

Margherita Ramajoli (*)

**IL POTERE D'AZIONE DELL'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA
E DEL MERCATO COME STRUMENTO DI FORMAZIONE DELLA DISCIPLINA
ANTITRUST**

Publicato in Concorrenza e mercato, 2018, 83 ss.

Abstract:

Lo scritto analizza alcune questioni di principio provocate dai poteri riconosciuti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dall'art. 21-*bis* della legge antitrust. Esse attengono alla logica sottostante al complesso strumentario giuridico a disposizione dell'Autorità per combattere gli attentati alla concorrenza derivanti da atti dei pubblici poteri; al modo di formazione della complessiva disciplina antitrust e al tipo di contenzioso attivato dall'Autorità in virtù della sua legittimazione speciale ad agire in giudizio. Tutti i poteri di *advocacy* dell'Autorità sono volti alla promozione della cultura del mercato concorrenziale e soprattutto alla compartecipazione alle scelte di politica concorrenziale dei pubblici poteri. Ma l'Agcm contribuisce alla costruzione della complessiva disciplina antitrust soprattutto attraverso la legittimazione ad agire a seguito dell'inottemperanza al parere-diffida. In concreto l'Autorità nel censurare attraverso il parere-diffida e poi attraverso il ricorso giurisdizionale gli atti delle pubbliche amministrazioni utilizza un parametro di legittimità allargato, che impone il rispetto delle dinamiche concorrenziali anche al di là di quanto richiesto dallo stretto diritto positivo. Mentre nel caso di atti amministrativi generali e puntuali lesivi della concorrenza la legittimazione a ricorrere dell'Autorità è di tipo aggiuntivo alla legittimazione a ricorrere vantata dai soggetti privati direttamente e immediatamente lesi, invece nel caso di atti amministrativi generali non immediatamente e direttamente lesivi la legittimazione a ricorrere dell'Agcm convive con la legittimazione a ricorrere dell'Anac, dal momento che entrambe sono titolari dell'interesse alla concorrenza a presidio del quale è posto un potere d'iniziativa processuale.

The paper examines some of the issues of principle related to the provision of article 21bis of the Italian competition law. Specifically, those issues pertain to the logic underlying the power of the Authority to challenge the infringements of competition by administrative acts; furthermore, they pertain, on the one hand, to they pertain, to the way competition law is formed and, on the other, to the peculiarity of judicial proceeding in case of Authority standing. The Authority advocacy powers

aim to promote the competitive market culture and, above all, to support its role in public choices in competition-policy. But even more the Authority contributes to the creation of competition law by its standing, in case of non-compliance to its formal notice. In practice, the Authority uses a broadened criterion of lawfulness to challenge the administrative acts previously by its formal notice and, in case of non-compliance, by judicial review. That is to impose the respect of the competitive dynamics even beyond what is requested by the law. In case of general and individual administrative acts the Authority standing is in addition to individual standing of private citizens or companies specifically affected by those acts, whereas in case of general administrative acts with no specific recipients standing of the Competition Authority coexists with standing of the Anticorruption Authority, since both safeguard competition interests

Keywords:

Antitrust, competition, advocacy, rules, principles

JEL classification:

K21-Antitrust Law; K23-Regulated Industries and Administrative Law; M38 -Government Policy and Regulation

Sommario: 1. Premessa. – 2. Attentati alla concorrenza da parte dei pubblici poteri e strumenti giuridici di reazione. – 3. Logica dei poteri di *competition advocacy* di tipo preventivo. – 4. Logica dei poteri di *competition advocacy* di tipo successivo. – 5. Costruzione della disciplina antitrust ad opera dell'Agcm (e del giudice). – 6. Legittimazione a ricorrere e legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

1. Premessa.

L'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato del potere di emettere un "parere-diffida" ⁽¹⁾, inteso a sollecitare le pubbliche amministrazioni a rivedere i propri atti amministrativi generali, regolamenti o provvedimenti ritenuti lesivi della concorrenza, e del successivo potere, in caso di mancata conformazione all'invito contenuto nel parere, di ricorrere davanti al giudice amministrativo avverso tali atti sollecita alcune domande di senso.

(*) Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano Bicocca

¹ Il termine "parere" è impiegato dall'art. 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990 ("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 ... un *parere* motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate") in maniera del tutto a-tecnica e imprecisa, venendo in rilievo semmai una diffida o contestazione. In questo senso cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L. n. 287/1990*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 867 ss, p. 868.

La norma attributiva del potere (art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, introdotto dal d.l. n. 201/201, conv. in l. n. 214/2011) non è scritta in maniera particolarmente chiara, né esaustiva. Il silenzio e, al tempo stesso, l'oscurità della legge hanno prodotto una conseguenza immediata, dal momento che giurisprudenza e dottrina sono state inizialmente assorbite nel cercare di risolvere numerose questioni d'ordine tecnico-procedurale.

Alcune di queste questioni sono ora definitivamente risolte, altre invece restano ancora insolte. Attualmente risulta pacifico che l'art. 21-*bis* non ha introdotto sia un potere d'azione esperibile in via immediata sia potere d'azione preceduto da una fase amministrativa volta a promuovere l'intervento correttivo dell'amministrazione interessata. In altri termini, il parere dell'Agcm costituisce sempre e in ogni caso il presupposto per la legittimazione ad agire dell'Autorità, rendendo inammissibile il ricorso non preceduto da quest'adempimento procedurale ⁽²⁾.

Restano irrisolte altre questioni, come, ad esempio, l'individuazione del *dies a quo* del termine di decorrenza per l'emanazione del parere da parte dell'Autorità ⁽³⁾. Con riferimento a questi interrogativi sarebbe opportuno un intervento chiarificatore del legislatore, per evitare che una disposizione di legge redatta in maniera non limpida continui a generare un enorme contenzioso di rito, suscitando non poche perplessità specie nell'attuale contesto storico in cui la giustizia è concepita come risorsa scarsa da preservare ⁽⁴⁾.

