

INTRODUZIONE

Il nuovo potere a ricorrere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. Struttura del giudizio ex art. 21-bis.

L'articolo 35 del decreto legge 6 dicembre 2011 n.201, conosciuto anche come "decreto salva-Italia", convertito con modificazioni in legge 22 dicembre 2011 n.214, ha introdotto nella legge 10 ottobre 1990 n.287 l'articolo 21-bis, conferendo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)¹ un peculiare potere in forza del quale:

"L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato." (comma 1)

"L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni." (comma 2)

Quanto al rito applicabile al giudizio instaurato ex art. 21-bis, il comma 3 prevede che:

"Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104."

Per iniziare a trattare sull'utilità pratica, sui risvolti processuali e sulle eventuali problematiche di sistema che il conferimento di questo nuovo potere all'AGCM ha

¹ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nota anche come Antitrust o AGCM, è un'autorità amministrativa indipendente italiana istituita con la legge n. 287 del 1990.

evidenziato, appare innanzitutto utile partire dall'analisi del testo di questo nuovo articolo 21-bis.

In primo luogo, il primo comma dell'articolo 21-bis, parla di una legittimazione dell'Autorità *"ad agire 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 mercato"*.

La legittimazione ad agire coinvolge quindi:

- sotto il profilo oggettivo: tutte le tipologie di atti amministrativi, purchè siano in grado di minare e/o compromettere la stabilità concorrenziale del mercato.
- sotto il profilo soggettivo: l'emanazione degli atti sopra descritti da parte di *"qualsiasi amministrazione pubblica"*.

Per quanto concerne la tipologia degli atti soggetti al controllo di AGCM la norma è sufficientemente esaustiva, in quanto li indica specificamente: si tratta quindi di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti.

Meno specifica è invece l'indicazione dei soggetti passivamente coinvolti dal controllo, limitandosi la norma a formulare la locuzione generica *"qualsiasi amministrazione pubblica"*.

In soccorso di chi cerca di interpretare tale locuzione normativa potrebbe giungere l'elencazione tassativa contenuta all'art.1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165, rubricato *"Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*.^{1b}

^{1b} L'art. 1, comma 2, del suddetto decreto stabilisce che, *"Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN).*

Va ricordato però che questa tesi non è univoca, infatti sull'argomento vi sono i pareri di altri interpreti che propendono per un'interpretazione più estensiva, richiamando e valorizzando il comma 2 dell'articolo 7 del Codice del processo amministrativo secondo il quale: "*Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.*"

Questa norma sicuramente ampliava il *range* di applicazione del 21-bis perché, ad esempio, sarebbe idonea a ricomprendere nella definizione di pubblica amministrazione anche gli organismi di diritto pubblico,² i quali soddisfano i requisiti previsti dal comma 2, articolo 7 del Codice del processo amministrativo.

Ricordate quindi le due linee di pensiero sull'ambito di applicazione del novello art. 21-bis si può proseguire nell'analisi di ulteriori dubbi interpretativi sorti sul testo di legge.

Aspetto controverso recato dal testo normativo è infatti quello dell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di sessanta giorni che l'art. 21-bis, comma 2 assegna all'Autorità per l'emissione del parere motivato.

Questa "*linea dello start*", così come è stata definita in dottrina, è difficilmente individuabile e tale difficoltà "*è agevolmente comprensibile laddove vengano in considerazione i molteplici canali informativi e/o notiziali che possono in ipotesi rappresentare all'Autorità l'emersione di una fattispecie anticoncorrenziale.*"³

Lasciandoci alle spalle il problema della "*linea dello start*" suscettibile - come

2 Il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia con la sentenza n°698 del 26/10/2006, ricalcando la direttiva attualmente vigente Dir. 31/03/2004 n. 2004/18/CE, ha chiarito che per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo:

- a) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- b) dotato di personalità giuridica;
- c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi; oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

3 Roberto Politi, magistrato del T.A.R. del Lazio, in "*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.*" in *Federalismi.it*, n.12/2012.

osservato in dottrina - di incidere sulla "*stabilità degli atti regolamentari e dei singoli provvedimenti oggetto di successiva impugnativa*",⁴ occorre analizzare sommariamente, salvo poi trattarli in modo molto più esaustivo nei successivi capitoli, gli altri problemi di applicazione dell'articolo 21-bis su cui anche la giurisprudenza nazionale, in particolare quella costituzionale ed amministrativa, si è soffermata.

Le sentenze da cui partiranno le osservazioni e le critiche saranno nello specifico tre: due del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio e una della Corte Costituzionale, tutte estremamente recenti essendo state emesse nell'anno 2013.

La prima in ordine cronologico è la sentenza n. 20 del 14/02/2013 della Corte Costituzionale, che si è pronunciata per la generale inammissibilità, sotto il profilo dei vizi denunciati, del ricorso sollevato in via principale della Regione Veneto.

Scendendo nello specifico la Regione Veneto, nel suddetto ricorso, lamentava la reintroduzione di un controllo generalizzato su iniziativa di una Autorità statale, che per certi versi, secondo il ricorrente, sarebbe analogo a quello del previgente art. 125 della Costituzione, abrogato con la legge costituzionale n.3 del 2001.

