

Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario^{1[1]}

di *Roberto Caponigro*

Sommario: 1. Premessa – 2. La tutela della concorrenza nei contratti pubblici – 2.1 La *ratio* della normativa sui contratti pubblici – 2.2 La tutela dell’interesse strumentale nelle gare pubbliche d’appalto – 2.2.1 Considerazioni conclusive - 2.3 L’avvalimento negli appalti pubblici – 2.4. Partecipazione alle gare di imprese controllate e collegate – 3. La tutela della concorrenza nella specifica materia dell’*antitrust* – 3.1 La normativa antimonopolistica – 3.2 Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità economica – 3.2.1 Le condotte lesive della libertà di concorrenza – 3.2.2 La tutela delle posizioni terze nell’accettazione degli impegni – 3.2.3 Considerazioni conclusive - 3.3 La protezione degli interessi dei consumatori – 3.3.1 Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

L’art. 1 del codice del processo amministrativo, allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 - in attuazione della norma di cui all’art. 44 della legge delega n. 69 del 2009 per la disciplina del riassetto del processo amministrativo^{2[2]} - detta la regola fondamentale, secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo^{3[3]}.

Il codice ha così espressamente richiamato i principi del diritto europeo, termine utilizzato – come espressamente evidenziato nella relazione – per indicare sia il diritto dell’Unione Europea sia quello della CEDU, con ciò conferendo ulteriore crisma di

^{1[1]} Relazione predisposta per il Convegno: “l’Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti”, svoltosi presso il TAR Lecce il 27 e 28 aprile 2012.

^{2[2]} L’art. 44 della legge delega n. 69 del 2009 ha indicato tra i principi e i criteri direttivi di “assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela” e di disciplinare le azioni e le funzioni del giudice “prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”.

^{3[3]} L’effettività della tutela giurisdizionale è definita come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell’interesse sostanziale dedotto in giudizio dal soggetto il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto.

legittimità a quella tendenza dell'ordinamento a strutturarsi come un sistema connotato dall'esistenza di una rete europea di garanzie costituzionali e processuali, da tribunali sovranazionali e nazionali, che interagiscono come giurisdizioni appartenenti a sistemi differenti ma tra loro collegati.

I principi del diritto europeo derivanti dalla CEDU, di conseguenza, divengono anch'essi direttamente applicabili dal giudice nazionale, ove non si renda necessario un controllo di costituzionalità sulla norma interna incompatibile con la norma comunitaria^{4[4]}.

L'apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento europeo implica altresì la costruzione di un processo connotato da una tutela effettiva, quale richiesta dalla società che si muove nel mondo delle relazioni globali, da intendere come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale.

L'effettività, infatti, costituisce uno degli obiettivi, se non l'obiettivo principale, della codificazione processuale amministrativa e segna una tappa fondamentale, attraverso l'ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo, per avvicinare e rendere omogenee al modello comunitario le regole di tutela delle posizioni giuridiche soggettive in ambito nazionale^{5[5]}.

^{4[4]} La Corte Costituzionale, con sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, ha fatto presente che l'art. 117, co. 1, Cost., il quale, nel testo introdotto dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali rientrano quelli derivanti dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme Cedu rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae queste ultime nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma una questione di legittimità costituzionale, sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. di esclusiva competenza della Corte costituzionale.

^{5[5]} M. Aloise, Effetti del diritto comunitario sulle situazioni giuridiche soggettive tutelate del diritto amministrativo italiano, 1998, in www.opiniojuris.it, pone in rilievo che il diverso trattamento giurisprudenziale previsto nel nostro ordinamento (a suo tempo) per la tutela di diritti soggettivi ed interessi legittimi rischia di apparire inadeguato alla complessità delle pretese e delle aspettative che sono connesse all'idea della cittadinanza comunitaria, atteso che da essa deriva l'esigenza di

La Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi su norme generali vigenti in diverse materie, quali la libera concorrenza e l'ambiente, ha avuto modo di sottolineare l'importanza dell'effettività della tutela dichiarando, ad esempio, che quest'ultima costituisce uno degli obiettivi fondamentali della Comunità, come tale idoneo a giustificare talune limitazioni al principio della libera circolazione delle merci^{6[6]}.

In tale ottica, è stata molto controversa la problematica della sopravvivenza della categoria nazionale dell'interesse legittimo rispetto al diritto dell'Unione Europea, atteso che, secondo parte della dottrina, una posizione di derivazione europea non potrebbe essere qualificata come interesse legittimo perché da una simile qualificazione, non conosciuta dal diritto comunitario, deriverebbe una inaccettabile limitazione della tutela giurisdizionale^{7[7]}.

I termini della questione, peraltro, non sembrano correttamente posti in quanto la normativa europea deve ritenersi indifferente alla qualificazione che l'ordinamento nazionale dà di una posizione di derivazione europea, essendo detto profilo rimesso alla normazione interna al pari della disciplina del processo.

Pertanto, è indiscutibile la legittimità della scelta italiana di qualificare una posizione di derivazione europea in termini di interesse legittimo e di attribuirne la cognizione ad un

garantire l'effettività della loro tutela (ed insieme ad essa dello stesso diritto comunitario) al di là di ogni questione inerente alla differente qualificazione giuridica.

^{6[6]} La giurisprudenza più recente (Cons. St., V, 26 gennaio 2012, n. 340; Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755; TAR Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, 13 dicembre 2011, n. 700), facendo leva sui principi ricavabili dal codice del processo e sui canoni di derivazione europea, tende a porre in rilievo che la regola della portata retroattiva della sentenza costitutiva è passibile di deroghe ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta, vale a dire in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, per cui il giudice amministrativo, così come può pronunciare una sentenza di annullamento con efficacia *ex tunc*, può sancire la limitazione parziale della retroattività degli effetti della sentenza demolitiva, disporre la decorrenza *ex nunc* o anche adottare una pronuncia di accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi. In proposito, F. Caringella, L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa, *Giurisprudenza Italiana*, 2012.

^{7[7]} Sull'implementazione degli strumenti di tutela dell'interesse legittimo negli ultimi anni ed a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sia consentito il rinvio a R. Caponigro, Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo, in *Foro CdS*, 2011, in cui si evidenzia che il codice del processo amministrativo, completando un percorso che ha caratterizzato la legislazione e la giurisprudenza dell'ultimo decennio, ha introdotto dinanzi al giudice amministrativo il principio della pluralità delle azioni al fine di garantire ogni più ampia possibilità di tutela per le posizioni giuridiche soggettive devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

giudice diverso da quello ordinario, il giudice amministrativo, mentre non è tollerabile, alla stregua del principio di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni garantite dall'Unione Europea, che da una simile qualificazione possa derivare una contrazione della tutela giurisdizionale sotto il profilo dell'effettività^{8[8]}.

La necessaria coesistenza e la progressiva integrazione tra il diritto comunitario ed il diritto nazionale pongono l'esigenza di individuare il grado di incidenza dei principi fondamentali del diritto comunitario sulle situazioni giuridiche soggettive contemplate dal diritto amministrativo italiano nonché l'ambito di rilevanza delle situazioni soggettive di derivazione comunitaria, ossia il grado di riconoscimento e, di conseguenza, il grado di tutela che tali situazioni ricevono dal giudice amministrativo nazionale.

Nell'ordinamento comunitario si sono nel tempo affermati importanti principi di tutela dell'individuo in base essenzialmente a due ordini di fattori, vale a dire l'operato della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, in via pretoria, ha contribuito a rafforzare gli strumenti di tutela del cittadino nei confronti non solo delle istituzioni comunitarie, ma anche nei confronti delle singole istituzioni nazionali, nonché la progressiva convergenza delle istituzioni nazionali e comunitarie verso un diritto amministrativo comunitario

^{8[8]} Ad. Plenaria, Cons. St. 29 luglio 2011, n. 15, evidenzia che, che, ove le azioni tipizzate dal codice del processo non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, è ammissibile un'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale *ex art. 100 c.p.c.*, e ciò in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice, oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009. Nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, infatti, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113), atteso che anche per gli interessi legittimi, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. A tale risultato, sottolinea ancora l'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011, non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela.

compiuto, dapprima, attraverso il lento processo di armonizzazione delle legislazioni amministrative dei vari Stati rispetto ai principi comunitari e, successivamente, attraverso l'evoluzione del sistema amministrativo europeo.

L'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona^{9[9]} ha portato ad un processo evolutivo meno mercantilistico e più socialmente compatibile dell'Unione Europea, soprattutto attraverso l'acquisizione formale nel corpo del Trattato dei diritti sociali fondamentali, che diventano immediatamente giustiziabili dinanzi agli organi giurisdizionali comunitari^{10[10]}.

Nondimeno, la disciplina comunitaria, in quanto investe in gran parte l'esercizio di poteri pubblici, quali quelli regolatori del mercato e della circolazione dei beni e dei servizi, implica necessariamente attività di carattere amministrativo.

La libertà di concorrenza e la tutela del mercato si saldano strettamente, rappresentandone un *posterius* giuridico, con le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi riconosciute dal Trattato.

La tutela della libertà di concorrenza e degli interessi, pubblici e privati, ad essa connessi e, tra questi, di imprese e di consumatori, rientra nel codice genetico del diritto europeo e caratterizza, sotto molteplici profili, i rapporti tra gli ambiti comunitario e nazionale ed all'esame di taluni profili di questi temi sono dedicate le pagine seguenti^{11[11]}.

^{9[9]} Il Trattato di Lisbona è stato ratificato nello Stato italiano con l. 2 agosto 2008, n. 130.

^{10[10]} A. Pizzoferrato, Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE, Riv. It. Dir. Lav., 2010, il quale evidenzia che la riconduzione di tutte le competenze all'interno dello stesso contenitore istituzionale, l'Unione Europea, il principio di maggioranza qualificata a scapito dell'unanimità nelle votazioni del Consiglio, l'incisiva revisione del processo legislativo con il riconoscimento, tra l'altro, del diritto di veto ai singoli Parlamenti nazionali, il rinnovato impegno nel settore della solidarietà e coesione sociale, ma soprattutto l'acquisizione formale nel corpo del Trattato dei diritti sociali fondamentali, costituiscono tasselli di una riforma non perfettamente riuscita ma gradualmente perseguita in una logica di piccoli passi politicamente sostenibili nell'attuale contingenza.

^{11[11]} A. Pizzoferrato, op. cit., richiamando P. Mengozzi, Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea, Cedam, 2006, 346 ss, evidenzia come la regolamentazione *antitrust* costituisca, sin dall'istituzione della CEE, l'asse portante e la primaria competenza legislativa esclusiva dell'ordinamento comunitario, se non la ragione stessa del suo instaurarsi e divenire, in stretta interdipendenza con la libera circolazione delle merci e delle attività.

In particolare, le regole di tutela dei molteplici interessi legati alla concorrenza ed al mercato ineriscono ai contratti pubblici nonché alla specifica materia dell'*antitrust* ed alla protezione dei consumatori.

2. *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici.*

2.1 *La ratio della normativa sui contratti pubblici*

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia privata, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre^{12[12]}; la pubblica amministrazione, invece, è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura ad evidenza pubblica.

La procedura ad evidenza pubblica è finalizzata alla individuazione del “giusto” contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione^{13[13]}.

Tale era la *ratio*, volta al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del danaro della collettività, della normativa sulla contabilità di Stato degli anni '20 ed è in buona parte la *ratio* ancora oggi alla base della disciplina dei contratti pubblici contenuta nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

A tale esigenza di controllo della spesa pubblica, alla quale è finalizzata la ricerca del migliore *trade off* possibile tra prezzo e qualità, si è aggiunta però, sotto la pressante spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

^{12[12]} Talvolta, anche in diritto privato, il soggetto è obbligato a contrarre o dalla stessa volontà privata o dalla legge; si pensi, nel primo caso, al contratto preliminare, o, nel secondo caso, all'obbligo a contrarre gravante sull'esercente di un'impresa in condizioni di monopolio legale.

^{13[13]} In proposito, sia consentito rinviare a R. Caponigro *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, Foro CdS, 2010, in cui si premette che un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre, solitamente irrilevanti per i soggetti privati, a meno che non siano dedotti sotto forma di condizione, sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente.

Di talché, l'amministrazione non utilizza più *sic et simpliciter* il mercato per scegliere il contraente migliore sotto i profili qualitativo e quantitativo, ma è chiamata a disciplinarne il corretto funzionamento al fine di tutelare il libero gioco della concorrenza, al punto che, da soggetto che utilizza il mercato per scopi propri, è divenuta garante del corretto andamento dello stesso per fini ulteriori, ispirati principalmente dall'ordinamento comunitario.

La stessa amministrazione, in tal senso, è assoggettata al mercato e le regole dell'evidenza pubblica non sono più soltanto funzionali ad ottenere le migliori condizioni ed il più affidabile contraente, ma sono anche finalizzate alla tutela della concorrenza, per cui può affermarsi che l'interesse delle imprese e del mercato è ora tutelato al pari dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e, anzi, è divenuto anch'esso un essenziale valore collettivo da realizzare, ed in questo può cogliersi un significativo cambio di prospettiva.

L'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, in tale ottica, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), specifica che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato)^{14[14]}.

2.2 *La tutela dell'interesse strumentale nelle gare pubbliche d'appalto*

^{14[14]} Il mutamento di prospettiva è nitidamente percepibile allorché la *lex specialis* della gara prevede oneri documentali a pena di esclusione e la stazione appaltante è tenuta ad escludere il concorrente che ha presentato la migliore offerta ove lo stesso non abbia adempiuto, sebbene per mera disattenzione, ad uno di tali oneri. La violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla *lex specialis*, infatti, esprime la prevalenza del principio di formalità, collegato alla garanzia della *par condicio*, che non può essere superato neppure dall'opposto principio del *favor participationis* (*ex multis*: Cons. St., V, 23 novembre 2010, n. 8151).

L'analisi della tutela dell'interesse strumentale al rinnovo della gara^{15[15]} può prendere le mosse dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, che ha diffusamente affrontato il tema del rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo.

La questione era già stata affrontata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 in una fattispecie di partecipazione ad una gara d'appalto di due sole imprese, ciascuna delle quali contestava l'ammissione dell'altra alla gara (rispettivamente, con il ricorso principale e con il ricorso incidentale), fattispecie leggermente diversa ma sostanzialmente identica a quella affrontata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, in cui in gara vi erano tre imprese, ciascuna delle quali proponenti impugnazioni, principali ed incidentali, volte a contestare la partecipazione delle altre concorrenti^{16[16]}.

La decisione n. 11 del 2008 era giunta alla conclusione che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice, qualunque sia il ricorso che per primo esamini e ritenga fondato, deve in ogni caso pronunciarsi su tutti i ricorsi al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

^{15[15]} La locuzione "interesse finale" si riferisce solitamente all'interesse volto al conseguimento diretto del bene della vita che costituisce il lato interno della posizione di interesse legittimo, mentre per "interesse strumentale" si intende l'interesse volto ad ottenere una nuova *chance* per ottenere il bene della vita agognato; in tema di appalti pubblici, ad esempio, Cons. St., IV, 12 maggio 2010, n. 2077, ha messo in evidenza che il soggetto terzo graduato ha interesse ad impugnare gli atti della procedura e la relativa aggiudicazione solo nell'ipotesi in cui le censure dedotte siano tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura o l'utilità finale dell'aggiudicazione in suo favore.

^{16[16]} La questione affrontata, invece, non dovrebbe rilevare nel caso in cui, essendo la procedura di gara articolata nella fase di prequalifica ed in quella della gara vera e propria, le censure di un ricorrente siano relative alla fase di prequalifica e quelle dell'altro siano rivolte allo svolgimento della gara in quanto dovrebbero essere logicamente esaminate prima le censure dedotte avverso l'ammissione dell'altro concorrente, indipendentemente se a proporle sia il ricorrente principale o quello incidentale; parimenti la questione non si pone allorché alla gara abbiano partecipato almeno tre concorrenti perché in tal caso l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi ed il conseguente annullamento degli atti impugnati finirebbe con l'avvantaggiare un terzo estraneo alla controversia, sicché l'accoglimento di un ricorso deve necessariamente portare alla declaratoria di inammissibilità dell'altro. Su tali temi, sia consentito rinviare, tra gli altri, a R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Giurisprudenza amministrativa, 2008.

La sentenza n. 4 del 2011, pur ritenendo indiscutibile che, in termini generali, debba trovare ingresso, nel sistema della giustizia amministrativa, anche la tutela dell'interesse strumentale, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, ha tuttavia evidenziato che proprio la piena ed armonica applicazione di questi principi impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, tra cui il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione di diritto soggettivo nonché la funzione difensiva del ricorso incidentale, pervenendo ad una opposta conclusione rispetto alla precedente Adunanza Plenaria, vale a dire che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, la sua accertata fondatezza preclude in ogni caso al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia delle questioni prospettate dalle parti, secondo quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del 2011, consente, quindi, che siano decise, con precedenza su ogni altra sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale dalla parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte con il ricorso principale^{17[17]}.

La sentenza, per giungere a tale conclusione, ha ribadito la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere "finale" o "strumentale" di tale vantaggio.

^{17[17]} La valutazione del ricorso incidentale deve precedere la valutazione del ricorso principale quando quest'ultimo opera come un'eccezione processuale in senso tecnico, vale a dire quando tende a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale incidendo sull'esistenza di una delle condizioni dell'azione. In tal senso, *ex multis*: Cons. St., V, 9 ottobre 2007, n. 5276; Cons. St., V, 8 maggio 2002, n. 2468 e, in epoca più risalente, Cons. St., VI, 6 marzo 1992, n. 159, che richiama i principi espressamente enunciati nell'art. 276 c.p.c.

L'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara non dimostrerebbe da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, atteso che tale aspettativa non si distinguerebbe da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

Al di fuori delle ipotesi tassativamente enucleate dalla giurisprudenza – quali la legittimazione del soggetto che contesta in radice la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; la legittimazione dell'operatore economico "di settore" che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione - il supremo organo della giustizia amministrativa ha osservato che deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

In sostanza, si tratta di stabilire se, per configurare una posizione sostanziale differenziata, che radica la legittimazione al ricorso, sia sufficiente il solo fatto storico della iniziale partecipazione alla gara, indipendentemente dalla successiva esclusione oppure dall'accertamento della sua illegittimità.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 ha concluso che la mera partecipazione "di fatto" alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, atteso che la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo deriva da una qualificazione di carattere normativo che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva, sicché la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedirebbe di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva.

L'assenza di una posizione legittimante in capo al concorrente illegittimamente ammesso alla gara sarebbe idonea a determinare il superamento della tesi proposta dalla

decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, secondo cui la fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe conseguenze diverse, in funzione del numero dei partecipanti alla gara, mentre rimarrebbe fermo che, nel caso di procedimenti con più di due concorrenti, in cui il ricorrente principale contesti la sola ammissione in gara dell'aggiudicatario e non quella degli altri concorrenti, l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe, oltre all'affermazione della carenza di legittimazione del ricorrente principale, l'assenza di un interesse alla coltivazione del ricorso principale perché non potrebbe ipotizzarsi nemmeno la rinnovazione della gara.

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, quindi, ha ribadito il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura^{18[18]}.

Il problema della possibile "dequotazione" dell'interesse strumentale, ad avviso di chi scrive, è collegato, più che alla pronuncia in discorso, soprattutto all'analisi svolta in sede di rimessione alla Plenaria dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 18 gennaio 2011, n. 351.

Tale ordinanza svolge un'accurata analisi dell'interesse "strumentale" al rinnovo della gara fatto valere in giudizio dalla parte ricorrente principale.

La pronuncia prende in considerazione tale figura, sia studiandola autonomamente, sia esaminandola nella sua comparazione con il contrapposto interesse dell'aggiudicatario alla conservazione della propria posizione di vantaggio.

Quanto al primo aspetto, sostiene l'opportunità di rimeditare la configurazione dell'aspettativa al rinnovo della gara, dubitando che essa, ricondotta alla generica categoria dell'interesse strumentale, abbia i contenuti di un interesse legittimo.

^{18[18]} La sentenza in discorso, peraltro, ritiene che l'esame prioritario del ricorso principale sia ammissibile, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

L'ordinanza afferma che, in ogni caso, tale interesse sia privo di attualità e concretezza in quanto, a seguito dell'annullamento della gara, la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale.

Quanto al secondo aspetto, osserva che gli interessi della parte ricorrente e dell'aggiudicatario assumono diversa consistenza, sicché, venendo meno l'asserita *par condicio* tra le parti, anche l'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale non potrebbe più essere impostato in termini di assoluta equivalenza e fungibilità.

Sottolinea, poi, che gli inconvenienti segnalati non sarebbero eliminati nemmeno prevedendo che l'interesse strumentale al rinnovo della gara sia riconosciuto solo in presenza di alcune rigorose condizioni di fatto, sussistenti quando: a) permangano le condizioni per l'esecuzione dell'opera e in primo luogo la disponibilità finanziaria; b) la stazione appaltante abbia interesse a rinnovare il bando; c) in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole che potrebbero rivelarsi impeditive della partecipazione.

L'ordinanza, infine, completa il proprio ragionamento evidenziando il carattere meramente "ipotetico" dell'interesse strumentale al rinnovo della gara, posto a raffronto con l'interesse pubblico, indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera e l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione contestata.

Sul tema della compatibilità comunitaria del diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011 è recentemente intervenuta l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia 9 febbraio 2012, n. 208, pronunciata dal TAR Piemonte in ordine all'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di servizi di telefonia voci e dati.

Il giudice rimettente ha evidenziato che una corretta disamina, nel merito, dei motivi di gravame sollevati in via principale ed in via incidentale dovrebbe condurre all'accoglimento sia del ricorso principale sia del ricorso incidentale per l'inadeguatezza di entrambe le offerte rispetto a quanto richiesto dall'amministrazione, specificando quindi che l'esito sostanziale sarebbe quello di annullare tutta la gara, in quanto entrambe le

partecipanti (le uniche due partecipanti) non hanno avanzato offerte idonee a trovare aggiudicazione.

