

SULL'APPLICAZIONE DELL'ART. 21-BIS DA PARTE DELL'AUTORITÀ ITALIANA DELLA CONCORRENZA: TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

Sommario: 1. Gli atti impugnabili e i motivi del ricorso. — 2. Il parere motivato come presupposto del processo. — 3. La legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 21-bis della Legge n. 287/90. — 4. Ulteriori profili processuali.

1. Gli atti impugnabili e i motivi del ricorso.

Quanto al tema del potenziamento dei poteri Antitrust, l'art. 35 del Decreto Legge n. 201/2011¹ (c.d. Salva Italia) introduce nella Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) l'art. 21-bis, intitolato “Poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza²”, il quale attribuisce alla stessa AGCM un potere di advocacy³ “rafforzato⁴”.

Il suddetto articolo ha fin da subito destato grande attenzione da parte della dottrina, profondamente divisa, già a partire dalla lettura del primo comma, dove si stabilisce che «l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è legittimata ad agire⁵ in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁶».

Il primo interrogativo che pone questo articolo è comprendere chi sia legittimato passivamente.

¹ Il Decreto Legge n. 201/2011 intitolato “Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici”, è noto anche come “decreto Salva-Italia”. Sul punto F. GHEZZI e G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2019, 369.

² F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 108.

³ Il 28 e 29 Settembre del 2002 si svolse a Napoli il primo convegno annuale dell’*International Competition Network* (ICN), con lo scopo di alimentare il dibattito sulla necessità di una nuova iniziativa globale nel campo della cooperazione internazionale antitrust. In tale occasione venne data una definizione di *competition advocacy*: «(...) those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition». Sul punto ICN, *Advocacy and Competition Policy*, Napoli, 2002, 25.

⁴ Sul punto, A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, *Diritto Antitrust*, Giuffrè Editore, 2021, 1183. Il Decreto Salva Italia nasce in primis per valorizzare l’effettività della concorrenza. Così S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell’azione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, 18. Nonché M. D’OSTUNI e M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli Editore, Torino, 2021, 232-233.

Di fatto, la norma utilizza il termine “pubblica amministrazione”⁷ sebbene manchi una definizione “generale” di questa. Per tentare di superare le difficoltà interpretative nel comprendere quali siano i soggetti passivamente legittimati occorre utilizzare una nozione “funzionale”, secondo cui è considerabile pubblica amministrazione ogni soggetto (formalmente privato), che esercita funzioni amministrative ed è vincolato, dal Legislatore europeo o nazionale, al rispetto di obblighi diretti alla tutela della concorrenza e del mercato.

Interpretando in tal modo la disposizione è possibile pacificamente sostenere che rientrano nella disposizione in esame anche le Autorità amministrative indipendenti, le quali nonostante le loro particolari caratteristiche funzionali ed organizzative, sono considerate a tutti gli effetti pubbliche amministrazioni in grado di poter adottare atti amministrativi⁸.

Altri autori hanno poi sottolineato come, sotto il profilo descrittivo l’art. 21-*bis* peccherebbe di «sciatteria⁹». Non vengono infatti esplicitati quali atti si possano esattamente impugnare. Si osserva così che la disposizione ricomprende: «sotto il profilo oggettivo, tutti gli atti generali; a

⁵ «L’esistenza di ipotesi di legittimazione processuale straordinaria, speciale o ex lege, in capo ad alcuni soggetti pubblici non è nuova nel nostro sistema di giustizia amministrativa, per quanto esse si pongano come affatto derogatorie rispetto alla connotazione soggettiva della legittimazione processuale». Sul punto S. TUCILLO, *La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso ANAC*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2020, 186. Fin da sempre si è affermato che la funzione del giudice amministrativo è quella di «accertare la sussistenza in capo al ricorrente di una situazione protetta che lo legittimasse alla proposizione del ricorso, e di uno specifico interesse ad ottenere attraverso il processo il risultato utile auspicato». (V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., n. 2, 2014, 341 ss.). Vedi anche M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in (a cura di) V. CERULLI IRELLI, *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 147-158.

⁶ Vedi art. 21 bis, comma 1, l. n. 287/1990. Inoltre S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell’azione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, cit., 18-19 sostengono che «in questo modo, è riconosciuto un ruolo primario alla concorrenza, posto che è stabilita una specifica azione, basata sulla previsione di una forma di legittimazione pubblica in capo all’Autorità antitrust, il cui fine è di assicurare l’osservanza delle disposizioni e dei principi del diritto nazionale e dell’Unione europea dettati a salvaguardia del corretto funzionamento del mercato, fine che è realizzato attraverso l’annullamento da parte del giudice amministrativo degli atti generali e dei provvedimenti dei quali sia riconosciuto il contrasto con tali regole. (...) Non è dubbio che l’Agcm agisce per la tutela di un interesse non singolo o individuale, bensì pubblico, il quale trova soddisfazione mediante l’attuazione della norma violata dalla pubblica amministrazione: l’Autorità è un soggetto pubblico, la sua azione è pubblica ed è fondata sull’esigenza di ripristinare il diritto della concorrenza: il bene protetto dalla legge è pubblico, essendo costituito dalla tutela del mercato».

⁷ M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21bis l. n. 287/1990*, in www.federalismi.it, 2012, 17 ritiene che «quest’ultima precisazione è molto importante: la regola, in quanto eccezionale, non trova dunque applicazione alle imprese pubbliche e, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, agli organismi di diritto pubblico, che, se sono equiparabili ed equiparati alle pubbliche amministrazioni ad alcuni fini, non sono però perfettamente identificabili con le medesime. Si esclude pertanto il ricorso diretto contro le decisioni dei soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 (penso alle società pubbliche, ai consorzi istituzionali ecc.) che pongano in essere comportamenti anticoncorrenziali». Vedi anche sulla particolare natura delle imprese pubbliche e sui limiti della loro assimilabilità alle pubbliche amministrazioni cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16 del 2011 e Cass. SS.UU., ord. n. 8511 del 2012.

⁸ 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, 2012, 14.

carattere normativo¹⁰; ma anche “particolari” (...) purché suscettibili di “violare” le regole concorrenziali; sotto il profilo soggettivo, l’emanazione delle categorie di atti sopra indicati da parte di “qualsiasi amministrazione pubblica”¹¹».

Sul punto si ritiene utile evidenziare come, a partire dai principi generali, l’atto amministrativo generale o il regolamento non ledano la sfera giudica del singolo fino a quando questi non producano i loro effetti. Se da un lato il singolo privato solitamente decide di agire, non per contestare la lesione del bene concorrenza in quanto tale, ma per perseguire un bene della vita ulteriore che, nonostante l’illegittimità dell’atto amministrativo generale o del regolamento, egli avrebbe ancora la possibilità di conseguire. Dall’altro lato la logica secondo cui l’AGCM decide di agire è diversa. Il suo interesse al ricorso è finalizzato ad impugnare atti non ancora lesivi delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli.

Per quanto riguarda il caso di impugnazione di norme regolamentari, è stato osservato che il regolamento data la sua natura generale e astratta, fin quando è in vigore, è suscettibile di molteplici applicazioni. Ne consegue che l’Autorità ha tutto l’interesse ad eliminarlo anche laddove un’applicazione anticoncorrenziale si è già manifestata, a causa della mancata impugnazione del provvedimento attuativo¹².

Inoltre si ricorda che, secondo i principi generali, atti generali e regolamenti possono essere impugnati solo insieme all’atto applicativo. Le dinamiche mutano nel caso di provvedimenti specifici, dove invece, la legittimazione dell’Autorità concorre con quella di coloro che hanno interesse a promuovere il giudizio di legittimità.

Con la sua azione l’Autorità svolge una funzione fondamentale, ovvero garantire una protezione a carattere sia preventivo sia successivo: nella prima ipotesi, dove la lesione di una posizione giuridica individuale di interesse legittimo ancora non si è verificata, la tutela opera

9 R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell’esercizio dei nuovi poteri rimessi all’AGCM ex art 21 bis della legge 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 Andrè*, in www.federalismi.it, 2012, 6.

10 Per un maggiore approfondimento vedi N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V. 12, 2012, 1211-1215.

11 R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell’esercizio dei nuovi poteri rimessi all’AGCM ex art 21 bis della legge 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 Andrè*, cit., 6. Tutto ciò non limitato solo agli atti amministrativi o amministrazioni pubbliche, ma ricomprende anche aziende partecipate da soggetti pubblici, come nel caso di Cotral S.p.A., il cui azionista di maggioranza è la Regione Lazio e gli altri azionisti sono la Provincia di Roma, la Provincia di Rieti, la Provincia di Viterbo ed il Comune di Roma.