Si tratta quasi sempre di questioni procedurali che trascendono il mero aspetto tecnico. Sottostante emerge la dialettica tra certezza dei rapporti giuridici, da un lato, e inesauribilità del potere amministrativo, dall'altro, essendo evidente come la mancata previsione di un termine per l'emissione

² Distinguevano tra potere d'impugnazione diretta e potere d'impugnazione previo parere AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2012*, pp. 127 ss., secondo la quale il ricorso diretto avrebbe soddisfatto un'esigenza di flessibilità, consentendo d'intervenire celermente nei casi di maggiore gravità, al fine di ottenere una tempestiva pronuncia cautelare; e, in dottrina, M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust (art. 35, d.l. 201/2011)*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2011, pp. 2 ss.; la tesi dell'unicità dell'azione, poi definitivamente accolta, è stata sostenuta da C. cost., 14 febbraio 2013, n. 20, a detta della quale un solo potere d'iniziativa dell'Agcm "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"; da Cons. giust. amm. sic., 9 ottobre 2017, n. 428; Cons. di Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; sez. V, 20 aprile 2014, n. 2246; Tar Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; Tar Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

³ Ritengono che il termine decorra non dalla pubblicazione dell'atto oggetto del parere, bensì da una specifica comunicazione recante gli elementi rilevanti dell'atto Cons. di Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; Tar Calabria, Catanzaro, 29 giugno 2016, n. 1373. Altra questione controversa riguarda la necessità che l'Autorità attenda per la proposizione del ricorso lo spirare del termine di 60 giorni assegnato all'amministrazione per conformarsi a quanto rilevato nel parere, anche nel caso in cui intervenga prima della scadenza del termine una determinazione negativa dell'amministrazione rispetto alle indicazioni dell'Agcm; in questo senso Cons. giust. amm. sic., n. 428/2017, riformando sul punto Tar Sicilia, Catania, sez. IV, n. 676/2014; Tar Roma, sez. III *ter*, n. 2720/2013. Sui tanti problemi interpretativi posti dalla disposizione normativa cfr. la rassegna giurisprudenziale riportata da G. DIMITRIO, M. FILICE, *I poteri di competition advocacy dell'Agcm ex art. 21 bis, L. n. 287/1990*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 262 ss.

⁴ Sulla giurisdizione amministrativa come risorsa scarsa cfr. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 9 ss.

del parere dell'Agcm renda quasi perenne il potere di vigilanza dell'Autorità nei riguardi sia di atti amministrativi generali, sia di provvedimenti puntuali.

Tuttavia, si ritiene interessante riflettere, più che attorno a queste problematiche appena accennate, su alcune questioni di principio suscitate dai poteri riconosciuti all'Agcm dall'art. 21-*bis*. Esse attengono: 1) alla logica sottostante al complesso strumentario giuridico a disposizione dell'Autorità per combattere gli attentati alla concorrenza derivanti da atti dei pubblici poteri; 2) al modo di formazione della complessiva disciplina antitrust; 3) al tipo di contenzioso attivato dall'Autorità in virtù della sua legittimazione speciale ad agire in giudizio.

2. Attentati alla concorrenza da parte dei pubblici poteri e strumenti giuridici di reazione.

I poteri attribuiti all'Autorità dall'art. 21-*bis* riescono ad essere meglio compresi se letti nella loro collocazione storico-sistematica all'interno del Titolo III (Poteri consultivi e conoscitivi dell'Autorità) della legge antitrust.

In Italia le distorsioni alla concorrenza derivano non solo da pratiche anticoncorrenziali realizzate dagli operatori economici, ma anche e soprattutto dall'abuso o cattivo esercizio del potere normativo-regolatorio e provvedimentale. I processi di liberalizzazione hanno creato pochi mercati veri e propri, i settori dei servizi di pubblica utilità sono iper-regolati e persistono discipline, più o meno velatamente, corporativistiche, protezionistiche e nazionalistiche. Tra l'altro, le alterazioni della concorrenza prodotte dalle discipline normative talvolta sono frutto di scelte consapevoli, qualora il regolatore abbia compiuto una sorta di *trade-off* tra l'interesse concorrenziale e altri interessi parimenti di rango generale, come la tutela della salute, dell'ambiente o dell'occupazione, talvolta invece sono conseguenze non volute di una regolazione priva di un'adeguata valutazione del relativo impatto ⁽⁵⁾.

L'Autorità, se necessita di strumenti di *enforcement* (decisori e soprattutto sanzionatori) per combattere le condotte imprenditoriali lesive della concorrenza, ha invece bisogno di strumenti di *advocacy* (pareri, segnalazioni, raccomandazioni, proposte anche di tipo correttivo) nei confronti di discipline legislative, regolamentari e regolatorie anticoncorrenziali ⁽⁶⁾.

Fin dal momento della sua istituzione l'Agcm è stata dotata del potere di segnalazione al Parlamento, al Governo e agli enti territoriali di leggi, regolamenti o atti amministrativi generali che “determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano

⁵ In questo senso cfr. N. RANGONE, *Nuove frontiere per la competition advocacy*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2014, pp. 241 ss., spec. p. 245, che auspica a tal fine l'utilizzo della valutazione d'impatto concorrenziale nel ciclo della regolazione.

⁶ Per la distinzione tra *competition enforcement* e *competition advocacy* cfr. M. D'ALBERTI, *I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 871 ss., p. 872.

giustificate da esigenze di interesse generale” (art. 21 della legge antitrust) e del potere consultivo in ordine a iniziative legislative o regolamentari (art. 22 della legge antitrust). Lo strumentario di *advocacy* si è progressivamente arricchito e rafforzato nel corso del tempo. Tuttavia l’incremento è avvenuto all’insegna della estemporaneità, come dimostra il fatto che le relative disposizioni attributive del potere sono sparse in testi normativi diversi, talvolta emendati o soppressi: si va dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza, da emanare sulla base di pareri e segnalazioni dell’Agcm (art. 47, l. n. 99/2009), ai pareri obbligatori sui disegni di legge governativi e regolamenti che introducono restrizioni all’accesso o all’esercizio di attività economiche (art. 34 d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011), dai pareri, sempre obbligatori, sugli schemi di regolamenti governativi volti a rimuovere distorsioni alla concorrenza o a mantenere vincoli solo se giustificati nel quadro del diritto dell’Unione europea (art. 1 d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, ora abrogato dall’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 10/2016, in attuazione della legge Madia), ai pareri, parimenti obbligatori, sulle delibere quadro relative alla gestione dei servizi pubblici locali (art. 4, commi 3 e 4, d.l. n. 138/2011, poi travolto dall’incostituzionalità dell’intero articolo pronunciata da C. cost., 20 luglio 2012, n. 199), per arrivare ai pareri, in questo caso vincolanti, su alcune decisioni di amministrazioni pubbliche relative a società controllate dalle stesse (art. 4 d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012, ora abrogato dall’art. 1, comma 562, lett. a, della l. n. 147/2013) ⁽⁷⁾.

