all'interno di un processo di confronto dialettico con l'Autorità” (68).

Recentemente, tuttavia, tale orientamento è stato superato da una recente sentenza del Cons. di Stato (Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323), secondo cui *il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento ritenuto anti-concorrenziale da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21-bis della L. n. 287/90 decorre o dalla comunicazione dell'atto definitivo di non conformazione o, in caso di inerzia dell'amministrazione interessata, dal sessantesimo giorno dalla comunicazione del parere motivato.*

Il suesposto art. 21-bis, c. 2, prevede infatti che *“...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...”.*

Ebbene, per il Consiglio di Stato, da una pacifica lettura della norma *de qua* si evincerebbe come l'adizione del G.A., da parte dell'AGCM debba essere *necessariamente preceduta, a pena d'inammissibilità, da una fase pre-contenziosa caratterizzata dall'emanazione, da parte sua, di un parere motivato rivolto alla P.A. i cui atti sono sospettati di tal lesione.*

Nel parere sono infatti segnalate le violazioni riscontrate e sono indicati i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato, donde la duplice funzione di esso: a) *da un lato serve a sollecitare la P.A. a rivedere quanto statuito, mercé la conformazione di questa agli indirizzi dell'Autorità, se del caso con uno speciale esercizio della funzione d'autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico così coinvolto;* b) *dall'altro, mira a tutelare quest'ultimo anzitutto all'interno della stessa P.A., sì da concepire il ricorso a questo Giudice quale extrema ratio nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici. Sicché la fase pre-contenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso, essendo ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente e solo al Giudice per la tutela di un interesse pubblico primario, comune ad entrambi.*

Tuttavia, conclude condivisibilmente il Consiglio di Stato, *“né il dato testuale, né la ratio testé evidenziata autorizzano a concludere che solo lo spirare del termine di sessanta giorni assurga, sempre e di per sé solo, a dies a quo affinché l'AGCM possa adire questo Giudice. Infatti, tale termine inizia a decorrere, come in qualunque altro caso in cui alla P.A. ne sia assegnato uno per statuire in modo espresso, o dall'atto definitivo di non conformazione (dunque in sé lesivo, quand'anche immotivato o pretestuoso), o dal silenzio della P.A. stessa in caso di sua inerzia a fronte del parere negativo”.*

(68) vd. Tar Lazio, Sez. III bis, n. 2720 del 2013.