In secundis, tra le ragioni del ricorso, viene sottolineato dal ricorrente che "*verrebbe surrettiziamente introdotta la figura del Pubblico Ministero nel processo amministrativo, contrastante con la sua natura strutturale di giurisdizione soggettiva. Ciò contrasta con l'art. 113, I comma della Costituzione, dove si prevede che sia la titolarità di una posizione giuridica sostanziale e la lesione della stessa ad opera del potere amministrativo, la condizione generale per agire innanzi al giudice amministrativo*".

In terza ed ultima battuta la Regione Veneto sostiene che "*non mancherebbero, poi, nella disposizione vari elementi sintomatici di irragionevolezza e di lesione del principio di certezza del diritto*", riferendosi con quest'ultima motivazione all'assenza di un termine iniziale per l'emissione del parere motivato dell'AGCM, ed al problema

4 Pietro Quinto, in "*L'interesse legittimo anfibio nell'Europa del diritto*", in www.giustizia-amministrativa.it

del patrocinio necessario dell'Avvocatura Generale dello Stato per l'Autorità Garante. Tralasciando le motivazioni che hanno portato i giudici della Corte Costituzionale alla decisione, che saranno trattate e spiegate esaurientemente nel capito I di questo elaborato, si può anticipare che il Giudice delle leggi ha ritenuto e dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale promosse in via principale dalla Regione Veneto.

Proseguendo in questa rapida disamina della giurisprudenza intorno all'articolo 21-bis, sempre in ordine cronologico, troviamo la prima sentenza del giudice amministrativo sul nuovo potere di azione dell'AGCM.

Quest'ultima è la sentenza non definitiva del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione III bis, n. 2720/2013, ed è infatti la prima sentenza resa dal giudice amministrativo in un giudizio promosso dall'AGCM sulla base dell'art. 21-bis.

L'Autorità ha impugnato i provvedimenti dell'Osservatorio sulle attività di autotrasporto, unitamente ai decreti ministeriali connessi, che fissano i costi minimi di esercizio dell'impresa di autotrasporto. I costi sono stati giustificati dall'Osservatorio come mezzo necessario ad assicurare il rispetto dei parametri di sicurezza.

L'AGCM *"lo contesta e ritiene che il sistema delle tariffe mensili imposte non sia misura idonea e proporzionata al fine perseguito"*⁵, sostenendo che tale meccanismo pregiudichi l'assetto concorrenziale del mercato e impedisca a nuovi operatori l'accesso nel mercato stesso.

Questo appena descritto è solo il quadro generale del processo amministrativo in oggetto nel quale poi si sono inserite diverse altre eccezioni preliminarmente sollevate dall'Osservatorio e da altri enti intervenuti nel processo *ad opponendum*: il Coordinamento Interprovinciale FAI, la Confrtrasporto, la Transfrigoruote Italia Assotir e la Federazione Italiana Autotrasporti Professionali.

In via preliminare infatti sono state proposte dalle parti sopra-citate questioni di

⁵ Mario Midiri, in *"Il potere d'azione dell'antitrust"*, in Il nuovo diritto amministrativo n. 4/2013, 17-21.

inammissibilità del ricorso, come ad esempio la sopravvenuta cessazione della materia del contendere e contestata la tardività del ricorso principale rispetto alla scadenza del termine di trenta giorni.

Oltre alle già citate questioni ed eccezioni, è stata sollevato un ulteriore dubbio per la giurisprudenza molto interessante, perchè è stata contestata anche l'assenza di un previo parere motivato *ad hoc* per il deposito dei motivi aggiuntivi, che precede, secondo il comma 2 dell'art. 21-bis, l'impugnativa da parte dell'AGCM; la norma però non specifica se il parere motivato sia necessario o meno ai fini della procedibilità/ammissibilità del ricorso, e tantomeno parla di una differenziazione tra parere per il ricorso principale e parere per il deposito dei motivi aggiuntivi.

Questa eccezione è sicuramente interessante perchè permette di approfondire, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, la questione relativa al rapporto intercorrente tra legittimazione al ricorso dell'Autorità (prevista in via generale dal comma 1 dell'art. 21-bis) e rilascio del parere (da eseguire secondo lo snodo procedimentale delinato dal comma 2 della medesima norma).

Il giudice amministrativo del Lazio infatti, stimolato da questa censura, si è pronunciato con decisione sulla questione inerente alla necessarietà o meno del parere, affermandola per il ricorso principale e negandola per i motivi aggiunti.

Per l'analisi specifica delle questioni, delle eccezioni e della motivazione principale del giudizio che ha risolto la causa dinnanzi al giudice amministrativo si rimanda al capitolo II in cui verranno esaminati con particolare attenzione tutte le decisioni del giudice che con questa sentenza non definitiva ha dettato importanti indicazioni per ricostruire e comprendere il nuovo istituto previsto dall'art. 21-bis della l. 287/1990.

La terza ed ultima pronuncia giurisprudenziale in ordine cronologico analizzata in questa trattazione è la sentenza definitiva del T.A.R. del Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013, su cui verterà il capitolo III.

In questo caso il ricorso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stato proposto contro Roma Capitale per l'annullamento di una delibera con cui lo stesso ente regolamentava l'accesso dei titolari di autorizzazioni di noleggio con conducente