Tutti i poteri nei confronti degli apparati legislativi e amministrativi sono stati disegnati dal legislatore e concepiti dall’Autorità come strumento di elaborazione di una cultura concorrenziale. Dal punto di vista politico-istituzionale, proprio in virtù della sua attività di segnalazione e consultiva l’Agcm s’erge a potere neutrale e correttivo rispetto alle degenerazioni del sistema parlamentare. Essa non si limita a un ruolo negativo, di generica censura degli atti dei pubblici poteri che reputa lesivi della concorrenza, ma assolve un ruolo propositivo, mediante l’indicazione in positivo delle modifiche da apportare ⁽⁸⁾.

Sia nei riguardi dei soggetti privati, sia nei riguardi dei soggetti pubblici l’Autorità è organismo non meramente “*re-active*”, al pari degli organi giurisdizionali, bensì organismo “*pro-*

⁷ In questo quadro merita anche di essere ricordato l’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), secondo cui la pubblica amministrazione “invia l’atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta ... all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287”.

⁸ In questo senso cfr. M. CLARICH, *L’attività di segnalazione e consultiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 85 ss., spec. pp. 89 ss., che richiama C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, pp. 203 ss.; già il primo Presidente dell’Autorità aveva sottolineato come i poteri di segnalazione e consultivi fossero autonomi e non meramente strumentali ai compiti di intervento diretto (F. SAJA, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, pp. 459 ss.). In tema cfr. altresì A. MARRA, L. PISCITELLI, *Artt. 21-24 della legge antitrust*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, IV ed., Tomo II, Padova, 2006, pp. 88 ss., p. 89.

active”, titolare di un interesse pubblico specifico da promuovere, privo di vincoli per quanto riguarda l’iniziativa, agendo sempre d’ufficio. Con riferimento specifico alla sua attività di segnalazione e consultiva, l’Autorità gode di ampia discrezionalità vuoi nell’individuare “i casi di particolare rilevanza” (art. 21, comma 1) in cui leggi, regolamenti o atti generali determinano, a suo parere, distorsioni della concorrenza ingiustificate, scegliendo in questa maniera dove orientare la sua azione, vuoi nel valutare (“ove ne ravvisi l’opportunità”) quando esprimere parere sulle iniziative necessarie a rimuovere o prevenire le distorsioni alla concorrenza (art. 21, comma 3) ⁽⁹⁾.

Ma, a uno sguardo più approfondito, la consulenza di tipo propositivo dell’Autorità è in grado di svolgere un duplice ruolo nei confronti dei titolari dei poteri normativi, a seconda del momento temporale in cui si colloca (prima o dopo l’adozione dell’atto da valutare) ⁽¹⁰⁾.

3. Logica dei poteri di *competition advocacy* di tipo preventivo.

L’intervento dell’Autorità nella fase di elaborazione dei provvedimenti normativi (*competition advocacy* di tipo preventivo) assume la tradizionale veste ausiliaria e preparatoria, consentendo la corretta formazione della volontà del soggetto cui è prestato ausilio. Questo tipo d’attività offerta dall’Agcm presenta una notevole somiglianza con l’attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato, che è stata di recente “rilanciata” allo scopo di “ricollocar(lo)” “nel circuito istituzionale di formazione delle regole” ⁽¹¹⁾.

La logica sottesa è dunque quella di contribuire alla formazione del diritto positivo. L’effettività di questo contributo dell’Autorità passa anzitutto attraverso la sua obbligatorietà. Come si è sottolineato poco sopra, mentre originariamente l’art. 22 della legge antitrust aveva concepito l’attività consultiva dell’Agcm sempre all’insegna della facoltatività, il legislatore speciale ha introdotto varie ipotesi di parere obbligatorio dell’Autorità. Opportuno sarebbe, se s’intendesse potenziare il ruolo dell’Agcm quale soggetto promotore della cultura della concorrenza, che il legislatore aumentasse i casi di parere obbligatorio laddove la dimensione concorrenziale della fattispecie da disciplinare sia rilevante.

⁹ Sul punto, se si vuole, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, spec. pp. 412 ss.; cfr., per un inquadramento in parte diverso del complessivo ruolo dell’Agcm cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 77 ss.; per la distinzione tra organismi *pro-active* e organismi *re-active* cfr. S. CASSESE, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 102 ss.

¹⁰ L. PISCITELLI, *Artt. 21-24*, in V. AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, Padova, 1994, pp. 572 ss., spec. pp. 585-586.

¹¹ CONSIGLIO DI STATO, *Inaugurazione dell’anno giudiziario 2017. Relazione del Presidente Alessandro Pajno*, Roma, p. 30. Non è un caso che il Consiglio di Stato nella sua veste di organo consultivo sia stato configurato come antesignano delle autorità indipendenti in ragione della sua neutralità (sulla quale cfr. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 200, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, 1990, pp. 259 ss.).

Ma l'effettività del contributo consultivo alla formazione del diritto positivo è raggiungibile anche in altra maniera. Ciò accade quando un soggetto pubblico richiede costantemente e regolarmente pareri preventivi ad altro soggetto pubblico, *sponte* e quindi nel silenzio della legge. Quest'evenienza si è realizzata in concreto nella dialettica tra Consiglio di Stato e Anac, la quale ha sottoposto volontariamente al previo parere del Consiglio di Stato tutti i suoi schemi di linee guida da emanare, obbedendo a un'istanza non scritta di collaborazione istituzionale⁽¹²⁾. Questa stessa istanza di collaborazione istituzionale dovrebbe spingere Parlamento, Governo e soprattutto le singole pubbliche amministrazioni a ricorrere con maggiore sistematicità alle funzioni consultive dell'Agcm, al fine di costruire discipline normative condivise e attente sempre al profilo della tutela della concorrenza.

Tuttavia l'effettività ultima del contributo consultivo nel processo di formazione delle regole poggia sulla persuasività derivante dall'autorevolezza della sua provenienza (*moral suasion*). Infatti in capo agli apparati pubblici ausiliati residua sempre il potere di disattendere le indicazioni dell'Autorità, tranne nelle ipotesi -attualmente assenti- di parere vincolante⁽¹³⁾, evenienza che rende l'attività consultiva un rimedio non sempre incisivo⁽¹⁴⁾.