12 Cfr. sul punto R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 7-8.

anticipatamente; nella seconda ipotesi, invece, essendosi ormai concretizzata la suddetta lesione, la tutela opera successivamente per rimediare alla carenza di protezione di un interesse pubblico, ritenuto meritevole di tutela¹³.

L'AGCM si ritrova dunque a detenere un ampio spazio di intervento che però, proprio per la sua eccezionalità, non può essere esteso oltre la specifica violazione delle disposizioni dell'ordinamento positivo effettivamente rivolte alla tutela della concorrenza e del mercato¹⁴.

A tal proposito, soffermandosi sul concetto di “violazione delle norme protettive della concorrenza e del mercato”, presente nel primo comma dell'art. 21-*bis*, esso è inquadrabile come sottotipo di uno dei tre generali vizi di legittimità (più nello specifico un sottotipo della violazione di legge). Con la doverosa precisazione che, all'interno del concetto di legge, vengono ricompresi anche i principi generali. Perciò una loro violazione, se collegata a norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, attribuisce automaticamente all'Autorità il potere di agire. Il problema è che a volte però i confini interpretativi, circa la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, sono labili dal momento che non esistono dati univoci per dichiarare con certezza quando una tale violazione sia stata effettivamente compiuta. Occorre allora attenersi ad alcuni punti fermi¹⁵.

Un primo caposaldo è individuato, negli articoli 101 e 102 del TFUE, i quali disciplinando rispettivamente l'intesa anticoncorrenziale e l'abuso di posizione dominante, delineano le principali direttive dell'azione antitrust in ambito europeo. Un secondo ambito negli atti amministrativi in

¹³ Precisano sempre sul punto S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, cit., 21 «che è propria di un sistema in cui la reazione avverso gli atti amministrativi illegittimi è affidata (e riservata) all'iniziativa dei privati (e, quindi, di fatto, condizionata a una valutazione di convenienza dei singoli interessati)». Vedi T.A.R. Abruzzo-Pescara, 9 aprile 2018, n. 254 dove in un giudizio l'AGCM aveva impugnato l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana effettuato da un Comune senza l'esperimento della procedura di evidenza pubblica. Il T.A.R. rigettò la difesa di carenza di interesse al ricorso dell'AGCM (sollevata dall'ente dato il fatto che l'affidamento non era stato impugnato dagli operatori economici presenti nel mercato di riferimento, i quali, in tal modo avevano dimostrato di non avere interesse alla gestione del servizio).

¹⁴ M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis l. n. 287/1990*, cit., 15.

¹⁵ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 122.

violazione con il divieto degli aiuti di Stati¹⁶ ai sensi degli artt. 107 e ss. del Trattato, laddove l'accertamento di illegittimità dell'aiuto è stato già compiuto dalla Commissione¹⁷.

Proseguendo, ci si interroga, se rispetto ai vizi che l'Autorità può denunciare possano essere fatti valere solo i motivi di violazione di legge o anche quelli relativi all'eccesso di potere.

Tale problema sorge come conseguenza della formulazione letterale dell'art. 21-*bis*, dove si fa riferimento alla violazione di norme. Come si legge dalla rubrica della norma, l'AGCM deve impugnare tutti quegli atti¹⁸ «che determinano distorsioni della concorrenza¹⁹» e, dato il fatto che un atto può provocare un mutamento antiggiuridico della concorrenza e del mercato sia se viola una norma specifica (che crea principi o regole a protezione della concorrenza e del mercato) sia se è viziato da eccesso di potere, l'Autorità si troverà nella posizione di far valere anche quest'ultimo vizio.

Bisogna tener conto poi che il vizio dell'eccesso di potere rientra del resto nella più ampia categoria dei vizi di legittimità. Pertanto va presa in considerazione quella giurisprudenza²⁰ che, seppur non abbia esplicitamente preso posizione sul punto, ha da sempre analizzato nel merito i motivi di ricorso inerenti ad una violazione concorrenziale segnalata alla presenza di un vizio di eccesso di potere.

Rispetto ai vizi denunciabili ne consegue che, se da una parte, l'Autorità possa denunciare l'atto amministrativo per violazione di norme a tutela della concorrenza e del mercato (compreso l'eccesso di potere); d'altra parte non è legittimata a dedurre la violazione di norme (sui presupposti, contenuto o forme di esercizio del potere) che tutelano interessi diversi. In quest'ultimo

¹⁶ «Costituisce aiuto di Stato ogni misura attuata dalle Autorità pubbliche (o da soggetti da esse controllati) di uno Stato membro che produca benefici a favore di singole imprese o di singoli settori, tali da poter influenzare gli scambi fra gli Stati appartenenti alla Comunità» (M. SEBASTIANI, *La disciplina Antitrust. Gli aiuti di Stato*, in <https://www.unisalento.it/documents/20152/1463290/AIUTI+DI+STATO.pdf/fcc1d1b1-bba0-2d53-18b7-8a794f178788?version=1.0>, 2016).

¹⁷ M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis l. n. 287/1990*, cit., 15-16.

¹⁸ Sul punto precisa A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720*, in www.federalismi.it, 2013, 14 come «l'oggetto di impugnazione può essere esclusivamente l'atto ritenuto lesivo della concorrenza e non già il successivo provvedimento con il quale l'Amministrazione decide di non conformarsi al parere. Di talché è stato con fermezza escluso che possa gravare sul ricorrente l'onere di impugnazione degli ulteriori atti attraverso cui si snoda la fase precontenziosa, i quali non assumono valenza provvedimento esterna alla stregua di atti di autotutela. Ne discende che quand'anche il mancato adeguamento al parere dovesse assumere un contegno omissivo deve escludersi la configurabilità di un'azione avverso il silenzio, pur ipotizzata dalla dottrina».

¹⁹ Art. 21 bis l. n. 287/1990.

²⁰ Cfr. CGARS, 9 ottobre 2017, n. 428; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I ter, 13 giugno 2016, n. 6755.

caso l'atto rimane invalido. Ma la suddetta invalidità, non compromettendo illegittimamente l'interesse affidato all'AGCM, non permette a quest'ultima di esercitare quel particolare potere di impugnativa che la contraddistingue, palesandone così quello che è il suo limite²¹.

2. Il parere motivato come presupposto del processo.

Proseguendo con l'analisi dell'art. 21-*bis*, il secondo comma afferma che «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 giorni²²».

Innanzitutto occorre comprendere se, a livello temporale, l'AGCM, quasi nella veste di un “pubblico ministero” nel processo amministrativo²³, possa proporre fin da subito ricorso dopo esser venuta a conoscenza dell'esistenza di un atto amministrativo lesivo della concorrenza, o se invece prima del suddetto ricorso debba procedere all'emanazione di un parere motivato nei confronti della pubblica amministrazione che, sempre secondo l'Autorità, avrebbe adottato un atto illegittimo²⁴.

Da un lato, una dottrina minoritaria²⁵ sostiene la prima tesi²⁶ dichiarando che sia più che fondata la diretta impugnabilità degli atti ingiustificatamente restrittivi dalle pubbliche

21 S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, cit., 23.

22 AGCM, art. 21 bis, comma 2, l. n. 287/1990. L'Autorità opera a tutela di un interesse legittimo, di cui ne diviene titolare solo quando l'Amministrazione destinataria del parere decide spontaneamente di non conformarsi. Cfr. sul punto N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Diritto processuale amministrativo*, V. 3, 2019, 811.

23 Sul punto F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 112-114 ha osservato come l'AGCM possa in un certo senso essere equiparata alla figura del PM, il quale può esercitare l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge (art. 69 c.p.c.). Occorre precisare però come mentre da un lato quest'ultimo promuove o interviene in giudizio per la tutela di un pubblico interesse genericamente inteso, tipicamente connesso a situazioni giuridiche soggettive altrui aventi natura indisponibile, dall'altra parte l'Autorità ha una legittimazione processuale ex lege molto più circoscritta. Il suo campo d'azione è riguarda infatti un interesse pubblico specifico, ovvero la tutela della concorrenza. Sotto il profilo storico è interessante ricordare come l'idea di inserire il pubblico ministero nel processo amministrativo non ebbe però molto successo. Molte furono le critiche. Si pensi in particolare al d. l. 8 marzo 1993, n. 54, art. 3, che attribuiva al procuratore regionale della Corte dei conti il potere in via autonoma di proporre ricorso davanti al T.A.R. contro atti e provvedimenti delle P.A., per l'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità di queste, a tutela della legittimità dell'azione amministrativa.

