

**Roberto Giovagnoli**

*(Consigliere di Stato)*

## **Atti amministrativi e tutela della concorrenza.**

### **Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990\***

**SOMMARIO:** **1.** Il fondamento della legittimazione al ricorso dell'AGCM. - **1.1.** La tesi del ricorso diretto a tutelare una situazione giuridica qualificata e differenziata. - **1.2.** La tesi della giurisdizione di diritto oggettivo. - **1.3.** La soluzione che appare preferibile: la concorrenza come bene della vita giuridicamente rilevante, ma normalmente adespota, che il legislatore soggettivizza in capo all'AGCM. - **2.** I dubbi di legittimità costituzionale e il loro superamento. - **3.** L'interesse al ricorso e le vicende che, nel corso del giudizio, possono determinare l'improcedibilità per cessazione della materia del contendere o sopravvenuta carenza di interesse. - **4.** La sollecitazione del potere di azione da parte dei privati interessati. - **5.** La questione dell'autonoma impugnabilità del parere. - **6.** L'oggetto del ricorso e il termine per ricorrere. - **7.** La possibilità di proporre direttamente ricorso, anche senza il parere. - **8.** La legittimazione passiva. - **9.** Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

#### **1. Il fondamento della legittimazione al ricorso dell'AGCM.**

La prima questione che il nuovo art. 21-bis l. n. 287/1990 pone è quella di comprendere se esso preveda in capo all'AGCM una speciale forma di legittimazione al ricorso (speciale perché sganciata dalla titolarità di una posizione giuridicamente qualificata e differenziata) o se, al contrario, si limiti a configurare l'interesse al rispetto della concorrenza come una particolare forma di interesse legittimo (una sorta di interesse collettivo di cui l'AGCM diventerebbe una specie di ente esponenziale, secondo un modello già sperimentato con riferimento ai c.d. interessi diffusi).

In altri termini, si tratta di capire se l'art. 21-bis introduca un'eccezionale forma di giurisdizione di diritto oggettivo (in cui il ricorso è proposto a tutela di un interesse generale e non per difendere situazioni giuridiche individuali) o se, invece, tale potere di azione, sia comunque riconducibile nell'ambito della tradizionale giurisdizione a tutela di situazioni soggettive giuridicamente qualificate e differenziate, con la sola peculiarità che, in tal caso, l'interesse a tutela del quale è proposto il ricorso è affidato alla cura di un soggetto pubblico.

La questione non è meramente teorica o dogmatica, ma ha, al contrario, importanti implicazioni pratiche.

---

\* Testo scritto della relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012

In primo luogo, la tesi della giurisdizione di tipo oggettivo fa nascere il dubbio della tenuta costituzionale della nuova disposizione: ci si dovrebbe chiedere, infatti, se la giurisdizione oggettiva sia compatibile con l'art. 103 Cost. secondo il quale il Consiglio di Stato e gli altri organi della giustizia e amministrativa hanno giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi. Come è stato evidenziato in dottrina (F. CINTIOLI), la citata norma costituzionale potrebbe essere intesa nel senso di precludere al legislatore ordinario l'introduzione della possibilità di proporre ricorso (sia pure da parte di soggetti qualificati) a prescindere dalla titolarità di una posizione qualificata, solo per la tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole. Sarebbe preclusiva, insomma, della possibilità di introdurre ipotesi di pura giurisdizione di diritto oggettivo.

In secondo luogo, anche a superare i dubbi di legittimità costituzionale, se la nuova disposizione venisse comunque intesa come disposizione "eccezionale" – nella misura in cui configura, appunto, un potere di azione esercitabile a prescindere dalla legittimazione – ne deriverebbero importanti conseguenze in sede applicativa. Se si ritiene che questo potere di azione derivi da una norma eccezionale, esso dovrebbe, infatti, essere oggetto di stretta interpretazione, dovendosi, quindi, risolvere ogni dubbio esegetico a favore della soluzione che limita la possibilità di ricorso dell'AGCM.

### **1.1. La tesi del ricorso diretto a tutelare una situazione giuridica qualificata e differenziata.**

Sulla questione già si contrappongono due posizioni divergenti.

Secondo una prima tesi (cfr. M.A. SANDULLI), il nuovo potere dell'AGCM, dovrebbe essere visto, più che come potere di azione nell'interesse generale al rispetto della legge, come azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata. Verrebbe in considerazione, in particolare, l'interesse alla migliore attuazione del valore della concorrenza, che non sarebbe, secondo la prospettazione in esame, un mero interesse generale al rispetto della legalità, ma un interesse particolare e differenziato di cui l'AGCM sarebbe, appunto, diretta affidataria. Una sorta di interesse legittimo che si soggettivizza in capo ad essa e per la cui tutela l'AGCM può proporre anche ricorso giurisdizionale.

Diversi i percorsi interpretativi sperimentati per giungere a questa soluzione.

Qualcuno, come sopra si accennava, richiama la figura dell'interesse diffuso che si trasforma in interesse collettivo (e, quindi, in interesse legittimo) nel momento in cui il legislatore ne affida la cura all'AGCM, che ne diventerebbe, quindi, ente esponenziale, assumendo, così, la legittimazione ad agire per la sua tutela. Lo schema è, *mutatis mutandis*, analogo a quello che ha

portato al riconoscimento della legittimazione in capo agli enti esponenziali che, dotati dei necessari requisiti di rappresentatività, hanno come finalità istituzionale la cura di determinati interessi diffusi: l'unica particolarità deriverebbe dal fatto che, in questo caso, la natura di ente esponenziale è direttamente conferita dalla legge ad un soggetto pubblico qualificato.

Altri Autori (cfr. M.A. SANDULLI) richiamano quell'orientamento dottrinale (G. GRECO) che, già da qualche anno, propone l'introduzione nell'ordinamento interno di uno strumento di sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa analogo al modello comunitario della procedura di infrazione. Così come la Commissione UE è legittimata a proporre ricorso per far accertare la violazione da parte degli Stati degli obblighi comunitari, così dovrebbe ritenersi che anche nell'ordinamento nazionale ciascuna autorità pubblica possa attivare il controllo giurisdizionale, anche nei confronti di altri enti pubblici, per far accertare la violazione delle norme che ne delimitano prerogative e sfere di competenza. Si sostiene, in altri termini, che ciascun soggetto, istituito per la tutela di un determinato interesse pubblico, sarebbe titolare di un interesse personale, specifico e qualificato nell'ipotesi di violazione delle regole poste a tutela di tale interesse.