4. Logica dei poteri di *competition advocacy* di tipo successivo.

I poteri di *competition advocacy* dell'Agcm che intervengono *ex post* (ossia in relazione ad atti già emanati) svolgono una finalità essenzialmente di tipo correttivo nei confronti dell'agire pubblico nell'economia. Pure in questo caso la logica è contribuire alla formazione delle regole nell'ottica dell'elaborazione di una politica concorrenziale. Nondimeno questo tratto non appare immediatamente percepibile, riguardando atti dei pubblici poteri che sono stati già emanati e che quindi costituiscono già regole vere e proprie. Ma proprio l'evoluzione subita nel corso del tempo dallo strumentario in esame permette di coglierne la natura ultima di meccanismo di promozione della cultura del mercato concorrenziale e soprattutto di compartecipazione alle scelte di politica concorrenziale dei pubblici poteri.

Il modello di segnalazione *ex post* è stato rafforzato proprio dall'art. 21-*bis*. Ciò sotto due distinti profili. Anzitutto le situazioni distorsive oggetto d'attenzione da parte dell'Autorità possono

¹² Su questa condotta cfr. F. MERLONI, *Corruption and Public Administration. The Italian Case in a Comparative Perspective*, 2018, London, pp. 54 ss.

¹³ Si è infatti sopra notato che la disposizione normativa al cui interno era anche prevista un'ipotesi di parere vincolante dell'Autorità (art. 4, d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012) è stata successivamente eliminata dal legislatore stesso (art. 1, comma 562, lett. a, l. n. 147/2013).

¹⁴ Testimonianza tangibile di questa debolezza è data dal processo di svuotamento contenutistico che ha subito la sinora unica legge annuale per il mercato e per la concorrenza adottata (l. n. 124/2017), la quale ha tenuto in poco conto i suggerimenti e le proposte provenienti dall'Agcm. Su questo specifico punto cfr. M. CLARICH, *Concorrenza, una cultura minoritaria*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 agosto 2018.

ora derivare anche da atti puntuali, ossia dai provvedimenti amministrativi, mentre originariamente i poteri di segnalazione riguardavano solo atti normativi o generali. Così passano attraverso la lentezza dei poteri dell'Agcm non solo, ad esempio, bandi di gara che contengono un "irrazionale e sproporzionato *favor*" nei confronti di taluni elementi dell'offerta tecnica ⁽¹⁵⁾, ma anche atti di rinnovo di concessioni di pubblici servizi disposti senza gara, dinieghi di concessione immotivati o affidamenti di servizi o lavori senza previa pubblicazione del bando in assenza dei prescritti presupposti applicativi.

In secondo luogo, l'art. 21-*bis* è intervenuto sul profilo più problematico dei poteri d'*advocacy* dell'Autorità antitrust, concernente - lo si è già sottolineato - la loro osservanza da parte dei destinatari. In passato la contestazione da parte dell'Agcm di profili d'anticoncorrenzialità in atti già emanati non era accompagnata da alcun obbligo o onere d'adeguamento in capo agli autori degli atti presunti lesivi. Come l'attività consultiva sugli atti ancora da formare, anche l'attività di contestazione sugli atti già emanati si limitava a produrre un mero effetto di persuasione morale nei confronti dei suoi destinatari. La conseguenza pratica era il frequente mancato recepimento dell'indicazioni dell'Agcm, a testimonianza di un rapporto sofferto e conflittuale tra Autorità antitrust e poteri pubblici. Per far fronte al problema di effettività dei poteri esercitati, l'art. 21-*bis* correla un particolare meccanismo di reazione all'inottemperanza al parere-diffida dell'Autorità nei riguardi di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti reputati lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Recependo in parte un suggerimento proveniente dall'Autorità stessa ⁽¹⁶⁾, il legislatore ha introdotto una sorta di ricorso per inadempimento alla previa diffida dell'Autorità, facendo sorgere in capo all'Autorità stessa una speciale legittimazione ad agire in giudizio. In termini figurati si è detto che l'art. 21-*bis* ha trasformato i poteri di *advocacy* dotandoli di "*loaded guns*" ⁽¹⁷⁾.

Più precisamente, la necessaria fase sollecitatoria che si concretizza nel previo parere-diffida formulato dall'Autorità resta ancora una forma di *moral suasion*, potenzialmente in grado di eliminare la situazione distorsiva. Essa mira ad instaurare un dialogo preliminare con le singole pubbliche amministrazioni interessate, come emerge dal fatto che il ricorso giurisdizionale potrebbe non essere proposto non solo qualora le amministrazioni decidano di adeguarsi ai rilievi dell'Autorità, ma anche nel caso in cui l'Agcm consideri esaustivi i successivi chiarimenti presentati dalle amministrazioni. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, sia pure a proposito dei pressoché similari poteri di

¹⁵ Cons. di Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

¹⁶ "Appare importante che il legislatore voglia attribuire all'Autorità, laddove essa ritenga che un atto della pubblica amministrazione di particolare rilevanza economica sia illegittimo per violazione delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza, la legittimazione ad impugnarlo davanti agli organi di giustizia amministrativa" (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Segnalazione AS659, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per la concorrenza e il mercato del 4 febbraio 2010*, in *Boll.* n. 4/2010, p. 72).

¹⁷ M. AINIS, *The Italian Competition Authority's Maieutic Role*, in *www.iar.agcm.it*, 2016, pp. 125 ss., p. 130.

cui gode l'Anac (art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del Codice dei contratti pubblici), ha parlato di “vigilanza collaborativa” che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo di cui dispone l'organismo pubblico⁽¹⁸⁾, anche se, come ha precisato la Corte costituzionale, queste forme di legittimazione ad agire previo parere-diffida non hanno introdotto un vero e proprio “nuovo e generalizzato controllo di legittimità”⁽¹⁹⁾.

La vigilanza collaborativa mira dunque ad eliminare una presunta violazione antitrust compiuta dalle pubbliche amministrazioni, prima e al di fuori della sede processuale. In quest'ottica la legittimazione a ricorrere in giudizio dell'Agcm è il solo eventuale sbocco finale del fallimento della necessaria fase amministrativa culminante nel parere-diffida, o, in una prospettiva differente, l'assenza di poteri coercitivi in capo all'Autorità antitrust nei confronti delle amministrazioni che non intendano conformarsi al suo parere-diffida è compensata da un tipo di coercizione che passa attraverso le maglie giurisdizionali⁽²⁰⁾.

La giurisprudenza amministrativa inquadra il parere-diffida all'interno di una “fase precontenziosa ... 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”⁽²¹⁾. Invero quest'inquadramento non corrisponde sempre a realtà. Il meccanismo del parere-diffida non possiede costantemente una capacità deflattiva del contenzioso; talvolta anzi è idoneo ad incrementare il contenzioso stesso, sia perché fonda una legittimazione speciale che prima non era prevista dall'ordinamento, sia perché qualora l'amministrazione aderisca al parere dell'Autorità può sorgere un contenzioso attivato da colui che aveva fatto affidamento sull'atto poi modificato o eliminato, sia perché, come è stato osservato⁽²²⁾, i nuovi poteri di *advocacy* avrebbero proprio lo scopo di far esplodere conflitti altrimenti destinati a rimanere silenti.