Una tale situazione, ha sostenuto il TAR Piemonte, come è evidente, sarebbe comunque soddisfacente per il c.d. interesse strumentale di cui è portatrice la ricorrente principale atteso che, non potendo quest'ultima aggiudicarsi la gara (perché anche la sua offerta, al pari di quella della rivale, non è risultata idonea), essa otterrebbe almeno la non aggiudicazione in capo alla controinteressata ricorrente incidentale e la conseguente ripetizione delle operazioni di gara, così mantenendo una *chance* di aggiudicazione futura a seguito della rinnovazione della procedura.

Ha quindi fatto presente che un esito del genere non è attualmente ammesso nell'ordinamento giuridico italiano, quale risultante dal diritto vivente nell'elaborazione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con sentenza n. 4 del 7 aprile 2011, ha chiarito, enunciando un apposito principio di diritto, che l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e sia dalle richieste dell'amministrazione resistente.

Tale esito, nel comportare l'inammissibilità dell'impugnazione principale allorché risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche se i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due (coincidenti con il ricorrente principale e con quello incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro), non è apparso al TAR sabauda in linea con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e – in definitiva – con il principio di libera concorrenza che sono sottesi alla Direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE, come recentemente modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE^{19[19]}, direttiva che, com'è noto, si

^{19[19]} La direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE è la direttiva del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di

preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (art. 1, par. n. 1), prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di "procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime, così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese.

Le procedure di ricorso, in particolare, ha sostenuto il Tribunale piemontese devono poter mirare ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime" (art. 2, par. n. 1, lett. b), in un'ottica di effettività della tutela, che sembra inconciliabile con l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale.

Nel caso in cui residui al ricorrente principale – nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale – l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria (anche nell'ipotesi in cui l'offerta dell'impresa aggiudicataria si sia rivelata non idonea rispetto ai fabbisogni della stazione appaltante), quell'interesse – a giudizio del TAR rimettente – deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo, mentre, diversamente ragionando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica perché si attribuirebbe al ricorrente incidentale, di fatto, una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara.

ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, mentre la direttiva 2007/66/CE è nota come direttiva ricorsi.

Di talché, ai fini della risoluzione della controversia, è stato giudicato rilevante ed opportuno sollevare la seguente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 234 del Trattato CE):

“Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario - ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta”.

L'investitura della Corte di Giustizia, peraltro, non sembra incontrare un ostacolo insormontabile nel principio di autonomia processuale degli ordinamenti giuridici nazionali, pacificamente affermato dal giudice comunitario, atteso che tale riserva fa salvo il rispetto del principio della effettività della tutela nella predisposizione ed interpretazione delle regole processuali in termini di inconvenienti procedurali, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti fondati sul diritto comunitario^{20[20]}.

Perplessità sostanzialmente analoghe erano già state espresse dal TAR Lazio, Roma, *I ter*, con sentenza 10 gennaio 2012, n. 197 che, pur non sollevando la questione di

^{20[20]} P. Quinto, Ordinanza TAR Piemonte: il dibattito sul ricorso principale e ricorso incidentale sul processo amministrativo si sposta in Europa, www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

pregiudizialità comunitaria, ha nella sostanza disatteso i principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

Il TAR capitolino, nell'evidenziare la presenza alla gara di due soli concorrenti ed il fatto che gli stessi, ricorrente principale e ricorrente incidentale, abbiano contestato l'omessa esclusione dalla gara della controparte processuale a causa di presunte carenze inerenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ha rilevato che, sotto questi profili, i due contendenti hanno una posizione del tutto analoga, così com'è evidente che, se fossero condivisibili le censure che hanno proposto, le Stazioni appaltanti sarebbero costrette ad una riedizione della procedura ad evidenza pubblica.

Pertanto, ha evidenziato che la parte ricorrente in via principale non vanta solo l'interesse a contestare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del controinteressato ricorrente incidentale (perché, essendo la seconda classificata in graduatoria, si vedrebbe aggiudicato l'appalto), ma, anche ove si accertasse la sua carenza dei requisiti di partecipazione alla gara (in accoglimento del ricorso incidentale), avrebbe, comunque, interesse a verificare la legittimità della partecipazione alla gara del controinteressato, per l'indubbio vantaggio consistente nella possibilità di partecipare ad una nuova procedura.

Emergerebbero, in sostanza, secondo la prospettazione del Tribunale. due distinti interessi giuridici del ricorrente principale: il primo, teso a contestare la partecipazione alla gara del controinteressato e l'aggiudicazione disposta in suo favore, al fine di vedersi aggiudicato l'appalto; il secondo, evidentemente da esaminare in via subordinata, finalizzato a contestare l'omessa esclusione dalla gara del controinteressato, allo scopo di partecipare alla nuova procedura ad evidenza pubblica che l'Amministrazione sarebbe costretta ad avviare una volta accertata l'illegittima partecipazione alla gara degli unici due operatori economici che vi hanno partecipato^{21[21]}.

^{21[21]} La distinzione tra i due interessi giuridici corrisponde esattamente alla distinzione "tra interesse finale" ed "interesse strumentale".

A parere del Collegio giudicante, il secondo degli ‘interessi’ indicati^{22[22]} non potrebbe dirsi carente una volta accolto il ricorso incidentale dell’aggiudicatario, perché tale circostanza farebbe, certamente, venire meno l’interesse del ricorrente principale a contestare l’aggiudicazione della gara, ma non eliminerebbe il diverso e distinto interesse a coltivare il ricorso al fine di partecipare alla nuova procedura che scaturirebbe dall’accoglimento delle censure contenute nel ricorso principale, mentre ragionando diversamente si giungerebbe alla conclusione di far dipendere le forme di tutela giurisdizionale – di imprese che si trovano, rispetto all’ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, nella medesima posizione, essendo entrambe prive dei requisiti di partecipazione – dagli sviluppi della procedura ad evidenza pubblica, atteso che la prima classificata conseguirebbe non solo l’aggiudicazione, ma anche un indebito vantaggio processuale, potendo, a seguito dell’impugnazione della seconda classificata, proporre ricorso incidentale con la certezza di paralizzare il ricorso principale, laddove l’operatore economico giunto secondo, pur potendo dimostrare che il primo classificato si trova nella sua medesima situazione rispetto al mancato possesso dei requisiti di partecipazione, si vedrebbe ‘privato’ dell’interesse di chiedere e ottenere la riedizione della procedura e, quindi, della possibilità di parteciparvi.

Di talché, la conclusione dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non potrebbe riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli ‘esiti della procedura selettiva’, il ricorrente principale abbia l’ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, in quanto, diversamente opinando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, di fatto, attribuendo al ricorrente in via incidentale una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici del settore che abbiano partecipato alla gara.

^{22[22]} L’interesse strumentale, finalizzato ad una nuova *chance* di aggiudicazione attraverso la partecipazione ad una nuova gara.

Tale pronuncia, pertanto, si è attestata sulle posizioni già ampiamente sostenute dalla giurisprudenza antecedente al 2008^{23[23]}, che avevano trovato conferma nell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, successivamente smentita dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

La complessa e problematica questione, a parere di chi scrive e come più ampiamente sarà esposto nelle “considerazioni conclusive”, non porta a ritenere che, in esito alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, sia significativamente compromessa la tutela dell'interesse strumentale nell'ambito nazionale né porta necessariamente a ritenere che sia presente una violazione dei principi di ispirazione comunitaria di non discriminazione, parità delle parti e di tutela della concorrenza negli appalti pubblici.

Utili spunti dialettici possono rinvenirsi nei primi commenti alla richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria ed alla ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia da parte del TAR Piemonte.

L'interesse strumentale identifica situazioni in cui il bene della vita non è direttamente conseguibile con l'annullamento dell'atto impugnato, ma solo ed eventualmente a seguito dell'attività amministrativa posta in essere in esecuzione della sentenza di accoglimento e di annullamento, sicché può ritenersi, quando il riesercizio del potere abbia comunque carattere discrezionale e non sia stato completamente conformato dalla pronuncia giurisdizionale, altrimenti si tratterebbe di interesse finale, che la strumentalità dell'interesse costituisce il risvolto processuale della nozione sostanziale di interesse pretensivo^{24[24]}.

^{23[23]} *Ex multis*: Cons. St., V. 30 novembre 2007, n. 6133; Cons. St., V, 13 settembre 2005, n. 4692; TAR Lazio, Roma, I, 15 luglio 2006, n. 6372.

^{24[24]} A. Giannelli, *Il revirement* della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale, *Dir. Proc. Amm.*, 2011, evidenzia che la nozione di interesse strumentale ha conosciuto una notevole diffusione anche prima che si profilasse all'orizzonte il problema dei due ricorsi reciprocamente escludenti in materia di procedure ad evidenza pubblica e che l'attributo della strumentalità evoca la tensione verso un risultato diverso ed ulteriore rispetto a quello immediatamente ritraibile dall'iniziativa intrapresa dal titolare dell'interesse medesimo; nel glossario del diritto amministrativo, afferma l'Autrice, la strumentalità costituisce una efficace sintesi verbale per rappresentare situazioni in cui il risultato perseguito con l'impugnazione non si esaurisce nell'annullamento dell'atto gravato.

In altri termini, l'interesse strumentale sottintende che la soddisfazione della *utilitas*, costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo, potrà avvenire solo probabilmente, attraverso il riesercizio del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale, per cui postula che, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'atto, l'amministrazione sia tenuta a riprovvedere in senso eventualmente, ma non certamente, soddisfattivo per il ricorrente vittorioso in giudizio.

Viceversa, è stato osservato che l'annullamento dell'ammissione alla gara della controparte nelle ipotesi della specie non assolve ad una specifica funzione di tutela, ma persegue un risultato, la rinnovazione della gara, la cui concreta realizzazione resta rimessa ad un'autonoma scelta dell'amministrazione^{25[25]}.

La giurisprudenza, peraltro, è oscillante sull'obbligo della stazione appaltante di rinnovare la gara all'esito dell'annullamento degli atti della procedura svolta, atteso che, a fronte della tesi secondo cui non vi sarebbe alcun obbligo in tal senso, in molti casi detto obbligo è stato ritenuto sussistente^{26[26]}, mentre, in altri casi, fermo restando l'obbligo per la stazione appaltante di riprovvedere, la giurisprudenza ha ritenuto sussistere la facoltà discrezionale di indire una nuova gara o di rinnovare parzialmente le attività pregresse^{27[27]}.

La c.d. strumentalità - per chi sostiene, come argomentato nell'ordinanza di rimessione alla Plenaria della Sesta Sezione del Consiglio di Stato 18 gennaio 2011, n. 351, che non vi sia l'obbligo per l'amministrazione di pubblicare un nuovo bando - si ridurrebbe in tal caso ad un nesso di probabile consequenzialità tra accadimenti, atteso che la rinnovazione della procedura di gara, pur essendo la conseguenza più comune della caducazione degli atti della procedura illegittimamente svolta, corrisponderebbe all'esercizio di una libera ed incoercibile volontà di contrarre.

Seguendo tale tesi, nel caso dei ricorsi "paralizzanti" o "reciprocamente escludenti", quindi, verrebbero a mancare entrambi i pilastri che sorreggono l'identità giuridica della

^{25[25]} A. Giannelli, op. cit., che richiama R. Villata, L'adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, Dir. Proc. Amm, 2008.

^{26[26]} *Ex multis*: Cons. St., VI, 27 marzo 2012, n. 1800; TAR Campania, Napoli, I, 22 settembre 2010, n. 17495; TAR Lombardia, Brescia, II, 8 aprile 2010, n. 1528.

^{27[27]} *Ex multis*: Cons. St., V, 1° febbraio 2010, n. 417; Cons. St., VI, 1° ottobre 2004, n. 6457.

nozione di interesse strumentale al ricorso, vale a dire la pregressa lesione e la doverosità dell'attività amministrativa riparatoria *post* annullamento.

Il c.d. interesse strumentale alla rinnovazione della gara, insomma, sarebbe caratterizzato dal fatto che tale rinnovazione costituisce un'utilità non preesistente all'annullamento giurisdizionale degli atti di gara, atteso che la possibilità di partecipare ad un nuovo confronto concorrenziale si concreterebbe in un vantaggio empiricamente ritraibile dalla sentenza di annullamento, ma non in un bene la cui lesione deve essere tutelata dall'ordinamento, per cui, l'interesse *de quo* costituirebbe un *posterius* rispetto all'evento antiggiuridico, costituito dall'illegittima ammissione di entrambi i concorrenti, il quale, nella fattispecie dei ricorsi "reciprocamente escludenti", rimarrebbe privo di attitudine lesiva.

D'altra parte, secondo tale prospettazione, che ricalca sostanzialmente quella di cui all'ordinanza di rimessione alla Plenaria, l'ammissibilità di un ricorso richiederebbe la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, mentre l'interesse alla rinnovazione della gara sarebbe del tutto eventuale ed ipotetico, sicché potrebbe ridondare in un interesse di mero fatto, non giuridicamente qualificato^{28[28]}.

In ordine all'analisi dell'essenza ed alla tutela dell'interesse strumentale, il diritto europeo offre numerosi elementi di riflessione.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha spesso ribadito che la partecipazione alla gara costituisce un necessario fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata

^{28[28]} Il *leading case* di cui ha tenuto conto la giurisprudenza successiva in materia può essere individuato nella decisione del Cons. St., IV, 23 gennaio 1986, n. 57, richiamata in R. Villata, nota a Consiglio di Stato, sez. I, 5 giugno 2008, n. 2669, in Dir. Proc. Amm., 2008. La decisione non affronta direttamente il tema dei rapporti tra ricorso principale ed incidentale, ma definisce la situazione giuridica del concorrente legittimamente escluso, negando che al medesimo spetti la titolarità di un interesse protetto: in tal caso il concorrente, escluso per inadeguatezza della sua offerta tecnica, si doleva della presunta illegittimità dell'ammissione dell'altro e tale censura era stata dichiarata inammissibile in quanto il vantaggio cui il ricorrente mirava, vale a dire la rinnovazione della gara, si configurava come un interesse di fatto, "non tutelabile come interesse legittimo", e ciò perché "il concorrente legittimamente escluso per inidoneità non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia partecipato e si ripromette di partecipare alla seconda".

dall'impresa che intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara.

La necessaria sussistenza della partecipazione alla gara come fonte della legittimazione ad agire non può essere disconosciuta, ma è anzi avvalorata dalla stessa sentenza della Sesta Sezione della Corte di Giustizia del 19 giugno 2003, pronunciata sul caso Hackermuller, che talvolta è citata a sostegno di tesi contrarie.

Infatti, anche in tale pronuncia è evidenziato che, quando all'offerente è riconosciuto il diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta sarebbe dovuta essere effettivamente esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata (punto 27 della sentenza)^{29[29]}.

L'ordinamento europeo, quindi, individua nell'annullamento giurisdizionale uno strumento di tutela di una posizione soggettiva sostanziale, non una via di ripristino della legalità violata, con un vincolo di necessaria presupposizione tra lesione ed annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, sicché il relativo sistema di giustizia, così come quello nazionale, ha chiaramente una connotazione soggettiva.

La soluzione a cui è giunta la Plenaria n. 4 del 2011, quindi, non sembra incompatibile con i principi del diritto europeo in quanto, nella sua prospettazione, non sussiste alcuna compressione del c.d. interesse strumentale, ma il venire meno della legittimazione ad agire che, determinando l'assimilazione del ricorrente principale al *quisque de populo*, comporta altresì la regressione dell'interesse strumentale ad un interesse di mero fatto, vale a dire ad una situazione irrilevante per l'ordinamento giuridico.

^{29[29]} La sentenza Hackermuller conclude evidenziando, tra l'altro, che le direttive comunitarie in materia di appalti non impediscono che le procedure di ricorso previste dalle stesse direttive siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se esse siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata.

In tale ottica, è proprio il principio di parità delle parti, interpretato alla luce del paradigma del giusto processo e dei principi della giurisdizione soggettiva, ad imporre il superamento della logica della doppia delibazione, in favore di un approccio ispirato alla priorità logica tra l'accertamento delle condizioni dell'azione e la decisione sulla fondatezza della domanda azionata.

La pronuncia in rito nel giudizio di impugnazione, d'altra parte, ha anche effetti sostanziali evidenziando la prevalenza dell'esigenza di conservazione dell'atto, anche ove potenzialmente illegittimo, su quella di rimozione dello stesso ove effettivamente illegittimo^{30[30]}.

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, in definitiva, avrebbe ribadito un principio fondamentale, strutturale al concetto stesso di impugnazione, vale a dire che devono essere decise prima le questioni che attengono all'*an* dello scrutinio rispetto alle questioni che riguardano l'illegittimità dell'atto impugnato^{31[31]} e tale puntualizzazione del necessario e

^{30[30]} In proposito, sia consentito il rinvio a R. Caponigro, Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo, già citato, secondo cui l'esame prioritario del ricorso incidentale appare giustificato anche da un criterio di economia dei mezzi amministrativi, vale a dire dal principio di conservazione degli atti giuridici, nel senso che occorre in primo luogo verificare se è possibile definire la vicenda processuale senza incidere sull'attività amministrativa che ha definito l'assetto di interessi in gioco, sicché, essendo il controinteressato destinatario del provvedimento di aggiudicazione della gara, occorre in primo luogo verificare se il soggetto che agisce in giudizio al fine di contestare la legittimità dell'atto sia titolare di entrambe le condizioni soggettive dell'azione, in difetto delle quali il provvedimento conclusivo del procedimento non potrebbe essere messo in discussione e resterebbe integro. In tale logica, l'esame del ricorso incidentale deve essere prioritariamente condotto, atteso che la sua eventuale fondatezza, ove idonea a determinare la carenza di una delle condizioni soggettive dell'azione, determina l'inammissibilità del ricorso principale e la conseguente conservazione della determinazione conclusiva adottata, laddove il prioritario esame del ricorso principale, ove fondato, comporterebbe la necessità di una nuova attività amministrativa da eseguire in esecuzione del giudicato, con conseguente *vulnus* al principio di economia dei mezzi dell'azione amministrativa e conservazione dei valori giuridici.

^{31[31]} La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, ora, come indicato nell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, una espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo, atteso che, in virtù dell'art. 76, co. 4, "si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma [2], del codice di procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile" ed il richiamato art. 276, co. 2, c.p.c. prevede che "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa". D'altra parte, si tratta di una regola di giudizio ritenuta pacificamente applicabile al processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore del codice.

preliminare accertamento delle condizioni soggettive delle azioni non risponde ad un approccio formalistico, ma, al contrario, funge da estremo baluardo avverso i riflussi oggettivizzanti che periodicamente interessano il processo amministrativo e che, in realtà, sono del tutto estranei anche al diritto comunitario ed europeo^{32[32]}.

Successivamente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato ha espressamente disatteso alcune censure di compatibilità comunitaria e costituzionale sottoposte al suo esame^{33[33]}.

In particolare, ha ritenuto che le censure basate sul richiamo alla direttiva 2007/66/CE, in relazione alla dedotta non trasposizione nell'ordinamento interno dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 1, non possono essere accolte in quanto:

a) la direttiva 2007/66/CE dispone che: “2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. 3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”;

b) sono così posti, in sintesi, i due principi: b.1) di non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto; b.2.) della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire una asserita illegittima lesione della sua posizione;

c) i principi enunciati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non contrastano con quelli ora richiamati, essendo chiaro che un'impresa può risultare ingiustamente pregiudicata a favore di un'altra nell'ambito della procedura di gara, ovvero essere oggetto

^{32[32]} La tesi esposta è seguita da A. Giannelli, op. cit.

^{33[33]} Cons. St., VI, 15 giugno 2011, n. 3655.

di una illegittima preclusione al ricorso, solo in quanto sia titolare di una posizione sostanziale che dà titolo a partecipare alla gara stessa, ed è perciò tutelabile in giustizia; soltanto in questo caso, infatti, si configura il presupposto della situazione di parità con un'altra impresa suscettibile di essere lesa, poiché solo chi ha una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara ha poi un titolo a lamentare un eventuale *deficit* di tutela giurisdizionale al riguardo. In ipotesi contraria verrebbe affermato che i suddetti principi impongono di assicurare il giudizio, sempre e fino alla pronuncia nel merito, a favore di qualsivoglia soggetto che – indipendentemente dalla sua giusta presenza in un rapporto amministrativo - si pretenda leso rispetto ad una gara alla quale, proprio a seguito di suo ricorso, è stato accertato che non ha titolo a partecipare, e della quale, pur data tale situazione, non sussistono gli eccezionali presupposti di impugnabilità.

Da ciò conseguirebbe che non si riscontra l'asserita lesione del principio della libera concorrenza; la relativa garanzia, per il profilo processuale, è data infatti dalla non discriminazione all'azione in giudizio fra gli aventi titolo idoneo a ricorrervi, perché titolari di una posizione sostanziale similmente tutelabile, e non già dalla garanzia che chiunque possa impugnare una procedura di gara pur se privo di una tale titolo abilitante all'impugnazione.

In particolare, la contestazione dell'assenza dei medesimi requisiti di partecipazione in capo al ricorrente incidentale, dedotta con il ricorso dal ricorrente principale, non può essere considerata eccezione preliminare, a sua volta "paralizzante", venendo a mancare in radice la legittimazione al ricorso del ricorrente principale e con ciò il titolo a dedurre avverso atti del procedimento di gara, perché si invertirebbe lo sviluppo logico del giudizio, che vuole sia anzitutto vagliata l'idoneità a domandare l'intervento del giudice in capo a chi per primo lo ha investito di una domanda su cui poggia l'intero contenzioso.