Si richiama, in quest'ottica, l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 120, comma 2, Cost.: l'adozione di un atto illegittimo comporterebbe la violazione dell'obbligo di leale collaborazione nei confronti dell'ente la cui normativa è stata violata, potendo allora individuarsi in capo a questo ente la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato, con conseguente legittimazione all'impugnazione dell'atto che quell'obbligo ha violato.

Aderendo a questa impostazione, l'AGCM sarebbe, dunque, titolare di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento, nella specie di interesse legittimo. Non vi sarebbe, allora, alcuna deroga in punto di legittimazione: l'AGCM ricorre perché ha un interesse personale, specifico e qualificato al rispetto delle norme sulla concorrenza, in quanto quelle norme ne delimitano prerogative e competenza e, dunque, gli atti, regolamentari o amministrativi, lesivi della concorrenza si traducono nella lesione di quella specifica posizione soggettiva.

## **1.2. La tesi della giurisdizione di diritto oggettivo.**

Su una posizione diametralmente opposta si collocano, invece, coloro che sostengono che la norma configuri una tipica giurisdizione di diritto oggettivo, ovvero una possibilità di azione concessa non a tutela di un interesse particolare, ma dell'interesse generale al rispetto delle regole (in tal senso, v., per tutti, F. CINTIOLI).

Questa tesi esclude che *“l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale*

*alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto” (F. CINTIOLI).*

Ciò in quanto, si aggiunge, l’AGCM non è parte del rapporto con l’Amministrazione, non fa valere situazioni soggettive proprie, ed inoltre, essendo ricompresa nello Stato-comunità e non nello Stato-apparato non può vantare la *suitas* di un interesse pubblico particolare né può corrispondentemente sostenere una peculiare e individuale posizione di interesse.

### **1.3. La soluzione che appare preferibile: la concorrenza come bene della vita giuridicamente rilevante, ma normalmente adespota, che il legislatore soggettivizza in capo all’AGCM.**

Tra le due posizioni qui sinteticamente richiamate, la prima appare quella maggiormente persuasiva.

Ritenere, infatti, che il ricorso previsto dalla norma in esame sia semplicemente diretto all’attuazione della legge, e, quindi, sorretto soltanto dall’interesse generale alla legalità dell’azione amministrativa, rischierebbe di disconoscere il valore della concorrenza come “bene della vita” che l’ordinamento garantisce e protegge.

Sembra necessario partire da un dato di fondo: 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.

Il mercato, come la giurisprudenza degli ultimi anni ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, non viene tutelato in sé e per sé (come valore astratto, assimilabile alla mera legalità). Il mercato è tutelato *“in quanto luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l’esercizio della impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione”* (Cass. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207).

Sostenere, al contrario, che la concorrenza sia un mero interesse di fatto, un interesse talmente generico da non poter essere assunto al rango di situazione giuridica differenziata, rischia di condurre al disconoscimento del progressivo valore che la concorrenza ha ormai assunto.

E' utile ricordare che la giurisprudenza, sia nazionale che europea, ha precisato in più occasioni che le norme a tutela del mercato e della concorrenza fanno nascere situazioni giuridiche qualificate in capo a tutti i soggetti che agiscono sul mercato: in capo tanto alle imprese quanto ai consumatori, anche quest'ultimi ormai da tempo considerati soggetti direttamente tutelati. Da qui, ad esempio, la giurisprudenza che ammette la possibilità per i consumatori di invocare la legge n. 287/1990 per ottenere il risarcimento del c.d. danno da illecito antitrust, oppure la giurisprudenza amministrativa che riconosce l'impugnabilità delle archiviazioni e dei provvedimenti negativi dell'AGCM da parte di soggetti terzi, ivi comprese le associazioni dei consumatori.

Questi orientamenti giurisprudenziali si basano sull'assunto che l'interesse al corretto funzionamento del mercato non è un mero interesse di fatto, ma un interesse giuridicamente rilevante, la cui violazione consente, appunto, l'attivazione dei rimedi giurisdizionali. Se si trattasse un interesse di mero fatto, invero, esso non potrebbe essere mai fatto valere in giudizio, perché la lesione di interessi di fatto non è fonte di danno ingiusto ex art. 2043 c.c. e non giustifica la proposizione di ricorsi innanzi al giudice amministrativo.

L'interesse al corretto funzionamento del mercato, insomma, anziché essere un interesse di mero fatto, è un interesse giuridicamente rilevante, la cui lesione determina in capo al soggetto che, nella situazione concreta, possa vantare una posizione differenziata, la legittimazione ad attivare i necessari rimedi giurisdizionali (dall'azione risarcitoria all'impugnazione dei provvedimenti illegittimi).

Gli ostacoli alla "giustiziabilità" dell'interesse al mercato (o alla concorrenza) non derivano, pertanto, dal fatto che quell'interesse è privo di giuridica rilevanza. Se così fosse, tale interesse non potrebbe essere fatto valere nemmeno dai privati, mentre, come si è visto, è ormai pacifico che, in molte occasioni, i privati, possano agire in giudizio per la sua tutela, almeno in quelle ipotesi in cui si trovino in situazioni differenziate.

Il principale ostacolo alla "giustiziabilità" del bene "concorrenza" deriva dal fatto che, in molte occasioni, è difficile individuare soggetti privati che rispetto a tale bene della vita si trovino in una posizione differenziata.

Si tratta, dunque, di un interesse certamente "giuridicizzato", anche se difficilmente "soggettivizzabile". Spesso, infatti, l'interesse che il singolo può vantare al corretto funzionamento del mercato, pur essendo sempre giuridicamente rilevante, non si differenzia rispetto a quello degli altri consociati. Accade, in altri termini, che il singolo, pur avendo un interesse oggetto di

qualificazione normativa, non possa vantare, rispetto ad esso, una posizione diversa rispetto a quella degli altri soggetti che condividono con lui tale interesse.

Ciò accade in tutti quei casi in cui la lesione del mercato non si traduce anche in una lesione particolare della sfera giuridica del privato (impresa, consumatore, associazione di categoria). In queste situazioni il rimedio giurisdizionale non è attivabile non tanto perché manca l'interesse giuridicamente rilevante, ma perché manca la posizione differenziata del singolo.