24 A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 1, 2012, 37.

amministrazioni (*bypassando* il parere dell'Autorità²⁷), in quanto la disposizione, al primo comma, prevede la possibilità di ricorrere in via diretta, mentre al secondo comma, viene introdotta solo un'alternativa di procedere²⁸. Si evidenzia per giunta in questa prospettiva come l'obbligatorietà della procedura precontenziosa (con durata di centocinquanta giorni) contrasterebbe con una certa esigenza di flessibilità, implicita allo strumento stesso, ma in particolar modo con la possibilità di esercitare la tutela cautelare²⁹ nel caso in cui si verificasse un pericolo di danno grave ed irreparabile³⁰.

Dall'altro lato, coloro che sostengono la seconda tesi (ovvero la dottrina maggioritaria³¹) ritengono che, nonostante la consapevolezza dei vantaggi che seguirebbero se si adottasse la teoria

25 «La lettura testuale della disposizione e la perfetta coincidenza oggettiva con il precedente comma 1 non sembrano a mio avviso lasciare spazio ad un ricorso preceduto da un parere. Considerato che peraltro il legislatore non fissa alcun termine per l'espressione del parere, il modello rischia di contraddire all'esigenza di immediatezza della tutela avverso gli atti lesivi della concorrenza» (M. A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in <https://www.anticorruzione.it/-/le-autorit%C3%A0-amministrative-indipendenti.-bilancio-e-prospettive-di-un-modello-di-vigilanza-e-regolazione-dei-mercati>, 2013). Dello stesso avviso anche M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, D.L. 201/2011)*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, n. 24, 2011, 2.

26 Cfr. M. A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit.

27 A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720*, cit., 8.

28 «La lettura testuale della disposizione e la perfetta coincidenza oggettiva con il precedente comma 1 non sembrano a mio avviso lasciare spazio ad un ricorso non preceduto dal parere». Così sul punto M. A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit.

29 Definita come "centro di gravità" del processo amministrativo da S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 609 ss. Sul punto cfr. anche A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720*, cit., 11-12.

30 A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720*, cit., 9.

31 «Così come in alcune delle iniziative legislative del passato, l'impugnazione è qui preceduta da una fase che potremmo definire procedimentale e che si sostanzia nell'emanazione del parere motivato nel quale vengono individuati in maniera specifica i vizi riscontrati. Si tratta di una sollecitazione all'autotutela amministrativa, come si dirà, la quale raggiungerà il suo scopo allorché l'amministrazione si conforma al parere» (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 114-115). Dello stesso parere sembra essere anche M. Libertini affermando «in ragione di un principio di economia dei mezzi giuridici, la soluzione più razionale sembrerebbe, a prima vista, questa seconda. Anche il dato testuale suona in tal senso: la disposizione non dice che l'Autorità "può emettere" un parere, bensì che "emette" un parere, il che, in linguaggio normativo, significherebbe che "deve emettere" lo stesso» (M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, D.L. 201/2011)*, cit., 2). Vedi anche M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 867 ss.

dell'alternatività³², sia tuttavia preferibile la tesi dell'obbligatorietà del parere motivato³³. Del resto, è stato osservato³⁴ come questa interpretazione sembra meglio conciliarsi sia con il principio di "leale collaborazione tra le amministrazioni"³⁵ (basti pensare al caso di un ente che, vedendosi ricevere il suddetto parere, potrebbe fornire all'AGCM, laddove questa non ne fosse stata al corrente al momento dell'emanazione, tutta una serie di dati e informazioni che giustificano il suo comportamento³⁶), sia con il principio di "economicità dei mezzi giuridici": in questo modo il parere svolgerebbe quell'attività di correzione (c.d. *moral suasion*) propria dei poteri di advocacy, con il risultato finale di persuadere l'ente destinatario a conformarsi alla posizione dell'Autorità, senza la necessità da parte di quest'ultima di vedersi costretta a ricorrere al giudice amministrativo.

Sul punto³⁷ anche la recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale si è dichiarata favorevole alla tesi dell'obbligatorietà del parere motivato, ribadendo l'importanza di emanare un parere prima della proposizione del ricorso giurisdizionale³⁸.

La già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 20/2013 denota una natura bifasica del potere ex. art 21-*bis*, stabilendo infatti come questo «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

32 «La possibilità di ricorrere alternativamente all'impugnativa immediata dell'atto asseritamente illegittimo ovvero all'emissione di un parere motivato, arricchendo le modalità di azione dell'Autorità, consentirebbe certamente ad essa di agire con la flessibilità richiesta dalla peculiarità delle singole situazioni. In alcuni casi può risultare proficuo infatti avviare un dialogo con l'amministrazione, rinviando ad un momento successivo l'eventuale ricorso al giudice; nel caso di atti di rilevante e generalizzato impatto anticompetitivo può risultare invece di cruciale importanza la tempestiva reazione dell'Autorità volta a neutralizzarne gli effetti, attraverso la sospensione in via cautelare. Resta tuttavia, come detto, il limite della lettera della legge che non sembra lasciare spazio a una possibilità di tal genere» (A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 38).

33 Cfr. T. CARRA, *La competition advocacy in Italia, con particolare riferimento alla legittimazione a ricorrere ex art. 21-bis, l. n. 287/1990*, in <https://www.nuovefrontierediritto.it/la-competition-advocacy-in-italia-con-particolare-riferimento-alla-legittimazione-a-ricorrere-ex-art-21-bis-l-n-2871990/>.

34 Così T. CARRA, *La competition advocacy in Italia, con particolare riferimento alla legittimazione a ricorrere ex art. 21-bis, l. n. 287/1990*, cit.

35 Vedi artt. 120, comma 2, Cost. e 4, par. 3, TUE.

36 Sul rapporto che si crea tra l'Autorità Garante e le pubbliche amministrazioni destinatarie del parere, è stato affermato che questo opera «*as confrontation field between public administrations, as not all of them conform to the Authority's opinion and hold on their positions, giving detailed reasons as to how their acts do not restrain competition*» (M. CARPAGNANO, *The Effects of Competition Advocacy on the Pro-Competitive Regulation of the Market*, in Atti del Convegno I nuovi poteri di advocacy dell'Autorità Antitrust: un primo bilancio, AGCM, Roma, 10 dicembre 2015, 111). Sottolinea A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720*, cit., 9 come «l'obbligatorietà dello scambio preventivo potrebbe determinare un mutamento qualitativo del potere e delle funzioni amministrative in senso pro-concorrenziale, con risultati più efficaci rispetto all'impatto sortito dalla tradizionale attività di segnalazione, ciò nel rispetto del fondamentale principio di separazione tra poteri dello Stato».

amministrazione non si conformi al parere stesso³⁹». Prosegue poi la giurisprudenza amministrativa evidenziando come il parere motivato rappresenta una condizione di ammissibilità e di procedibilità del ricorso⁴⁰ al T.A.R., perciò una corretta interpretazione dell'art. 21-*bis* prevede che «il potere di agire in giudizio contro gli atti lesivi di tali principi sia preceduto da una fase pre-contenziosa, caratterizzata dall'emissione, da parte dell'Autorità, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione⁴¹».

Il Consiglio di Stato, inoltre, in una sua pronuncia (sez. V, sent. 30 aprile 2014, n. 2246), ha dichiarato che il parere svolge una duplice funzione: da un lato, incentivare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie posizioni e a conformarsi alle indicazioni dell'Autorità, attraverso uno speciale esercizio del potere di autotutela⁴², in modo che la tutela dell'interesse

37 Si vuole ribadire come il problema in questione sia tutt'altro che teorico. R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art 21 bis della legge 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 Andrè*, cit., 15-20 presenta una casistica particolare, ovvero quella della "Trattoria di Lucca" riassunta egregiamente da R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 10 «è pendente innanzi al T.a.r. Lazio un ricorso proposto da una trattoria lucchese e dalla Federazione Italiana Pubblici Esercizi contro il parere con cui l'AGCM ha mosso rilievi di legittimità nei confronti di un Regolamento adottato dal Comune di Lucca nel quale veniva, fra l'altro stabilito, che gli arredi degli esercizi di vicinato non possono coincidere con le attrezzature tradizionalmente utilizzate negli esercizi di somministrazione Secondo l'AGCM tale regolamento, in quanto limita l'esercizio delle attività economiche degli esercizi di vicinato in assenza di un espresso divieto posto da una norma di legge, appare in grado di determinare un ingiustificato svantaggio competitivo a danno di tale tipologia di esercizi commerciali. Ha quindi chiesto, ai sensi dell'art. 21-bis legge n. 287/1990, la modifica del regolamento con un parere oggetto di gravame».

