

I POTERI DI IMPUGNATIVA DELL'AGCM AI SENSI DEL NUOVO ART. 21 BIS DELLA L. N. 287/1990

di **Marcello Clarich** (*)

La legittimazione a impugnare innanzi al giudice amministrativo i provvedimenti e i regolamenti delle pubbliche amministrazioni adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato attribuita di recente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (1) costituisce una novità di grande rilievo subito colta dalla dottrina (2). Essa ha dato anche origine a una prassi applicativa significativa sia per numero sia per tipologia di casi (servizi pubblici locali, regimi tariffari, affidamento di contratti pubblici, apertura di esercizi commerciali, ecc.) nei quali il nuovo art. 21 bis della legge n. 287/1990 è stato attivato attraverso l'invio da parte dell'Autorità del parere che segnala la violazione. Di recente sono intervenute una pronuncia della Corte Costituzionale (n. 20 del 2012, che ha respinto le censure di incostituzionalità sollevate in un ricorso in via principale della Regione Veneto, e la prima sentenza del Tar del Lazio (sez. III ter, n. 2720/2013) che ha fornito alcune indicazioni su come ricostruire il nuovo istituto.

La nuova disposizione si iscrive anzitutto nella tendenza più generale a devolvere al giudice amministrativo la risoluzione di controversie tra pubbliche amministrazioni, in assenza di altre “stanze di compensazione” a livello politico-amministrativo in grado di

(*) Professore ordinario di diritto amministrativo, Luiss Guido Carli, Roma.

(1) Art. 21 bis della legge n. 287/1990, introdotto dall'art. 35, co. 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

(2) Cfr., tra gli altri, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, n. 12/2012; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l.n. 287/1990*, in www.federalismi.it, n. 12/2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2010, p. 1022 e seg.

trovare una composizione di interessi pubblici talora confliggenti. Una siffatta tendenza è sintomatica in realtà di una disfunzione del nostro ordinamento giuridico, che non sembra essere gradita allo stesso giudice amministrativo chiamato, per così dire, a giudicare liti tra soggetti esponenziali di interessi pubblici.

Si pensi, per riprendere un esempio quasi coevo, al potere dell'Autorità dei trasporti di impugnare le delibere regionali e comunali in materia di disciplina dei taxi previsto anch'esso di recente in una disposizione che è stata frutto di un compromesso tra chi voleva accentrare in capo all'Autorità i poteri di regolazione in materia e chi mirava invece a salvaguardare le prerogative regionali e comunali (3). Si pensi ancora a un esempio più risalente, cioè al potere del ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica di impugnare gli statuti adottati dalle università e ritenuti illegittimi nel caso in cui queste ultime non si conformino ai rilievi effettuati in sede di controllo (4).

L'art. 21 *bis* nasce dall'esigenza di superare in qualche modo la prassi poco soddisfacente relativa ai poteri di segnalazione e consultivi attribuiti all'Autorità dai successivi artt. 21 e 22 che in molti casi restano senza seguito concreto da parte delle amministrazioni destinatarie. Poiché l'attribuzione diretta all'Autorità di poteri di annullamento di atti di altre amministrazioni poteva sembrare troppo invasiva delle competenze altrui, la soluzione prescelta è stata quella di elevare il giudice amministrativo ad arbitro finale di questo tipo di conflitti.

Da un diverso angolo di visuale, il nuovo art. 21 *bis* crea una distonia rispetto a un'acquisizione recente nel nostro sistema di

(3) Cfr. 36, co. 2, lett. n) del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

(4) Cfr. art. 6, l. n. 168/1989.

giustizia amministrativa che, soprattutto, in seguito all'approvazione del Codice del processo amministrativo del 2010 e di alcune importanti pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 3 e n. 4 del 2011), ha ormai assunto, per quanto riguarda la tutela offerta dal giudice amministrativo, una connotazione puramente soggettiva. Al pari di quello civile, il processo amministrativo è volto esclusivamente alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive del ricorrente, nel pieno rispetto del principio della domanda, e ha smarrito la colorazione oggettiva tradizionale, cioè di strumento volto a tutelare l'interesse al ripristino della legalità a beneficio della stessa pubblica amministrazione.

L'art. 21 *bis* costituisce invece uno strumento giurisdizionale volto a tutelare l'interesse pubblico (la concorrenza), al quale la nuova disposizione finisce tra l'altro per riconoscere implicitamente un rango più elevato rispetto ad altri interessi pubblici, a prescindere dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva in capo al soggetto che agisce in giudizio.