La situazione non è molto diversa da quella che caratterizza gli interessi diffusi: gli interessi diffusi si differenziano dagli interessi di mero fatto perché hanno ad oggetto beni che l'ordinamento protegge assicurandogli così rilevanza giuridica. Il problema è che rispetto a quel bene della vita nessuno può vantare una posizione differenziata, perché l'interesse di ciascuno a che quel bene non venga lesa è identica alla posizione di tutti gli altri che appartengono al suo stesso gruppo. Ecco perché si dice che l'interesse diffuso non si soggettivizza in capo a nessuno, ma rimane adespota. Esso non è, però, un interesse di fatto, non è un mero interesse alla legalità, ma è un interesse che, pur essendo giuridicamente rilevante ed avendo ad oggetto un bene protetto dall'ordinamento, non si soggettivizza in capo a nessuno, perché nessuno può vantare una posizione differenziata.

Con riferimento agli interessi diffusi il problema, come è noto, è stato risolto mediante la loro trasformazione in interessi collettivi di cui diventano titolare gli enti esponenziali del gruppo, dotati dei necessari requisiti di rappresentatività.

La filosofia che ispira l'art. 21-*bis* non pare molto diversa, con la sola differenza che in questo caso la posizione differenziata è per legge riconosciuta non ad un qualsiasi ente esponenziale ma al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare la concorrenza, ovvero l'AGCM.

L'AGCM fa, quindi, valere un interesse giuridicamente qualificato, che non ha ad oggetto la mera legalità dell'azione amministrativa, ma un concreto bene della vita (la "concorrenza" appunto). Tale interesse cessa, quindi, di essere adespota perché il legislatore ne attribuisce la titolarità ad un soggetto specifico.

Alla base della norma vi è, pertanto, la consapevolezza da parte del legislatore dell'importanza che oggi ha assunto il bene "concorrenza", bene talmente rilevante da far ritenere insufficiente la tutela rimessa solo all'iniziativa di soggetti privati che occasionalmente possano trovarsi in una situazione che li differenzi rispetto al *quisque de populo*. Da qui la decisione di affidarne la cura ad un soggetto pubblico altamente qualificato.

Questa sembra essere la *ratio* dell'art. 21-*bis*, che, quindi, in questa prospettiva, non è norma fonte di giurisdizione di diritto oggettivo, né attribuisce un potere di azione slegato dalla legittimazione al ricorso.

L'AGCM può agire in quanto titolare di una situazione giuridica che è normativamente qualificata e, in capo ad essa, diviene differenziata.

Certo, ci si potrebbe comunque chiedere se questa “soggettivizzazione” *ex lege* di un interesse già giuridicizzato dia comunque luogo ad una giurisdizione di diritto oggettivo. La risposta pare, tuttavia, debba essere negativa: nessuno dubita, del resto, che non sia giurisdizione di diritto oggettivo quella che il giudice amministrativo esercita sui ricorsi proposti dagli enti esponenziali degli interessi diffusi.

Non pare, invece, convincente, la posizione che, per giustificare questa legittimazione dell'AGCM, evoca gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che talvolta riconoscono la legittimazione degli enti pubblici a proporre ricorso avverso atti lesivi delle loro prerogative istituzionali e degli interessi pubblici particolari di cui sono portatori.

Nel caso di specie, l'AGCM non lamenta né violazione della propria sfera di competenza, né la lesione di un interesse pubblico particolare.

In ordine al primo profilo, basta osservare che il ricorso di cui all'art. 21-*bis* è diretto a contestare non che l'atto esorbita la sfera di competenza del soggetto che lo ha adottato invadendo quella dell'AGCM, ma semplicemente che quell'atto, pure rientrando nella competenza dell'autorità emanante, ha violato le regole a tutela della concorrenza..

In ordine al secondo profilo, non appare corretto, anche alla luce di quanto si è appena detto, qualificare l'interesse alla concorrenza in termini di interesse pubblico particolare, la cui lesione da parte di un'altra Amministrazione legittima il soggetto cui è affidata la cura di quell'interesse a proporre ricorso giurisdizionale per rimuoverne la lesione. Questo schema – che ha portato talvolta a riconoscere la legittimazione di alcuni enti pubblici (ad es. i Comuni) ad impugnare atti adottati da altre Amministrazioni sul presupposto che avessero violato le norme a tutela dell'interesse pubblico specifico affidato alla cura dell'ente ricorrente – in questo caso non sembra utilizzabile.

Non sembra utilizzabile per la semplice considerazione che l'interesse alla concorrenza non appartiene alla categoria degli interessi pubblici particolari alla cui tutela è funzionalizzato il potere amministrativo. La concorrenza più che interesse pubblico è, come si è ampiamente evidenziato, interesse diffuso, che può appartenere anche a soggetti privati, e di cui ora l'AGCM diventa ente esponenziale. Esso non è propriamente un interesse pubblico specifico affidato alla cura dell'AGCM perché se così fosse l'AGCM sarebbe il solo soggetto legittimato a lamentarne la violazione. Come si è visto, invece, ci sono dei casi in cui anche i privati, laddove possano vantare situazioni differenziate, sono legittimati ad agire per la tutela della concorrenza..

Del resto, tutto il dibattito sulla natura delle Autorità indipendenti e dell'AGCM in particolare nasce proprio dalla considerazione che esse non sono chiamate alla cura di un interesse

pubblico particolare, ma hanno come funzione principale quella di assicurare rispetto delle regole che disciplinano determinati settori. Sono quindi Amministrazioni neutrali, più che imparziali, chiamate ad assicurare il rispetto della legge e, a tal fine, collocate in posizione di equidistanza da tutti gli interessi in gioco, sia quelli privati, sia quelli pubblici particolari, di cui sono titolari i soggetti che operano nei settori cui sono preposte.

## **2. I dubbi di legittimità costituzionale e il loro superamento.**

Alla luce delle considerazioni appena svolte i dubbi di legittimità costituzionale appaiono superabili.

In primo luogo, anche ove si dovesse ritenere che quella in esame sia una giurisdizione di diritto oggettivo, non sembrano rinvenibili, a livello costituzionale, ostacoli insormontabili a che il legislatore eccezionalmente introduca ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo.