5. Costruzione della disciplina antitrust ad opera dell'Agcm (e del giudice).

¹⁸ COMMISSIONE SPECIALE, SEZ. AFFARI NORMATIVI, DEL CONSIGLIO DI STATO, 4 aprile 2018, n. 1119, *Parere sullo Schema di Regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all'art. 211, commi 1 bis e 1 ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016*.

¹⁹ C. cost., 14 febbraio 2013, n. 20, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale proprio dell'art. 21-*bis* della legge antitrust, promosse in via principale dalla Regione Veneto, in riferimento agli artt. 3, 97, 113, 117, e 118, nonché al principio di leale collaborazione.

²⁰ Di fronte al parere-diffida non è corretto parlare di autotutela in capo all'amministrazione destinataria, dal momento che manca nel caso di specie proprio quell'apprezzamento discrezionale tipicamente sotteso a questo potere di secondo grado; infatti l'amministrazione, se ritiene fondate le osservazioni dell'Agcm, ha l'obbligo di conformarvi la propria azione, senza alcuna valutazione sulla sussistenza di un interesse pubblico ad annullare i propri atti (Tar Roma, sez. III *ter*, n. 2720/2013).

²¹ Tra le tante, cfr. Cons. di Stato, sez. IV, n. 323/2016; cfr. Tar Roma, n. 9264/2014, secondo cui attraverso i poteri di cui all'art. 21-*bis* si assicura la tutela dell'interesse pubblico “all'interno della Pubblica Amministrazione”.

²² B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss., ma su questo specifico punto cfr. *infra*, paragrafo finale.

Il procedimento amministrativo che termina con il parere-diffida è caratterizzato dall'iniziativa d'ufficio e da un'ampia discrezionalità nello scegliere l'ambito e il momento in cui agire e i contenuti concreti del suo intervento (discrezionalità in ordine all'*an*, al *quando* e al *quomodo*). Come si è già accennato, il parere-diffida concorre all'elaborazione di una politica concorrenziale da parte dell'Autorità. Vero è che, dal punto di vista testuale, l'art. 21-*bis* stabilisce che l'Autorità nel suo parere-diffida si limita ad individuare “gli specifici profili delle violazioni riscontrate”. Cionondimeno l'Autorità, con il *placet* del giudice amministrativo (23), ha ampliato il contenuto dell'atto di sua competenza, indicando analiticamente all'interno del parere anche i rimedi per eliminare le violazioni lamentate e per ripristinare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Torna dunque l'elemento qualificante tutti i poteri di *advocacy* esercitati dall'Agcm nei confronti dei pubblici poteri e cioè il loro carattere propositivo, inteso a suggerire le concrete modalità per ristabilire il gioco concorrenziale.

Ma l'Autorità contribuisce alla costruzione della complessiva disciplina antitrust soprattutto attraverso la legittimazione ad agire a seguito dell'inottemperanza al parere-diffida.

Se si ha riguardo alle relazioni con gli operatori economici, è noto come l'Agcm non sia formalmente titolare di poteri di regolazione del mercato (24). Eppure, nonostante l'assenza di veri e propri poteri normativi-regolatori, l'Autorità gode d'ampia discrezionalità nella determinazione dei confini tra condotte di mercato lecite e illecite, dal momento che tutte le norme sostanziali antitrust prevedono «fattispecie molto aperte» (25).

Non diverso pare l'apporto creativo che in concreto ha fornito l'Autorità nella costruzione della complessiva disciplina antitrust quando vengono in rilievo relazioni tra l'Autorità stessa e i pubblici poteri. Ciò proprio in virtù dell'interpretazione e dell'applicazione che hanno avuto i poteri di *advocacy*.

Avendo riguardo al dato letterale, l'art. 21-*bis* precisa che l'Agcm è legittimata ad agire in giudizio contro atti amministrativi generali o puntuali che “violino le norme a tutela della concorrenza

²³ Particolarmente interessante sotto questo profilo è Cons. di Stato, sez. IV, n. 323/2016.

²⁴ Anche se hanno carattere sostanzialmente regolatorio vuoi le decisioni con impegni antitrust vuoi la fissazione di prescrizioni in provvedimenti d'autorizzazione di concentrazioni, in quanto entrambe mirano ad orientare le condotte d'impresa; sul punto cfr., da ultimo, S. CORNELLA, S. PELLIZZARI, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, pp. 373 ss., p. 376.

²⁵ In questo senso M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018, pp. 3-4, e, se si vuole, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa*, cit., pp. 294 ss.; per questa ragione il giudice amministrativo è solito svolgere un mero controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione dell'Autorità, chiamata non solo ad accertare fatti, ma anche a “contestualizzare” le norme poste a tutela della concorrenza, facendo riferimento “a concetti giuridici indeterminati (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza)”; cfr. sui concetti giuridici indeterminati applicati dall'Autorità e sui caratteri del conseguente sindacato giurisdizionale cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 190 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. Tar*, 2002, pp. 3858 ss.

e del mercato”. “Violazione di norme” significa mancato rispetto di precise regole di diritto e non invece inosservanza di principi aventi carattere generale, come il principio concorrenziale ⁽²⁶⁾.

Proprio la lettera della legge consente di cogliere come siano stati configurati diversamente i poteri di *advocacy* di tipo preventivo e di tipo successivo dal punto di vista dell’attuazione dei principi concorrenziali. L’art. 21, commi 1 e 3, lega il preventivo potere consultivo e di segnalazione dell’Autorità a generiche “distorsioni della concorrenza”. Di conseguenza, i poteri che intervengono prima che la disciplina antitrust si sia ancora formata consentono all’Autorità di fornire il suo apporto tecnico, mediante una sua valutazione della prevalenza del principio della concorrenza sugli interessi pubblici sottostanti a future misure con effetto distorsivo. Nel caso invece di poteri di *advocacy* successivi il legislatore è chiaro nel fondare l’intervento dell’Autorità su violazioni di specifici parametri normativi di legge.