Ma riconoscere una impostazione squisitamente soggettiva al processo amministrativo, non significa ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato. Nel diritto processuale civile, del quale mai è stata messa in dubbio la natura soggettiva, i casi di legittimazione *ex lege*, ai quali fanno riferimento sia l'art. 69 c.p.c. a proposito dell'azione del pubblico ministero e sia altre disposizioni del codice civile e di leggi speciali, non hanno dato origine a una discussione in ordine a se e quale tipo di situazione giuridica soggettiva si imputi al soggetto al quale la legge attribuisce il potere di iniziativa processuale.

Così, per prendere un esempio di legittimazione *ex lege* non troppo diverso da quello previsto dall'art 21 *bis*, l'art. 14 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria (Tub) attribuisce alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di impugnare le delibere o altri atti adottati per esempio da titolari di partecipazioni di una Sim o di una Sicav privi dei requisiti di onorabilità. Ma questa e altre disposizioni del Tub, che prevedono altre fattispecie di legittimazione *ex lege*, non hanno posto la questione se le autorità di settore investite del potere di impulso processuale siano titolari di una situazione giuridica sostanziale autonoma, desumibile in qualche modo dalle finalità di interesse pubblico indicate dall'art. 5 Tub per l'esercizio dei poteri ad esse attribuiti (salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, tutela degli investitori, ecc).

Al contrario, nel caso dell'art. 21 *bis* è stato sollevato addirittura un dubbio di costituzionalità giustificato dal fatto che l'art. 113 Cost. sembra ammettere la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione in relazione alla necessità di tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Il Tar del Lazio, nella sentenza sopracitata, anche sulla scorta di alcune indicazioni dottrinali, ha superato la questione ritenendo che in realtà in capo all'Autorità sia individuabile una situazione giuridica soggettiva correlata a un interesse pubblico specifico (tutela della concorrenza) e a un "bene della vita".

In realtà questo tipo di ricostruzione opera una forzatura e comporta conseguenze paradossali. Per un verso, infatti, per "bene della vita" si intende usualmente una utilità sostanziale concreta protetta da una norma che il titolare di una situazione soggettiva mira a conservare o ad acquisire. Essa è suscettibile di misurazione ed è

risarcibile nel caso in cui subisca una lesione. La nozione di bene della vita non può essere estesa fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa. Se così fosse tutti gli apparati amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall'interesse pubblico per il perseguimento del quale sono stati istituiti. Per esempio, anche l'ambiente potrebbe essere visto come un bene della vita affidato alle cure del ministero di settore e ciò potrebbe costituire il substrato per individuare in capo a quest'ultimo una situazione giuridica soggettiva suscettibile di lesione da parte di provvedimenti di altre amministrazioni. In realtà, il cosiddetto danno ambientale è stato configurato come danno pubblico, non come lesione di una situazione giuridica soggettiva.

Inoltre, se le autorità fossero titolari di situazioni giuridiche sostanziali così individuate dovrebbero poterle esercitare non soltanto in sede processuale per contestare provvedimenti amministrativi illegittimi, ma anche, necessariamente, in sede procedimentale. Così, paradossalmente, si dovrebbe ritenere che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato debba essere inviata la comunicazione d'avvio del procedimento tutte le volte che un provvedimento di una pubblica amministrazione (per esempio il rilascio di una concessione) sia suscettibile di interferire con il bene giuridico della concorrenza.

Negare la necessità di costruire una situazione giuridica sostanziale non significa necessariamente sposare la tesi, che sembra respinta in un *obiter dictum* dalla Corte Costituzionale, secondo la quale l'Autorità possa essere in qualche modo equiparata alla figura del pubblico ministero che può esercitare l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge (art. 69 c.p.c.). Mentre quest'ultimo promuove o

interviene in giudizio per la tutela di un pubblico interesse genericamente inteso, usualmente collegato a situazioni giuridiche soggettive altrui aventi natura indisponibile, l'Autorità ha una legittimazione processuale *ex lege* molto più circoscritta. Essa è definita dal perimetro di interesse pubblico specifico di cui essa è custode e garante, cioè la concorrenza, sia pur intesa come inclusiva, non soltanto della "tutela" in senso stretto, ma anche della "promozione" della concorrenza (con riguardo alle regolazioni proconcorrenziali).

Al di là di questi aspetti più generali, l'art. 21 *bis* dà origine a numerosi problemi interpretativi più specifici.

Tra di essi merita un esame più particolare, anzitutto quello circa la natura giuridica del parere, previsto dal secondo comma della disposizione, che l'Autorità deve indirizzare nei confronti dell'amministrazione che ha emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Il comma prevede che se l'amministrazione non si conforma al parere, che deve indicare gli specifici profili delle violazioni riscontrate, nei sessanta giorni dalla comunicazione, il ricorso può essere presentato nei trenta giorni successivi.