Ciò, peraltro, non sarebbe in contrasto con la previsione delle disposizioni specifiche sui giudizi in materia di appalti pubblici da ultimo positivizzate con il codice del processo amministrativo, volte di certo, come in generale, al sindacato pieno dell'esercizio del potere

amministrativo, ma nell'ambito di un giudizio soggettivo e di parti e non già del controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa.

In tale quadro, la pronuncia della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 3655 del 2011 ha concluso che non vi è la base per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE perché si tratta di un caso in cui la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito ad alcun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione della questione processuale sollevata.

Non si rinverrebbe nel sistema della normativa comunitaria sul tema un principio, sul quale chiedere quale debba essere l'uniforme applicazione, per il quale il titolo all'azione in giudizio sia comunque da riconoscere malgrado il difetto della qualità per agire in giustizia, cioè della titolarità di una posizione sostanziale tutelabile, vale a dire indipendentemente dal possesso della legittimazione al ricorso (che nella specie la ricorrente principale non possiede) e la conseguente prescrizione che, pur accolto il ricorso incidentale paralizzante il ricorso principale, questo debba comunque essere esaminato e deciso, così privilegiando l'interesse, ormai di mero fatto, del soggetto non legittimato a svantaggio di quello dell'aggiudicatario ed in vista di una rinnovazione della gara onerosa, inutilmente differita e del tutto eventuale.

A seguito dell'ordinanza del TAR Piemonte, la Corte di giustizia dell'Unione Europea dovrà condurre il suo esame sulle disposizioni processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione processuale, verificando se tali regole processuali nazionali siano in contrasto con i principi comunitari di effettività della tutela, parità delle parti, libera concorrenza.

L'effettività della tutela e la parità delle parti implicano che i concorrenti a una gara di appalto devono essere messi in condizione di contestare tempestivamente ed efficacemente l'aggiudicazione, ossia di accedere ad una tutela giurisdizionale.

La *ratio* delle norme comunitarie di cui alla c.d. direttiva ricorsi – direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che ha

modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici^{34[34]} – può essere infatti individuata nella preoccupazione, essendo difficilmente reversibili le conseguenze giuridiche e materiali di un contratto stipulato con il concorrente la cui aggiudicazione è contestata, di non assicurare una tutela pienamente soddisfattiva al concorrente che propone un ricorso e, quindi, nell'esigenza di garantire in materia di appalti una tutela processuale effettiva e celere^{35[35]}.

La giurisprudenza comunitaria, di conseguenza, ha censurato le leggi nazionali che non prevedevano la possibilità, per i concorrenti non aggiudicatari, di impugnare l'aggiudicazione.

In proposito, assume rilievo la decisione della Corte di Giustizia 24 giugno 2004, C-212/02 (Commissione c. Austria), la quale ha ritenuto contraria all'art. 2, par. 1, lett. a) e b), direttiva 89/665 ed alla direttiva 92/13, una legge nazionale la quale non prevedeva una procedura di ricorso che permettesse ad un concorrente escluso in una gara d'appalto di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione; nel caso deciso la legislazione austriaca è stata giudicata in contrasto con le citate direttive perché non prevedeva che l'aggiudicazione fosse comunicata ai concorrenti diversi dall'aggiudicatario e non consentiva a costoro di impugnare l'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto.

^{34[34]} La c.d. direttiva ricorsi – direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 – è stata recepita nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

^{35[35]} Il legislatore comunitario mira in primo luogo ad evitare, con la previsione di rimedi preventivi, che il contratto sia stipulato quando l'aggiudicazione di un appalto sia o possa ancora essere contestata. Il quarto considerando, nell'evidenziare che “fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto” fa presente che “ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto” e “per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa”. Il termine sospensivo, ai sensi del sesto considerando, “dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso”.

Ancora una volta, quindi, è presente la preoccupazione dell'ordinamento comunitario di evitare che non possa essere proposto, dal soggetto legittimato all'impugnazione, un ricorso prima della stipula del contratto, il che ha determinato l'introduzione nella c.d. direttiva ricorsi e, quindi, negli ordinamenti nazionali delle clausole di *stand still*^{36[36]}.

Una volta che l'accesso alla giustizia sia garantito, però, il diritto comunitario non impinge sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e condizioni dell'azione, che appartengono alla c.d. «autonomia processuale» dei diritti nazionali.

La nozione di “interesse all'affidamento di un determinato appalto pubblico”, anche secondo tale prospettazione, non potrebbe che implicare una verifica che tale interesse sia “legittimo” nel senso di essere fondato su ragioni legittime, e non sia un interesse di mero fatto, mentre chi è stato legittimamente escluso, sul piano processuale, non ha legittimazione a contestare la gara.

Le direttive ricorsi 89/665/CE e 92/13/CE, inoltre, sembrerebbero tutelare l'interesse all'affidamento della specifica gara di cui si discute senza spingersi a tutelare l'interesse “strumentale” a far cadere la gara specifica per conseguire l'indizione di una nuova gara, in cui la parte ricorrente ha una remota possibilità di vittoria in quanto “l'interesse all'affidamento” è riferito dalla Corte di giustizia UE a un “determinato appalto pubblico”,

^{36[36]} La direttiva ricorsi vieta alla stazione appaltante di stipulare il contratto durante il termine dilatorio decorrente dall'aggiudicazione dell'appalto (*still period* sostanziale) in quanto l'art. 2 *bis*, paragrafo 2, prevede che la conclusione di un contratto non può avvenire prima dello scadere di un termine a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti. Il considerando n. 12, inoltre, stabilisce che “la proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto”, sicché è “necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda”. L'art. 2, paragrafo 3, della direttiva, di conseguenza, prevede che, qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. Pertanto, accanto al termine dilatorio sostanziale, quando è proposto il ricorso, è previsto un termine dilatorio prima del giudizio cautelare o di merito (*still period* processuale).

ossia allo specifico appalto di cui si discute e alla cui gara ha partecipato il soggetto che contesta l'operato della stazione appaltante.

In definitiva, una attenta dottrina ha ritenuto che i principi comunitari sul processo in materia di pubblici appalti, e segnatamente i principi di parità delle parti, effettività della tutela e libera concorrenza:

a) non sembrano incidere sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione al ricorso, processo di parti, ragionevole durata del processo, esclusione di una giurisdizione di tipo oggettivo con poteri ufficiosi del giudice;

b) sembrano tutelare l'interesse all'affidamento dell'appalto in capo ai concorrenti che hanno i requisiti per ottenere l'affidamento, e non anche di coloro che non hanno detti requisiti, atteso che effettività della tutela non consente comunque di abusare del diritto di difesa;

c) non sembrano tutelare un ipotetico interesse strumentale al rinnovo della gara, in capo a soggetto di cui si sia accertato che non aveva i requisiti di partecipazione alla prima gara, pena, da un lato, il rallentamento e la paralisi del mercato dei pubblici appalti in nome di interessi di fatto meramente privatistici e, dall'altro lato, la trasformazione del processo di parti in una giurisdizione di tipo oggettivo, in cui il giudice eserciti un sindacato generale sull'operato della stazione appaltante, avulso dalle regole processuali in tema di legittimazione e interesse al ricorso^{37[37]}.

2.2.1 *Considerazioni conclusive.*

La soluzione della articolata ed importante questione impone una riflessione su alcuni istituti fondamentali del processo amministrativo.

In primo luogo, ad avviso di chi scrive, occorre disattendere la suggestiva tesi secondo cui l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara non sarebbe un interesse legittimo, vale a dire un interesse giuridicamente qualificato e tutelato, ma sarebbe

^{37[37]} Tali sviluppo argomentativo e le relative conclusioni sono contenute in M. Protto, La parola al giudice comunitario, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

ontologicamente un interesse di mero fatto in quanto privo di concretezza ed attualità, in ragione della discrezionalità della stazione appaltante nell'indire una nuova gara a seguito dell'annullamento giurisdizionale della gara svolta.

Il diritto al ricorso nel processo amministrativo sorge in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale e tende ad un provvedimento giurisdizionale idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione.

Condizioni soggettive per agire in giudizio, quindi, sono la legittimazione ad agire (detta anche legittimazione processuale) e l'interesse a ricorrere: la prima spetta a colui che affermi di essere titolare della situazione giuridica sostanziale in ipotesi ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo.

La possibilità di proporre un'azione impugnatoria di provvedimenti amministrativi, al di là di specifiche ipotesi contemplate dalla legge, infatti, non è concessa a chiunque in qualità di cittadino intenda censurare l'esercizio del potere pubblico, vale a dire *uti cives*, ma soltanto al titolare di una posizione di interesse legittimo e cioè di una posizione qualificata e differenziata rispetto alla posizione di tutti gli altri membri della collettività, vale a dire *uti singulus*.

La posizione legittimante alla proposizione del ricorso, quindi, è caratterizzata dalla differenziazione e dalla qualificazione.

La prima qualità può discendere dall'atto amministrativo quando esso incide immediatamente nella sfera giuridica del soggetto ovvero può rinvenirsi nel collegamento tra la sfera giuridica individuale ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica quando l'atto esplica effetti diretti nella sfera giuridica altrui e, in ragione di tali effetti, è destinato ad interferire sulla posizione sostanziale del ricorrente.

Peraltro, ai fini della configurazione della posizione sostanziale legittimante l'azione, non è sufficiente che sussista un qualsiasi interesse differenziato, rispetto a quello di altri soggetti, al corretto esercizio del potere amministrativo, ma è necessario anche che l'interesse individuale sia qualificato, sia cioè considerato dalla norma attributiva del potere, nel senso che tale norma, o l'ordinamento nel suo complesso, deve prendere in

considerazione, oltre l'interesse pubblico che è precipuamente preordinata a soddisfare, anche l'interesse individuale privato su cui va ad incidere l'azione amministrativa.

L'interesse al ricorso, invece, consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa e richiede che l'atto impugnato abbia prodotto una lesione diretta, attuale e concreta nella sfera giuridica del destinatario.

Ne consegue che, per la sussistenza dell'interesse alla proposizione del ricorso, è necessario che la lesione sia attuale e concreta, mentre l'interesse può essere anche eventuale, sicché, anche volendo aderire alla tesi, invero molto contrastata, secondo cui, in esito all'annullamento della gara, la rinnovazione della stessa sarebbe solo possibile e non certa, l'interesse al ricorso deve ritenersi evidentemente sussistente sia perché il concorrente è leso in via diretta ed attuale dall'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente, sia perché un interesse, anche solo eventuale, sicuramente sussiste.

D'altra parte, la giurisprudenza ha costantemente sostenuto l'ammissibilità di un ricorso "principale" quando sia dedotto in giudizio, dal concorrente che abbia partecipato alla procedura selettiva, l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, attraverso la proposizione di vizi idonei a compromettere l'intero svolgimento della procedura concorsuale^{38[38]}.

La giurisprudenza, infatti, pure quando ha puntualmente seguito la strada indicata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in ordine al rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale, non ha mancato di evidenziare l'astratta azionabilità di posizioni di interesse strumentale, non dirette ad ottenere l'aggiudicazione ma la ripetizione della gara^{39[39]}.

Inoltre, anche ove costituisca un dato di fatto oggettivo che la gara non potrebbe essere rinnovata - ad esempio per la sicura insussistenza della disponibilità finanziaria a

^{38[38]} Il ricorso con cui è dedotto in giudizio l'interesse strumentale alla rinnovazione degli atti di gara, soprattutto quando siano state proposte censure idonee a travolgere l'intera procedura, è costantemente ritenuto ammissibile (ex multis: Cons. St., IV, 12 maggio 2010, n. 2077; TAR Umbria, 4 marzo 2011, n. 63; TAR Lazio, Roma, III, 7 febbraio 2011, n. 1128).

^{39[39]} Cons. St., V, 20 febbraio 2012, n. 892; Cons. St., III, 19 gennaio 2012, n. 63.

causa dell'intervenuta scadenza di un finanziamento pubblico - e, quindi, nel caso in cui la mancata rinnovazione sia il frutto di una scelta vincolata e non discrezionale, il ricorso principale potrebbe essere dichiarato improcedibile per tale ragione, ma potrebbero comunque residuare l'interesse e la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 34, co. 3, c.p.a.

La sopravvenuta inutilità per il ricorrente principale di ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato, quindi, non determinerebbe affatto la dequotazione del proprio interesse legittimo ad interesse di mero fatto, ma potrebbe determinare semmai l'esigenza di proporre l'azione di risarcimento dei danni congiuntamente o in luogo dell'azione di annullamento.

In definitiva, a mio avviso, non può essere posto in dubbio che il c.d. interesse strumentale alla rinnovazione della gara da parte del concorrente che abbia legittimamente partecipato sia un interesse giuridicamente qualificato e tutelato e non un interesse di mero fatto, avendo come sua specificità, come per ogni altro interesse strumentale, la circostanza che il bene della vita al quale aspira il ricorrente non può essere conseguibile immediatamente, in esito all'annullamento, ma solo eventualmente, a seguito del rinnovato esercizio del potere amministrativo.

La questione della compatibilità comunitaria del diritto vivente ritraibile dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, allora, è legata non tanto alla protezione del c.d. interesse strumentale legittimo, che, se esistente, non può fuoriuscire dalla sfera del rilevante giuridico e dalla conseguente esigenza di tutela giurisdizionale, ma alla verifica della permanenza o meno dello stesso nel caso in cui la fondatezza del ricorso incidentale rivelasse l'illegittima partecipazione del ricorrente principale alla procedura concorsuale.

In particolare, ritenendo che l'accoglimento del ricorso incidentale ed il conseguente annullamento della ammissione alla gara o, meglio, della omessa esclusione del ricorrente principale dalla gara, agendo *ex tunc*, releghi su un piano meramente fattuale l'illegittima partecipazione, dovrebbe ritenersi che la soluzione prospettata dall'Adunanza Plenaria sia del tutto compatibile con i principi comunitari di libera concorrenza, parità delle armi ed

effettività della tutela in quanto, in assenza della differenziazione della posizione, che non sarebbe più distinguibile da quella di chi alla gara non ha partecipato, non sussisterebbe alcun interesse legittimo da tutelare, ma solo un interesse di mero fatto, con conseguente assenza della legittimazione ad agire, di cui il ricorrente principale sarebbe privo al pari di ogni altro imprenditore che non ha partecipato alla gara.

In altri termini, secondo tale prospettiva, non vi è alcuna sottovalutazione dell'interesse strumentale giuridicamente rilevante e della sua tutela in quanto l'interesse del ricorrente principale non potrebbe essere qualificato come interesse legittimo, difettando del necessario requisito della differenziazione, ma apparterebbe, come interesse di mero fatto, al piano dell'irrilevante giuridico, mentre, ove avesse consistenza di interesse legittimo, in quanto differenziato e qualificato, l'interesse strumentale sarebbe tutelabile in giudizio al pari dell'interesse finale.

L'interesse del ricorrente principale, in tale ipotesi, sarebbe quindi di mero fatto, vale a dire equiparabile a quello di qualsiasi altro operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti, pur essendo titolare di un interesse di fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di indizione di una nuova gara^{40[40]}.

Di talché, ad avviso di chi scrive, l'interesse strumentale legittimo alla rinnovazione della gara, quando alla selezione abbiano partecipato solo due imprese, sussiste sicuramente ogniqualvolta la legittimità della partecipazione alla gara del ricorrente principale non sia contestata, anche nell'ipotesi in cui è certo che ad un eventuale accoglimento del ricorso non potrebbe seguire la riedizione della procedura concorsuale, potendosi in tal caso all'azione di annullamento accompagnarsi la proposizione di un'azione di risarcimento dei danni ed all'improcedibilità della prima la decisione nel merito della seconda, mentre, ove con

^{40[40]} Cons. St., VI, 6 marzo 1992, n. 159, già a suo tempo aveva posto chiaramente in rilievo che l'accertamento dell'inammissibilità per difetto dei requisiti di partecipazione dell'offerta presentata dal ricorrente principale degrada la posizione di costui a mero interesse indifferenziato, non distinguibile da quello delle imprese che non hanno partecipato alla gara, per cui, mancando una situazione giuridica protetta, risulterebbe fuor di luogo invocare l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

ricorso incidentale sia contestata l'ammissione alla gara del ricorrente principale e, con efficacia *ex tunc*, la stessa sia annullata, occorre risolvere la questione fondamentale, che attiene alla sussistenza della legittimazione ad agire e non dell'interesse al ricorso^{41[41]}, vale a dire se il ricorrente conservi o meno una posizione che valga a differenziarlo dal *quisque de populo*.

Nell'ipotesi affermativa, non potrebbe disconoscersi la persistenza delle condizioni soggettive dell'azione, atteso che il ricorrente principale agirebbe *uti singulus* e non *uti cives*, con conseguente sussistenza di un interesse strumentale legittimo alla rinnovazione della gara.

Ove, invece, così come sostenuto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, si propendesse per la tesi che equipara il concorrente illegittimamente ammesso alla procedura di gara a qualunque altro operatore economico che non ha proposto domanda di partecipazione, l'interesse strumentale alla rinnovazione non sarebbe tutelabile perché non esisterebbe una situazione di interesse legittimo, essendo venuta meno la differenziazione della posizione, sicché la stessa potrebbe essere definita come di interesse strumentale di mero fatto, per distinguerla da quella definita di interesse strumentale legittimo, priva di legittimazione ad agire.

Né a tale ultima soluzione potrebbe opporsi che, a seguito del ricorso incidentale escludente, la posizione del ricorrente principale non potrebbe essere comunque equiparabile a quella dell'impresa non partecipante^{42[42]}.

^{41[41]} In proposito, R. Villata, *Riflessi in tema di ricorso incidentale nel giudizio di primo grado (con particolare riferimento alle impugnative delle gare contrattuali)*, *Diritto Processuale Amministrativo*, 2009, il quale – nell'evidenziare come il punto centrale della tesi che fonda la priorità del ricorso incidentale consiste nell'equiparare l'impresa esclusa in accoglimento di detto ricorso all'impresa che, non avendo presentato domanda, è rimasta totalmente estranea alla gara, atteso che quest'ultima non è titolare di alcuna situazione giuridicamente protetta, di alcun interesse legittimo collegato alla gara – ritiene evidente che si tratti di mancanza di legittimazione e non rilevi l'interesse strumentale, che presuppone la sussistenza sul piano sostanziale di una situazione giuridica soggettiva.

^{42[42]} La tesi avversata è esposta in P. Quinto, *op. cit.*, il quale, peraltro, ad avviso di chi scrive, coglie nitidamente ed in modo pienamente condivisibile che si tratta dell'argomento centrale per la soluzione della questione.

La circostanza che talune pronunce di accoglimento del ricorso incidentale, in presumibile applicazione della tesi che sostiene la natura di mera eccezione processuale di quest'ultimo, non contengano nel dispositivo una espressa statuizione di annullamento dell'ammissione alla gara del ricorrente principale non può portare a ritenere che tale esito della controversia sia inidoneo a determinare la retroattività dell'accertamento dell'illegittima ammissione e della conseguente esclusione dalla gara e ad incidere sulla collocazione in graduatoria del ricorrente principale^{43[43]}.

La constatazione che talvolta la giurisprudenza, come la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, faccia discendere dall'accoglimento del ricorso incidentale l'effetto della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità del ricorso principale anziché l'effetto di annullamento dell'atto di ammissione, infatti, costituisce una modalità di redazione del dispositivo che non può portare ad escludere che sia proprio l'annullamento, con efficacia *ex tunc*, dell'ammissione del ricorrente principale a determinare il venire meno delle condizioni soggettive dell'azione principale che, altrimenti, effettivamente continuerebbero a persistere.

Di qui, la considerazione che, a prescindere dalle statuizioni volta per volta adottate, all'accoglimento dell'impugnativa incidentale, con cui sia stata contestata la legittimazione alla partecipazione del ricorrente principale, segue inevitabilmente l'annullamento *in parte qua* dell'azione amministrativa e, solo in via mediata ed in esito a tale annullamento, l'improcedibilità o, meglio, l'inammissibilità del ricorso principale^{44[44]}.

Così delineati i termini della questione e ribadito che l'individuazione della presenza di un interesse strumentale legittimo o di mero fatto postula la verifica della persistenza o meno della differenziazione della posizione, e, quindi, della legittimazione ad agire una

^{43[43]} P. Quinto, op. cit., rileva che, sul piano squisitamente amministrativo, il concorrente-ricorrente, che ha partecipato al procedimento concorsuale, conserva la posizione comunque acquisita in mancanza di una statuizione di annullamento del giudice e dell'eventuale esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione, con l'ulteriore conseguenza che, indipendentemente dalla vicenda giudiziaria che lo ha visto estromesso, in tutti i casi di scorrimento della graduatoria per vicende ultronee egli potrebbe aspirare addirittura all'aggiudicazione dell'appalto.

^{44[44]} Tale considerazione, peraltro, si rivela coerente con la tesi secondo cui, in tale ipotesi, il rimedio incidentale rivela natura impugnatoria ed efficacia di eccezione processuale.

volta accertata l'illegittima ammissione del ricorrente principale alla procedura, può affermarsi che la posizione espressa nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non costituisce in alcun modo fonte di dequotazione dell'interesse strumentale.

Infatti, se si optasse per la tesi del venire meno della differenziazione e della legittimazione, l'interesse strumentale, secondo il percorso argomentativo in precedenza sviluppato, sarebbe qualificabile come un interesse strumentale di mero fatto e non come un interesse strumentale legittimo e, come tale, apparterebbe all'area dell'irrilevante giuridico, atteso che l'interesse strumentale legittimo presuppone la presenza su un piano sostanziale di una situazione giuridica soggettiva, sicché i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non sarebbero affatto violativi dei principi comunitari di parità delle parti, non discriminazione e tutela della concorrenza.