E' vero, infatti, che in base all'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”*: tale norma, tuttavia, più che porre una barriera all'introduzione di ipotesi di giurisdizione oggettiva, sembra solo configurare uno *standard* di tutela minimo, assicurando indefettibilmente la tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo a chiunque possa vantare, nei confronti della P.A., una posizione giuridica differenziata (l'interesse legittimo e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche i diritti soggettivi).

A maggior ragione i dubbi di costituzionalità sfumano accogliendo la tesi della soggettivizzazione per legge di un interesse giuridicamente rilevante. Aderendo a questa prospettiva ciò che il legislatore rimuove è solamente il carattere (normalmente) “adesposta” che l'interesse alla concorrenza assume, e lo fa proprio per promuovere un valore di sicuro rilievo costituzionale, quale appunto la libertà di iniziativa economica.

Ulteriori dubbi di costituzionalità potrebbero derivare dalla considerazione che, essendo l'AGCM legittimata ad impugnare anche atti adottati dagli enti territoriali (e, in particolare, dalle Regioni), la norma potrebbe essere letta come una ipotesi di surrettizia reintroduzione di un sindacato statale sulla legittimità dell'azione amministrativa regionale, in contrasto con le garanzie costituzionali di cui, dopo la riforma del Titolo V, le Regioni beneficiano.

Anche tali dubbi sono facilmente superabili. Da un lato, l'AGCM è organo posto al servizio dello Stato-comunità, e non già soltanto dello Stato-governo (con riferimento alla tenuta costituzionale del controllo successivo sulla gestione affidato alla Corte dei conti, cfr. Corte cost. 27 gennaio 1995, n. 29, che valorizza proprio la distinzione tra Stato-comunità e Stato-governo);



dall'altro, la norma non attribuisce all'AGCM un vero potere di controllo o di annullamento, ma solo un potere di azione, essendo poi demandata al giudice amministrativo la decisione finale in ordine alla legittimità dell'atto.

### **3. L'interesse al ricorso e le vicende che, nel corso del giudizio, possono determinare l'improcedibilità per cessazione della materia del contendere o sopravvenuta carenza di interesse.**

In base alle considerazioni sopra svolte, la legittimazione al ricorso dell'AGCM trae quindi il suo fondamento dal fatto che quest'Autorità è oggi titolare, *ex lege*, di una situazione giuridicamente rilevante che ha ad oggetto un bene della vita di nuova generazione, ovvero il corretto funzionamento del mercato.

Dobbiamo a questo punto soffermarci sulla seconda condizione dell'azione, ovvero l'interesse al ricorso.

Una parte della dottrina (A.M. SANDULLI) ha sostenuto che il ricorso dell'AGCM, potendo indirizzarsi anche contro atti che non sono ancora lesivi (atti amministrativi generali e regolamenti), prescinderebbe dalla verifica dell'interesse al ricorso.

Tale conclusione non appare del tutto persuasiva.

Non vi è dubbio che l'atto amministrativo generale o il regolamento non leda, fino a quando non venga attuato, la sfera giudica del singolo. Ciò accade perché il singolo normalmente agisce non per lamentare la lesione del bene concorrenza in quanto tale (rispetto al quale, come si è visto, non ha normalmente una posizione differenziata), ma per conseguire un bene della vita ulteriore (ad esempio l'aggiudicazione della gara), che, nonostante l'illegittimità del regolamento o dell'atto amministrativo generale, egli potrebbe ancora ottenere. Questa è la ragione per la quale la giurisprudenza differisce l'impugnazione dell'atto generale o della norma regolamentare presupposta all'adozione del provvedimento attuativo che concretizza una lesione fino a quel momento solo potenziale.

Nel caso di cui all'art. 21-*bis*, il discorso appare diverso. L'AGCM agisce a tutela della concorrenza in quanto tale. Il suo interesse al ricorso deve, quindi, essere ridefinito in relazione alla finalità dell'azione. La possibilità di impugnare atti che non sono ancora immediatamente lesivi delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli si giustifica proprio in base alla considerazione che quegli atti, pur non ledendo i privati, sono comunque lesivi del valore "concorrenza", che l'AGCM è legittimata a tutelare in sé come ente esponenziale di un interesse diffuso.

L'interesse al ricorso, in questo caso, potrebbe, quindi, identificarsi nel semplice interesse a rimuovere un atto lesivo della concorrenza, perché è questa la sola utilità che l'AGCM persegue con questo ricorso.

Più che un'azione slegata dalla verifica dell'interesse al ricorso come condizione dell'azione, sembra, dunque, che qui venga in considerazione un ricorso che presuppone il relativo interesse, solo che quest'ultimo muta fisionomia risentendo della finalità dell'azione. Se, in generale, l'interesse al ricorso è l'utilità che il ricorrente può trarre dall'annullamento dell'atto impugnato, nella fattispecie in esame questa utilità consiste proprio, e solo, nel ripristino della concorrenza violata.

L'interesse al ricorso c'è, quindi, anche avverso i regolamenti e gli atti amministrativi generali perché questi, comunque, alterano i mercati e, finché esistono, l'AGCM ha interesse ad eliminarli.

Ne discende che anche in questo giudizio possono verificarsi vicende che eliminano l'interesse al ricorso determinandone l'improcedibilità. Ciò potrà accadere, ad esempio, quando nel corso del giudizio quell'atto venga ad esempio ritirato dall'autorità emanante (questa potrebbe non attenersi al parere dell'AGCM, ma, successivamente, vedendosi notificato il ricorso, decidere di provvedere in autotutela). Oppure nell'ipotesi in cui l'atto impugnato sia annullato all'esito del diverso giudizio intentato dal privato direttamente leso dal medesimo. In questo caso, appare corretto ritenere che il giudice possa dichiarare l'improcedibilità del ricorso per cessazione della materia del contendere.

Più difficile è stabilire se siano altresì configurabili vicende che determinano la sopravvenuta carenza di interesse a seguito dell'adozione da parte dell'Amministrazione di nuovi provvedimenti, non impugnati dall'AGCM, che generano o ripetono la stessa violazione della concorrenza che aveva già indotto l'Autorità ad agire.

Si pensi all'ipotesi in cui, nel corso del giudizio avente ad oggetto un atto generale o un regolamento, l'Amministrazione resistente emani un provvedimento applicativo non ritualmente impugnato dall'AGCM.