A ben considerare, il parere in questione non sembra equiparabile ai pareri che l'Autorità può esprimere su richiesta di altre amministrazioni o anche d'ufficio ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990. Esso invece, al di là del *nomen* "edulcorato" utilizzato dal legislatore forse per rispetto formale delle prerogative delle pubbliche amministrazioni, al cui *genus* appartiene in realtà anche l'Autorità, ha natura sostanziale di un atto di diffida. Esso sembra, infatti, equiparabile alle 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 (art. 15, l. n. 287/1990). In entrambi i casi sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione. Cambiano soltanto le conseguenze dell'inottemperanza che consistono, nel primo caso, nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo e, nel secondo caso, nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato. Sotto il profilo procedurale va rilevato il paradosso che, mentre da 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.

Il parere non può essere inteso invece, secondo un'interpretazione dottrinale respinta peraltro dalla sentenza del Tar del Lazio già citata, come un semplice invito all'esercizio dei poteri di autotutela analogo a quello previsto ora dal Codice dei contratti pubblici. L'art. 243 *bis* prevede infatti che, prima di proporre ricorso giurisdizionale, l'impresa debba informare la stazione appaltante di questa intenzione indicando nella comunicazione scritta i vizi di legittimità individuati. Entro 15 giorni la stazione appaltante comunica le proprie determinazioni « *stabilendo se intervenire o meno in autotutela* » (co. 4), sciogliendo così ogni dubbio circa la natura del potere esercitato dall'amministrazione.

Nel caso dell'art. 21 *bis*, per un verso, la disposizione non contiene alcun riferimento all'istituto dell'autotutela. Al contrario l'espressione « *se la pubblica amministrazione non si conforma* » richiama quella contenuta nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, in materia di

giurisdizione del giudice civile nelle controversie che coinvolgono una pubblica amministrazione, secondo la quale le autorità amministrative, «*si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso*» (art. 4, co. 2) e che, dunque, impone alle amministrazioni, com'è pacifico, un vero e proprio obbligo il cui inadempimento può essere contestato e superato attivando il giudizio di ottemperanza.

Il provvedimento con il quale l'amministrazione non si conforma o si conforma solo in parte al parere non è immediatamente impugnabile, come ha correttamente chiarito la sentenza del Tar del Lazio, anche perché l'art. 21 *bis* prevede espressamente che la legittimazione ad agire in giudizio si riferisce all'atto originario assunto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato in relazione al quale è stato formulato il parere-diffida. Del resto, anche l'art. 243, comma 6, del Codice dei contratti pubblici prevede comunque che il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, può essere impugnato soltanto unitamente all'atto cui si riferisce (o con motivi aggiunti).

Il parere-diffida, in quanto determina un obbligo di conformazione in capo all'ente destinatario, va a incidere sul potere di autotutela, nel senso che rende vincolato l'annullamento d'ufficio anche in presenza di ragioni di interesse pubblico che suggerirebbero la conservazione della sua efficacia. Esso è suscettibile di intaccare la sfera giuridica dell'ente e potrebbe dunque costituire un provvedimento immediatamente impugnabile da quest'ultimo.

Questa conclusione non determina uno stravolgimento del modello perché, a ben considerare, finisce soltanto per anticipare il controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento emanato dall'amministrazione e censurato dall'Autorità. Infatti, poiché il

parere-diffida deve essere motivato, deve cioè indicare « *gli specifici profili delle violazioni riscontrate* » (art. 21 *bis*, comma 2), il ricorso proposto dall'amministrazione deve essere formulato con la proposizione di motivi volti a contestare ciascuna delle violazioni. L'accertamento richiesto al giudice è dunque l'inesistenza dei profili di vizio del provvedimento ipotizzati dall'Autorità, come presupposto per l'annullamento del parere-diffida. Anche il ricorso proposto dall'Autorità contro il provvedimento dell'amministrazione nel caso in cui l'amministrazione non ottemperi al parere-diffida deve contenere in realtà gli stessi motivi che concorreranno a determinare l'oggetto del giudizio e dunque dell'accertamento da parte del giudice. Nel giudizio di impugnazione del parere-diffida, l'Autorità ben potrà impugnare in via incidentale il provvedimento dell'amministrazione in modo tale che nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'esistenza di uno dei vizi contestati nel parere-diffida il giudizio si concluda con una sentenza che ad un tempo respinga il ricorso proposto dall'amministrazione e annulli il provvedimento emanato da quest'ultima.