38 Avallando la teoria dell'obbligatorietà del parere motivato è stato considerato «as a necessary precursor to instituting a legal case of action, and for the court allowing it to proceed» (A. D'ANNA e G. CAROVANO, *Article 21-bis of Law np. 287/1990: An analysis of Recent Administrative Case Law*, in *Italian Antitrust Review*, n. 2, 2016, 84).

39 Corte Costituzionale, 14 febbraio, 2013, n.20.

40 T.A.R. Lazio, sez. II, sent. 6 marzo 2013, n. 4451, AGCM c. Roma Capitale.

41 Consiglio di Stato, sez. V, sent. 30 aprile 2014, n. 2246, AGCM c. Roma Capitale.

42 Evidenza F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 116 che l'AGCM interviene nel momento in cui la P.A. non si adegua al parere. Sorge così una domanda: il ricorso può essere accolto anche quando la valutazione della P.A., in merito alla sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 21-*nonies*, sia stata negativa, motivata e fondata? La risposta che appare preferibile è che in questo caso il ricorso non può essere accolto, quando c'è stata una violazione delle predette norme. Se si considera il conformarsi della P.A. destinataria del parere dell'Autorità come un fenomeno di autotutela decisoria, si potrebbe concludere che, una volta accertato che non vi sono i presupposti di legge per il suo esercizio, anche il potere di ricorso dell'Autorità non potrà di fatto essere esercitato. In caso contrario, si arriverebbe a considerare la speciale legittimazione dell'AGCM una forza che nessun'altra forma di ricorso possiede e che inoltre sarebbe in evidente disarmonia il nostro ordinamento giuridico. Vedi anche M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, cit., 868. nonché B. G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V. 3, 2016, 296-297.

pubblico sia assicurata anzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e rimanendo il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa l'*extrema ratio* (dato il fatto che l'AGCM non è munita di poteri coercitivi verso quelle amministrazioni che non intendano adeguarsi a tali previsioni); e, dall'altro, la fase pre-contenziosa e il relativo parere costituiscono un valido strumento per la deflazione del contenzioso, per evitare che due soggetti pubblici si rivolgano direttamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico⁴³.

Alla luce di ciò ne consegue che l'Autorità non potrebbe agire in giudizio senza attivare la fase procedimentale preliminare⁴⁴.

In quella che è l'analisi sul "parere", così come presentato ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge antitrust, occorre poi interrogarsi su quale sia la sua natura.

Innanzitutto, il parere⁴⁵ di cui si sta discutendo non può e non deve in alcun caso essere confuso con i pareri emanati dall'AGCM su richiesta di altre amministrazioni o anche d'ufficio ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990.

Secondo una dottrina minoritaria⁴⁶, è stato osservato che tale parere presenterebbe la natura sostanziale di atto di diffida⁴⁷. Infatti, come per le diffide, viene stabilito un termine per la rimozione dell'infrazione (entro sessanta giorni) e successivamente scatta in capo al soggetto destinatario l'obbligo di conformarsi o quantomeno spiegare le ragioni per cui si ritiene che l'Autorità abbia sbagliato ad emanare il suddetto parere. Tuttavia, vi è una differenza sotto il punto di vista

43 T. CARRA, *La competition advocacy in Italia, con particolare riferimento alla legittimazione a ricorrere ex art. 21-bis, l. n. 287/1990*, cit.

44 A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 38. Nonché P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, 74-75.

45 Occorre fare una precisazione. Il "parere motivato" ai sensi dell'art. 21 bis l. n. 287/1990 si distingue da un "semplice parere" come ad es. quello dell'art. 22 l. n. 287/1990 dove si riporta che «L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottoporre l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita». Premesso che l'AGCM, nei confronti della P.A., non ha poteri coercitivi può solo limitarsi ad attuare meccanismi persuasivi affinché quest'ultima si conformi al parere. Ma ciò che distingue le due tipologie di pareri sta nelle conseguenze: da un lato, come già precedentemente evidenziato, se non ci si conforma ad un "semplice parere" (c.d. strumento tradizionale di advocacy) non vi sono gravi ripercussioni dato il fatto che esso non è giuridicamente vincolante, dall'altro, se invece non ci si conforma ad un "parere motivato" ai sensi dell'art. 21 bis le ripercussioni sono di tipo processuale. Per tale motivo, quest'ultimo, è considerato dal Consiglio di Stato come strumento di deflazione del contenzioso. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 30 aprile 2014, n. 2246, AGCM c. Roma Capitale.

46 Così M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, cit., 868-869.

47 Per una generica comprensione sull'istituto vedi art. 15 l. n. 287/1990 e art. 1454 c.c.

procedurale: da un lato, la diffida può essere emanata solo a seguito di un'istruttoria dove vi è stato modo di svolgere un contraddittorio procedimentale, dall'altro, il "parere-diffida" ai sensi dell'art. 21-*bis* può essere inviato senza alcun tipo di interlocuzione preliminare. In secondo luogo, per l'emanazione del parere-diffida è richiesta esplicitamente una solida motivazione, andando ad indicare «gli specifici profili delle violazioni riscontrate⁴⁸». Successivamente, spetterà al giudice il compito di accertare l'esistenza o meno dei profili di vizio del provvedimento ipotizzati dall'AGCM.

In aggiunta, nel corso del giudizio di impugnazione del suddetto parere-diffida sarà possibilità da parte dell'Autorità impugnare in via incidentale⁴⁹ il provvedimento dell'amministrazione in modo tale che al verificarsi di un'ipotesi in cui il giudice accerti l'esistenza di uno dei vizi contestati nel parere-diffida il giudizio termini con una sentenza che respinga il ricorso proposto dall'amministrazione ed annulli il provvedimento emanato proprio da quest'ultima⁵⁰.

Mentre ormai, secondo la dottrina maggioritaria⁵¹, è pacifico che per quanto riguarda la sua natura, il parere antitrust (ex. art. 21-*bis*, l. n. 287/1990) debba essere inteso come un mero preavviso di ricorso volto a «consentire all'amministrazione di modificare un provvedimento amministrativo che è già stato adottato⁵²».

Un'ultima interessante questione attiene alla mancata indicazione del *dies a quo* per l'esercizio del potere di intervento da parte dell'Autorità. Vero è che l'art. 21-*bis*, al secondo comma, palesa alcuni termini in modo trasparente: a) sessanta giorni di tempo entro i quali l'AGCM può emanare un parere motivato se ritiene che una pubblica amministrazione abbia a sua volta

48 Art. 21 bis, comma 2, l. n. 287/1990.

49 S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, cit., 26-35; vedi anche P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit., 78-79.

50 M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, cit., 868-869.

51 Così anche M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, 15 sostenendo «Non credo invece che si possa condividere l'idea secondo cui il "parere ex art. 21-bis, comma 2°, dovrebbe essere equiparabile ad una "diffida" ex art. 15 l. 287/1990, cioè ad un provvedimento inibitorio amministrativo. Questo inquadramento sistematico, pur avendo il pregio di collegare il parere ex art. 21-bis, l. 287/1990, ad un provvedimento tipico dell'Autorità previsto dalla stessa legge, e di rafforzare il valore giuridico del "parere" emanato dall'Autorità, non sembra conciliarsi con la disciplina nel suo complesso».

52 F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 138.

adottato un atto distorsivo delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; b) un ulteriore termine di sessanta giorni entro cui l'amministrazione destinataria può scegliere se conformarsi al parere o meno; c) un termine finale di trenta giorni nel quale, in caso negativo, tramite l'Avvocatura dello Stato⁵³ l'Autorità può presentare il ricorso.

Tuttavia, da un'attenta lettura della norma, è possibile osservare come la disposizione non faccia nessun riferimento esplicito alla decorrenza del termine iniziale a partire dal quale l'Autorità possa formulare il parere. E questo comporta un grande problema: premesso che ogni ordinamento giuridico si fonda sul principio di certezza del diritto, e quindi una sua assenza comporta il venir meno di ogni equilibrio giuridico, ci si interroga sul motivo di tale omissione di termine.