E' l'ipotesi, ad esempio, dell'impugnazione del bando cui non segua l'impugnazione dell'aggiudicazione avvenuta sulla base delle clausole del bando ritenute lesive della concorrenza.

Se si trattasse di una controversia instaurata da un'impresa, il ricorso verrebbe dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in base alla nota giurisprudenza secondo cui l'annullamento del bando, non avendo effetto automaticamente caducante sull'aggiudicazione non impugnata, non risulterebbe più utile per il ricorrente.

In questo caso, tuttavia, l'ottica è diversa perché, come si è già detto, mentre il privato mira ad un determinato bene della vita, l'AGCM mira a ripristinare la concorrenza. Occorre allora chiedersi se, nella prospettiva della tutela della concorrenza, l'eliminazione dell'atto presupposto possa essere ancora "utile" nonostante la mancata impugnazione dell'atto applicativo.

Nel caso di impugnazione di norme regolamentari, la risposta non può che essere positiva. Il regolamento, infatti, per la sua natura generale e astratta è suscettibile (finché è in vigore) di infinite applicazioni, il che implica che permane l'interesse dell'AGCM ad eliminarlo anche se un'applicazione anticoncorrenziale si è già definitivamente consolidata, a causa della mancata impugnazione del provvedimento attuativo.

Più complesso è il caso degli atti amministrativi generali (ad es. i bandi di gara) ove l'atto consequenziale non impugnato (e, quindi, ormai inoppugnabile) abbia "esaurito" la vicenda amministrativa di cui l'atto generale si occupava (si pensi alla mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva). In questo caso annullare il bando servirebbe a poco: da un lato il suo annullamento non andrebbe a ripristinare la concorrenza (non potendo rimuovere l'aggiudicazione), dall'altro quel bando, anche se non annullato, non è suscettibile di ulteriori applicazioni in quanto ormai si è conclusa la gara di cui costituiva la *lex specialis*. Il mercato quindi, da un lato ha subito un danno ormai non eliminabile (l'aggiudicazione illegittima); dall'altro lato, però, essendosi esaurita in quella vicenda l'efficacia dell'atto impugnato, non vi è il pericolo attuale di ulteriori danni.

Certo, in senso contrario si potrebbe opinare (sfumando ulteriormente l'interesse al ricorso) nel senso che l'Autorità abbia comunque interesse, ai fini di una tutela anche preventiva della concorrenza, ad una pronuncia che nell'interesse al rispetto delle regole di mercato, accerti comunque che quel bando è stato posto in essere in violazione di certe norme, anche al fine di "convincere" l'Amministrazione a non "ripeterlo" in occasione di una successiva gara.

Rimane il fatto, tuttavia, che l'AGCM, in caso di riedizione di un bando illegittimo, avrebbe il potere di proporre un nuovo ricorso contro quest'ultimo, sicché appare forse preferibile la tesi favorevole all'improcedibilità.

#### **4. La sollecitazione del potere di azione da parte dei privati interessati.**

Risolte le principali questioni in tema di legittimazione e di interesse al ricorso, ci si deve chiedere ancora se tale potere di azione possa essere sollecitato, ed eventualmente con quali effetti, dai privati interessati all'eliminazione dell'atto violativo della concorrenza.

Ci si chiede, in particolare, se vi siano strumenti di tutela per contrastare l'inerzia (o il rifiuto) dell'AGCM a fronte di una richiesta con cui il privato, segnalandole un atto lesivo della concorrenza, le chieda di impugnarlo ai sensi dell'art. 21-*bis*.

Alla domanda deve darsi risposta negativa.

Appare dirimente la considerazione che la norma in esame attribuisce all'AGCM non un potere amministrativo in senso stretto, ma il diverso potere di agire in giudizio, cioè un vero e proprio diritto di azione. Ora, il diritto di azione implica anche la libertà di non agire in giudizio, essendo l'esercizio della facoltà processuale rimessa esclusivamente al titolare della stessa.

Deve, pertanto, escludersi che nel caso di specie possano trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza in ordine alla diversa ipotesi di archiviazione o diniego di intervento a fronte di un esposto/denuncia da parte di operatori interessati, atteso che quella giurisprudenza si è formata con riferimento al mancato esercizio da parte dell'AGCM di funzioni amministrative, mentre in questo caso, come si è detto, viene in considerazione una facoltà processuale il cui esercizio è rimesso all'esclusiva valutazione dell'Autorità.

Va ancora considerato che il terzo che ha "interesse" a sollecitare l'esercizio del potere di azione sarà normalmente un soggetto già leso dall'atto che si assume assunto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, sicché, come è stato correttamente osservato (F. CINTIOLI), "delle due l'una: o egli potrà ancora agire direttamente, impugnando personalmente l'atto amministrativo (e questo renderà superflua ogni iniziativa contro l'archiviazione), oppure avrà omesso di farlo nel termine di decadenza ed allora l'ordinamento non potrà consentirgli di essere rimesso in termini mediante l'impugnazione dell'archiviazione".

Né vale obiettare che l'AGCM è legittimata ad impugnare anche atti (regolamenti ed atti amministrativi generali) contro cui il singolo non può immediatamente ricorrere perché non ancora lesivi. In tal caso, vale, infatti, la considerazione che il privato potrebbe attendere l'atto applicativo ed impugnare quest'ultimo insieme all'atto generale o alla norma regolamentare che lo presupponga.

La conclusione negativa è ulteriormente avvalorata (lo ricorda F. ARENA) anche dai principi giurisprudenziali emersi in sede comunitaria in base ai quali – in una prospettiva analoga a quella di cui in questa sede si discute, ossia l'attivazione di una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato membro – si ritiene irricevibile il ricorso proposto da un privato avverso il rifiuto della Commissione di adottare una decisione nei confronti dello Stato membro volta a contestare l'infrazione.

Ad opinare diversamente – come è stato acutamente osservato – *“si perverrebbe, con ogni probabilità, ad un risultato caratterizzato da un'evidente eterogenesi dei fini, vale a dire*

*un'Autorità ingolfata da mille micro-questioni, con il concreto rischio di perdere contestualmente di vista le vicende che, in modo più significativo, rischiano di incidere sul processo, fortemente voluto dal legislatore, di apertura dei mercati” (F. ARENA).*

Deve, quindi, essere conservato uno spazio di discrezionalità da parte dell'AGCM nell'esercizio del potere di impugnazione, al fine di consentirle una scrematura della fattispecie che richiedano, per gravità e consistenza, l'attivazione di questo strumento extra ordinem, anche al fine di evitare che l'AGCM si trovi costretta ad impiegare un elevato numero di risorse per intervenire in ambiti in cui la soglia di eventuali criticità rimane bassa e non sia pertanto tale da suscitare preoccupazioni di particolare momento.