Se, al contrario, si optasse per la tesi che, sebbene l'ammissione del ricorrente principale sia stata illegittima, quest'ultimo non possa comunque essere posto sullo stesso piano dell'operatore economico che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, conservando la sua posizione differenziata e, quindi, il suo interesse strumentale legittimo perché giuridicamente qualificato e tutelato, la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 si rivelerebbe incompatibile con l'ordinamento nazionale, prima ancora che con l'ordinamento comunitario.

La soluzione del problema, secondo il mio parere, postula innanzitutto la verifica della fase procedimentale a cui afferiscono le censure proposte dal ricorrente principale, di cui è stata accertata l'illegittima ammissione in sede di esame del ricorso incidentale, vale a dire se le censure afferiscono alla fase preliminare di verifica dei requisiti di ammissione o comunque precedente l'attribuzione dei punteggi o a quella dello svolgimento della gara^{45[45]}.

^{45[45]} Sul punto, sia consentito il rinvio a R. Caponigro, Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo, op. cit., in cui è evidenziato che la questione del rapporto di priorità logica nell'esame delle due impugnazioni deve essere affrontata partendo dalla considerazione che, nelle materie degli appalti pubblici e dei concorsi per l'accesso al pubblico impiego, controversie alle quali normalmente pertiene il ricorso incidentale, i relativi procedimenti amministrativi possono essere scomposti in fasi, ciascuna dotata di una propria autonomia, ed è altresì indicato che la presenza di una posizione differenziata e qualificata riguarda

Ne consegue che, in ordine alle censure proposte in via principale, dal concorrente illegittimamente ammesso, afferenti allo svolgimento della gara, l'indirizzo assunto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 sembra senz'altro condivisibile in quanto, con riferimento a tale specifico e successivo segmento procedimentale, l'eliminazione con efficacia *ex tunc* della ammissione del ricorrente principale determina effettivamente la sua equiparazione a quella di un qualunque imprenditore che, pur potendolo, non ha inteso proporre domanda di partecipazione^{46[46]}.

Viceversa, appare più problematico ritenere che la posizione non rimanga differenziata e qualificata e, quindi, avente consistenza di interesse legittimo in relazione alle censure afferenti alla fase preliminare in quanto non può disconoscersi il fatto storico che il ricorrente principale, sebbene sia accertata in sede giurisdizionale l'illegittimità della sua ammissione, abbia espresso la volontà di partecipazione e sia stato ammesso a concorrere dalla stazione appaltante, per cui sembra più arduo che possa essere considerato un *quisque de populo* alla stregua di un qualunque soggetto che sia rimasto totalmente estraneo alla procedura concorsuale senza avanzare nemmeno la domanda di partecipazione.

In conclusione, se il ricorrente incidentale propone fondatamente censure relative alla illegittima ammissione del ricorrente principale alla gara e quest'ultimo deduce doglianze relative allo svolgimento della gara alla quale non aveva titolo a partecipare, la differente posizione dei due contendenti è *ictu oculi* rilevabile, sicché, nemmeno in teoria, potrebbe sussistere una lesione della *par condicio* tra gli stessi, mentre, se anche il ricorrente principale contesta l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale o deduce censure idonee, se fondate, a determinare il travolgimento della procedura selettiva, le due posizioni si pongono su un piano di maggiore simmetria, per cui la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, potrebbe porsi in

il segmento procedimentale antecedente allo svolgimento della gara e non anche lo svolgimento della gara.

^{46[46]} R. Villata, Nota a Consiglio di Stato, sez. I, 5 giugno 2008, n. 2669, cit., fa presente che se l'impugnativa principale contesta nel merito l'aggiudicazione, individuando una sopravvalutazione dell'offerta dichiarata vincitrice, mentre il controinteressato reagisce deducendo l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta di controparte, sembra pacifica e difficilmente contestabile la priorità della deliberazione del ricorso incidentale.

contrasto con le regole che, in ambito nazionale, governano lo svolgimento del processo amministrativo e, di conseguenza, potrebbe ipotizzarsi una lesione al principio di parità delle parti e, quindi, di tutela della libertà di concorrenza.

La evidenziata natura impugnatoria del ricorso incidentale, peraltro, potrebbe rendere applicabile alla fattispecie l'orientamento, già sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa facendo leva sui principi ricavabili dal codice del processo e sui canoni di derivazione europea, secondo cui la regola della portata retroattiva della sentenza di annullamento sarebbe passibile di deroga ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta, vale a dire in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale^{47[47]}.

In particolare, in ragione della piena simmetria delle posizioni dei concorrenti ricorrenti, potrebbe rivelarsi incongrua e manifestamente ingiusta la portata retroattiva dell'annullamento degli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale, annullamento che consegue all'accoglimento del ricorso incidentale, potendo rivelarsi più rispettoso del principio di effettività della tutela disporre detto annullamento con efficacia *ex nunc*.

La posizione del ricorrente principale, seguendo tale traiettoria argomentativa - se diverrebbe indifferenziata, essendo stata accertata l'illegittimità della sua ammissione, con riferimento allo svolgimento della gara da cui realizzare l'interesse finale all'aggiudicazione - rimarrebbe certamente differenziata e qualificata con riferimento alla fase precedente onde ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione, con conseguente impossibilità - permanendo entrambe le condizioni soggettive dell'azione, vale a dire la legittimazione ad agire e l'interesse strumentale, questa volta legittimo, alla rinnovazione della gara - di dichiarare, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'inammissibilità *in parte qua* del ricorso principale, il quale, invece, dovrebbe essere esaminato nel merito con riferimento alle censure con cui è stata contestata l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ricorrente

^{47[47]} In tal senso: Cons. St., V, 26 gennaio 2012, n. 340; Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755; TAR Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, 13 dicembre 2011, n. 700, richiamate nella precedente nota n. 5.

principale ed alle censure cui è comunque sotteso l'interesse strumentale perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell'intera procedura concorsuale.

2.3 *L'avvalimento negli appalti pubblici.*

L'istituto dell'avvalimento nella disciplina degli appalti pubblici assume rilievo sintomatico al fine di comparare le regole di tutela della libertà di concorrenza negli ambiti comunitario e nazionale.

Gli albori di tale istituto si rinvengono nella giurisprudenza comunitaria che decise favorevolmente la vicenda di una società la quale, ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto, aveva esibito documenti da cui non risultava direttamente in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, appartenendo gli stessi ad altra società sia pure facente parte del medesimo gruppo.

La giurisprudenza comunitaria ha poi esteso il principio anche all'ipotesi di collegamento societario insussistente tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata, sicché in ambito comunitario è stato affermato il principio che il possesso di requisiti di carattere oggettivo, vale a dire economici, finanziari e tecnici, può essere dimostrato anche facendo ricorso alla capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura formale del collegamento esistente tra le imprese, a condizione che l'impresa ausiliata provi di poter effettivamente disporre dei requisiti in possesso dell'impresa ausiliaria.

La *ratio* alla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia è individuabile nella necessità di garantire la massima partecipazione possibile degli operatori economici alle gare pubbliche nonché l'apertura ed il buon funzionamento del mercato comunitario e lo sviluppo della concorrenza.

A tal fine, è consentito a soggetti che ne sono privi di partecipare alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, nella misura in cui siano da questi autonomamente ed integralmente posseduti.

La natura pretoria dell'istituto è stata rapidamente recepita dalla normativa comunitaria che, agli artt. 47, co. 2, e 48, co. 3, della direttiva 2004/18/CE, ha

espressamente attribuito all'operatore economico la possibilità "se del caso e per un determinato appalto, di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", per comprovare il possesso, rispettivamente, dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnici e professionali.

L'avvalimento, pertanto, assume in ambito comunitario i caratteri di un istituto di applicazione generale, la cui operatività non incontra alcuna limitazione, ma che deve inevitabilmente accompagnarsi all'onere, per il concorrente che intenda avvalersi di requisiti oggettivi, di dimostrare che disporrà dei mezzi necessari e delle risorse indispensabili^{48[48]} ed è preordinato a garantire la libertà di concorrenza, atteso che in tal modo è favorita la possibilità della più ampia partecipazione possibile alle procedure concorsuali^{49[49]}.

In ambito nazionale, tale istituto è stato accolto da un consistente scetticismo in quanto si è paventato il rischio che potesse favorire la legittima partecipazione di soggetti, sprovvisti in proprio dei requisiti di partecipazione, in grado di ledere l'interesse pubblico ontologicamente perseguito dalla stazione appaltante.

Nel recepimento dell'istituto, quindi, è chiaramente percepibile la differente *ratio* della normativa sulla contrattualistica pubblica in ambito comunitario e nazionale: l'una, quella interna, volta maggiormente alla tutela degli interessi della stazione appaltante ed alla conseguente individuazione del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione; l'altra, quella comunitaria, volta maggiormente alla tutela degli interessi sottesi alla libertà di concorrenza ed alla non discriminazione tra le imprese.

La diversa impostazione della normativa sull'avvalimento nel sistema comunitario e nel sistema nazionale italiano, insomma, ha risentito del fatto che, tradizionalmente, nell'ordinamento comunitario è più avvertita l'esigenza di garantire il diritto delle imprese

^{48[48]} L'evoluzione dell'istituto dell'avvalimento in ambito comunitario ed il suo recepimento in ambito nazionale è ricostruito in F. Russo, L'avvalimento per le certificazioni di qualità: profili giuridici ed operativi, Giur. merito, 2011.

^{49[49]} *Ex multis*: Cons. St., VI, 13 giugno 2011, n. 3565; Cons. St., V, 19 marzo 2009, n. 1624.

alla partecipazione alle gare nell'ambito del mercato comune, mentre il sistema nazionale è più attento alle esigenze di tutela delle amministrazioni aggiudicatrici.

La maggiore cautela del legislatore italiano nel recepimento dell'istituto ha determinato che la disciplina dettata dall'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2011 sia stata in qualche misura diretta a limitare l'operatività dell'istituto^{50[50]}.

Peraltro, con l'avvio della procedura di infrazione di cui alla nota C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008, la Commissione Europea ha ribadito che il diritto comunitario non consente alcuna limitazione in ordine alla possibilità di avvalersi della capacità di terzi, prevedendo quale unica condizione al suo utilizzo un limite di carattere modale, ovvero che il candidato offerente abbia a disposizione dall'impresa ausiliaria i requisiti richiesti per l'esecuzione dell'appalto, per cui il comma 7 del richiamato art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 è stato soppresso dal d.lgs. n. 152 del 1998 e nell'art. 49 del codice è stato esteso l'ambito di operatività dell'avvalimento ai fini della partecipazione agli appalti pubblici nell'ordinamento interno.

Il d.lgs. n. 152 del 2008, nella stessa logica estensiva, ha sostituito il sesto comma dell'art. 49, circoscrivendo ai soli appalti pubblici di lavori, ed escludendo, quindi, gli appalti pubblici di servizi e forniture, il divieto del c.d. avvalimento frazionato, vale a dire il divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria.

Successivamente, anche la giurisprudenza nazionale si è allineata ai principi espressi da quella comunitaria, riconoscendo la portata generale dell'avvalimento^{51[51]} ed è stato ritenuto che l'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 è peculiare per la sua "portata precettiva imperativa", trattandosi di un istituto di origine comunitaria, a «recepimento obbligatorio» ed "autoesecutivo", caratterizzato da un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo^{52[52]}.

^{50[50]} Un tentativo di limitare l'operatività dell'istituto era chiaramente ravvisabile nell'originaria formulazione dell'art. 49, co. 7, d.lgs. n. 163 del 2006 che consentiva alle Stazioni appaltanti, attraverso il bando di gara, di limitare la possibilità di avvalimento solo con riferimento ad alcuni requisiti, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto.

^{51[51]} Cfr. Cons. St., III, 18 aprile 2011, n. 2344.

^{52[52]} Cfr. Cons. St., V, 12 giugno 2009, n. 3762.

Da ultimo, sulla scorta di un orientamento estensivo già affermatosi in parte della giurisprudenza, è stato anche ritenuto che per i concorrenti ad una gara pubblica d'appalto sia possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento con riferimento alle certificazioni di qualità^{53[53]}.

In particolare, è stato evidenziato che tale orientamento estensivo^{54[54]} è avvalorato dalla *ratio* dell'allargamento della concorrenzialità tra imprese sottesa all'istituto in discussione ed è basato sulle seguenti considerazioni:

la disciplina dell'art. 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, risultando con ciò preclusa alle amministrazioni la possibilità di operare restrizioni al suo utilizzo e, pertanto, per una ragione logica, prima ancora che giuridica, dovrebbero essere insuscettibili di avvalimento i soli requisiti generali di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, ossia quei requisiti di onorabilità, moralità e professionalità intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione; di conseguenza, ad eccezione di tali requisiti, all'istituto dell'avvalimento dovrebbe riconoscersi portata generale, in quanto posto a presidio della libertà di concorrenza, in modo da rimuovere ogni ostacolo al libero esercizio dell'imprenditorialità in ambito comunitario e da garantire la massima partecipazione alle procedure di gara e la *par condicio* dei concorrenti;

il requisito della certificazione di qualità - in quanto riconnesso semplicemente ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività, a seguito di valutazione, sia conforme ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza - dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere pur sempre tecnico organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento, atteso che il contenuto dell'attestazione concerne, in sostanza, il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo e garantisce la stazione appaltante nella fase esecutiva

^{53[53]} Cfr. TAR Campania, Salerno, I, 29 aprile 2011, n. 813.

^{54[54]} Cfr. TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220.

del contratto, in quanto mira ad assicurare che l'impresa esegua l'attività oggetto dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni; a voler diversamente opinare, si determinerebbe l'implausibile esclusione di alcuni soggetti operanti nel medesimo settore dalla possibilità di aggiudicazione di determinati contratti pubblici, comprimendo la loro libertà d'impresa e la possibilità di incrementare esperienza e capacità professionale;

il terzo che "presti", in via di ausiliatore, la propria certificazione di qualità non si limita al prestito del solo "documento" contenente la certificazione, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, e siffatta obbligazione vale a garantire l'interesse dell'Amministrazione ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni per la gestione dell'appalto, risultando, per ciò solo ed in definitiva, ben possibile che l'impresa concorrente assuma le vesti di un mero centro di imputazione di rapporti giuridici e limiti la sua attività al coordinamento delle prestazioni dell'impresa ausiliaria;

la legge, del resto, prevede che, nell'ipotesi in cui il soggetto affidatario dell'appalto non disponga del complesso organizzativo dell'impresa ausiliaria o questa si rifiuti di metterlo a disposizione, sussiste una responsabilità di carattere solidale tra l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria.

Pertanto, anche in ambito nazionale, si è giunti alla determinazione che la certificazione di qualità non può essere pregiudizialmente sottratta all'avvalimento atteso che tale istituto, come previsto dalle direttive comunitarie sugli appalti, ha portata generale e favorisce le dinamiche del mercato in quanto, se ciascun operatore può avvalersi dei requisiti di altri soggetti, la concorrenza si apre ad un maggior numero di imprenditori.

Un ulteriore effetto dell'interpretazione comunitaria dell'istituto dell'avvalimento in ambito nazionale riguarda la disciplina contenuta nell'art. 49, co. 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e, in particolare, la questione esegetica relativa al se, nel caso di raggruppamenti temporanei di

impresa, il termine “concorrente” si riferisca al raggruppamento nel suo complesso ovvero ad ogni singola impresa facente parte dello stesso.

In altri termini, posto che il concorrente a una gara per l’affidamento di un appalto di lavori pubblici, può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, ove ciascuna impresa facente parte del raggruppamento si avvalga di una sola impresa ausiliaria per la stessa categoria, occorre valutare se per concorrente si intende la singola impresa, nel qual caso la norma sarebbe rispettata e correttamente applicata, ovvero il raggruppamento che ha presentato l’offerta, nel qual caso sussisterebbe la violazione della norma di legge e del bando essendosi il raggruppamento avvalso di diverse imprese ausiliarie per la stessa categoria.

La giurisprudenza ha recentemente ritenuto che, sulla base di una esegesi sia letterale che sistematica, la previsione normativa debba essere interpretata nel senso che può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per categoria di qualificazione ciascuna impresa facente parte del raggruppamento e che, quindi, il termine “concorrente” sia da riferirsi non al raggruppamento nel suo complesso ma alle singole imprese che lo costituiscono^{55[55]}.

Una pluralità di riferimenti letterali contenuti nel d.lgs. n. 163 del 2006 non lascerebbero dubbi sulla corretta interpretazione della norma, atteso, in primo luogo, che, ai sensi dell’art. 49, co. 1, del decreto, “il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’art. 34”, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dell’attestazione SOA di un altro soggetto e che, ai sensi dell’art. 34, co. 1, lett. d), sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i “raggruppamenti temporanei di concorrenti”, per cui il combinato disposto delle norme lascia chiaramente intendere che i concorrenti sono i singoli soggetti che costituiscono il raggruppamento.

L’art. 37, co. 7, d.lgs. n. 163 del 2006, poi, vieta “ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo”, sicché è evidente, dovendosi altrimenti

^{55[55]} Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 21 dicembre 2010, n. 37977.

concludere per la totale illogicità della previsione, che per concorrenti la norma abbia voluto intendere i singoli soggetti che partecipano al raggruppamento.

Inoltre, l'art. 37, co. 13, del codice dei contratti pubblici fa presente che “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo” devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui anche tale norma evidenzia come i concorrenti siano i singoli soggetti che fanno parte del raggruppamento.

L'art. 37, co. 1, d.lgs. 163/2006, analogamente, indica che, nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una “riunione di concorrenti”, nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente, e per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una “riunione di concorrenti” finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

Di talché, essendo definito dalla legge il raggruppamento temporaneo, sia esso verticale che orizzontale, come “riunione di concorrenti”, non può esservi alcun margine di incertezza sulla *voluntas legis* di identificare il concorrente come il singolo soggetto che partecipa al raggruppamento.

In definitiva, già da un punto di vista letterale, il concetto di “concorrente” a cui fa riferimento l'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006 dovrebbe essere inteso nel senso di ciascun imprenditore che partecipa al raggruppamento.

La corretta interpretazione di “concorrente” come singolo soggetto che partecipa al raggruppamento temporaneo può essere altresì desunta sotto un profilo sistematico.

La potestà di avvalimento, come detto, costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale e la sua finalità non è quella di arricchire la capacità del concorrente ma, in coerenza con il principio del *favor participationis*, di consentire a soggetti, che altrimenti non potrebbero parteciparvi, di concorrere alla gara “avvalendosi” dei requisiti di altri soggetti.

Va da sé, allora, che, se il divieto di cui all'art. 49, co. 6, d.lgs. n. 163 del 2006 è finalizzato ad evitare che i concorrenti sprovvisti dei requisiti di qualificazione previsti per

l'esecuzione dei lavori pubblici possano ricorrere a più imprese ausiliarie che, a loro volta, non possiedono un livello di qualificazione sufficiente a consentire la partecipazione alla gara, utilizzando così in maniera frazionata i requisiti di ognuna di esse, tale divieto non ha ragione di operare quando ciascuna delle imprese ausiliarie possiede un livello di qualificazione sufficiente a consentire la partecipazione alla gara.

2.4 *Partecipazione alle gare di imprese collegate e controllate.*

Il diritto comunitario è recentemente intervenuto sul tema della partecipazione alle gare di imprese controllate o collegate^{56[56]}.

Il TAR Lombardia ha sottoposto alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale “se l’art. 29 della direttiva 92/50 ... , nel prevedere sette ipotesi di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un “*numerus clausus*” di ipotesi ostative e, quindi, inibisca all’art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109 del 1994 (ora sostituito dall’art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006) di stabilire il divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo”.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha rilevato che tale elenco, tassativo per quanto riguarda le qualità professionali degli interessati, non esclude la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire in aggiunta norme sostanziali dirette a garantire soprattutto, in materia di appalti pubblici, il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, che costituiscono la base delle direttive comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione però che sia rispettato il principio di proporzionalità, vale a dire che le misure adottate non eccedano quanto necessario per conseguire la finalità prevista^{57[57]}.

Di talché, ha risolto la questione facendo presente che il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di

^{56[56]} Corte di Giustizia dell’Unione Europea, IV, 19 maggio 2009, causa C. 538/07.

^{57[57]} Cfr. in particolare, sentenza Corte di Giustizia dell’Unione Europea 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki.

trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara.

Il giudice comunitario, pertanto, ha stabilito che non si può impedire, a priori, una disciplina nazionale delle cause di esclusione dalle gare di appalto più severa di quella comunitaria, per cui non è di per sé illegittima la disciplina italiana, che prevede cause di esclusione obbligatorie ulteriori rispetto a quelle codificate nel catalogo comunitario.

Tuttavia, la maggiore severità della disciplina nazionale, da un lato, deve trovare giustificazione nell'esigenza di una migliore tutela della concorrenza, della trasparenza e della *par condicio*, dall'altro, incontra un limite nel principio di proporzionalità.

Ne consegue che, laddove la legislazione italiana prevede una esclusione "automatica", in quanto il solo fatto che vi sia una situazione di controllo o di collegamento preclude la partecipazione alla medesima gara e obbliga la stazione appaltante a dichiarare l'esclusione, implica una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara ed in tal modo ostacola la libera concorrenza nel mercato comunitario e contrasta con il principio di proporzionalità, atteso che non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

La Corte di Giustizia, in sostanza, ha sviluppato un percorso argomentativo secondo cui le imprese, sebbene collegate o controllate, potrebbero godere comunque di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione alle gare pubbliche e secondo cui, inoltre, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo potrebbero essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate

contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto.

Pertanto, qualora emerga un rapporto di controllo tra le imprese concorrenti, l'amministrazione aggiudicatrice può escludere tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto solo dopo aver verificato se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento delle imprese collegate nell'ambito della procedura^{58[58]}.