Tuttavia in concreto frequentemente l’Autorità ha utilizzato il suo potere di *advocacy* successiva per censurare non tanto l’inosservanza da parte dei pubblici poteri di precise disposizioni di legge, quanto piuttosto la lesione di principi di carattere generale, specie d’origine europea, come i principi di concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione tra operatori economici, di libera circolazione delle imprese e merci e di libera prestazione dei servizi ⁽²⁷⁾.

Così, ad esempio, l’Autorità ha lamentato la violazione diretta dei “principi posti a tutela della concorrenza, consacrati nell’art. 106 TFUE” ad opera di un decreto di fissazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato determinati secondo l’unico criterio del c.d. costo storico. Il giudice amministrativo ha mostrato di condividere questa costruzione, ritenendo che l’utilizzo del criterio del costo storico cristallizzasse le posizioni in passato acquisite sul mercato dai singoli operatori sanitari privati, “disincentivando il perseguimento dell’efficienza nell’erogazione dei servizi sanitari e vanificando la concorrenza tra le varie strutture” ⁽²⁸⁾. Di conseguenza è stato annullato per violazione di legge il decreto impugnato dall’Autorità per “violazione dei principi di tutela della concorrenza, di cui all’art. 106 TFUE, derivante non già dalle singole scelte – ... discrezionali – di allocazione della spesa sanitaria, ma, più a monte, nell’individuazione del parametro da utilizzare ai fini dell’esercizio della discrezionalità amministrativa” ⁽²⁹⁾. In questa maniera viene

²⁶ Sulla distinzione tra principi e regole cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 52 ss.

²⁷ Ad esempio, Cons. di Stato, sez. V, n. 2246/2014; Tar Lazio, sez. III *ter*, n. 2720/2013. In dottrina cfr. B.G. MATTARELLA, *I ricorsi*, cit., che sottolinea come il riferimento alle “norme” di cui all’art. 21-*bis* sia stato di fatto superato e sostituito dal valore della concorrenza; cfr. altresì, sempre dello stesso Autore, *La concorrenza come missione: il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Astrid Rassegna*, n. 15/2018, ove si sostiene che l’Autorità applica la legge, ma nel perseguimento dell’interesse pubblico specifico alla concorrenza e non nel perseguimento del solo interesse alla legalità.

²⁸ Tar Catanzaro, n. 1373/2016.

²⁹ Ancora Tar Catanzaro, n. 1373/2016.

creata la regola del caso concreto, con un passaggio dalla violazione di regole alla violazione di principi generali avvallato dal giudice amministrativo.

Parimenti, la contestazione da parte dell'Agcm del provvedimento di rinnovo di concessione d'un impianto di una seggiovia in base a una legge regionale che prevedeva appunto il rinnovo a favore del precedente concessionario senza procedura di selezione, è stato contestato dall'Agcm sulla base non di specifiche disposizioni di legge, bensì dei "principi fondamentali del diritto comunitario a tutela della concorrenza" (30).

Ma non sempre la concreta costruzione della regola antitrust valevole per i pubblici poteri compiuta dall'Agcm passa il vaglio del giudice amministrativo. Ciò accade per lo più quando l'Autorità agisce in giudizio interpretando il principio generale di concorrenza come competizione per il mercato, in un'ottica promozionale e non meramente protettiva. Emblematico a tal riguardo un caso di recente deciso dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia. Nonostante il diritto positivo nulla disponesse a riguardo, l'Autorità ha ugualmente ritenuto che fosse compito delle autorità marittime predisporre l'organizzazione del servizio di rimorchio nel porto nel rispetto dei principi di libera concorrenza tra gli operatori economici di settore. Di conseguenza l'Agcm ha censurato un diniego di accesso di un nuovo operatore motivato con l'esigenza di mantenere la gestione in esclusiva di detto servizio da parte dell'operatore già precedentemente prescelto. Tuttavia questa costruzione è stata sconfessata dal giudice amministrativo, il quale ha ritenuto assente una compiuta analisi da parte dell'Autorità che rendesse evidente il carattere contendibile del mercato dei servizi di rimorchio (31).

A ben vedere, in ultima istanza non è tanto l'Agcm quanto piuttosto il giudice a rinvenire una disciplina al di là di quanto lo stretto dettato normativo imponga, facendo leva su principi di carattere generale, che divengono parametri alla luce dei quali valutare la legittimità degli atti impugnati (32). Spesso poi il giudice amministrativo nella sua attività di elaborazione della regola del caso concreto disapplica la norma nazionale attributiva del potere in virtù del quale sono stati adottati gli atti impugnati contrastanti con i principi europei di concorrenza, di libera circolazione delle imprese, di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi (di cui agli artt. 4, par. 3, TUE, 101, 49, 56 e 96 TFUE) (33).

³⁰ Cons. di Stato, n. 1171/2015, e, in primo grado, Tar Roma, sez. II, n. 9264/2014.

³¹ Cons. giust. amm. sic., n. 428/2017.

³² Interessante è notare come analogo fenomeno di emancipazione dallo stretto piano del diritto positivo si riscontri nel modello delle procedure d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE, in cui la Commissione europea è legittimata a ricorrere alla Corte di giustizia, per accertare la violazione degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri. Su questo specifico punto cfr. G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 705 ss., spec. pp. 711-712.

³³ Tuttavia non sempre lo strumento della disapplicazione può essere immediatamente utilizzato in corso della causa. Il giudice nazionale, di fronte a un contesto normativo non chiaramente ricostruibile, tende a operare un rinvio

In definitiva, l'art. 21-*bis*, oltre a che potenziare il ruolo dell'Agcm, rafforza il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione delle regole in materia economica. Il giudice amministrativo diviene il garante ultimo della concorrenza, perché è colui cui spetta la parola definitiva, con la conseguenza che il processo diviene il luogo privilegiato di composizione non solo dei conflitti ma anche degli interessi in gioco. Ma quest'ultima considerazione richiede qualche precisazione, intesa ad individuare gli interessi di cui sono portatori i vari attori del mercato⁽³⁴⁾.

6. Legittimazione a ricorrere e legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Appena introdotto l'art. 21-*bis* è sorto un interessante dibattito sulla natura dell'interesse tutelato dall'Agcm mediante la legittimazione speciale ad agire in giudizio. Si è parlato d'interesse legittimo, interesse diffuso, interesse collettivo, interesse pubblico generale e di legittimazione sganciata da qualsivoglia situazione giuridica soggettiva sostanziale⁽³⁵⁾.