Secondo la dottrina, probabilmente la mancanza del suddetto termine, lungi dall'essere una mera negligenza del Legislatore, potrebbe trovare la sua ragione nell'evidente difficoltà di individuare con certezza l'esatto momento di conoscenza fenomenologica anticoncorrenziale di cui il parere ne è la reazione⁵⁴.

Una facile soluzione al quesito, secondo la corrente maggioritaria⁵⁵, potrebbe essere offerta dal richiamo all'art. 41, comma 2, c.p.a., il quale prevede che il termine per il ricorso inizia a decorre dalla notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, a partire dal giorno in cui è scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge. Ciononostante, sul punto, alcuni⁵⁶ non sembrano essere d'accordo ritenendo che la mera pubblicazione (seppur prevista dalla legge) non potrebbe configurare l'inizio della decorrenza dei termini per l'Autorità, in quanto

53 «A prima lettura, la specificazione in esame potrebbe apparire superflua, perché già in base all'art. 1. r. d. 30 ottobre 1933, n. 1611, l'Avvocatura dello Stato ha il patrocinio obbligatorio di tutte le Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, ed ormai, superate le iniziali incertezze, è piuttosto pacifico che anche le Autorità indipendenti (tra cui l'AGCM) rientrino, nonostante le peculiarità da cui sono contraddistinte, nel *genus* Amministrazioni dello Stato, soggette a patrocinio obbligatorio. La precisazione legislativa dell'obbligo di patrocinio potrebbe avere una sua utilità in caso di ricorso proposto dall'AGCM contro un'altra Amministrazione dello Stato (anch'essa, come tale, sottoposta a patrocinio obbligatorio)» (R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 14-15).

54 R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art 21 bis della legge 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 Andrè*, cit., 21.

55 C. BELLESINI, *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*, in *Rass. Avv. Stato*, 2016, 23. Vedi anche F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, in contributo per la X edizione del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea", Treviso, 17-18 maggio 2012, 422; nonché R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 12.

56 F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, cit., 422 e ss.

altrimenti sarebbe costretta ad effettuare un monitoraggio minuzioso, incessante e faticoso comprensivo di tutti gli atti emanati da ogni pubblica amministrazione. Per arrivare a tale scenario ci vorrebbe un'espressa deroga alla regola generale in materia di decorrenza del termine di impugnazione. Pertanto è stato sostenuto⁵⁷ che il termine per il parere inizia a decorrere: nelle ipotesi di atti sottoposti per legge a pubblicazione a partire dalla scadenza del periodo di pubblicazione oppure in mancanza, dalla comunicazione o piena conoscenza dell'atto acquisita⁵⁸.

Tutt'altra questione si prospetta nel caso in cui all'Autorità pervengano denunce, esposti o segnalazioni da privati e/o Associazioni di consumatori in quanto in tal caso si guarderà inevitabilmente all'esatto momento in cui la "*notitia criminis*" sia giunta nella disponibilità cognitiva dell'AGCM⁵⁹.

Al di là delle denunce, esposti o segnalazioni da privati e/o Associazioni di consumatori rimane il fatto che il sistema delineato rischia di mettere in pericolo la certezza del diritto nonché la possibilità di modificare arbitrariamente il termine di decadenza a beneficio dell'Autorità spostandolo anche di molto in avanti, dal momento che la sua facoltà di attivarsi nell'emanare un parere motivato non è a sua volta subordinata ad un termine *ad hoc*.

In tal senso, un'altra corrente fa un richiamo all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 ed alla ragionevolezza del termine entro cui l'annullamento d'ufficio suggeriscono un rimedio ad un'anomalia altrimenti troppo evidente. Seguendo questo ragionamento, se l'Autorità decidesse di attivarsi eccessivamente tardi con il suo parere, d'altra parte attribuirebbe all'amministrazione destinataria la facoltà di obiettare che è ormai decorso il termine ragionevole di cui all'art. 21-*nonies*. Dunque, il ricorso al regime dell'annullamento d'ufficio permetterebbe di sostituire il suddetto termine ragionevole al termine di decadenza processuale, raggiungendo in tal modo una doverosa armonia sistematica.

57 Così R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 12.

58 R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 12.

59 R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art 21 bis della legge 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 Andrè*, cit., 22. Inoltre fra le molteplici pronunce, si confronti T.A.R. Lazio, sez. I, 25 gennaio 2008 n. 571, in cui si afferma che «Nel procedimento sanzionatorio attivato dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo nei confronti di una società di assicurazioni, il momento dell'accertamento dell'infrazione, dal quale decorre il termine perentorio per la contestazione, non coincide né con la data di consumazione della violazione, né con la mera percezione del fatto, bensì con il compimento di tutte le indagini volte ad acquisire la piena conoscenza del fatto stesso e va inteso come comprensivo del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti e afferenti agli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione, dovendo essere ancorato a un momento storico in cui l'Amministrazione, in un tempo ragionevole, ha concretamente espletato le opportune indagini».

Alla luce di tutto ciò, come ultima ed unica alternativa possibile vi sarebbe quella di sostenere che, nonostante il silenzio del Legislatore, il termine ordinario di decadenza (trenta giorni), decorrente dalla conoscenza dell'atto distorsivo della concorrenza, debba comunque applicarsi all'Autorità come forma di interpretazione integrativa⁶⁰.

Per concludere, la giurisprudenza⁶¹ sembra aver trovato una soluzione all'intera questione affermando che il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere inizia a decorrere dall'esatto momento della conoscenza dell'atto lesivo della concorrenza⁶².

3. La legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 21-bis della Legge n. 287/90.

Per procedere in questa analisi è opportuno evidenziare come l'art. 21-bis conferisca all'Autorità una particolare *legitimatio ad causam*, permettendole di agire immediatamente, anche in assenza di atti di carattere attuativo. Ciò a patto che sia almeno conclusa la fase pre-contenziosa delineata dal comma secondo dell'art. 21-bis. In questo caso esclusivamente l'AGCM, e non anche i singoli operatori, ha il potere di ricorrere di fronte al giudice amministrativo per annullare l'atto generale o il regolamento⁶³.

⁶⁰ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 117.

⁶¹ È stato osservato dal T.A.R. Veneto, sez. I, con la sentenza n. 737/2015 (ribadendo l'orientamento giurisprudenziale già abbracciato dal Consiglio di Stato) che il termine di sessanta giorni concesso all'Autorità inizia a decorrere solo dal ricevimento di una precisa comunicazione contenente gli elementi significativi dell'atto che dovrebbero formare oggetto del successivo parere: dunque, solo da quel momento l'AGCM esercita la propria competenza, con la conseguenza che una volta decorso il termine, il ricorso eventualmente proposto dall'Autorità sarà dichiarato irricevibile. Di orientamento contrario è il T.A.R. Lazio, che nella sentenza n. 2720/2013 ha escluso che, qualora il parere sia stato emesso una volta decorso tale termine, l'AGCM decada dal potere di azione giurisdizionale. Sul punto T. CARRA, *La competition advocacy in Italia, con particolare riferimento alla legittimazione a ricorrere ex art. 21-bis, l. n. 287/1990*, cit.

⁶² C. BELLESINI, *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*, cit., 24. Sul punto v. T.A.R. Lazio, Sez. III bis, n. 2720 del 2013, per cui «dalla formulazione letterale della 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». Per un maggiore approfondimento vedi N. PECCHIOLI, *“Teologia della concorrenza” o crisi di cooperazione? Note critiche sulla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad impugnare atti amministrativi e regolamenti*, in www.giustamm.it, 2012.

⁶³ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, cit., 38.

Solo a questo punto è possibile interrogarsi sulle ulteriori criticità della disposizione, le quali ruotano attorno a due poli: la legittimità costituzionale⁶⁴ di tale facoltà⁶⁵ e la legittimazione a ricorrere⁶⁶.

Partendo dal primo profilo, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, non si trovano molte informazioni. Tuttavia la norma nel 2013, nell'unico caso in cui è stata sottoposta al vaglio della Corte⁶⁷, è stata pienamente dichiarata legittima.

Mentre in merito al secondo profilo, ovvero il tema della legittimità a ricorrere⁶⁸, occorre chiarire se l'art. 21-*bis* introduca o meno una giurisdizione oggettiva⁶⁹.