Il d.lgs. n. 163 del 2006 è stato adeguato alla predetta pronuncia della Corte di Giustizia in quanto, con d.l. n. 135 del 2009, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. n. 166 del 2009, è stato abrogato il secondo comma dell'art. 34 che escludeva la possibile partecipazione alla medesima gara di concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile.

Il nuovo testo, invece, non contempla come causa di esclusione il controllo societario *ex se*, ma ogni situazione di controllo e collegamento, sia esso formale o sostanziale, solo se vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale.

L'art. 38, primo comma, lett. *m-quater*, e secondo comma, d.lgs. n. 163/2006, prevede, infatti, che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

Il medesimo articolo prosegue sancendo che “ai fini del comma 1, lettera *m-quater*), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di

^{58[58]} Tale analisi è svolta in TAR Lombardia, Milano, III, 31 maggio 2011, n. 1392, che ha deciso la controversia precedentemente sospesa per la rimessione in via pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia.

controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

La stazione appaltante, quindi, è ora tenuta ad escludere i concorrenti in situazioni di controllo o collegamento solo quando accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

Nel caso affrontato dal TAR Lombardia, ad esempio, la stazione appaltante ha accertato l'assenza di elementi da cui trarre il convincimento circa la violazione dei principi di concorrenza e segretezza delle offerte in ragione del fatto che "le due società hanno sede legale in luoghi differenti, i legali rappresentanti e i procuratori sono persone distinte, le due polizze fideiussorie non sono state rilasciate dalla medesima società" e, sulla base di tali evidenze, ha escluso la presenza di intrecci e di univoci elementi gravi, precisi e concordanti tali da dimostrare la riconducibilità delle offerte ad una comunanza di interessi.

In sostanza, in tal caso, la stazione appaltante ha escluso che dagli atti di gara e dagli elementi sottoposti al suo giudizio emergesse la prova, sulla base di univoci elementi, che le offerte fossero riconducibili ad un unico centro decisionale, mentre la ricorrente in giudizio non ha offerto elementi idonei a rovesciare le conclusioni raggiunte dalla commissione di gara.

Va da sé, quindi, che nell'attuale assetto normativo nazionale, ispirato dal principio comunitario volto a favorire la massima partecipazione alle gare per la tutela della libertà di concorrenza e, quindi, a consentire l'esclusione dalla partecipazione soltanto nell'ipotesi acclarata di influenza nella formulazione delle offerte, il sindacato giurisdizionale si sposta dall'esame del vizio di violazione di legge, e cioè dalla verifica della eventuale sussistenza di un'ipotesi di esclusione automatica, a quello di eccesso di potere, vale a dire alla verifica della eventuale sussistenza delle relative figure sintomatiche e, in primo luogo, del

travisamento dei fatti e della manifesta illogicità nella valutazione amministrativa degli stessi.

3. *La tutela della concorrenza nella specifica materia dell'antitrust.*

3.1 *La normativa antimonopolistica.*

La regolamentazione *antitrust* rientra nel codice genetico del diritto europeo, costituendo, sin dall'istituzione della Comunità, l'asse portante e la primaria competenza legislativa esclusiva dell'ordinamento comunitario^{59[59]}.

L'idea di fondo ispiratrice della normativa antimonopolistica è quella per cui la libera concorrenza fra imprese rappresenta la molla essenziale del progresso e del generale benessere, favorendo sia il consumatore sia l'efficienza del sistema economico, e che il mercato, se affidato unicamente a se stesso, privo di norme di controllo, tende ad un'evoluzione patologica del regime concorrenziale, con progressiva riduzione del tasso di pluralismo economico^{60[60]}.

Di qui, l'esigenza di Autorità che, a livello comunitario ed a livello di Stati membri, assicurino un corretto andamento concorrenziale reprimendo gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della libertà di concorrenza.

^{59[59]} L'entrata in vigore, dal 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, peraltro, come evidenziato in A. Pizzoferrato, op. cit., segna una tappa nel processo evolutivo in senso meno mercantilistico e più socialmente compatibile dell'Unione Europea; l'acquisizione formale nel corpo del Trattato dei diritti sociali fondamentali determina una loro dimensione autonoma ed equiordinata ai valori del mercato, per cui può dirsi al tramonto la stagione della ancillarità del diritto sociale europeo al diritto degli scambi, così come la funzionalizzazione della normativa sociale alla realizzazione di un efficiente mercato delle merci, dei servizi, dei capitali e del lavoro. La costruzione economico-centrica dell'ordinamento europeo ne risulta di conseguenza attenuata ed ai pilastri portanti della libertà di concorrenza e della libertà di circolazione si affiancano un certo numero di diritti fondamentali, individuali e collettivi, che vanno bilanciati e costituiscono un limite intrinseco all'azione liberistica dell'Unione.

^{60[60]} A. Pizzoferrato, op. cit., che richiama V. Mangini – G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2009, il quale pone in rilievo la necessità di apportare correttivi giuridici che mantengano il necessario livello concorrenziale reprimendo abusi e restrizioni volontarie, pur sotto l'egida di un concetto di concorrenza sostenibile, che ammetta deroghe in presenza di comportamenti non realmente pregiudizievoli per il mercato o comunque utili al buon funzionamento dello stesso.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Roma, che a far tempo dal 1958 ha istituito la Comunità europea, l'Unione europea si è dotata di una normativa comune a tutela della concorrenza.

A partire dal 1° maggio 2004 è divenuto applicabile il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, che, sostituendo il precedente Regolamento n. 17/1962, ha riformato in misura significativa le regole di applicazione del diritto *antitrust* comunitario con l'obiettivo di semplificare e rafforzare, all'interno della Comunità, l'azione di deterrenza e di contrasto nei confronti delle intese e dei comportamenti d'impresa restrittivi della concorrenza.

Il nuovo regolamento disciplina, per la prima volta, il rapporto tra norme nazionali e comunitarie di tutela della concorrenza, introducendo, per i giudici e le autorità di concorrenza nazionali, un esplicito obbligo di applicazione del diritto *antitrust* comunitario alle intese e agli abusi di posizione dominante che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri.

In particolare, gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex artt. 81 e 82 del TCE) dichiarano l'incompatibilità con il mercato interno e vietano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante posti in essere da imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

Analoghe previsioni, volte a contrastare l'alterazione del gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, sono contenute nell'ordinamento nazionale agli artt. 2 e 3 l. n. 287 del 1990.

Inoltre, l'art. 106 del Trattato prevede che gli Stati membri non adottino, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, misure che restringano la concorrenza in contrasto con le norme comunitarie, così come il primo comma dell'art. 107 stabilisce che, salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma

che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

Il Regolamento (CEE) n. 4064/1989 del Consiglio, dal 1° maggio 2004, sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, ha introdotto a livello comunitario una disciplina sul controllo preventivo di tutte le operazioni di concentrazione nelle quali il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie. In tali casi, prima di realizzare l'operazione, le imprese devono darne comunicazione alla Commissione che può vietare l'operazione allorché la concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare mediante la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante (art. 3).

Nello stesso senso, al fine di evitare che operazioni di concentrazione possano comportare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale al punto da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, sono le previsioni dell'ordinamento nazionale, contenute negli artt. 16 e 6 l. n. 287 del 1990.

L'istituzione cui è affidata l'attuazione della normativa a tutela della concorrenza a livello comunitario è la Commissione europea, con sede a Bruxelles, mentre un Commissario europeo è responsabile della politica della concorrenza e a lui fa riferimento, all'interno dell'amministrazione comunitaria, la competente Direzione Generale Concorrenza.

La Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali, nel nuovo sistema, sono tutti ugualmente competenti ad applicare le norme comunitarie sulla concorrenza.

Il regolamento, parallelamente, prevede maggiori strumenti e possibilità di cooperazione sia verticale, fra Commissione e autorità nazionali di concorrenza, sia orizzontale, fra singole autorità nazionali, al fine di assicurare un'applicazione efficace e coerente degli articoli 101 e 102 del Trattato, da parte di tutte le autorità di concorrenza europee.

L'espansione delle Autorità amministrative indipendenti in ambito nazionale costituisce un fenomeno recente, atteso che il modello si è sviluppato in Italia essenzialmente nel corso degli anni '90, a partire proprio dall'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, avvenuta nel 1990.

Lo sviluppo rapido e concentrato di questo processo può ritenersi determinato dall'azione convergente di tre fattori:

- il primo è legato al declino dello Stato interventista, che ha iniziato a manifestarsi fin dagli anni '70 e che ha condotto ad affermare l'esigenza di una crescente separazione tra sfera politica e sfera economica, in modo da trasformare la presenza dello Stato nei processi economici da un ruolo di attore in un ruolo di regolatore e arbitro imparziale dei mercati. Secondo la dottrina più attenta all'analisi del fenomeno, il modello al quale si sono ispirati non solo il legislatore nazionale, ma anche quelli degli Stati membri della Comunità europea, è stato l'*independent regulatory agencies*, che negli Stati Uniti d'America ha una antica tradizione, dovuta alla necessità di attuare un processo di regolazione pubblica dell'economia, finalizzato a disciplinare gli effetti di una industrializzazione fondata su una rapida utilizzazione di novità tecnologiche e di una massiccia urbanizzazione. Nell'esperienza statunitense, il concetto di *regulation* è inteso come attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali ad un'Autorità separata dal complesso dell'organizzazione amministrativa e incaricata di svolgere le sue funzioni in un determinato settore. Peraltro, non è casuale che il fenomeno abbia le sue origini oltreoceano, atteso che anche laddove l'iniziativa economica si sviluppa con maggiore intensità permane l'esigenza di un intervento pubblico a tutela degli interessi generali, che però sia sottratto agli arbitri della maggioranza e della politica in genere, e reso neutrale;
- il secondo fattore è venuto a maturazione attraverso l'azione svolta dalle istituzioni comunitarie per l'avvio dei processi di liberalizzazione dei servizi pubblici e di privatizzazione delle imprese pubbliche finalizzati all'abbattimento dei monopoli statali nei vari settori dell'economia, con conseguente esigenza di individuare assetti che

consentano di garantire, attraverso il rispetto dei criteri di trasparenza, obiettività e non discriminazione, una corretta concorrenza tra le imprese private chiamate a prendere il posto dello Stato e delle imprese pubbliche;

- il terzo fattore, prettamente nazionale, è costituito dalla crisi che ha investito il sistema politico italiano agli inizi degli anni '90, che ha accelerato il processo generale di arretramento della politica dalla sfera economica^{61[61]}.

La funzione regolatoria delle Autorità indipendenti trova legittimazione anche e soprattutto nei principi del diritto comunitario, quali la libertà concorrenza, la libertà di circolazione e di stabilimento e la tutela del consumatore, e trova ispirazione principalmente nelle politiche comunitarie, istituzionalmente volte a promuovere la liberalizzazione economica mediante una strategia, di matrice liberista, che affida il perseguimento dell'equilibrio dei mercati al potere di contrattazione dei privati, fatto salvo l'indispensabile ruolo di regolazione e di controllo delle Autorità di settore.

Il legislatore comunitario, pertanto, con la previsione delle Autorità indipendenti, non solo ha contribuito alla creazione di un nuovo modello organizzativo (avendo peraltro come termine di riferimento quello statunitense) per gli Stati membri, ma ha anche stabilito che i sistemi da ciascuno di essi introdotti siano coordinati e integrati a livello comunitario, in modo da creare una "rete" di regolatori nazionali.

3.2 *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità economica.*

Le norme in materia di tutela della concorrenza, sia quelle comunitarie che quelle nazionali, attribuiscono rilevanza giuridica a concetti propri della scienza economica, quali, ad esempio, quelli insiti nelle definizioni di mercato rilevante, posizione dominante, intesa collusiva, restrizione della concorrenza.

Ne consegue che l'applicazione delle norme *antitrust* richiede il compimento di valutazioni economiche spesso complesse.

^{61[61]} Audizione del Presidente del Consiglio di Stato P. de Lise alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati – Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea non detta alcuna regola sulle modalità del sindacato giurisdizionale che può essere condotto dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di Giustizia sugli atti adottati dalla Commissione in materia di concorrenza e sulle valutazioni economiche sottostanti.

I giudici dell'Unione Europea si sono attestati nel ritenere che, tenuto conto dell'impatto delle decisioni adottate ai sensi della normativa antimonopolistica sulle libertà fondamentali garantite dal Trattato, deve essere esercitato un sindacato pieno sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme che vietano le intese restrittive della libertà di concorrenza e gli abusi di posizione dominante, ma che, in presenza di valutazione economiche complesse, occorre limitarsi a verificare l'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti e l'insussistenza di uno sviamento di potere e di un errore manifesto di valutazione^{62[62]}.

In ambito nazionale è stato parimenti evidenziato che il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere esercitato^{63[63]}.

In altri termini, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio^{64[64]}, per cui deve

^{62[62]} La giurisprudenza comunitaria in materia è diffusamente richiamata in M. Moretti, Valutazioni economiche complesse in materia *antitrust* e *self restraint* dei giudici dell'U.E., Dir. Un. Eu., 2009.

^{63[63]} *Ex multis*: Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2007, n. 550; TAR Lazio, Roma, I, 29 dicembre 2007, n. 14157 TAR Lazio, Roma, I, 30 marzo 2007, n. 2798; TAR. Lazio, Roma, I, 13 marzo 2006, n. 1898.

^{64[64]} L'art. 134, co. 1, lett. c), del codice del processo amministrativo prevede che il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti, tra le quali, quindi, quelle applicate dall'Autorità *antitrust*. Peraltro, già prima dell'entrata in vigore del codice,

valutare i fatti onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici ed accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate, mentre, ove residuino margini di opinabilità circa concetti indeterminati, non può sostituirsi all'amministrazione nella definizione degli stessi se la relativa definizione fornita sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge^{65[65]}.

L'art. 31 Reg. (CE) n. 1/2003 attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora, indicando che essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata, sicché, anche in ambito comunitario, così come in ambito nazionale, la giurisdizione di merito è relativa al solo profilo sanzionatorio.

Ne consegue che, sia in ambito comunitario sia in ambito nazionale, è particolarmente avvertita nel settore *antitrust* la questione dei limiti del sindacato del giudice nei confronti degli atti adottati, rispettivamente, dalla Commissione o dall'Autorità indipendente, atteso che in tale materia il giudice deve tenere conto della duplice natura, giuridica ed economica, del diritto della concorrenza.

La difficoltà legata all'esigenza di utilizzare congiuntamente e sinergicamente competenze giuridiche ed economiche è acuito dall'utilizzazione nella normativa di settore di concetti giuridici indeterminati, privi di significato univoco^{66[66]}.

il giudice amministrativo, in virtù del rinvio all'art. 23 l. 689/1981 (il cui undicesimo comma attribuisce al giudice il potere di modificare l'atto impugnato anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta) contenuto nell'art. 31 della l. n. 287 del 1990, esercitava giurisdizione estesa al merito sulle controversie relative alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate per intese restrittive della libertà di concorrenza e per abuso di posizione dominante, mentre analoga estensione si riteneva generalmente non sussistere, in assenza di analogo rinvio, per le sanzioni applicate in esito all'accertamento di pratiche commerciali scorrette.

^{65[65]} *Ex multis*: Cons. St., VI, 10 marzo 2006, n. 1271; TAR Lazio Roma, I, 24 agosto 2010, n. 31278; TAR Lazio, Roma, I, 15 gennaio 2007, n. 204.

^{66[66]} S. Veneziano, Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005, fa presente che la categoria dei concetti giuridici indeterminati attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive il fatto stesso in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sua sussunzione nell'ipotesi normativa,

La giurisprudenza, pertanto, ha costantemente cercato di individuare un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, che altrimenti costituirebbe un guscio vuoto, e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere sostituendosi all'Autorità amministrativa, la correttezza del cui operato ha il compito di sindacare.

Il potere amministrativo esercitato in materia di concorrenza è connotato essenzialmente dalla c.d. discrezionalità tecnica^{67[67]}, sicché acquista decisivo rilievo l'evoluzione degli orientamenti sul sindacato della stessa, che ora consente al giudice di conoscere dei fatti in modo pieno, al fine di verificare, avvalendosi ove del caso della consulenza tecnica, della verifica o della perizia, la logicità, la ragionevolezza, la proporzionalità e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, fermo restando che la distinzione tra "cognizione piena del fatto" e "potere di determinazione in ordine al fatto" giammai consente all'organo giurisdizionale di esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe egli la titolarità del potere^{68[68]}.

Peraltro, la giurisprudenza nazionale ha avuto modo di precisare che il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi

all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti indeterminati che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici. L'Autore rileva che siffatta tecnica legislativa – che garantisce la flessibilità dell'ordinamento giuridico, sia nel senso dell'adattabilità alle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel senso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo – risulta utilizzata in molteplici campi del diritto ed, in ciascuno di essi, induce peculiari profili di problematicità: in particolare, nel diritto amministrativo, pone il problema dell'ambito dei poteri del giudice amministrativo a fronte delle applicazioni che l'amministrazione abbia dato a norme così formulate. Nel campo del diritto amministrativo, il problema dell'estensione e dell'ambito del controllo giurisdizionale sui concetti giuridici indeterminati acquisirebbe rilievo peculiare per la circostanza che il concetto giuridico indeterminato è prima interpretato ed applicato dall'amministrazione e solo successivamente, in sede di impugnativa dell'atto da questa adottato, eventualmente conosciuto dal giudice amministrativo.

^{67[67]} La discrezionalità tecnica si caratterizza per l'applicazione di regole proprie di scienze non esatte, con un margine di opinabilità più o meno elevato e si distingue sia dall'accertamento tecnico, in cui vi è l'applicazione di scienze esatte al fine di ottenere un risultato certo, sia dalla discrezionalità amministrativa vera e propria, in cui l'amministrazione persegue il fine pubblico alle sue cure affidato dalla norma attributiva del potere attraverso un'attività di selezione, acquisizione, comparazione e valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti dalla sua azione.

^{68[68]} *Ex multis*, TAR Lazio, Roma, 24 agosto 2010, n. 31278.

dell'eccesso di potere (logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative), ma anche con la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dall'amministrazione pubblica quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati, fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, in modo che il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile^{69[69]}.

La Commissione in ambito europeo e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ambito nazionale, insomma, compiono spesso valutazioni economiche complesse per accertare i singoli elementi costitutivi degli illeciti sanzionati – a tutela della libertà di concorrenza e dei molteplici interessi, pubblici e privati, ad essa connessi - dal diritto europeo e, di conseguenza, dal diritto nazionale della concorrenza e la questione più problematica e dibattuta afferisce proprio all'estensione del sindacato giurisdizionale sulle determinazioni amministrative che in tali valutazioni complesse hanno i loro essenziali presupposti^{70[70]}.

3.2.1 *Le condotte lesive della libertà di concorrenza.*

Valutazioni economiche complesse possono rivelarsi spesso indispensabili per individuare se le condotte poste in essere da più imprese costituiscano indizi chiari, precisi e concordanti di un parallelismo integrante un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza ovvero se le condotte tenute da un'impresa in posizione dominante abbiano un effetto "escludente" della possibile concorrenza di altre imprese, tale da configurare un'ipotesi di abuso della posizione.

^{69[69]} Cons. St., VI, 14 luglio 2011, n. 4283, che ha confermato la sentenza del TAR Lazio, Roma, I, 24 agosto 2010, n. 31278 richiamando, *ex multis*, Cons. St. V, 5 marzo 2010, n. 1274; Cons. St., VI, 6 febbraio 2009, n. 694; Cons. St., IV, 13 ottobre 2003, n. 6201.

^{70[70]} S. Veneziano, op. cit., fa presente che il campo d'indagine nel quale le nozioni di concetti giuridici indeterminati e di discrezionalità tecnica sono stati coniugati più frequentemente ed indagati in modo più penetrante è quello relativo al sindacato degli atti delle autorità amministrative indipendenti

Il divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, da intendersi alla luce della concezione comunitaria in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato, si specifica nel precetto che - pur dovendosi tenere ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti – è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto.

La legge, quindi, inibisce ogni tipo di iniziativa consistente nel “concordamento” delle linee di azione delle singole imprese, anche in funzione dell'eliminazione di incertezze sul reciproco comportamento, posto che tali iniziative finiscono con il sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale, ossia dalla fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi fette di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante della qualità dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il fruitore.

Gli abusi di posizione dominante, invece, possono essere compiuti nell'ambito delle relazioni orizzontali dell'impresa, per pregiudicare i propri concorrenti effettivi o potenziali (cc.dd. abusi di esclusione o abusi-monopolizzazioni), ovvero, nell'ambito dei rapporti verticali, al fine di danneggiare, a monte, i propri fornitori o, a valle, i propri utilizzatori (cc.dd. abusi di sfruttamento).

Gli abusi di esclusione, in particolare, identificano le condotte commerciali “escludenti”, finalizzate ad eliminare i concorrenti dal mercato di riferimento o a precludere l'ingresso ai nuovi in via diretta, ostacolando gli approvvigionamenti o gli sbocchi, o in via indiretta, praticando vendite sottocosto.

I giudici comunitari hanno in linea di massima seguito l'indirizzo che quando nell'esercizio della discrezionalità attribuita dal TFUE la Commissione Europea della

concorrenza compie valutazioni economiche complesse, il sindacato giurisdizionale deve essere “ristretto”.

Uno dei concetti giuridici indeterminati fondamentali, in cui è attribuito rilievo a nozioni proprie della scienza economica, che il giudice, comunitario o nazionale, deve approfondire al fine di effettuare il proprio sindacato sulla valutazione compiuta dall’Autorità di settore per accertare la sussistenza di una situazione anticoncorrenziale, laddove tale profilo sia oggetto di censura, è quello di mercato rilevante.