Posto che non pare corretto far risalire una qualificazione sostanziale da una norma di tipo processuale, né tantomeno parlare di processo a contenuto oggettivo (caratterizzato da una particolare struttura e non dal fine da realizzare⁽³⁶⁾), laddove invece nell'ipotesi qui in esame dominano il principio della domanda e le regole del processo dispositivo), resta da indagare meglio l'obbiettivo ultimo perseguito dal legislatore nel dotare l'inosservanza del parere-diffida di una coercibilità atipica tramite legittimazione a ricorrere.

L'intento parrebbe di evitare zone franche del diritto, immuni da un vaglio concorrenziale, creando quindi le condizioni giuridiche per far emergere un contenzioso del quale altrimenti il giudice

pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, per sciogliere i dubbi sulle soluzioni da adottare nei casi concreti e decidere poi solo in un successivo momento se disapplicare la normativa interna contrastante; ciò è avvenuto, ad esempio, in tema di costi minimi d'esercizio nel settore dell'autotrasporto implicanti fissazione eteronoma di un elemento costitutivo del corrispettivo del servizio e, quindi, del prezzo contrattuale (Tar Roma, sez. III *ter*, n. 2720/2013; Tar Roma, sez. III *ter*, 25 febbraio 2015, n. 3305).

³⁴ Iscrive l'art. 21-*bis* nella più generale tendenza 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 trovare una composizione di interessi pubblici talora confliggenti" M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM*, cit., p. 865.

³⁵ Il tema ha particolarmente attratto la dottrina; tra le posizioni che hanno suscitato maggiori discussioni cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 2/2012, pp. 3 ss., che inquadra la legittimazione dell'Autorità nell'ambito della giurisdizione oggettiva del giudice amministrativo; 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. 2/2012, che parla di titolarità di un interesse legittimo; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis L. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 471 ss., che lega l'iniziativa processuale alla titolarità di un potere amministrativo.

³⁶ F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 495 ss., spec. pp. 496-500.

amministrativo non sarebbe investito. La logica è la stessa che di recente ha animato l'Agcm nell'ergersi a giudice *a quo* nei giudizi incidentali davanti alla Corte costituzionale ⁽³⁷⁾.

In realtà, a detta dell'Autorità - e in attesa di sapere se la Corte costituzionale aderirà o meno a questa ricostruzione - la sua legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale poggia su due distinte motivazioni: una relativa alla natura dell'attività svolta nei riguardi delle imprese, che è assimilabile a quella giurisdizionale, in quanto risolvendosi in un controllo neutrale, volto alla legalità degli atti e preordinato alla tutela del diritto oggettivo ⁽³⁸⁾; l'altra basata su un'esigenza pratica, intesa ad aprire le maglie dell'accesso al giudizio incidentale al fine di ridurre le norme che sfuggono al controllo di costituzionalità, ammettendo così al sindacato della Corte leggi che "più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte" ⁽³⁹⁾.

Tuttavia, come è stato giustamente sottolineato, la prima argomentazione risulta contraddittoria con il ruolo che l'ordinamento, proprio attraverso la legittimazione ad attivare il processo amministrativo, assegna all'Autorità, non potendo essere contemporaneamente parte processuale in giudizio di merito e giudice *a quo* ⁽⁴⁰⁾.

Del resto, nei paragrafi precedenti si è cercato di dimostrare come l'interesse istituzionalmente tutelato dall'Autorità non si esaurisca nella tutela del diritto oggettivo, ma assuma un contenuto più ricco e complesso: l'Autorità nel censurare attraverso il parere-diffida e poi attraverso il ricorso giurisdizionale gli atti delle pubbliche amministrazioni utilizza un parametro di legittimità per così dire allargato, impositivo del rispetto delle dinamiche concorrenziali anche al di là di quanto richiesto dallo stretto diritto positivo ⁽⁴¹⁾.

Diverse invece le riflessioni suggerite dall'argomentazione che poggia su un problema di accesso alla giustizia costituzionale. In questa specifica logica la legittimazione ad adire la Corte

³⁷ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, ord. n. I803, 3 maggio 2018, con cui l'Autorità si è "autoqualificata" (l'espressione è di M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018, p. 1) come giudice *a quo*, sollevando davanti alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità in via incidentale dell'art. 93-ter della l. n. 89/1913, come introdotto dalla l. n. 205/2017 e dell'art. 8, comma 2, della legge antitrust.

³⁸ Che è la ragione in virtù della quale è stato riconosciuto alla Corte dei conti il ruolo di giudice *a quo* nell'ambito del procedimento di controllo sugli atti normativi del Governo (C. cost., 18 novembre 1976, n. 226).

³⁹ Che è la stessa esigenza ad avere condotto la Corte costituzionale a riconoscere il ruolo di giudice *a quo* alla Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del bilancio di una regione ordinaria (C. cost. 23 giugno 2015, n. 181). Sul punto cfr. L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018, p. 12.

⁴⁰ Sulla contraddittorietà insita nel riconoscere all'Autorità il ruolo di parte ricorrente in un giudizio amministrativo e al tempo stesso di giudice *a quo* davanti alla Corte Costituzionale cfr. M. CLARICH, *L'Autorità garante*, cit., pp. 1 ss.; M. LIBERTINI, *Osservazioni*, cit., p. 3.

⁴¹ La stessa AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, nella sua ultima *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2018, ha precisato che l'interesse alla concorrenza comprende il "benessere del consumatore", il "mantenimento della struttura concorrenziale del mercato", lo "stimolo all'innovazione", lo "spunto alla modernizzazione delle strutture dell'economia italiana", il "risparmio per i bilanci pubblici" e il "contrasto alle diseguaglianze attraverso la lotta alle rendite di posizione".

costituzionale si pone in ideale prosecuzione con la legittimazione ad adire il giudice amministrativo, divenendo lo strumento per permettere il sindacato giurisdizionale di atti contro i quali nessuno altro soggetto nutre interesse ad agire in giudizio.

Tuttavia la tesi secondo la quale in assenza di una legittimazione speciale in capo all'Agcm sussisterebbero regolamenti, atti amministrativi generali o provvedimenti lesivi della concorrenza non altrimenti aggredibili in giudizio necessita qualche precisazione. Occorre infatti distinguere tra atti amministrativi puntuali e atti amministrativi normativi o generali e, all'interno di questi ultimi, tra atti amministrativi immediatamente e direttamente lesivi e atti amministrativi privi del connotato dell'immediata e diretta lesività.