Come abbiamo già avuto modo di ricordare, a livello storico, l'art. 21-*bis* nasce dall'esigenza di risolvere le concrete problematiche conseguenti alle lacune dei tradizionali strumenti di advocacy quali le segnalazioni e i pareri (artt. 21 e 22 della l. n. 287/1990), vale a dire

64 Il problema della legittimità costituzionale è riconducibile all'art. 103 Cost., ritenendo che non vi sarebbe riconducibilità dell'interesse alla tutela della concorrenza alle posizioni soggettive di interesse legittimo. Cfr. sul punto M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis l. n. 287/1990*, cit., 8 ss.

65 T. CARRA, *La competition advocacy in Italia, con particolare riferimento alla legittimazione a ricorrere ex art. 21-bis, l. n. 287/1990*, cit.

66 La legittimazione rispetto all'interesse ad agire assume un distinto ruolo «di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco». Sul punto M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, 330. Per maggiori approfondimenti vedi R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 2013, 337 ss.; L. COSSU, *Autorità indipendenti. Potere delle Autorità di impugnare gli atti della pubblica amministrazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Urb. App.*, 2012, 1022 ss.

67 L'intera questione può essere così brevemente riassunta: nel 2012 la Regione Veneto sollevò la questione di legittimità costituzionale in via principale dell'articolo 35 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. Il motivo riguardava principalmente una presunta violazione degli articoli 3, 97 (primo comma), 113 (primo comma), 117 (sesto comma) e 118 (primo e secondo comma) della Costituzione, nonché della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) e del principio di leale collaborazione. Ma alla fine il ricorso venne dichiarato inammissibile. Sul punto Corte Costituzionale, 14 febbraio, 2013, n.20. Cfr. sulla pronuncia della Corte, si vedano i commenti di M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2013, 342 ss. Inoltre il T.A.R. Lazio superò la questione affermando che in realtà con riferimento all'AGCM sia individuabile una situazione giuridica soggettiva connessa ad un interesse pubblico (ovvero la concorrenza) e ad un "bene della vita". Vedi T.A.R. Lazio sez. III ter., n. 2720/2013. D'altronde «l'autonomo fondamento costituzionale del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi (artt. 24, 103, 113 e 125 Cost.) esclude che l'autonomia delle Regioni e degli enti locali possa implicare una limitazione del sindacato giurisdizionale, tanto in ordine agli atti impugnabili e alle censure proponibili, quanto in ordine agli interessi tutelabili e ai soggetti legittimati all'azione» (M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis l. n. 287/1990*, cit., 14-15).

68 «La nozione di legittimazione ad agire (altrimenti detta *legittimatio ad causam*), secondo una definizione ormai classica, consiste nella titolarità del potere di una parte di ricorrere in giudizio. Generalmente chi afferma di essere titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo coincide con chi ha il potere di chiederne la tutela giurisdizionale» (O. SOLINA, *La legittimazione ad agire per la tutela degli interessi collettivi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V.2, 2017, 251). Vedi anche G. CONSTANTINO, *La legittimazione ad agire*, in *Enc. gir.*, 1990, 3; M. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989, 1213.

il fatto che, non essendo giuridicamente vincolanti, i soggetti destinatari d'altra parte non sempre seguono le indicazioni fornite attraverso tali strumenti⁷⁰.

In questo quadro si contrappongono due orientamenti di pensiero: quello della giurisdizione oggettiva e quello della giurisdizione soggettiva. La dottrina favorevole al primo orientamento⁷¹ ritiene che la norma in esame configura una giurisdizione oggettiva⁷² «ovvero una possibilità di azione concessa non a tutela di un interesse particolare, ma dell'interesse generale al rispetto delle regole⁷³», per cui l'AGCM, nel momento in cui decide di fare ricorso, non farebbe valere situazioni giuridiche soggettive proprie, ma solo l'interesse generale alla concorrenza⁷⁴.

69 «La giurisdizione di diritto oggettivo si caratterizza perché il giudice è chiamato a curare un interesse pubblico, prima e oltre che l'interesse e le posizioni giuridiche soggettive delle parti in causa, vi provvede a prescindere dalla domanda di parte e, con specifico riferimento al processo amministrativo, non è vincolato ai motivi dedotti dal ricorrente» (F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 255). Vedi anche O. SOLINA, *La legittimazione ad agire per la tutela degli interessi collettivi*, cit., 252-253. Casi concretamente riscontrabili fanno riferimento all'art. 121 c.p.a. che, secondo l'orientamento prevalente (ma non pacifico) consentirebbe al giudice amministrativo di pronunciare l'inefficacia del contratto a prescindere dalla domanda di parte. Sul punto N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, cit., 827.

70 M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, cit., 866.

71 Tra gli autori che sostengono la tesi della giurisdizione oggettiva ricordiamo F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, cit., 419 «Il nuovo potere di proporre ricorso sembra, infatti, evocare una giurisdizione sostanzialmente di carattere oggettivo, non essendo percorribile la strada della *fiction* secondo cui l'Autorità sarebbe titolare (come ente esponenziale) di un interesse diffuso al rispetto della concorrenza e del mercato». Vedi anche F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio le pubbliche amministrazioni*, in www.apertacontrada.it, 2012, par. 7 e 9. 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.it, 2012, 6-7.

72 Sostiene M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2015, 43 che non esista in linea di principio nella Costituzione alcuna preclusione alla giurisdizione oggettiva. Ma la sua poca diffusione trova spiegazione principalmente per motivi di carattere storico e non giuridico. Sul punto si è parlato anche di preferenze ideologiche. Cfr. anche P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 83-84.

73 R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 2. Secondo un'altra autorevole dottrina per giurisdizione oggettiva si intende la volontà di garantire «l'attuazione della legge, indipendentemente dal diritto individuale di alcuno» (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 358). Secondo F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 112.

74 T. CARRA, *La competition advocacy in Italia, con particolare riferimento alla legittimazione a ricorrere ex art. 21-bis, l. n. 287/1990*, cit. Vedi F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 109-112, in particolare 119. La posizione negativa sembra essere condivisa anche da F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, cit. Su questo tema cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 127 ss. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, 47 ss. L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, 1 ss. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino 2007, 233 ss.

È stato osservato poi come non sia sufficiente che uno specifico procedimento miri a proteggere un interesse generale per le caratteristiche di giurisdizione oggettiva, poiché «se così fosse, le valutazioni finalistiche soverchierebbero il dato strutturale, e indurrebbero facilmente a ravvisare fenomeni di giurisdizione oggettiva anche in procedimenti retti oltre ogni dubbio dalle regole del processo dispositivo⁷⁵».

Inoltre occorre aggiungere che rispetto ai giudizi conseguenti di tali giurisdizioni vi è la possibilità che, insieme all'interesse generale si persegua anche una tutela "indiretta" degli interessi personali di singoli soggetti, situati in una posizione di particolare vicinanza al concreto interesse pubblico coinvolto (come avviene ad esempio per la parte civile, nel processo penale, o per le parti del giudizio *a quo*, nel processo di legittimità costituzionale)⁷⁶.

Un'altra parte della dottrina⁷⁷ ritiene invece che l'orientamento precedentemente analizzato non dovrebbe essere seguito⁷⁸ in quanto collegato ad una ormai datata concezione, ovvero «che la tutela giurisdizionale potesse darsi, anzi concepirsi, soltanto per i diritti soggettivi⁷⁹». Mentre oggi sappiamo, senza alcun dubbio, che vengono tutelati dall'ordinamento giuridico anche gli interessi

⁷⁵ Cfr. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, 508 e in particolare 512. Cfr. anche N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, cit., 818.

⁷⁶ M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, cit., 5.

⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 15 marzo 2013, n. 2720. Sostiene inoltre R. Giovangoli una tesi particolare in merito all'interesse tutelato, dichiarando che «l'AGCM può proporre ricorso non solo e non tanto perché c'è un atto (regolamentare o amministrativo) illegittimo, ma perché quell'atto ha violato le regole in materia di concorrenza, così alterando il corretto funzionamento del mercato. Il corretto funzionamento del mercato, il libero esplicarsi in esso della libertà di iniziativa economica, è qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto alla semplice legalità dell'azione amministrativa. Esso è certamente un bene della vita: è un bene della vita di primaria importanza, protetto a livello costituzionale e comunitario, un bene della vita che ha assunto oggi un ruolo fondamentale, in un contesto economico nel quale il corretto funzionamento dei mercati viene sempre più spesso indicato come fondamentale fattore di crescita e di competitività». (R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 3). Per un maggiore approfondimento sulla tutela del mercato vedi Cass. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207. L'interpretazione esposta nonostante le numerose critiche mosse dalla dottrina (M. Clarich), secondo cui la nozione di bene della vita non può coincidere con quella di interesse pubblico di cui l'Autorità se ne prende cura, ha trovato comunque l'approvazione della giurisprudenza che pare le abbia accolte entrambe. Sul punto N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, cit., 814; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, cit., 867.