Una seconda questione interpretativa attiene alla tipologia delle azioni esperibili dall'Autorità nel ricorso proposto ai sensi dell'art. 21 *bis*. Sul punto la disposizione è silente, limitandosi a precisare che ai giudizi instaurati si applica il rito abbreviato disciplinato dal Codice del processo amministrativo al Libro IV, Titolo V (art. 119 e ss.). Pertanto, si dovrebbe ritenere che, in assenza di disposizioni espresse derogatorie rispetto alla disciplina generale, l'Autorità possa proporre contro l'amministrazione tutta la gamma di azioni previste dal Codice e non soltanto la tradizionale azione di annullamento. Se così è, ben potrebbe l'Autorità impiegare il nuovo strumento del parere-diffida, 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 recenti di liberalizzazione (5). Si pensi, per esempio, a un regolamento comunale che mantenga invariate le tradizionali disposizioni restrittive in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali. In questi casi, l'Autorità ben potrebbe far seguire al proprio parere-diffida un'azione di accertamento del dovere di provvedere e, nel caso in cui si tratti di atti aventi contenuto vincolato, di condanna dell'amministrazione a emanare il provvedimento (azione di adempimento, ora espressamente introdotta nel Codice).

Un'altra questione emersa nel dibattito attiene alla tutela cautelare (6). Infatti, l'art. 21 *bis* prevede che il ricorso non possa essere proposto prima dello scadere del termine di sessanta giorni dalla comunicazione del parere-diffida, in modo tale da dare il tempo all'amministrazione di valutare se conformarsi. Una via potrebbe essere quella di immaginare una tutela cautelare *ante causam*, ora prevista in via generale dal Codice (art. 61), ma a ciò si oppone il fatto che il ricorrente, che ha ottenuto un provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare, deve notificare il ricorso nei quindici giorni successivi e che comunque la misura concessa perde effetto dopo sessanta giorni dalla sua emissione (art. 61, co. 5). Una siffatta tempistica è incompatibile con la disciplina posta dall'art. 21*bis*.

(5) 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 prevedendo il superamento di una serie di restrizioni previste dalle normative statali e regionali vigenti.

(6) Cfr. sul punto in particolare M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust (art. 35, d.l. n. 201/2011)*, in www.federalismi.it, n. 24/2011, che ritiene ammissibile un'azione giudiziaria immediata con proposizione della domanda cautelare come strumento alternativo all'emanazione del parere, interpretato come atto di indirizzo volto a invitare l'amministrazione a intervenire in autotutela.

Un potere cautelare di tipo sostanziale in capo all'Autorità potrebbe dedursi – ma si tratta di una tesi un po' ardita – 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. Un dato letterale potrebbe essere sfruttato per tale operazione interpretativa visto che il comma. 1 dell'art. 14 *bis* si riferisce all'ipotesi che l'Autorità constati a un primo sommario esame «*la sussistenza di un'infrazione*» senza richiamare specificamente i divieti stabiliti negli artt. 2 e 3 della l. n. 287 (riferiti appunto alle intese restrittive e agli abusi), come fanno invece tutte le altre disposizioni contenute nel Capo II (art. 12, co. 1, art. 14, co. 1, art. 14-*ter*, art. 15, co. 1). Il primo comma dell'art. 14-*bis* potrebbe così essere letto, dunque, come una disposizione avente carattere generale applicabile anche al di là del contesto specifico del Capo II, tale da coprire ogni genere di infrazione (o violazione) delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, incluse quelle che possono essere oggetto del parere-diffida nei confronti delle pubbliche amministrazioni (7).

Molte altre questioni interpretative sono emerse nel dibattito su una disposizione certamente difficile da inserire nel modello dei rapporti tra amministrazioni pubbliche e nel sistema del processo amministrativo.

Da un punto di vista più generale, l'art. 21 *bis* segna un ulteriore passo avanti nell'attribuzione all'interesse pubblico alla concorrenza di

(7) Peraltro l'Autorità non potrebbe irrogare nei confronti delle amministrazioni le sanzioni pecuniarie previste dal terzo comma dell'art. 14-*bis* e che possono essere inflitte «□quando le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari□» e ciò potrebbe rendere meno efficace il potere cautelare e ciò anche ipotizzando la possibilità per l'Autorità di adire il giudice amministrativo per far accertare l'inottemperanza e per richiedere l'adozione di misure cautelari.

un rango sempre più elevato nella gerarchia degli interessi pubblici. La tutela della concorrenza, pressoché ignorata dalla legislazione ordinaria prima della legge n. 287 del 1990 ed entrata nella Costituzione solo in occasione della riscrittura del titolo V della Costituzione e in particolare dell'art. 117 ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, sembra aver acquisito nella legislazione più recente il significato di valore guida che sopravanza molti altri interessi pubblici tradizionali.

Un passo successivo potrebbe essere quello, da tempo ipotizzato in dottrina, di attribuire all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni di legge statale e regionale che violano la concorrenza. Anche contro questo tipo di atti, infatti, i poteri di segnalazione tradizionali costituiscono uno strumento dotato di scarsa effettività.