Ulteriore questione è se il terzo (abbia o meno sollecitato l'esercizio del relativo potere di azione) sia legittimato ad intervenire nel giudizio instaurato dall'AGCM.

La questione merita probabilmente risposta positiva sia che si tratti di un soggetto che avrebbe potuto impugnare autonomamente (in quanto direttamente leso dall'atto contestato), sia che si tratti di un terzo che non avrebbe potuto autonomamente impugnare (ad esempio perché nei suoi confronti l'atto non è ancora lesivo).

In entrambi i casi, sarà ammissibile solo un intervento meramente adesivo, in cui il terzo non formula motivi autonomi ma si limita a chiedere l'accoglimento di quelli proposti dall'AGCM. Così delimitato, tale intervento non crea, infatti, il rischio di elusione del termine di decadenza previsto per la proposizione del ricorso. Tale intervento non sarebbe, infatti, lo strumento per proporre surrettiziamente un ricorso altrimenti irricevibile ma solo un mezzo per sostenere i motivi già proposti dall'AGCM, senza alcun ampliamento del *thema decidendum*. Poiché nel processo amministrativo si ammette tradizionalmente l'intervento anche da parte di chi ha un interesse di mero fatto alla eliminazione (o alla conservazione) del provvedimento impugnato, sarebbe contraddittorio escludere l'intervento da parte di chi, invece, ha un interesse talmente qualificato da giustificare una impugnazione autonoma. L'unica difficoltà potrebbe derivare dal fatto che in quest'ultima ipotesi tale intervento potrebbe determinare l'elusione dei termini di decadenza, ma se si esclude la proposizione di motivi nuovi, anche questo ostacolo pare destinato ad essere superato.

Al fine di evitare discriminazioni ingiustificate tale conclusione – a favore dell'intervento meramente adesivo del cointeressato – varrebbe, ovviamente, sulla base delle stesse considerazioni, non solo in questo “speciale” giudizio, ma, in generale, in ogni tipo di processo amministrativo.

##### **5. La questione dell'autonoma impugnabilità del parere.**

Altra questione (già emersa in sede di prima applicazione) è se il parere reso dall'Autorità in base alla norma in questione sia autonomamente impugnabile.

L'impugnazione in ipotesi potrebbe essere proposta sia dell'Amministrazione che riceve il parere, sia da eventuali soggetti terzi (singoli o associazioni) che si trovino in una posizione di "cointeresse" rispetto all'Amministrazione che ha adottato l'atto sospettato di anticoncorrenzialità.

La questione si è già concretamente posta (lo ricorso R. POLITI): 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.

Il caso appena descritto dimostra come la questione della diretta impugnabilità del parere sia tutt'altro che un esercizio meramente teorico.

Appare preferibile la tesi (già sostenuta in dottrina: v. ancora R. POLITI) che esclude l'immediata impugnabilità del parere. Ciò in quanto il parere non è un atto immediatamente lesivo, essendo ancora meramente eventuale la circostanza che l'Amministrazione si conformi ad esso, modificando o ritirando il provvedimento contestato. L'Amministrazione potrebbe, infatti, ignorare il parere lasciando in piedi l'atto contestato e questo esito esclude ogni concreta lesività del parere (semmai, gli eventuali terzi interessati alla conservazione dell'atto potranno intervenire *ad opponendum* nel giudizio di annullamento iniziato dall'AGCM).

Se, invece, l'Amministrazione segue il parere modificando l'atto, il ricorso potrà indirizzarsi contro l'atto modificato (o contro l'atto con cui si dispone l'annullamento del precedente), eventualmente impugnando congiuntamente il parere dell'AGCM.

In definitiva, quindi, il parere è atto meramente presupposto, che diventa lesivo solo quando viene adottato l'atto consequenziale, per quanto il contenuto di quest'ultimo sia inevitabilmente condizionato e conformato dal contenuto del primo.

## **6. L'oggetto del ricorso e il termine per ricorrere.**

Si è posta ancora la questione relativa all'individuazione dell'oggetto del ricorso proponibile dall'AGCM. La domanda è se in caso di mancato adeguamento al parere (o di adeguamento solo parziale), il ricorso si proponga contro l'atto originario o contro l'atto con cui l'Amministrazione

decide di non adeguarsi al parere (ed eventualmente, in caso di totale inerzia, contro il silenzio-inadempimento).

L'interrogativo ha una particolare rilevanza pratica. Ed infatti, il potere sollecitato dal parere dell'AGCM potrebbe essere ricondotto alla categoria dell'autotutela decisoria; in particolare, venendo in considerazione un atto illegittimo, all'annullamento d'ufficio (sul tema v. le diffuse considerazioni di F. CINTIOLI). Sicché l'Amministrazione potrebbe decidere di non rimuovere l'atto (o di non modificarlo) non tanto perché disconosce la violazione delle norme a tutela della concorrenza, ma perché ritiene che non sussistano gli altri presupposti che, oltre all'illegittimità, sono richiesti per l'annullamento d'ufficio dall'art. 21-*nonies* legge n. 241/1990. Ad esempio, perché ritiene che il tempo trascorso sia ormai troppo e l'affidamento ingenerato in capo ai privati sia meritevole di particolare apprezzamento.

Se si accoglie questa prospettiva – si ritiene cioè che il parere solleciti l'esercizio di un potere di annullamento d'ufficio, e che il ricorso debba dirigersi avverso l'atto adottato nell'esercizio di questo potere – cambia anche il *thema decidendum* nel giudizio instaurato dall'AGCM. Si tratterà, infatti, non solo e non tanto di stabilire se l'atto sia illegittimo perché in contrasto con la concorrenza, ma di verificare se la motivazione con cui l'Amministrazione decide, nonostante la pur eventualmente “confessata” illegittimità dell'atto, di conservarlo per ragioni di “tempo” e di affidamento sia ragionevole e sufficientemente solida.