⁷⁸ Anche M. A. Sandulli sembra avallare tale tesi affermando «la critica è a mio avviso superabile con la considerazione, che infatti la predetta dottrina non condivide sul presupposto della natura indipendente dell'Autorità antitrust, che essa è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo o generale» (M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis l. n. 287/1990*, cit., 8 ss.). Vedi anche M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 359 ss.

⁷⁹ F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 403.

legittimi. Il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale si riferisce infatti ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi (artt. 24, 103, 113 Cost.⁸⁰) e, secondo una consolidata interpretazione, deve essere interpretato alla luce del principio di effettività⁸¹. Ciò porta ad interpretare estensivamente il principio di tutela effettiva dei diritti soggettivi nel giudizio civile⁸² e lo stesso principio può essere esteso anche alla tutela degli interessi legittimi (v. art. 1 c.p.a). Perciò non possono esserci dubbi che il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non riguardi solo determinate situazioni soggettive (ad esempio diritti o interessi legittimi “titolati”)⁸³.

In tal senso, la dottrina che concepisce l’art. 21-*bis* espressione di una giurisdizione soggettiva⁸⁴ ritiene che attraverso tale istituto si voglia perseguire la tutela degli interessi personali dei soggetti dell’ordinamento. E come avviene nel modello oggettivo, pure in queste giurisdizioni si ricerca il ripristino della legalità violata, ma è perseguito solo se c’è dall’altra parte un attore volenteroso di ottenere la tutela di una propria posizione soggettiva attraverso una pronuncia del giudice⁸⁵.

⁸⁰ Art. 24 Cost. «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Art. 103 Cost. «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». Art. 113 Cost. «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa». Più precisamente, l’art. 24 Cost. anche in ragione della sua collocazione nella Parte prima, Titolo primo della Costituzione (“Diritti e doveri dei cittadini”), intende apprestare una garanzia ai cittadini. Considerazioni analoghe si possono fare anche per l’art. 113 Cost. Dalla norma si comprende che lo scopo è quello di sottolineare come la tutela delle posizioni soggettive sia assicurata anche nei confronti della P.A. (primo comma), evitare che la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi venga ostacolata dalla presenza di un atto amministrativo (comma secondo), e che vi sia un giudice dotato del potere di annullamento degli atti della P.A. (comma terzo). Ed infine quanto all’art. 103 Cost. la giurisdizione del giudice amministrativo deve essere considerata necessariamente di diritto soggettivo. M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, cit., 35-37.

⁸¹ Come sancito nelle norme europee e internazionali quali: art. 19 TUE, art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali UE, art. 13 CEDU. Vedi anche A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giusto processo civile*, n. 3, 2014, 828 ss.

⁸² Per la pacifica qualificazione del processo civile quale espressione di giurisdizione soggettiva, v. p. es. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, II, 2010, 175 e ss., in particolare 186 e 194, sui processi civili a contenuto oggettivo. Vedi anche P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 22 e ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., in particolare 158. O più di recente si veda C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Torino, I, 2007, 9 e ss.

⁸³ M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, cit., 6-7.

⁸⁴ «La giurisdizione di diritto soggettivo (...) si caratterizza per la soggezione al principio dispositivo, che opera sul fronte della domanda e della formazione della prova» (N. PICA, *La tutela processuale dell’interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell’AGCM*, cit., 818-819). Cfr. anche R. IANNOTTA, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 1985, 281; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, V. 1, 2000, 296. E se si vuole avere una visione più ampia sul tema, soprattutto in una visione comparata, vedi B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 74 ss.

In dottrina⁸⁶ però oltre l'esistenza di questi due orientamenti c'è anche chi ha sostenuto l'esistenza di una terza via: cioè che il processo amministrativo non sia solo un processo di tipo soggettivo, ma anche allo stesso tempo, un processo di tipo oggettivo, perciò *sui generis*, di natura mista⁸⁷.

Alla luce delle differenti posizioni, in una recente pronuncia (Consiglio di Stato, sezione VI, 21 febbraio 2023, n. 1760) il Consiglio di Stato si è pronunciato affermando che «il ricorso ai sensi dell'art. 21-*bis*, l. n.287 del 1990 non configura un'ipotesi di “giurisdizione oggettiva”, ma delinea piuttosto un potere d'azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche qualificate e differenziate, di matrice quindi soggettiva, sebbene provenga da un soggetto pubblico ad hoc che agisce a tutela di un determinato bene giuridico, la tutela della concorrenza e del mercato⁸⁸».

In tal senso è stato sostenuto⁸⁹ che questo potere dell'Autorità si possa tradurre non tanto in un potere di azione nell'interesse generale della legge in un settore specifico, quanto più nella diretta e naturale espressione dell'interesse pubblico, volto a garantire la migliore tutela della concorrenza, di cui è specifico affidatario, anche attuando un comportamento volto ad opporsi ai diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti. Interessi che possono considerarsi lesi a seguito di una mera violazione della legge o dall'inosservanza dell'invito (c.d. parere)⁹⁰.

Occorre ora analizzare un'ultima questione: è possibile interrogarsi se il suddetto potere di azione risulta essere una mera facoltà in capo solo all'AGCM oppure se sia un potere che può essere sollecitato anche dai privati interessati all'eliminazione dell'atto in contrasto ad un corretto

85 M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, cit., 6.

86 S. CASSARINO, *Attuali problemi*, in *Foro amm.*, 1994, VII, 1991-1993.

87 M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, cit., 6. Cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, t. II, 2003, 2021-2168; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1992, 127-135; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva”*, cit., 354; S. SPAVENTA, *Discorso preparato per la inaugurazione della Quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 290 e ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, II, 1934, 385 e ss.; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 22; nonché E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 1-23.

88 Consiglio di Stato, sezione VI, 21 febbraio 2023, n. 1760.

89 Così sul punto C. BELLESINI, *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*, cit., 23.

90 C. BELLESINI, *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*, cit., 23.

sviluppo della concorrenza. In altri termini, ci si domanda su come bisogna comportarsi in caso di inerzia da parte dell'Autorità⁹¹ (c.d. archiviazione) rispetto ad una richiesta con cui il singolo, mediante apposita segnalazione, le chieda di impugnarlo ai sensi dell'art. 21-*bis*. È possibile risponde fin da subito come tale potere di azione, ad oggi, rimanga una mera facoltà in capo all'AGCM⁹², poiché la disposizione in esame attribuisce all'Autorità non un semplice potere amministrativo in senso stretto, ma il potere di agire in giudizio, perciò un esclusivo diritto di azione; ciò vuol dire che d'altra parte l'AGCM ha anche la facoltà processuale di non agire in giudizio⁹³.

Le soluzioni offerte al privato saranno le seguenti: a) potrà agire direttamente, impugnando personalmente a seguito della violazione di legge un atto amministrativo davanti al T.A.R. e questo farà in modo da rendere inutile ogni iniziativa contro l'archiviazione; b) nel caso in cui non avesse rispettato il termine di decadenza l'ordinamento non potrà consentirgli una impropria rimessione in termini attraverso l'impugnazione dell'archiviazione dell'AGCM e col fine ultimo di rimettere in moto, per volontà del giudice, tutto l'iter di cui all'art. 21-*bis*; c) se si trattasse di un atto amministrativo generale o di un regolamento non ancora lesivo per la mancanza di un atto applicativo, allora il privato interessato potrebbe aspettare che l'atto applicativo produca effetti negativi ed impugnare, a quel punto, quest'ultimo insieme all'atto generale e/o alla norma di regolamento che lo presupponga⁹⁴.

4. Ulteriori profili processuali.

⁹¹ Per un maggiore approfondimento sotto il profilo amministrativo generale v. M. MAZZARELLA, *L'inerzia della pubblica amministrazione: il silenzio-inadempimento e le tutele riconosciute del terzo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V. 2, 2021, 252-260.