Nell'ipotesi di provvedimenti amministrativi presunti lesivi non si può parlare di assoluto difetto di accesso alla giustizia, anzi vi è una legittimazione concorrente dell'Agcm e dei singoli interessati legittimati ad agire in giudizio. Talvolta l'Agcm utilizza il meccanismo di cui all'art. 21-*bis* venendo a conoscenza di un atto amministrativo a seguito della notificazione di un ricorso presentato da un soggetto privato contro il medesimo atto. Di conseguenza in relazione a uno stesso provvedimento amministrativo ricorrono in giudizio sia l'Autorità antitrust sia soggetti portatori d'interessi individuali e/o collettivi attivando distinti processi, che, qualora non siano riuniti dal giudice amministrativo, proseguono su binari paralleli⁽⁴²⁾. Altre volte sono gli stessi privati ad intraprendere contemporaneamente la strada della sollecitazione qualificata all'Agcm ad agire *ex art. 21-bis* e la strada giurisdizionale⁽⁴³⁾.

Per quanto riguarda invece regolamenti e atti amministrativi generali, i privati, secondo la giurisprudenza consolidata, non possono impugnarli immediatamente, ma solo insieme all'atto applicativo che rende attuale e concreta la lesione; tuttavia la regola dell'impugnabilità differita incontra un limite qualora l'atto disciplini compiutamente l'attività dei destinatari, ponendo prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive⁽⁴⁴⁾. Di conseguenza anche gli interessati direttamente e immediatamente lesi nella loro sfera giuridica possono agire in giudizio per censurare regolamenti o atti amministrativi generali ritenuti illegittimi. Come già nell'ipotesi d'impugnativa dei provvedimenti puntuali, anche nell'ipotesi d'impugnativa d'atti generali emerge

⁴² Ad esempio, come si legge in Tar Roma, sez. III *ter*, n. 2720/2013, "al momento dell'esercizio dell'azione giurisdizionale da parte dell'Autorità, l'atto in questa sede impugnato (il provvedimento dell'Osservatorio sulle attività di autotrasporto e del Ministro sulle infrastrutture in tema di determinazione coattiva dei costi minimi di esercizio) era già stato impugnato da soggetti privati".

⁴³ Si pensi al regolamento capitolino per la disciplina degli autoservizi pubblici non di linea, introduttivo di barriere all'accesso per gli operatori del settore non localizzati nel territorio comunale. Esso è stato impugnato dall'Autorità (Tar Roma, sez. II, n. 4451/2013), ma sono ricorse anche, in distinto processo, le associazioni di categoria, in relazione a precedente delibera, di contenuto sostanzialmente analogo (Tar Roma, sez. II, sentenze non definitive n. 7516 e n. 7517 del 2012).

⁴⁴ Sul punto cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 53 ss.

una legittimazione ad agire concorrente dell'Agcm e degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti e/o delle associazioni di consumatori e utenti.

Si può anzi affermare che, alla luce dell'art. 24 Cost., la legittimazione dell'Autorità sia di tipo aggiuntivo/supplementare a quella dei privati, restando sullo sfondo il dubbio relativo all'esistenza di uno stesso interesse che s'atteggia come pubblico o privato a seconda del soggetto che lo fa valere in giudizio. Del resto, il problema della definizione del contenuto concreto dell'interesse alla tutela della concorrenza è la vera questione irrisolta della disciplina antitrust. Questo rilievo è confermato da un'altra legittimazione a ricorrere riconosciuta in materia, nella particolare nell'ipotesi d'impugnativa di regolamenti o di atti amministrativi generali idonei a generare un'immediata e diretta lesione.

Questa è un'ipotesi del tutto peculiare. Infatti solo nel caso di atti regolamentari o generali non immediatamente e direttamente lesivi la legittimazione ad agire dell'Agcm rende giustiziabile l'interesse alla tutela della concorrenza nonostante, o, meglio, proprio in ragione della mancanza di privati titolari d'un interesse a ricorrere. Qui lo scopo è configurare un potere d'azione anche quando la lamentata lesione del mercato non si traduca ancora in una violazione di situazioni giuridiche soggettive dei privati, introducendo una tutela anticipata che consenta l'immediata eliminazione di atti normativi o generali.

Ma anche in questa particolare ipotesi la legittimazione a ricorrere non è vantata in via esclusiva dall'Agcm. Di recente si è aggiunta ad essa a legittimazione a ricorrere dell'Anac, diretta e quindi senza previo parere-diffida, nei riguardi di bandi e di altri atti generali relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, reputati lesivi delle norme in materia di contratti pubblici (art. 211, comma 1-*bis* del codice dei contratti pubblici) ⁽⁴⁵⁾.

Anche la legittimazione a ricorrere riconosciuta all'Anac è "indice della consapevole attenzione riservata dal legislatore nazionale alla concorrenza per il mercato quale interesse pubblico di rango costituzionale ed europeo" ⁽⁴⁶⁾. Di conseguenza, Anac e Agcm risultano in ultima istanza contitolari dell'interesse alla concorrenza a presidio del quale è posto un potere d'iniziativa processuale ⁽⁴⁷⁾.

Il riconoscimento di diverse legittimazioni a ricorrere tra loro concorrenti, ma anche tra loro profondamente diverse (Agcm, Anac, privati), porta con sé il problema, tuttora aperto, della

⁴⁵ Legittimazione a ricorrere che si affianca a quella di cui gode l'Anac ai sensi dell'immediatamente successivo comma 1-*ter* e che ricorre nel caso di mancata conformazione della stazione appaltante al parere nel quale l'Autorità ha indicato i vizi di legittimità riscontrati in provvedimenti viziati da gravi violazioni del codice. A sua volta, quest'ultimo tipo di legittimazione concorre con quella dell'Agcm (e, come si è visto, anche dei singoli privati) avverso i provvedimenti puntuali lesivi della concorrenza.

⁴⁶ Così Ad.pl., ord. 11 maggio 2018, n. 6, punto 19.3.5.

⁴⁷ Auspica l'adozione di protocolli d'intesa tra Agcm e Anac per evitare sovrapposizioni o mancati coordinamenti M. LIPARI, *Il nuovo precontenzioso ANAC*, Roma, 2017, p. 290 ss.

precisazione del bene giuridico protetto: libertà individuale di concorrere? Tutela del mercato concorrenziale? Sintesi delle libertà economiche del diritto europeo? Promozione della concorrenza intesa come liberalizzazione dei mercati? Evidenza pubblica nei contratti della pubblica amministrazione? Un'ulteriore riflessione giuridica volta alla costruzione razionale del significato di tutela della concorrenza sarebbe oltremodo opportuna ⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸ Su questo specifico tema cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Mon. cred.*, vol. 68, 2015, pp. 365 ss., e, se si vuole, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 121 ss.