Una parte della dottrina (F. CINTIOLI) ha accolto questa impostazione, in essa vedendo un modo per arginare il potere di impugnazione dell'AGCM e per “compensare” il fatto che, non essendo del tutto chiaro il *dies a quo* del termine per l'emanazione del parere, vi sarebbe, altrimenti, il rischio di annullare atti adottati già da molto tempo e tali, quindi, da aver ingenerato un affidamento consistente in capo ai beneficiari.

Il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio andrebbe in questo modo a sostituire l'assenza del termine di decadenza per emettere il parere o, per meglio dire, a compensare il fatto che, pur essendoci il termine di decadenza, la legge non chiarisce quale sia il *dies a quo* della sua decorrenza.

La tesi, pur motivata da un'apprezzabile esigenza di certezza del diritto, non appare, tuttavia, condivisibile. Non appare condivisibile, anzitutto, il presupposto da cui essa muove, ovvero che non via sia termine di decadenza per emettere il parere (e che, dunque, serva, con funzione compensativa, il “termine ragionevole” dell'annullamento d'ufficio).

Il termine di decadenza per emettere il parere in realtà c'è ed è di sessanta giorni. E' vero che la norma, purtroppo, non indica da quando decorrono i sessanta giorni, ma sul punto, trattandosi di un parere che ha una marcata funzione “processuale” (essendo il preludio del ricorso

giurisdizionale: tanto che deve già contenere gli specifici profili di violazione che l'AGCM intenderà portare in sede giurisdizionale), sembra debbano soccorrere i principi generali in materia di termine di decadenza per l'impugnazione degli atti amministrativi. In base, all'art. 41, comma 2, c.p.a., il termine per ricorrere decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge.

In relazione alla decorrenza del termine, si è sostenuto (Arena) che la mera pubblicazione (anche se prevista dalla legge) non potrebbe individuarsi come *dies a quo* per l'AGCM, atteso che, altrimenti, l'Autorità sarebbe costretta ad un monitoraggio continuo e completo di tutti gli atti adottati da qualsiasi amministrazione pubblica.

La preoccupazione segnalata è senz'altro meritevole della massima considerazione: tuttavia non appare possibile, in assenza di una norma che espressamente deroghi alla regola generale in materia di decorrenza del termine di impugnazione, ritenere che tale potere di azione, già di per sé connotato da elementi di specialità, benefici anche di questa ulteriore deroga.

In caso di atti sottoposti per legge a pubblicazione, pertanto, il termine per il parere decorrerebbe dalla scadenza del periodo di pubblicazione. In mancanza, dalla comunicazione o piena conoscenza dell'atto, comunque acquisita.

Muovendo da tale presupposto non vi è allora l'esigenza di sostituire il termine di decadenza con il termine ragionevole dell'annullamento d'ufficio ed ipotizzare che il ricorso si indirizzi avverso l'atto emanato in sede di autotutela.

Al contrario, sembra piuttosto chiaro che il ricorso abbia per oggetto l'atto che si assume lesivo della concorrenza. Ciò emerge chiaramente dal primo comma dell'art. 21-*bis* che attribuisce all'AGCM proprio il potere di impugnare “*gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi pubblica amministrazione che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*”.

E contro questi atti, quindi, che il ricorso si indirizza, non contro il mancato esercizio del potere di autotutela. Il secondo comma, che fa riferimento al parere e concede all'Amministrazione uno *spatium deliberandi* per adeguarsi ad esso, non individua l'oggetto del giudizio, ma fissa soltanto le modalità procedurali (con l'ulteriore problema, fra l'altro, di capire se tali modalità sono necessarie o facoltative) per l'esercizio del descritto potere di azione.

Deve, di conseguenza, parimenti escludersi che l'Amministrazione compulsata dal parere possa – pur condividendo l'illegittimità dell'atto – rifiutarsi di modificarlo o rimuoverlo evocando la mancanza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio.



Quello che l'Amministrazione sollecitata dal parere esercita ai sensi dell'art. 21-*bis* è difficilmente riconducibile al potere di autotutela, è un potere "speciale" di ritornare sui proprio atti, ove dall'AGCM ritenuti lesivi di norme a tutela della concorrenza e del mercato, anche a prescindere dai presupposti dell'autotutela decisoria. Ciò assume rilievo in caso di impugnazione dell'atto che recepisce il parere ad opera di eventuali terzi contro interessati: questi potranno contestare che non vi era violazione della concorrenza (e, che, quindi, i rilievi dell'AGCM recepiti dall'Amministrazione erano infondati), ma non la mancata sussistenza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* legge n. 241/1990.

### **7. La possibilità di proporre direttamente ricorso, anche senza il parere.**

Altra questione controversa è la possibilità di proporre direttamente (vale a dire senza rendere prima il parere previsto dal secondo comma) ricorso avverso l'atto che si assume essere distorsivo della concorrenza.

La tesi prevalente (v. sul tema F. ARENA, che dà atto della problematicità della questione) qualifica il parere quale presupposto di procedibilità o di ammissibilità del ricorso. A favore di questa soluzione si segnala l'opportunità di un'interlocuzione preventiva da parte dell'Autorità con l'amministrazione che ha emesso l'atto "sospetto" di recare distorsioni alla concorrenza ed al mercato, ben potendo, l'amministrazione destinataria del parere, fare emergere profili tenuti in considerazione al momento dell'adozione dell'atto "incriminato", non noti all'Autorità in sede di redazione del parere e che ben potrebbero essere ritenuti idonei a sorreggere la statuizione assunta, con conseguente decisione di non adire il giudice amministrativo.

Si richiama, ancora, trattandosi di un ricorso proposto da un'Amministrazione contro un'altra, il dovere di "leale collaborazione" tra soggetti pubblici e, quindi, l'opportunità che il ricorso sia preceduto da un "dialogo".

Anche il dato testuale (pur oggettivamente non risolutivo, essendo plausibile anche l'interpretazione contraria) orienterebbe a ritenere il passaggio del parere quale momento necessario per il completamento della procedura: sembra, infatti, più piana una lettura che vede nel primo comma l'attribuzione della legittimazione all'Autorità, nel secondo la specificazione delle modalità con le quali il ricorso deve essere proposto, individuando anche l'ambito dello stesso e, nel terzo, l'individuazione del rito applicabile.