In ambito comunitario, in ordine alla censura con cui la ricorrente, nel tentativo di dimostrare l’assenza di una posizione dominante, abbia dedotto che il mercato del prodotto è stato erroneamente considerato quello dei servizi per *servers* per gruppi di lavoro, anziché il mercato dei servizi per *servers* in generale, il Tribunale, trattandosi di valutazioni economiche complesse, si è limitato a verificare che la Commissione si fosse basata su elementi di prova esatti, attendibili e coerenti, che costituissero l’insieme dei dati rilevanti da prendere in considerazione per valutare la situazione e che fossero di natura tale da supportare le conclusioni tratte^{71[71]}.

Il giudice nazionale, pur rimanendo nei limiti del sindacato di legittimità, si è spinto ad approfondire in modo analitico le questioni sottoposte.

Con riferimento ad un’intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dei pannelli truciolari, ad esempio - nel ribadire che la definizione del mercato rilevante è un essenziale strumento per individuare e circoscrivere l’ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro e che il mercato va definito sia sotto il profilo merceologico sia sotto il profilo geografico al fine di individuare i concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionarne il comportamento e di impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali e nello specificare che il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell’uso al

^{71[71]} Sentenza del 17 settembre 2007 del Tribunale di primo grado nella causa Microsoft/Commissione T-201/04.

quale sono destinati – ha escluso che un’impresa potesse essere considerata parte dell’intesa anticoncorrenziale accertata, ponendo in rilievo l’illogicità e la contraddittorietà delle valutazioni compiute dall’Autorità, laddove, da un lato, ha definito mercato rilevante quello costituito dai pannelli truciolari, prodotti utilizzando prevalentemente legno di riciclo e, in misura minore, legno vergine, includendo nella nozione anche i pannelli di legno vergine, dall’altro, ha evidenziato però che il prodotto di legno vergine, il cui prezzo è significativamente superiore (10%-15%) a quello del pannello di legno di riciclo, costituisce un prodotto di nicchia e di qualità, vale a dire un prodotto diverso^{72[72]}.

Il giudice nazionale ha in tal caso ravvisato che la differenza di qualità, che si traduce in differenza di prezzo, induce a distinguere il mercato dei pannelli di legno vergine da quello dei pannelli di legno riciclato e che l’impresa opererebbe in quest’ultimo mercato, oggetto dell’attività procedimentale dell’Autorità, in minima parte (con un prodotto sovrapponibile solo in misura molto parziale nell’ambito del 10% del proprio fatturato), sicché - ritenendo che l’impresa, operando quasi completamente in un mercato differente da quello in cui operano le altre Società coinvolte nel procedimento, non può essere considerata concorrente di tali imprese – ha ravvisato, anche attraverso l’esame di ulteriori profili, l’illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui detta impresa è stata considerata parte dell’intesa unitamente ad altri operatori economici non concorrenti in un mercato diverso da quello in cui quasi esclusivamente opera^{73[73]}.

Sempre con riferimento allo stesso “cartello”, altre ricorrenti hanno sostenuto che il mercato rilevante non può essere limitato a quello nazionale, ma deve comprendere anche

^{72[72]} Nel caso di specie, l’Autorità aveva indicato che, con riguardo alla produzione di pannelli truciolari, l’impresa interessata realizza un prodotto di nicchia e di qualità, commercializzando principalmente pannelli di legno vergine (pioppo) il cui prezzo è superiore a quello del pannello di legno riciclato di circa il 10%-15% ma che, tuttavia, produce anche un’altra tipologia di pannello, per così dire “economico o misto” che per il 30% è composto da legno di riciclo e che tale produzione incide per circa il 10% del fatturato della società, sicché la stessa Autorità aveva dedotto che l’impresa non ha clienti né fornitori in comune con gli altri operatori del mercato, se non in misura marginale e per prodotti parzialmente differenti.

^{73[73]} TAR Lazio, Roma, I, 4 dicembre 2007, n. 12457.

l’Austria, la Svizzera, la Slovenia, e vaste aree della Germania e della Francia ed, a tal fine, hanno prodotto specifiche valutazioni economiche.

La censura è stata dedotta in quanto la collocazione dell’intesa in un contesto geografico sopranazionale e, quindi, più ampio ridimensionerebbe la forza e la capacità dei partecipanti di incidere sulle dinamiche concorrenziali del mercato e, in un mercato transfrontaliero comprendente anche l’Austria, la Slovenia, la Svizzera e parte della Francia e della Germania, le quote di mercato detenute dalle imprese italiane sarebbero tali da far ragionevolmente dubitare della reale portata anticompetitiva e degli effetti delle condotte oggetto di indagine.

Il giudice non ha condiviso la tesi compiendo un esame della censura che, sebbene non sconfinante nel merito, non può qualificarsi neppure come un sindacato “ristretto” in ragione della analiticità delle argomentazioni esposte^{74[74]}.

In primo luogo, ha ribadito che il mercato rilevante è quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza, evidenziando che la definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l’ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro, per cui scopo principale è di individuare attraverso un criterio sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate e che sono in grado di condizionarne il comportamento, per cui, in tale prospettiva, la definizione del mercato consente altresì di calcolare quote che forniscano informazioni significative sul potere di mercato.

Il mercato geograficamente rilevante, come indicato dalla Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza^{75[75]}, quindi, comprende l’area nella quale determinate imprese concorrenti forniscono e acquistano prodotti e servizi, nella quale le

^{74[74]} TAR Lazio, Roma, I, 13 marzo 2008, n. 2312.

^{75[75]} La Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. C 372 del 9.12.1997.

condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse^{76[76]}.

La prova teorica, secondo la detta Comunicazione, si fonda, così come per la individuazione del mercato rilevante del prodotto, sugli effetti di sostituzione che si manifestano in caso di variazione dei prezzi relativi e, in particolare, sulla possibilità che i clienti delle imprese decidano di rivolgersi per gli acquisti ad imprese site in un'altra zona, a breve termine e ad un costo trascurabile.

In ordine alla doglianza delle imprese secondo cui la dimensione sopranazionale del mercato, estesa almeno agli anzidetti territori europei, l'Autorità ha evidenziato che, a supporto della loro tesi, le parti hanno prodotto un test quantitativo per la valutazione dei flussi commerciali^{77[77]} e, tuttavia, in relazione al mercato in rilievo, nel provvedimento è indicato che “si riscontrano condizioni di concorrenza inequivocabilmente disomogenee tra l'Italia e gli altri paesi europei se solo si considera il livello dei prezzi di vendita, che, per stessa ammissione di parte, si attesta da sempre su livelli sensibilmente inferiori rispetto alla media europea”.

^{76[76]} In base al metodo seguito dalla Commissione per delimitare il mercato geografico, l'estensione dello stesso, in via preliminare, è stabilita sulla base di indicazioni di massima relative alla distribuzione delle quote di mercato delle parti e dei loro concorrenti come pure di una prima analisi della politica dei prezzi e delle differenze di prezzo a livello nazionale o della Comunità. L'ipotesi di lavoro iniziale è poi sottoposta a verifica attraverso l'analisi delle caratteristiche della domanda (importanza delle preferenze nazionali o locali, abitudini d'acquisto correnti dei consumatori, differenziazione e marche dei prodotti, altri fattori) per determinare se le imprese site in aree diverse costituiscono realmente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori.

^{77[77]} Il test di Helzinga e Hogarty, e, in proposito, l'Autorità ha tra l'altro fatto presente che “molti economisti hanno messo in guardia da un uso meccanicistico del test ... sottolineando che i flussi di scambio dipendono dal comportamento di prezzo delle imprese operanti nella regione in esame; in particolare, pur senza negare l'utilità delle informazioni riguardanti i flussi di scambio tra due regioni, si sottolinea che tali flussi non rispondono alla domanda fondamentale, e cioè se un ipotetico monopolista sarebbe in grado di aumentare profittevolmente il prezzo nell'area di interesse in maniera significativa e non transitoria”, mentre, nel caso particolare, “gli elementi contenuti nel fascicolo sull'analisi delle condizioni di concorrenza rilevate nel mercato interno e sulle caratteristiche della domanda nazionale ... consentono una risposta diretta alla questione fondamentale, senza necessità di ricorrere al test di Helzinga-Hogarty”.

In conclusione, l'Autorità ha rilevato che “lo spazio di concorrenza entro il quale sono stati elaborati e messi in pratica i comportamenti oggetto di accertamento è stato senz'altro percepito dalle parti come circoscritto al territorio nazionale ... infatti, tra il 2004 e il 2005 le parti sono state in grado di aumentare i prezzi di vendita dei pannelli truciolari del 25% rispetto al 2003, a fronte di un modestissimo aumento delle importazioni, le quali, dunque, non hanno costituito un vincolo sufficiente alla politica del cartello”^{78[78]}.

Il giudice, quindi, ha ritenuto che le valutazioni formulate dall'Autorità precedente per individuare nel territorio nazionale il mercato geografico rilevante, nel cui ambito si è sviluppata l'intesa restrittiva della concorrenza, siano state ragionevoli e fornite di adeguata istruttoria e motivazione.

Il percorso argomentativo, in particolare, è stato considerato coerente con le indicazioni contenute nella citata Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante di cui alla G.U. del 9.12.1997.

Nei paragrafi 15 e seguenti della Comunicazione è posto in rilievo che l'analisi della sostituibilità sul versante della domanda implica la determinazione della gamma di prodotti che vengono considerati come intercambiabili dal consumatore ed una delle tecniche per compiere tale analisi è un esercizio teorico che consiste nel postulare una piccola variazione non transitoria dei prezzi relativi e nel valutare le presumibili reazioni dei clienti a tale variazione. Un'analisi del genere, ritiene la Commissione, può offrire chiare indicazioni sui fattori che sono pertinenti per la definizione dei mercati.

Detta impostazione implica che, partendo dal tipo di prodotti che le imprese interessate vendono e dall'area nella quale li vendono, si aggiungono o si escludono dalla definizione del mercato determinati altri prodotti e determinate aree in funzione del fatto che la concorrenza dei prodotti e delle aree in questione influenzi o condizioni sufficientemente il prezzo dei prodotti delle parti nel breve periodo.

^{78[78]} Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 14927, adottato nell'adunanza del 30 novembre 2005, in esito al procedimento I649.

L'interrogativo al quale occorre rispondere, precisa la Commissione, è se i clienti delle parti passerebbero a prodotti sostitutivi prontamente disponibili o si rivolgerebbero a fornitori siti in un'altra zona, in risposta ad un ipotetico piccolo incremento (del 5-10%) di carattere permanente del prezzo dei prodotti stessi nell'area considerata. Se il tasso di sostituzione è sufficiente a rendere non redditizio l'incremento del prezzo a causa del calo di vendite che ne conseguirebbe, si aggiungono al mercato considerato altri prodotti ed altre aree finché non è individuato un insieme di prodotti e di aree tale che un lieve incremento permanente dei prezzi sarebbe redditizio.

Nella fattispecie, le parti, tra il 2004 ed il 2005, hanno aumentato i prezzi di vendita dei pannelli truciolari del 25% rispetto al 2003 a fronte di un modestissimo aumento delle importazioni, sicché l'Autorità, proprio sulla base dell'impostazione teorica prescelta nella Comunicazione della Commissione, ha individuato quale mercato rilevante quello nazionale, avendo accertato che l'aumento del prezzo del prodotto è stato redditizio in quanto non interamente compensato dal calo delle vendite per effetto dell'incremento delle importazioni^{79[79]}.

Per la giurisprudenza comunitaria è possibile affermare che, essendo il potere di apprezzamento tanto maggiore quanto più sono complesse le situazioni economiche da considerare, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni economiche complesse della Commissione deve essere ristretto, nel senso che deve essere pieno per quanto concerne l'esistenza materiale dei fatti di causa, la correttezza della qualificazione giuridica degli stessi da parte della Commissione ed il rispetto delle regole procedurali, ma deve essere per il resto limitato alla verifica di eventuali errori manifesti al fine di rispettare il principio cardine della separazione dei poteri^{80[80]}.

^{79[79]} In sostanza – considerato che l'accertamento dell'intesa illecita ha riguardato proprio il biennio 2004-2005 e che in tale periodo i prezzi dei pannelli truciolari sul mercato nazionale hanno subito un significativo incremento senza che ne sia conseguito un analogo incremento delle importazioni – è stato ritenuto ininfluenza, ai fini della corretta delimitazione del mercato geograficamente rilevante, individuare le ragioni che hanno indotto gli imprenditori ad aumentare i prezzi.

^{80[80]} Corte di Giustizia, Quarta Sezione ampliata, 11 luglio 2007, Schneider Electric SA/Commissione, ha fatto presente come la Commissione disponga di un potere discrezionale nello svolgimento della politica della concorrenza, il che comporta che essa gode di una certa libertà nella

In definitiva, la questione centrale sia in ambito comunitario che nazionale, come già evidenziato, è quella di individuare un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale agli interessi coinvolti e di evitare che il giudice possa sostituirsi, esercitando egli stesso il potere, all'Autorità amministrativa^{81[81]}.

Il vizio di "errore manifesto" elaborato in ambito comunitario sembra sostanzialmente coincidere con quello di "manifesta illogicità" elaborato nell'ordinamento nazionale quale figura sintomatica dell'eccesso di potere, mentre l'aspetto problematico è quello di individuare sino a dove il giudice può spingersi per accertare l'eventuale presenza di tale vizio e dare un compiuto significato al principio di effettività della tutela, rimanendo nell'ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità e senza impingere nel merito amministrativo, se non per i soli profili attinenti alla quantificazione della sanzione.

Una attenta dottrina - nel far presente che il giudice comunitario verifica che la Commissione abbia considerato ed accertato tutti gli elementi rilevanti per valutare la contrarietà dei fatti posti in essere dalle imprese ai divieti posti dagli artt. 81 e 82 del Trattato Ce (ora artt. 101 e 102 del TFUE) e che abbia tratto le logiche conseguenze, ma si astiene dal sovrapporre una propria valutazione economica a quella della Commissione^{82[82]} - ha posto in rilievo che l'atteggiamento di *self restraint* dei giudici dell'Unione Europea rispetto alle valutazioni economiche complesse della Commissione si riflette nella scarsa utilizzazione, tanto nel giudizio di prima istanza quanto in sede di impugnazione, del mezzo istruttorio della perizia.

scelta degli strumenti econometrici a sua disposizione purché tali scelte non siano manifestamente contrarie alle regole della disciplina economica comunemente accettate e vengano attuate in modo coerente.

^{81[81]} Nelle conclusioni rese nella causa *Société Arcelor/Ministre de l'Ecologie*, l'Avvocato Generale Poireres Maduro, precisato che l'errore manifesto è un criterio giurisprudenziale di cui la Corte definisce i contorni in occasione di ogni singola causa, ha affermato che, da una attenta lettura della giurisprudenza comunitaria, risulta che, in generale, non è evidente un errore che non sia incontestabile; se, in altre parole, l'autorità comunitaria "avrebbe potuto" o "può ben" adottare l'atto, vale a dire se essa poteva avere ragione, il ricorso viene respinto.

^{82[82]} M. Moretti, op. cit., che richiama una cospicua giurisprudenza comunitaria nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano del 25 maggio 2004, nella causa C-12/03 P, Commissione c. Tetra Laval.

D'altra parte, anche in ambito nazionale, non risulta che il giudice amministrativo utilizzi con frequenza in materia *antitrust* gli strumenti della verifica o della consulenza tecnica d'ufficio, pur ammissibili ai sensi dell'art. 63, co. 4, del codice del processo amministrativo.

Nondimeno, il sindacato giurisdizionale in ambito nazionale si è sovente rivelato di particolare intensità, pur con la massima attenzione a rispettare la linea di confine con le valutazioni di merito appartenenti in via esclusiva all'Autorità di settore.

3.2.2 *La tutela delle posizioni terze nell'accettazione degli impegni.*

L'art. 9 del Reg. (CE) 16 dicembre 2002 n. 1/2003 ha stabilito che, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese^{83[83]}. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

L'art. 14 *ter* l. n. 287 del 1990, a sua volta, dispone che entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

In materia di accettazione degli impegni, quindi, la norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario.

^{83[83]} F. Cintioli, G. Olivieri, *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007, fa presente che la *ratio* dell'intervento normativo mira alla riduzione delle impugnative delle decisioni della Commissione e, così, ad evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi di definizione dei casi.

Il tredicesimo considerando del detto regolamento comunitario n. 1/2003 indica che qualora, nel corso di un procedimento che potrebbe portare a vietare un accordo o pratica concordata, le imprese proponano alla Commissione degli impegni tali da rispondere alle sue preoccupazioni, la Commissione, mediante decisione, dovrebbe potere rendere detti impegni obbligatori per le imprese interessate. Le decisioni concernenti gli impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione. Le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione. Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda.

Pertanto, occorre in primo luogo rilevare che, in linea con l'orientamento comunitario, se l'intesa si configura quale intesa orizzontale segreta e riguarda restrizioni di estrema gravità della concorrenza, consistenti nella fissazione di prezzi e nella ripartizione del mercato, gli impegni non appaiono ammissibili.

Il regolamento comunitario, infatti, sconsiglia l'accettazione degli impegni quando si intenda irrogare una sanzione pecuniaria, vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di rilevante gravità (cc.dd. violazioni *hard core*), rispetto alle quali l'accettazione degli impegni priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente.

La percezione della gravità dell'intesa, insomma, costituisce un corretto parametro sulla cui base effettuare, *rebus sic stantibus*, la valutazione relativa all'accettazione o meno degli impegni proposti, né, in caso di reiezione degli stessi, la prognosi sulla sussistenza e sulla gravità dell'intesa può costituire vizio dell'atto di diniego in quanto, se il procedimento per l'accertamento della violazione *antitrust* si conclude senza che sia accertata alcuna violazione o comunque senza l'irrogazione di alcuna sanzione, *nulla quaestio*, mentre, se il procedimento si conclude con l'accertamento di un'infrazione grave o di estrema gravità, cui segue l'irrogazione di una sanzione, le eventuali censure relative alla sussistenza

dell'illecito ed al giudizio di gravità possono essere utilmente proposte avverso tale provvedimento, ma non refluiscono in un vizio di legittimità dell'atto di rigetto degli impegni che, al momento della sua adozione, è stato logicamente adottato e congruamente motivato^{84[84]}.

In definitiva, il riferimento alla rilevante gravità dell'intesa (c.d. violazione *hard core*) costituisce già di per sé una motivazione sufficiente per giungere, in linea con l'orientamento comunitario, al rigetto degli impegni.

D'altra parte, le decisioni di accettazione degli impegni hanno una *ratio* diversa da quella dei programmi di clemenza *ex art. 15, co. 2 bis, l. n. 287 del 1990*, non trattandosi né di un meccanismo di mero sconto della sanzione né di un meccanismo premiale della collaborazione all'accertamento di un'infrazione in quanto, ove gli impegni siano accettati, l'accertamento manca del tutto, sicché l'estensione dell'accettazione degli impegni anche alle intese *hard core* potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza essendo preferibile per l'impresa interessata che il procedimento si concluda senza l'accertamento dell'infrazione.

L'accettazione degli impegni, peraltro, richiede una soluzione efficace, per il futuro, alle preoccupazioni concorrenziali oggetto dell'istruttoria e la sua area di naturale applicazione può essere individuata in comportamenti, la cui contrarietà alla legge non sia ancora accertata, che destano nell'attualità preoccupazione sotto un profilo concorrenziale per gli eventuali riflessi sul mercato, piuttosto che in profili anticoncorrenziali già venuti meno al momento dello svolgimento dell'istruttoria.

Ove l'intesa sia già venuta meno al momento di svolgimento dell'istruttoria, al fine di evitare che la presentazione di impegni non abbia apprezzabili risultati concreti, risolvendosi in un *quid vacui*, ma sia indirizzata essenzialmente ad evitare l'accertamento della violazione *antitrust* e la conseguente irrogazione della sanzione, l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere.

^{84[84]} *Ex multis*: TAR Lazio, Roma, I, 4 dicembre 2007, n. 12457.

Diversamente, verrebbe disattesa la *ratio* della norma in quanto gli impegni devono essere “tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria”, finalità che, nel caso di intese o di condotte “escludenti” non più attuali ma già cessate, può essere realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto *ex tunc* dei comportamenti anticoncorrenziali adottati.

Sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza nazionale ha ritenuto fornito di adeguata motivazione l’atto con cui l’Autorità garante ha respinto gli impegni non solo con riferimento al richiamo del citato orientamento comunitario, che sconsiglia l’accettazione in caso di violazioni cc.dd. *hard core*, ma anche con riferimento alla circostanza che gli impegni presentati si riferiscono a condotte che hanno già compiutamente realizzato i propri effetti restrittivi^{85[85]}.

Viceversa, ha ritenuto illegittimo un atto di accettazione degli impegni proposti durante un procedimento di abuso di posizione dominante, evidenziando che, a prescindere dall’idoneità degli impegni a far venire per il futuro i profili anticoncorrenziali, gli stessi non sono idonei a far venire meno gli eventuali effetti pregiudizievoli già prodotti né ad incidere sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera impugnata^{86[86]}.

La giurisprudenza nazionale, inoltre, ha accertato l’illegittimità di un provvedimento con cui l’Autorità ha accettato gli impegni, chiudendo un procedimento in materia di abuso di posizione dominante senza accertare l’infrazione, ritenendo la valutazione contraddittoria con le ragioni che avevano indotto l’Autorità stessa ad avviare il procedimento e, pertanto, manifestamente illogica.

^{85[85]} TAR Lazio, Roma, I, 29 dicembre 2007, n. 14157.

^{86[86]} TAR Lazio, Roma, I, 9 maggio 2011, n. 3964 nella quale è specificamente ribadito che l’idoneità a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria postula anche la capacità degli impegni presentati di elidere gli eventuali effetti distorsivi della concorrenza già prodotti dalla condotta del soggetto in posizione dominante e che, in sostanza, l’accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza.