⁹² Non mancano tuttavia autori favorevoli ad ampliare i confini della legittimazione ad impugnare gli atti dell'Autorità, a beneficio del singolo, cfr. a tal proposito A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, in part. 195 e ss.; cfr. altresì R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; nonché R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale dei controinteressati rispetto ai provvedimenti di archiviazione e di autorizzazione dell'Autorità antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, n. 12, 2004, 137 e ss.

⁹³ R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 8-9.

⁹⁴ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 118-119. Vedi anche R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art 21 bis della legge 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 Andrè*, cit., 14-15.

Seguiranno ora dei cenni su alcuni profili processuali, tra cui: irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità per cessazione della materia del contendere o sopravvenuta carenza di interesse ed infine l'efficacia della sentenza del giudice amministrativo.

Prima di iniziare nel compiere tale analisi è doveroso però, in via preliminare, fare una premessa. Occorre ricordare come, secondo le regole generali sul processo amministrativo, è da un lato indispensabile seguire il principio della certezza delle situazioni giuridico-soggettive di diritto pubblico, in virtù del quale bisogna rispettare i termini perentori predeterminati e certi⁹⁵; dall'altro l'art. 1 c.p.a mette in luce come si vuole assicurare nel corso del processo una tutela piena ed effettiva⁹⁶.

Ciò detto, l'oggetto del giudizio è rappresentato dalla violazione originaria delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, non dall'atto di rifiuto o di mancata conformazione dell'Amministrazione destinataria rispetto al parere dell'AGCM o ancora dall'inerzia rispetto a questo⁹⁷.

Da qui discendono una serie di possibili profili processuali.

Come già evidenziato precedentemente, da una lettura testuale dell'art. 21-*bis*, emergono innanzitutto i caratteri della decadenza processuale. Sarebbe dunque possibile avanzare una dichiarazione di irricevibilità in quanto è stato previsto dal Legislatore italiano un termine di 30 giorni prescritto al secondo comma del summenzionato articolo.

Durante il ricorso, quest'ultimo, potrebbe poi essere dichiarato inammissibile nel caso in cui ad esempio l'Autorità formulasse un vizio-motivo non perfettamente coincidente alla violazione delle norme protettive della concorrenza e del mercato⁹⁸. In tale contesto, il giudice si troverebbe ad emanare una pronuncia di inammissibilità del ricorso per carenza della *legitimatio ad causam* dato

⁹⁵ P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit., 77. Cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

⁹⁶ A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, 44. Vedi anche G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, in collana Itinerari, Il Mulino, 2022.

⁹⁷ A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 55-57. Cfr. Cons. St. n. 323/2016 e T.A.R. Lazio, n. 2720/2013.

⁹⁸ Evidenzia F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 121 «Infatti, la legittimazione dell'Agcm, proprio perché ha carattere eccezionale, non può estendersi al di fuori dei casi espressamente previsti dalla norme in esame».

il fatto che la legittimazione di AGCM, in quanto avente carattere eccezionale, non può estendersi oltre i casi espressamente previsti dalla norma e quindi oltre quei casi ammessi dalla legge⁹⁹.

Ma ancora, nel corso del giudizio potrebbero verificarsi una serie di vicende che comporterebbero il venir meno dell'interesse al ricorso¹⁰⁰ determinandone l'improcedibilità. A titolo esemplificativo si pensi al caso in cui l'atto venga ritirato dall'Autorità emanante: essa in un primo momento potrebbe non conformarsi al parere dell'AGCM, ma, successivamente, a seguito della notifica del ricorso, cambiare idea, decidendo di provvedere in autotutela. Così facendo, si eliminerebbe la violazione, mostrando la volontà di conformandosi all'indirizzo espresso dall'Autorità.

Più complesso poi è stabilire se siano anche delineabili vicende che comportano la sopravvenuta carenza di interesse successiva all'adozione da parte dell'amministrazione di nuovi provvedimenti, non impugnati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che realizzano la stessa violazione della concorrenza che aveva portato l'Autorità ad agire. Si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione resistente, nel corso del giudizio che ha per oggetto un atto generale o un regolamento, emani un provvedimento non impugnato dall'AGCM. Ad esempio, si pensi all'impugnazione del bando cui non segua l'impugnazione dell'aggiudicazione avvenuta in virtù delle clausole del bando considerate distorsive delle regole concorrenziali¹⁰¹. In tal senso è stato osservato¹⁰² che qualora si accettasse l'idea che l'interesse ad agire valicasse il campo di osservazione dell'interprete e quindi fosse estraneo alle condizioni dell'azione (che a differenza dei presupposti processuali devono sussistere per l'intera durata del processo) allora sarebbe più difficile configurare un'azione di improcedibilità. Si potrebbe infatti obiettare che laddove sopravvenga una nuova violazione questa non eliminerebbe l'interesse ad agire contro la precedente. Tuttavia, se la violazione delle norme sulla concorrenza fosse uguale alla prima e fosse posta in essere dalla stessa pubblica amministrazione con un proprio atto potrebbe sostenersi che il modello della improcedibilità possa essere replicato. Benché solo virtuale l'interesse ad agire,

99 F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 121.

100 Osserva R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 7 che l'interesse al ricorso potrebbe consistere nel semplice interesse a voler rimuovere un atto lesivo della concorrenza in quanto questa è la sola utilità che l'AGCM persegue attraverso tale ricorso.

101 R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 7.

102 Così F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 121.

potrebbe sorgere in capo all’Autorità l’onere di impugnare anche il secondo atto amministrativo, pena la improcedibilità del ricorso proposto contro il precedente¹⁰³.

Circa l’efficacia della sentenza del giudice amministrativo è necessario distinguere tra la domanda di annullamento di atti generali e regolamenti rispetto a quella contro provvedimenti concreti e specifici.

Nel primo caso, così come già precedentemente riportato, per atti generali e regolamenti, secondo i principi generali, poiché di regola non sono immediatamente lesivi, possono essere impugnati solo insieme ai provvedimenti dei quali costituiscono applicazione. Si prospettano così due scenari: a) se la domanda dell’AGCM ha avuto esito positivo ciò comporta un accertamento della violazione della normativa posta a tutela della concorrenza e del mercato da parte della pubblica amministrazione verso cui l’azione era rivolta; b) nell’ipotesi diametralmente opposta, ovvero una pronuncia che respinge il ricorso dell’AGCM, ne consegue che nessun tipo di effetto caducatorio possa colpire il provvedimento applicativo.

Nel secondo caso, per i provvedimenti, occorre notare che ci si trova davanti ad un concorso di azioni e di legittimazioni dove il potere di impugnazione spetta disgiuntamente all’AGCM e al singolo operatore. Inoltre, in questo caso, il giudice amministrativo non si limita ad annullare semplicemente l’atto ma stabilisce anche la regola di condotta da seguire. Si prospettano anche qui due scenari: a) se la domanda è di accoglimento due sono le osservazioni, con l’annullamento dell’atto si rimuove il provvedimento stesso e i suoi effetti, ma il contenuto dichiarativo della sentenza varia in base al vizio che è stato accertato dal giudice (protezione del libero mercato o riconoscimento di un vizio procedimentale); b) se vi è un provvedimento di rigetto questo può essere fatto valere come precedente giudiziale con riferimento alle questioni trattate senza che però imponga vincoli per il giudice successivo circa la decisione della causa¹⁰⁴.

Per concludere la disamina sull’art. 21-*bis* occorre infine fare dei brevi cenni anche al suo terzo ed ultimo comma, il quale delinea alcuni riferimenti rispetto al regime processuale, stabilendo che «ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V,

¹⁰³ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., 121-122.

¹⁰⁴ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell’azione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, cit., 38-41.

del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104¹⁰⁵». In altri termini, si applica la disciplina sui riti speciali menzionati nell'art. 119 del codice del processo amministrativo¹⁰⁶.

105 Art. 21 bis l. n. 287/1990, comma 3.

106 P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit., 77. Inoltre è stato sostenuto da R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit., 13-14, che il terzo comma dell'art. 21-bis, nel richiamare il rito applicabile, contiene un rimando al Titolo V del Libro IV del c.p.a., il quale, tuttavia, disciplina non uno ma due riti (ovvero quello abbreviato comune a determinate materie di cui all'art. 119 e quello speciale in materia di appalti, di cui agli artt. 120 e ss.), e il termine per ricorrere, nel secondo rito è di 30 giorni.