Tale soluzione, nonostante gli importanti argomenti sopra ricordati, non sembra tuttavia scontata. In senso contrario, si è, infatti, richiamata l'esigenza di flessibilità che lo strumento potrebbe soddisfare ove si consentisse all'Autorità di proporre direttamente ricorso: tanto soprattutto, al fine di consentire, specie nei casi di maggiore gravità, una immediata pronuncia in

sede cautelare, che, al contrario, ove si ritenesse necessario il previo invio del parere e l'attesa dei sessanta giorni prescritti dal secondo comma, potrebbe risultare del tutto inutile.

Si aggiunge, come ulteriore argomento a sostegno di questa seconda tesi, che anche il tenore letterale si presterebbe, in astratto, a pervenire a siffatta soluzione: il primo comma, in effetti, potrebbe essere letto come attribuzione all'Autorità della legittimazione a ricorrere e, dunque, prevederebbe la possibilità di un'immediata proposizione del ricorso; il secondo comma introdurrebbe una possibilità alternativa di procedere, vale a dire quella di inviare prima il parere e, all'esito della risposta avuta, rivolgersi al giudice amministrativo.

Sul tema, quindi, il dibattito è certamente apertissimo.

Tentare di fornire una risposta, specie in mancanza delle prime indicazioni giurisprudenziali, è senz'altro azzardato. Tuttavia, anche se probabilmente l'intenzione del legislatore "storico" è nel senso di prevedere l'invio del parere come necessario presupposto la successiva proposizione del ricorso, a favore della soluzione secondo cui l'invio del parere è modalità procedimentale alternativa e facoltativa rimane la considerazione che la disposizione non ricollega espressamente alla mancanza del parere alcuna conseguenza in termini di inammissibilità o improcedibilità del ricorso.

Se a ciò si aggiunge la considerazione che la legittimazione dell'AGCM potrebbe essere ricondotta, sia pure con i dovuti distinguo, alla legittimazione degli enti esponenziali di interessi diffusi, allora appare ancora più arduo sottoporre tale ricorso a condizioni di ammissibilità che, oltre a non espressamente contemplate, andrebbero poi a discriminare questa particolare forma di iniziativa giurisdizionale da tutte le altre proposte da enti esponenziali di natura privatistica.

Peraltro, se si accogliesse la tesi della possibilità di ricorso diretto, si aprirebbe l'ulteriore problema del termine per ricorrere. Il termine di trenta giorni previsto dal secondo comma sembra, infatti, giustificarsi proprio in considerazione del fatto che l'AGCM ha già avuto sessanta giorni per formulare, nel parere, le specifiche contestazioni in ordine alle violazioni concorrenziali e che altri sessanta giorni sono trascorsi in attesa della risposta dell'Amministrazione.

Ammettendo anche una possibilità di ricorso diretto, il termine di trenta giorni non sembra allora più applicabile, dovendo tornare ad operare la regola generale dei sessanta giorni. Con l'ulteriore complicazione, tuttavia, che il terzo comma dell'art. 21-bis, nel richiamare il rito applicabile, contiene un "improvvido" rinvio al Titolo V del Libro IV del c.p.a., il quale, però, disciplina non uno solo, ma due riti (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, nuovamente, di 30 giorni.

Ove si dovesse accogliere la tesi secondo cui il richiamo all'intero Titolo V (anziché al solo art. 119 c.p.a.) vuole significare che se gli atti impugnati riguardano la materia degli appalti si applicano gli art. 120 e ss. c.p.a., la conseguenza non potrebbe che essere quella del dimezzamento del termine anche in caso di ricorso autonomo ove proposto contro atti che riguardano l'affidamento di appalti pubblici.

### **8. La legittimazione passiva.**

Qualche brevissima considerazione anche in ordine alle Amministrazioni passivamente legittimate. La disposizione in esame prevede la possibilità di impugnare gli atti di "qualsiasi amministrazione pubblica".

In assenza di una definizione "generale" di pubblica amministrazione, il modo migliore per superare le difficoltà interpretative che si incontrano nel delimitare il campo dei soggetti passivamente legittimati sembra essere quello di utilizzare una nozione "funzionale" di pubblica amministrazione (sulle orme di un modello già sperimentato in sede comunitaria) e di ritenere, quindi, che, ai fini di questa norma, sia pubblica amministrazione ogni soggetto, ancorché formalmente privato, che, da un lato, esercita funzioni amministrative e, dall'altro, è sottoposto, dal legislatore nazionale od europeo, ad obblighi finalizzati alla tutela della concorrenza e del mercato.

In quest'ottica non sembrano esservi dubbi sul fatto che, ad esempio, in materia di appalti, saranno impugnabili anche eventuali atti discorsivi emanati dall'organismo di diritto pubblico e, nei c.d. settori speciali, anche dall'impresa pubblica.

Ugualmente sembra debba essere risolto in senso positivo il problema della possibilità di ricondurre nel campo di applicazione della norma in esame anche le "altre" Autorità amministrative indipendenti. Ed infatti, nonostante le peculiarità funzionali ed organizzative da cui sono connotate, è ormai difficile negare che anche le Autorità amministrative indipendenti siano pubbliche amministrazioni e che, in tale veste, adottino sia atti amministrativi che regolamenti, rientrando, quindi, a pieno titolo nella disposizione in esame. Ciò a maggior ragione in considerazione delle possibili "interferenze" (di cui la vicenda sottesa alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2012, n. 11, rappresenta chiaro esempio) tra tutela della concorrenza, da un lato, e attività di regolazione di mercati, dall'altro.

### **9. Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.**

In conclusione, merita una considerazione finale la previsione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato di cui l'AGCM, quando propone il ricorso, deve obbligatoriamente avvalersi.

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).

In questo caso, verificandosi un'ipotesi di conflitto di interessi tra due Amministrazioni dello Stato, si verifica uno di questi "casi eccezionali" che, ai sensi dell'art. 5 r.d. n. 1611/1933, consentono (anzi, in questo caso impongono) ad una delle due Amministrazioni in conflitto di avvalersi del patrocinio di un avvocato del libero foro. In quest'ottica, il fatto che l'art. 21-*bis* specifichi che il ricorso in esame è proposto dall'AGCM sempre con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato porta alla conclusione che ad avvalersi dell'avvocato del libero foro, con le modalità indicate dal citato art. 5 r.d. n. 1611/1933, sarà l'Amministrazione resistente.