In particolare, il giudice ha ritenuto che l'azione amministrativa sia stata complessivamente contraddittoria e, per tale motivo, illogica, in quanto, a fronte della infrazione ipotizzata nell'atto di avvio del procedimento, con successiva delibera ha chiuso il procedimento rendendo obbligatori impegni che *ictu oculi* non apparivano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria; il giudice, oltre all'affermazione di tale principio, ha poi analiticamente posto in rilievo i profili di contraddittorietà e di illogicità che hanno caratterizzato l'azione amministrativa^{87[87]}.

La giurisprudenza comunitaria, in tema di impegni, ha fatto recentemente applicazione del principio di proporzionalità^{88[88]}.

La controversia ha avuto origine da un procedimento di abuso di posizione dominante nei confronti della Società De Beers e da un procedimento di intesa anticoncorrenziale nei confronti della stessa società e della Società Alrosa, le due più importanti società nel mercato mondiale dei diamanti grezzi.

Le imprese interessate hanno dapprima presentato impegni congiunti, che non hanno avuto buon esito durante il *market test*. Successivamente, l'impresa De Beers ha proposto nuovi impegni nell'ambito dell'addebito formulatole per abuso di posizione dominante, impegni consistenti nella totale cessazione di ogni rapporto commerciale con Alrosa; tali impegni sono stati resi vincolanti dalla Commissione con decisione del febbraio 2006.

La peculiarità della vicenda è data dal fatto che il procedimento giurisdizionale è stato attivato da Alrosa - pregiudicata dall'arresto del procedimento per abuso di posizione dominante nei confronti di De Beers non per l'arresto in quanto tale ma per la natura degli impegni accettati - in quanto privata della possibilità di vendere la propria produzione al principale *partner* commerciale, il che pone, su un piano generale, il problema della

^{87[87]} Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 10 maggio 2010 nn. 10571 e 10572; la sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato 30 maggio 2011, n. 3230, ha respinto l'appello avverso la sentenza del TAR Lazio n. 10571 del 2010 ritenendo la sussistenza di un vizio procedimentale (assenza del *market test*) già rilevato in primo grado e senza affrontare, ritenendoli assorbiti, i profili di illegittimità sostanziale.

^{88[88]} Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 29 giugno 2010, caso De Beers/Alrosa; si tratta del primo caso portato innanzi alla Corte di Giustizia in relazione all'applicazione dell'art. 9 del Reg. CE 1/2003.

legittimazione dei terzi ad impugnare le decisioni amministrative delle Autorità *antitrust* che arrestano il procedimento avviato nei confronti di altro destinatario.

Sul punto, sia il Tribunale di Primo grado sia la Corte di Giustizia hanno concluso per la sussistenza della legittimazione ad agire della ricorrente Alrosa in ragione della presenza dei requisiti di cui all'art. 263 TFUE (ex art. 230 TCE).

Il Tribunale di primo grado ha accolto il ricorso in ragione di tre argomenti essenziali: l'applicabilità del principio di proporzionalità anche alla fattispecie di cui all'art. 9 Reg. n. 1/2003; la possibilità di un riesame in sede giurisdizionale della valutazione economica complessa alla base della decisione amministrativa; la necessità di una comparazione di una pluralità di ipotesi economiche nell'individuazione di soluzioni idonee alla prevenzione di distorsioni del libero mercato^{89[89]}.

Il sindacato di legittimità esercitato dal Tribunale di primo grado, quindi, è stato prevalentemente basato sul rispetto del principio di proporzionalità, principio generale del diritto comunitario, il quale esige che gli strumenti adoperati dall'istituzione comunitaria non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti^{90[90]}.

La proporzionalità, insomma, impone una valutazione tra le misure adottate e lo scopo perseguito dalla norma ed il Tribunale di primo grado, nel caso di specie, ha ritenuto che, rispetto alle preoccupazioni anticoncorrenziali palesate dalla Commissione, il divieto di

^{89[89]} C. Pepe, Il caso De Beers/Alrosa alla Corte di Giustizia: la presentazione di impegni nella disciplina *antitrust* e nuovi sviluppi in tema di autorità garanti e sindacato giurisdizionale, in www.federalismi.it, 2010, il quale ha evidenziato che il riconoscimento di un margine insindacabile di cd. "discrezionalità economica" della Commissione, seppure costante nella giurisprudenza della Corte, si fonderebbe sulla sussistenza di una valutazione economica complessa che limiterebbe il sindacato del giudice alla sola completezza e veridicità dei fatti adottati ed alla mancanza di errori manifesti.

^{90[90]} M. Legnaioli, Le decisioni della Commissione europea a tutela della concorrenza e il sindacato di proporzionalità, Foro CdS, 2011, che richiama una cospicua giurisprudenza comunitaria, tra cui Corte di Giustizia 8 giugno 2010, causa C-58/08, Vodafone Ltd/Secretary of State.

intrattenere qualsiasi operazione commerciale tra le due società sarebbe stato manifestamente eccedente quanto necessario per il raggiungimento dello scopo.

La Corte di Giustizia ha ribaltato la decisione del giudice di primo grado, individuando dei limiti al sindacato di legittimità del giudice, il quale non potrebbe sostituire la propria valutazione di idoneità a quella della Commissione ledendo il margine di discrezionalità di cui è titolare quest'ultima.

Le decisioni in merito alla proposta di impegni *ex art. 9* del Reg. (CE) n. 1 del 2003, infatti, non si fondano sull'accertamento dell'infrazione, su cui si basano invece le decisioni di cui all'art. 7 dello stesso regolamento comunitario, per cui, trattandosi di impegni proposti volontariamente, la sussistenza del requisito della necessità si considera presunta per chi ha proposto gli impegni, mentre per i soggetti terzi occorre verificare che le misure non eccedano quanto necessario a risolvere le preoccupazioni anticoncorrenziali ipotizzate dalla Commissione.

L'elemento della volontarietà, per l'impresa proponente, assume quindi un rilievo decisivo, atteso che l'interessata, al fine di ottenere l'arresto del procedimento, che potrebbe concludersi con l'accertamento dell'infrazione e l'irrogazione della relativa sanzione, propone impegni che, in teoria, potrebbero anche eccedere i rimedi comportamentali o strutturali adottabili dalla Commissione.

Ne consegue che le decisioni *ex art. 9* del regolamento comunitario in materia di concorrenza possono rendere vincolanti impegni che, ai sensi dell'art. 7 dello stesso regolamento, in cui il procedimento è avviato d'ufficio e non ad istanza di parte, sarebbero sproporzionati.

Il problema, allora, non è tanto la possibile violazione del principio di proporzionalità nei confronti dell'impresa destinataria del procedimento d'infrazione, poiché gli impegni sono dalla stessa volontariamente proposti e, in caso di accettazione, assunti, ma la possibile violazione del principio di proporzionalità degli impegni che, come nel caso esaminato dalla giurisprudenza comunitaria in commento, possono riflettersi in danno di imprese terze rispetto al procedimento.

Il bilanciamento tra il potere di apprezzamento e di valutazione economica discrezionale della Commissione ed il potere del giudice comunitario di sindacare gli atti europei, come detto, ha portato la giurisprudenza ad elaborare il criterio dell'errore manifesto di valutazione, il quale, nell'ordinamento nazionale, può essere equiparato al vizio di eccesso di potere per manifesta illogicità e risponde alla medesima esigenza di contemperare il potere amministrativo discrezionale ed il sindacato giurisdizionale di legittimità sullo stesso in modo che quest'ultimo, pur senza trasmodare nella valutazione del merito amministrativo, fornisca sostanzialità e concretezza al sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa che, diversamente, rischierebbe di rimanere un *quid vacui*.

La Corte di Giustizia, nella sentenza *Alrosa*, si è posta su un piano di tutela meno avanzata rispetto a quella cui era pervenuta il Tribunale di primo grado e, in particolare, ha ribadito che il vizio di errore manifesto di valutazione sussiste solo quando le conclusioni dell'Autorità si rivelino infondate alla luce degli elementi di fatto presi in esame, per cui la constatazione della possibile idoneità degli impegni proposti congiuntamente, meno incidenti sulla posizione della ricorrente *Alrosa* rispetto all'incisione derivante dagli impegni unilateralmente presentati da *De Beers* nel procedimento di abuso di posizione dominante, rappresenterebbe un'indebita ingerenza del giudice nelle valutazioni della Commissione nonché una violazione del suo margine di discrezionalità^{91[91]}.

Il principio di proporzionalità è un essenziale strumento di misura della legittimità delle determinazioni amministrative sia in ambito comunitario che nazionale.

Il giudice nazionale ha fatto uso di tale principio sia con riferimento alle misure strutturali imposte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in esito al procedimento di accertamento dell'infrazione sia nell'ipotesi di accettazione degli impegni e, quindi, in un'ipotesi simile a quella esaminata dal giudice comunitario nella vicenda *Alrosa/De Beers*.

^{91[91]} Il percorso argomentativo è riportato in M. Legnaioli, op. cit., che pone in rilievo anche l'evoluzione della giurisprudenza relativa alle decisioni con impegni nel contesto nazionale.

Con riferimento all'accertamento di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, l'Autorità aveva disposto che le società interessate definissero entro una certa data iniziative atte a rimuovere la portata restrittiva delle intese, perfezionando tali iniziative, che avrebbe condotto alla dismissione di imprese comuni, entro i 24 mesi successivi^{92[92]}.

La particolare rigidità delle misure strutturali, che per l'appunto imponevano alle società madri di dismettere le imprese comuni, ha indicato il Tribunale in proposito, non è stata congruamente motivata in presenza delle prescrizioni, di tipo comportamentale e strutturale, pur previste in altro capo del dispositivo dell'atto, opportune ed equilibrate, le quali - imponendo modalità di conduzione delle imprese comuni, da comunicare entro un congruo termine, tali da circoscrivere l'attività delle stesse alla mera fase produttiva, assicurare la loro piena autonomia gestionale rispetto alle società madri ed impedire la diretta conoscibilità dei ritiri di prodotto effettuati dalle altre imprese consocie - sono apparse di per sé idonee a tutelare il bene pubblico della libertà di concorrenza salvaguardando al contempo l'interesse pubblico soddisfatto dal funzionamento di imprese comuni ove sia valutato che queste, dando luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori.

D'altra parte, la sentenza ha ribadito che, nelle ipotesi in cui l'interessato abusi dell'autorizzazione o venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione, l'Autorità, *ex art. 4, co. 2, L. 287/1990*^{93[93]}, può ben adottare, in qualunque momento, un provvedimento

^{92[92]} Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 15 gennaio 2007, n. 204.

^{93[93]} L'art. 4 l. n. 287 del 1990, rubricato deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, prevede che l'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui allo stesso comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. Il secondo comma dell'art. 4 attribuisce all'Autorità il potere di revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione.

di revoca, per cui, anche alla luce di tale previsione, che comunque sarebbe insita nel sistema, atteso il principio di continuità dell'azione amministrativa, la particolare rigidità dell'imposizione strutturale di dismissione delle imprese comuni non troverebbe giustificazione.

In definitiva, il giudice nazionale ha chiarito in tal caso che l'illegittimità della misura strutturale prevista dall'Autorità discende dal fatto che, in presenza di altre prescrizioni, sufficientemente garantistiche, le misure imposte si rivelano eccessive e debordanti, ordinando rimedi sproporzionati rispetto alla finalità che l'amministrazione è chiamata a perseguire.

In altra circostanza, relativa ad un'impugnativa di accettazione degli impegni proposta da un soggetto terzo, vale a dire in un'ipotesi simile a quella affrontata dal giudice comunitario nella vicenda Alrosa/De Beers, la giurisprudenza ha fatto presente come la norma consenta di apprezzare il nesso di implicazione e presupposizione che ricongiunge l'accettazione degli impegni che le parti possono proporre all'attenzione dell'Autorità all'esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto dell'apertura dell'istruttoria, sicché deve ritenersi preclusa l'adottabilità di una determinazione con la quale vengano resi "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di sospetta anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti, posto che, diversamente, verrebbe ad introdursi nell'ordinamento la surrettizia esercitabilità, ad opera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di un potere "regolativo" del mercato che, prendendo spunto da elementi di una eventuale condotta anticompetitiva rilevati in un determinato settore, si svolga ad una più ampia disciplina del mercato interessato, dettando prescrizioni orientative dell'*agere* degli operatori^{94[94]}.

La sentenza in discorso^{95[95]} ha poi precisato che la concreta portata che gli impegni sono suscettibili di assumere deve essere sempre commisurata all'attuazione del principio di

^{94[94]} TAR Lazio, Roma, I, 8 maggio 2009, n. 4994.

^{95[95]} La sentenza ha richiamato le considerazioni esposte nella sentenza della Sezione IV del Tribunale CE di I grado dell'11 luglio 2008 (causa T-170/06, Alrosa Company

proporzionalità, specificando in particolare che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva, e che gli oneri imposti non devono essere sproporzionati in relazione agli scopi perseguiti^{96[96]}.

Anche il Consiglio di Stato^{97[97]}, nell'affrontare la questione relativa all'adottabilità di misure correttive della concorrenza a carattere strutturale, ha dato atto dell'immanenza in materia del rammentato principio di proporzionalità, l'attuazione del quale richiede che i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati siano proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti e che, fra le varie possibili alternative, sia sempre imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva.

L'affermazione del principio di proporzionalità richiede, pertanto, non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo.

3.2.3 *Considerazioni conclusive.*

L'esigenza di trovare un giusto equilibrio tra la profondità del sindacato giurisdizionale e la necessità di non invadere la sfera di discrezionalità riservata all'Autorità di settore è particolarmente evidente nella materia della concorrenza.

Le difficoltà legate all'esigenza di utilizzare congiuntamente e sinergicamente competenze giuridiche ed economiche^{98[98]} è acuita dal riferimento a concetti giuridici

Limited/Commissione Europea), mentre, all'epoca, non si era ancora pronunciata sul relativo appello la Corte di Giustizia che, come evidenziato nel testo, ha ribaltato la decisione di primo grado del Tribunale.

^{96[96]} In proposito, sono richiamate le sentenze della Corte di Giustizia 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder HS Kraftfutter, Racc. pag. 2237, punto 21 e 9 marzo 2006, causa C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie e Natuur en Milieu, Racc. pag. I-2443, punto 28.

^{97[97]} Cons. St., VI, 1° ottobre 2002 n. 5156.

^{98[98]} La crescente importanza strategica di settori di attività ad elevata specializzazione in cui sono necessarie competenze di tipo sia economico che giuridico, ad avviso di chi scrive, induce sempre

indeterminati, privi di significato univoco, quali, ad esempio, l'intesa restrittiva della concorrenza, l'abuso di posizione dominante, il mercato rilevante e ciò determina che il potere esercitato in tale materia sia fortemente connotato dalla c.d. discrezionalità tecnica, in quanto l'opinabilità delle scienze di riferimento, in prevalenza di carattere economico, mette l'Autorità nella condizione di valutare fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento.

Tuttavia - mentre nei casi di accertamento dell'illiceità della condotta l'attività è espressione di mera discrezionalità tecnica nel senso che, una volta accertata l'esistenza degli elementi costitutivi della fattispecie sulla base di (anche se opinabili) parametri economici, l'Autorità è poi vincolata all'adozione dell'atto - in altre ipotesi sussiste una vera e propria discrezionalità amministrativa e ciò accade tutte le volte in cui vi sia una scelta di opportunità volta all'individuazione dell'atto più idoneo alla cura concreta degli interessi pubblici, come nel caso delle determinazioni da adottare, valutata la loro idoneità a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, in ordine alla presentazione di impegni proposti dalle imprese destinatarie dell'azione amministrativa, volti ad arrestare il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione e l'irrogazione della sanzione.

Nel settore della concorrenza, pertanto, fermi i criteri di valutazione della discrezionalità amministrativa, quando essa sussiste, acquista decisivo rilievo l'evoluzione degli orientamenti sul sindacato della discrezionalità tecnica, che consente al giudice di conoscere dei fatti in modo pieno, al fine di verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza, la proporzionalità e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione.

A tal fine, il giudice, nel caso in cui vengano in rilievo questioni che esulano dalle sue competenze ed esperienze, può avvalersi della consulenza tecnica, fermo restando che la cognizione piena dei fatti non può mai trasmodare in potere di determinazione in ordine agli stessi perché in tal caso assumerebbe egli la titolarità del potere.

più a riflettere sull'opportunità di prevedere facoltà universitarie che forniscano una preparazione "a cavallo" tra diritto ed economia.

In altri termini, l'Autorità giurisdizionale può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché altrimenti vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere esercitato.

Vi è da dire, peraltro, che sia in ambito comunitario sia in ambito nazionale, il ricorso alle perizie o alla consulenza tecnica d'ufficio è risultato sinora estremamente limitato, mentre tale mezzo istruttorio potrebbe essere maggiormente valorizzato in sede giurisdizionale a condizione che non si traduca in una eccessiva dilatazione dei tempi del processo ovvero in uno strumento ingiustificato per eludere il compito di *jus dicere* e sempre che non comporti la sostituzione di una valutazione opinabile ad un'altra valutazione opinabile.

Nel suo operato, la giurisprudenza ha costantemente cercato di individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, che altrimenti costituirebbe un guscio vuoto, e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità.

Ne è conseguita una progressiva evoluzione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive di imprese e cittadini portando a più ampi livelli di efficacia una tutela prima esclusivamente demolitoria, fino ad un concetto di tutela piena, in cui si riconosce che ogni posizione va protetta con tutti gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

Pertanto, emerge l'importanza dell'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è conferito al giudice il compito non di esercitare un potere amministrativo in materia, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato o meno correttamente esercitato.

Il sindacato del giudice, allora, dovrebbe essere improntato a un equilibrio che tenda ad evitare due rischi opposti: quello di consentire, come è stato detto, “fughe in avanti ad alcune Autorità animate talvolta da un eccesso di ardore regolatorio”, ovvero quello di un controllo che sconfini nel merito delle decisioni adottate dalle Autorità, vanificando di fatto l’istituzione di apparati di regolazione ad elevata complessità e profonda competenza tecnica.

In definitiva, occorre che il giudice abbia il coraggio di non abdicare mai al sindacato ma anche la saggezza di sapersi fermare al punto giusto, evitando qualsiasi commistione tra il proprio ruolo e quello dell’Autorità^{99[99]}.

Tale sindacato equilibrato contribuirebbe a rendere più autorevole l’applicazione dei principi europei in materia e più forte l’attività di chi opera in settori nevralgici dell’ordinamento.

3.3 *La protezione dei consumatori.*

La libera concorrenza è stata considerata dal Trattato CE come un fattore indispensabile per l’armonico ed equilibrato sviluppo delle economie degli Stati membri, sicché la relativa disciplina è contenuta in previsioni normative puntuali ed articolate, di cui agli artt. 101 – 109 TFUE, volte ad evitare che sorga ogni tipo di barriera protezionistica derivante sia da pratiche restrittive attuate dalle imprese (artt. 101 – 106, concernenti regole applicabili alle imprese) sia da misure assunte dagli Stati a favore di imprese nazionali (artt. 107 – 109, concernenti aiuti concessi dagli Stati)^{100[100]}.

^{99[99]} Audizione del Presidente del Consiglio di Stato P. de Lise alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati – Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

^{100[100]} E. Bonelli, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell’ordinamento comunitario e nel diritto interno*, Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 2010, che richiama un’ampia dottrina, tra cui, F. Patroni Griffi, “le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house” (relazione all’incontro in Roma del 24 novembre 2005 per la presentazione dell’opera *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli).

Il principio della libera concorrenza, finora prevalsa nell'Unione Europea, e la relativa normativa antimonopolistica sono tendenzialmente indirizzati anche alla tutela dei consumatori, acquirenti finali dei prodotti offerti dal mercato, i quali, in presenza di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza o di una situazione di abuso di posizione dominante, potrebbero risultare danneggiati dalla formazione di un livello medio dei prezzi più elevato di quello che potrebbe formarsi attraverso il libero esplicarsi delle regole di mercato.

La tutela degli interessi dei consumatori, quindi, è stata per lungo tempo configurata come accessoria e derivata rispetto a quella della concorrenza e del libero mercato.

Tuttavia, già sulla base della legislazione in materia, occorre escludere un nesso di consequenzialità indefettibile tra i concetti di tutela della libertà di concorrenza e di protezione dei consumatori, tanto che l'art. 4 l. n. 287 del 1990, come visto, consente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di autorizzare, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate, in quanto potenzialmente restrittive della libertà di concorrenza, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare "un sostanziale beneficio per i consumatori"^{101[101]} e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico.

L'Unione, ai sensi dell'art. 169, co. 2, del TFUE, contribuisce al conseguimento degli obiettivi di protezione del consumatore mediante misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno.

In particolare, l'art. 169 del TFUE (*ex articolo 153 del TCE*), dispone:

^{101[101]} L'art. 101 del TFUE (*ex art. 81 del TCE*), nel dichiarare, al par. 1, incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato, stabilisce tuttavia, al par. 3, che le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili, tra l'altro, a qualsiasi accordo fra imprese, a qualsiasi decisione di associazioni di imprese e a qualsiasi pratica concordata che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico.

1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

2. L'Unione contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante:

a) misure adottate a norma dell'articolo 114 nel quadro della realizzazione del mercato interno;

b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri.

3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure di cui al paragrafo 2, lettera b).

4. Le misure adottate a norma del paragrafo 3 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con i trattati. Esse sono notificate alla Commissione.

La tutela dei consumatori, a livello comunitario e dei singoli Stati membri, quindi, è articolata su una pluralità di interventi e, tra questi, sul divieto delle pratiche commerciali scorrette, disciplina di genesi comunitaria attraverso la quale il legislatore ha inteso salvaguardare il funzionamento del mercato unico e contribuire alla tutela degli interessi economici dei consumatori, innalzandone il livello di protezione.

Con l'approvazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle "pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno", volta espressamente alla armonizzazione delle disposizioni divergenti dei singoli Stati membri, l'Unione, infatti, ha perseguito una politica di protezione dei consumatori, oltre a garantire alle imprese l'esercizio delle libertà nel mercato interno.

La *ratio* della normativa comunitaria è immediatamente percepibile dal considerare n. 8 alla direttiva 2005/29/CE, secondo cui la direttiva tutela direttamente gli interessi

economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori e tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale.

Il diritto nazionale si è adeguato dettando i decreti legislativi di recepimento e di attuazione n. 145 e n. 146 del 2007, per cui, nell'ordinamento nazionale è ora rinvenibile un sistema duale di protezione, atteso che, con il d.lgs. n. 145 del 2007, sono state espunte dal codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e di liceità della pubblicità comparativa, facendole confluire in un *corpus* normativo separato, mentre, con il d.lgs. n. 146 del 2007, sono state regolate le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori e la relativa normativa è stata accolta nel codice del consumo.

Le modifiche apportate dal d.lgs. n. 146 del 2007 hanno ampliato il raggio di tutela previsto dal regime normativo previgente e tale quadro di tutela dei consumatori viene ad aggiungersi ai normali strumenti di tutela contrattuale ed a quelli derivanti da specifiche discipline in settori oggetto di regolazione.

Le disposizioni legislative nazionali concernenti il divieto di pratiche commerciali scorrette tracciano un sistema di individuazione della responsabilità che, in armonia con l'architettura comunitaria, ruota intorno ad un duplice presupposto, vale a dire che la condotta imputabile al professionista, sia essa ingannevole o aggressiva: a) risulti contraria alla diligenza professionale; b) falsi o sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta, così marcando una netta linea di distinzione tra le pratiche che incidono in maniera trascurabile e quelle che distorcono in maniera sensibile la capacità di autodeterminazione del consumatore^{102[102]}.

^{102[102]} A.M. Gambino, V. Falce, A. Stazi, Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pratiche commerciali scorrette, Concorrenza e mercato, 2011, ove è precisato che, per configurare una fattispecie vietata, non è sufficiente che la pratica sotto scrutinio si discosti dall'onere di diligenza che grava sul professionista, ma è necessario che per suo effetto il comportamento economico del consumatore sia o possa essere sostanzialmente sviato, atteso che

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il bene giuridico da tutelare è soltanto indirettamente a contenuto patrimoniale, mentre la tutela immediata delle prescrizioni attiene alla libertà negoziale del consumatore, ovvero alla sua libertà di scelta, che, se pregiudicata, ha ovviamente ricadute in ambito economico^{103[103]}.

La figura del professionista si caratterizza per la presenza di due elementi essenziali, vale a dire la responsabilità editoriale ed il vantaggio economico.

Il vantaggio economico si presenta normalmente di chiara percezione, mentre la responsabilità editoriale è talvolta più difficilmente individuabile e si concreta nella individuazione di una responsabilità diretta nella condotta dell'operatore economico e cioè di un'azione o omissione che consenta l'ascrizione dell'illecito a titolo di responsabilità soggettiva e non di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, il che sarebbe evidentemente illegittimo.

In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che l'obbligo di diligenza, desumibile dal *corpus* normativo in materia richiederebbe che, in presenza di vantaggi economici derivanti dalla pratica commerciale, l'imprenditore, anche se terzo e coautore e non diretto committente, predisponga un sistema di monitoraggio idoneo, nei limiti della ordinaria diligenza esigibile, ad esercitare il controllo della conformità alle norme di legge e regolamentari delle iniziative pubblicitarie, in assenza del quale deve ritenersi integrata, sussistendo un comportamento rilevante sul piano soggettivo, la sua responsabilità editoriale.

In altri termini, il giudice amministrativo ha evidenziato che, se non è possibile ritenere che l'immanente obbligo di diligenza gravante su coloro che dalla pratica

l'elemento della correttezza e quello del pregiudizio economico sono legati da un "nesso di implicazione causale", nel senso che – come puntualizzato dalla giurisprudenza del TAR del Lazio – la non correttezza della pratica commerciale deve identificare "un antecedente logico necessario (ancorché non necessariamente unico) a fronte delle scelte che il consumatore abbia posto in essere".

^{103[103]} Cons. St., VI, 24 marzo 2011, n. 1810, ove è evidenziato come sarebbe riduttivo ritenere che la nozione di pregiudizio per il comportamento economico del consumatore sia fatta coincidere con quella di danno economico, il quale implica una diminuzione patrimoniale, mentre essa va intesa nel senso di influenza sul comportamento economico del consumatore nel quadro della tutela della relativa libertà di scelta.

commerciale traggono comunque dei benefici sia in termini economici che pubblicitari determina sempre e comunque una loro responsabilità editoriale per pratica commerciale scorretta, un'omissione rilevante ai fini della ascrizione di una responsabilità a titolo soggettivo sussiste allorquando l'operatore economico non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo sui contenuti delle iniziative promo-pubblicitarie realizzate e diffuse da soggetti terzi, anch'essi interessati alla pratica commerciale, non essendo sufficiente ad escludere la responsabilità da omesso controllo la circostanza che il soggetto terzo non abbia preventivamente sottoposto la campagna che intende diffondere, ove un sistema di controllo preventivo non sia stato posto in essere, sicché, in tal caso, la responsabilità non può dirsi attribuita a titolo di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma per l'omissione dei dovuti controlli e, quindi, per fatto proprio^{104[104]}.

La giurisprudenza – nel rilevare che una pratica commerciale, ai sensi dell'art. 20 d.lg. n. 206 del 2005, è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, e falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori e che il precedente art. 19 fa presente che il titolo III del Codice del Consumo, pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali, si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto – ha ancora considerato che la legge ammette come una pratica commerciale scorretta possa essere posta in essere anche dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto^{105[105]}.

Con riferimento all'art. 13, co. 8 da 8 *sexies* a 8 *quaterdecies* del d.l. n. 7 del 2007, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 40 del 2007, afferente alla semplificazione nel procedimento di cancellazione dell'ipoteca nei mutui immobiliari, l'obbligo derivante costituisce una fonte eteronoma di integrazione dei contratti di mutuo immobiliare,

^{104[104]} *Ex multis*: TAR Lazio, Roma, I, 27 luglio 2009, n. 7558.

^{105[105]} TAR Lazio, Roma, I, 19 maggio 2010, n. 12281.

introducendo un'obbligazione accessoria a carico del soggetto mutuante, da adempiere una volta che il mutuatario abbia estinto l'obbligazione principale, per cui il mutuante, nell'ambito della propria organizzazione aziendale, dovrebbe prevedere un sistema di monitoraggio idoneo a consentire il puntuale adempimento del dettato legislativo, ed il beneficio economico derivante all'impresa dalla condotta scorretta è conseguentemente ravvisabile nel non sopportare i costi, o ne procrastinare gli stessi, derivanti dalla dotazione del predetto sistema.

La condotta del soggetto mutuante che differisce gli adempimenti di cui alla norma di legge in discorso, attraverso i quali è resa riconoscibile ai terzi l'avvenuta cancellazione dell'ipoteca (c.d. pubblicità notizia), costituisce un elemento di disturbo nella corretta circolazione dei beni immobili, atteso che non consente di rendere edotti tempestivamente i terzi dell'avvenuta estinzione dell'obbligazione e della conseguente cancellazione dell'ipoteca ed in tal senso è stata ritenuta altresì idonea a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio il quale potrebbe essere indotto a preferire un soggetto erogante un mutuo piuttosto che un altro anche sulla base dell'affidabilità nel tempestivo adempimento delle obbligazioni accessorie al contratto^{106[106]}.

Sull'idoneità della pratica commerciale a falsare il comportamento economico del consumatore, occorre fare riferimento al concetto di consumatore medio.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea^{107[107]} è recentemente intervenuta in tema di tutela degli interessi consumeristici dichiarando, tra l'altro, che:

^{106[106]} Nella fattispecie, è stata rilevata la sussistenza di un nesso funzionale, di carattere economico, tra il comportamento tenuto dal professionista, il suo interesse ad agire ed il prodotto cui il comportamento si riferisce nonché un conseguente pregiudizio alla libertà economica del consumatore in quanto il mutuante, nel non adempiere tempestivamente all'obbligo di legge, se non consegue un beneficio economico diretto, può comunque omettere di sostenere i costi relativi al sistema di monitoraggio di cui dovrebbe dotarsi per assicurare il puntuale adempimento e tale condotta è idonea ad ostacolare l'interesse del consumatore a che l'estinzione dell'ipoteca, già avvenuta in diritto, risulti anche sotto il profilo fattuale e, quindi, probatorio.

^{107[107]} Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 15 marzo 2012, nella causa C-453/10.

l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore;

una pratica commerciale consistente nel menzionare in un contratto di credito un tasso annuo effettivo globale inferiore a quello reale, deve essere qualificata come "ingannevole" ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), qualora induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Spetta al giudice nazionale verificare se ciò avvenga nel procedimento principale.

Per quanto attiene specificamente al profilo sub. 2, vale a dire alle pratiche commerciali scorrette, ha richiamato alcuni articoli della direttiva 2005/29, tra cui gli artt. 6 e 7 che si riferiscono al consumatore medio ed ha rammentato che l'articolo 2, lettera d), della direttiva 2005/29 definisce, impiegando una formulazione particolarmente estesa, la nozione di "pratica commerciale" come "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il *marketing*, posta

in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”^{108[108]}.

Ha fatto quindi presente che una pratica commerciale, come quella che consiste nel menzionare in un contratto di credito un TAEG inferiore a quello reale, costituisce una falsa informazione quanto al costo complessivo del credito e, pertanto, al prezzo ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2005/09.

In particolare, allorché la menzione di un TAEG siffatto induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare, tale falsa informazione deve essere qualificata come pratica commerciale “ingannevole” ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva.

Pertanto, il giudice comunitario ha risposto dichiarando che una pratica commerciale consistente nel menzionare in un contratto di credito un TAEG inferiore a quello reale, deve essere qualificata come “ingannevole” ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29, qualora induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, mentre spetta al giudice del rinvio accertare se ciò avvenga nel procedimento principale.

Il concetto fondamentale, al fine di individuare la sussistenza di una pratica commerciale scorretta in danno dei consumatori, pertanto, sia a livello comunitario sia a livello nazionale consiste nella specificazione del concetto di consumatore medio, il quale è individuabile nel consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto, tenuto conto delle caratteristiche del mercato in cui l’interessato opera le proprie scelte, vale a dire della complessità e della innovatività di quest’ultimo, ed escludendo sia il consumatore totalmente disinformato sia quello esperto del particolare settore^{109[109]}.

^{108[108]} In particolare, per tali concetti sono richiamate le sentenze del 14 gennaio 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, punto 36, e del 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag, C-540/08, punto 17.

^{109[109]} Tale concetto è stato chiarito, già prima delle specificazioni poi introdotte nel codice del consumo (artt. 20 e ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), sia dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia CE, IV, 10 settembre 2009, n. 446, riferita ai regolamenti 2081/92 e 2796/2000) sia dalla

Altro concetto fondamentale è costituito dall'attitudine lesiva della pratica, per la sussistenza della quale è sufficiente la mera potenzialità del pregiudizio, vale a dire la potenzialità lesiva della comunicazione sulla libera determinazione delle scelte del consumatore, mentre non è necessario il concreto verificarsi dello stesso^{110[110]}.

Nell'ottica di una tutela sempre più piena, autonoma ed articolata dei consumatori, rientra la previsione di un'azione collettiva a contenuto risarcitorio, destinata ad impedire che i profitti di un'intesa restrittiva della concorrenza, di un abuso di posizione dominante o di pratiche commerciali scorrette possano sottrarsi al recupero da parte delle vittime a causa della loro diffusione pulviscolare, è questa la c.d. *class action antitrust*.

L'istituto di derivazione statunitense, in attesa di indicazioni precise da parte del legislatore comunitario, del quale non può negarsi la competenza a provvedere, è stato previsto nelle legislazioni nazionali di vari paesi europei^{111[111]}.

Nella legislazione italiana, l'art. 2, co. 246, l. n. 244 del 2007 ha introdotto nel codice del consumo, con decorrenza dal gennaio 2010, l'art. 140 *bis*, rubricato azione di classe, che disciplina l'azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei di consumatori o utenti, mentre la tutela di interessi collettivi costituisce oggetto della diversa azione inibitoria di cui all'art. 140 del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005).

L'introduzione di tale strumento può ritenersi un elemento importante della tutela civilistica delle ragioni dei consumatori e contribuisce ad affiancare alle misure predisposte dalla normativa di settore, contenuta in particolare nella l. n. 287 del 1990, a tutela della libertà di concorrenza, misure specificamente volte alla protezione dei consumatori che dall'adozione di iniziative lesive della libertà di concorrenza abbiano subito uno specifico e concreto pregiudizio.

Peraltro, accanto alla tutela risarcitoria collettiva, sussiste il diritto autonomo di ciascun soggetto leso ad invocare il risarcimento per il danno causato da un comportamento

giurisprudenza nazionale (cfr., tra le altre, Cons. St., VI, 24 novembre 2011, n. 6204; Cons. St., VI, 30 giugno 2011, n. 3897).

^{110[110]} *Ex multis*: TAR Lazio, Roma, I, 1 febbraio 2011, n. 909.

^{111[111]} A. Giussani, Azione di classe e tutela *antitrust*: profili processuali, Banca borsa tit. crediti, 2011.

idoneo a falsare o restringere la concorrenza, sicché i soggetti partecipanti ad un “cartello” rispondono della loro condotta anche in sede civile nei confronti dei soggetti danneggiati dalla loro azione^{112[112]}.

Il diritto individuale al risarcimento costituisce una logica conseguenza della consolidata giurisprudenza secondo cui gli artt. 101 e 102 del TFUE producono effetti orizzontali diretti, creando diritti per i cittadini meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento sovranazionale.

In tale ottica, assume pregnante rilievo la recente sentenza della Corte di Giustizia del 14 giugno 2011, n. 360^{113[113]}, che si è pronunciata per la prima volta sul diritto dei terzi danneggiati da un illecito *antitrust* all’accesso ai documenti trasmessi nel corso di “procedure di clemenza” dinanzi all’Autorità nazionale^{114[114]}.

La Corte ha concluso dichiarando che le disposizioni del diritto dell’Unione in materia di intese, ed in particolare il regolamento (CE) del Consiglio del 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un’infrazione al diritto della concorrenza dell’Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l’accesso ai documenti relativi ad un

^{112[112]} C. Lacchi, L’accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi *antitrust* di clemenza: la sentenza Pfleiderer, Giust. Civ., 2011, che richiama una cospicua giurisprudenza comunitaria, tra cui Corte di Giustizia 20 settembre 2001 in causa C-453/2001, Courage e Crehan, in cui la Corte ha sottolineato il carattere deterrente delle azioni di risarcimento, concependole quali strumenti utili al mantenimento di un’effettiva concorrenza nell’Unione, sicché esse, oltre a risarcire coloro che sono stati lesi da un comportamento anticoncorrenziale assicurano, anche se in modo complementare, la piena efficacia delle norme *antitrust* previste dal Trattato.

^{113[113]} Corte di Giustizia, Grande Sezione, 14 giugno 2011, Pfleiderer Ag contro Bundeskartellamt (Autorità garante della concorrenza tedesca), in relazione ad una domanda di accesso integrale agli atti relativi ad un procedimento sanzionatorio conseguente ad un’intesa nel settore delle carte decorative; la Pfleiderer, cliente delle imprese sanzionate, ha presentato tale domanda di accesso, avente altresì ad oggetto i documenti relativi al procedimento di clemenza, allo scopo di intentare un’azione civile di risarcimento del danno.

^{114[114]} Nell’ordinamento italiano, l’art. 15, co. 2 *bis*, l. n. 287 del 1990 stabilisce che l’Autorità, in conformità all’ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell’accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario.

procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione; spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione.

In particolare, la Corte di Giustizia ha evidenziato che l'efficacia dei programmi di clemenza potrebbe essere compromessa dalla comunicazione dei documenti relativi ad un procedimento di clemenza ai soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria, anche qualora le autorità nazionali garanti della concorrenza concedano al richiedente il trattamento favorevole di esenzione totale o parziale dell'ammenda che avrebbero potuto infliggere.

Nondimeno, chiunque ha diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, considerato anche che un siffatto diritto rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione.

Di qui, la necessità di ponderare gli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni fornite spontaneamente dal richiedente il trattamento favorevole con quelli posti a tutela delle informazioni stesse e tale ponderazione può essere compiuta dai giudici nazionali solamente caso per caso, nell'ambito del diritto nazionale, e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie.

In altri termini, è necessario trovare un punto di equilibrio tra la tutela dell'interesse all'efficacia dei meccanismi premiali e la tutela dell'interesse dei consumatori danneggiati ad ottenere il risarcimento del danno sofferto^{115[115]}.

In proposito, rilevato che la maggior parte degli ordinamenti nazionali non prevedono disposizioni normative in materia di accesso ai documenti forniti nell'ambito di un programma di clemenza, sarebbe opportuno, al fine di evitare un diverso trattamento tra i cittadini dell'Unione che chiedono informazioni funzionali alla dimostrazione di un

^{115[115]} C. Lacchi, op. cit., fa presente che *public e private enforcement* dovrebbero coordinarsi, essendo due aspetti complementari ed egualmente importanti per garantire il pieno rispetto degli artt. 101 e 102 TFUE.

medesimo diritto, che i singoli Stati provvedano a colmare tale lacuna normativa attraverso una riforma armonizzata delle legislazioni nazionali.

3.3.1 *Considerazioni conclusive.*

Nell'attuale contesto economico-finanziario, occorre evidenziare che l'assunto di partenza, secondo cui il principio della libera concorrenza e la relativa normativa antimonopolistica sono indirizzati anche alla tutela dei consumatori, sembra essere messo in crisi dal proliferare di fenomeni per i quali, a fronte di una netta contrazione dei consumi, si assiste ad una moltiplicazione delle iniziative delle imprese, volte ad indirizzare ed influenzare le scelte dei consumatori che, in teoria, potrebbero anche trarre vantaggio dalle offerte di vendita promozionali, ma che, proprio in questa fase "ciclica" sono più esposti a forme di pubblicità scorretta, ad offerte promozionali non veritiere o comunque eccessivamente enfatiche e ad altre insidie.

D'altra parte, già nella impostazione normativa della l. 287 del 1990, così come in quella del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, è possibile cogliere l'insussistenza di un necessario collegamento strumentale tra tutela della libertà di concorrenza e tutela degli interessi dei consumatori, nel senso che la prima si riflette sempre e comunque nella seconda, tanto che l'art. 4 della legge nazionale, così come, sia pure in termini diversi, l'art. 101, par. 3, del TFUE, consente all'Autorità garante di autorizzare, per un periodo limitato, intese o categorie di intese, altrimenti vietate in quanto lesive della libertà di concorrenza, se queste, agendo sulle condizioni di offerta sul mercato, comportino un sostanziale beneficio per i consumatori.

Nello spazio giuridico europeo, pertanto, si impongono iniziative delle istituzioni, forti ed incisive, per consentire al consumatore di orientarsi nel nuovo scenario ed assumere decisioni quanto più possibile informate, consapevoli e convenienti^{116[116]}.

In altre parole, la concorrenza "sfrenata" tra le imprese - tanto maggiore nel periodo di accentuata crisi economico-finanziaria che ha investito tutti i Paesi dell'Unione ed in

^{116[116]} E. Bonelli, op. cit.

presenza, in un mercato sempre più globalizzato, di competitori mondiali aggressivi e, quindi, pericolosi per i consumatori – richiederebbe interventi a livello comunitario volti a fornire una protezione reale ai consumatori anche nelle nuove frontiere, atteso che, probabilmente, la tutela piena ed incondizionata della libertà di concorrenza non è più in grado di per sé, o forse non lo è mai stata, di garantire in modo completo la protezione degli interessi dei consumatori quali utilizzatori finali del prodotto o del servizio^{117[117]} ed in tale ottica va vista la direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005, inerente alle “pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, la quale, volta all'armonizzazione delle disposizioni nazionali divergenti, persegue sicuramente anche lo scopo diretto e specifico di tutela dei consumatori.

La libera concorrenza, in definitiva, costituisce un *leit motiv* comunitario sempre presente, ma sottoposto ormai a revisione, mentre va emergendo progressivamente, sia nell'ordinamento comunitario che in quello nazionale, l'esigenza di garantire in via diretta la tutela del consumatore, controbilanciando la regola della libera concorrenza, nella consapevolezza del venire meno della necessaria accessorietà della prima alla seconda^{118[118]}.

Roberto Caponigro

Consigliere TAR Lazio

^{117[117]} Nel trattato di riforma delle istituzioni comunitarie, stipulato a Lisbona il 23 giugno 2007, il venir meno della necessaria centralità della libertà di concorrenza è confermata dal fatto che il principio di concorrenza è stato espunto dal testo, per essere inserito, secondo la c.d. “opzione Sarkozy”, in un breve e meno significativo protocollo aggiuntivo.

^{118[118]} E. Bonelli, op. cit., evidenzia che, proprio perché la libera concorrenza era vista dal Trattato CE come un fattore indispensabile per l'armonico ed equilibrato sviluppo degli Stati membri, la relativa disciplina è contenuta in previsioni normative puntuali ed articolate, ad evitare che sorga ogni tipo di barriera protezionistica derivante da pratiche restrittive adottate dalle imprese nonché da misure assunte dagli Stati a favore di imprese nazionali, mentre il principio della tutela del consumatore è stato a lungo configurato come strumentale ed accessorio rispetto a quello della concorrenza e del libero mercato e non è riuscito ad assurgere a criterio guida inderogabile di regolazione dell'attività economica.

