

# approfondimenti di diritto amministrativo

a cura di  
**alfredo contieri**

editoriale scientifica



APPROFONDIMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

a cura di  
Alfredo Contieri

manuali per l'università



# **APPROFONDIMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO**

a cura di  
*Alfredo Contieri*

EDITORIALE SCIENTIFICA

Napoli

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via S. Biagio dei Librai, 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.  
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo  
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

ISBN 979-12-5976-058-6

## INDICE

<i>Premessa</i> di Alfredo Contieri	IX
<i>Notizie sugli Autori</i>	XII

### PARTE I ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E PROCEDIMENTO

Considerazioni in forma di lezione sull'attività amministrativa consensuale nell'ordinamento italiano <i>Alfredo Contieri</i>	3
Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca dopo la legge n. 124/2015 (Cosiddetta Legge Madia) <i>Alfredo Contieri</i>	25
Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a. <i>Maria Immordino</i>	41
La segnalazione certificata di inizio attività <i>Fiorenzo Liguori</i>	77
Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17- <i>bis</i> della legge n. 241/90: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale <i>Alfredo Contieri</i>	109
Procedimento amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni nella giurisprudenza costituzionale <i>Silvia Tucillo</i>	125

La motivazione del provvedimento amministrativo <i>Giovanni Cocozza</i>	141
La conferenza di servizi <i>Giovanni Cocozza</i>	173
Espropriazione per pubblica utilità: percorsi interpretativi <i>Vinicio Brigante</i>	197

## PARTE II BENI E SERVIZI PUBBLICI

Il servizio idrico integrato <i>Bruno Mercurio</i>	225
La tutela multilivello del diritto alla salute: appunti per una nuova <i>governance</i> sanitaria globale <i>Mariaconcetta D'Arienzo</i>	261
Diritto amministrativo e principio di concorrenza <i>Vinicio Brigante</i>	281
Il “caso” delle concessioni demaniali balneari <i>Giuliana di Fiore</i>	299

## PARTE III ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

Le Autorità amministrative indipendenti <i>Francesco Zammartino</i>	323
Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale <i>Alfredo Contieri</i>	357
<i>Golden power</i> : per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia <i>Renata Spagnuolo Vigorita</i>	367
L'IVASS e la tutela del mercato delle assicurazioni <i>Bianca Nicla Romano</i>	381

Organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, Società in house e partecipate: verso una nozione di pubblica amministrazione non solo formale <i>Salvatore Napolitano</i>	405
--	-----

PARTE IV  
AMMINISTRAZIONE DIGITALE

La decisione amministrativa algoritmica <i>Margherita Interlandi, Lorenza Tomassi</i>	441
Appalti innovativi e digitalizzazione delle procedure di gara <i>Rosa Lucia De Monaco</i>	461

PARTE V  
ANTICORRUZIONE E TRASPARENZA

Il lungo cammino della trasparenza <i>Alfredo Contieri</i>	487
Incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi pubblici nella legislazione italiana anticorruzione <i>Alfredo Contieri</i>	507





## *Premessa*

Questo volume, senza alcuna presunzione di completezza, affronta alcuni argomenti di diritto amministrativo che considero rilevanti e meritevoli di approfondimento (di qui il titolo del libro) rispetto alla preparazione manualistica che lo studente ha acquisito dopo aver sostenuto l'esame di diritto amministrativo generale.

Ho raccolto e aggiornato alcuni miei lavori e invitato studiosi amici a scrivere su temi di attualità, cercando di contemperare le finalità didattiche del libro con analisi e metodi di indagini che caratterizzano la ricerca scientifica.

Alcuni argomenti prescelti fanno parte della storia della materia, come il riesame, l'amministrazione consensuale, le concessioni, i servizi pubblici, l'espropriazione, la motivazione, altri hanno un'origine più recente ma sono ormai dei classici del diritto amministrativo, come le autorità indipendenti, le società pubbliche, la conferenza di servizi, la trasparenza, la SCIA, altri ancora presentano caratteri fortemente innovativi, come il silenzio assenso tra le amministrazioni, la decisione amministrativa algoritmica, la digitalizzazione delle procedure di gara.

Tutti i contributi danno conto della ricchezza dell'attuale dibattito dottrinario e del costante apporto creativo della giurisprudenza del giudice amministrativo.

Ringrazio gli autori che mi hanno seguito in questa avventura che speriamo possa trovare una positiva risposta tra gli studenti degli ultimi anni oltre che tra gli studiosi.

Un ringraziamento particolare va al dott. Vinicio Brigante per l'impegno e la dedizione con cui ha seguito la pubblicazione del volume.

*Alfredo Contieri*



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

- VINICIO BRIGANTE, Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- GIOVANNI COCOZZA, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- ALFREDO CONTIERI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- GIULIANA DI FIORE, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- MARIA IMMORDINO, membro del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, già Professore Ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo
- MARGHERITA INTERLANDI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
- FIorenzo LIGUORI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- BRUNO MERCURIO, avvocato presso il foro di Torre Annunziata, dottore di ricerca e Docente a contratto presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale
- ROSA LUCIA MONACO, dottore di ricerca e funzionario presso l'Agenzia del Demanio
- SALVATORE NAPOLITANO, avvocato presso il foro di Roma, Docente a contratto di Diritto dei contratti pubblici presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
- BIANCA NICLA ROMANO, dottore di ricerca e Docente a contratto di Diritto ambientale presso il Dipartimento di Farmacia dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- RENATA SPAGNUOLO VIGORITA, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- LORENZA TOMASSI, dottoranda di ricerca presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale
- SILVIA TUCCILLO, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
- FRANCESCO ZAMMARTINO, Professore Associato di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale'

# DIRITTO AMMINISTRATIVO E PRINCIPIO DI CONCORRENZA

*Vinicio Brigante*

SOMMARIO: 1. Diritto amministrativo e principio di concorrenza: reciproche caratterizzazioni definitorie. – 2. Concorrenza e contratti pubblici. – 3. Principio di concorrenza e gestione amministrativa dell'emergenza: la complessa ricerca di equilibri stabili. – 4. Sanzioni amministrative e tutela della concorrenza: profili critici. – 5. Giudice amministrativo e tutela della concorrenza: il ruolo pionieristico della giurisprudenza

## 1. *Diritto amministrativo e principio di concorrenza: reciproche caratterizzazioni definitorie*

I rapporti che intercorrono tra diritto amministrativo e principio di concorrenza si sviluppano in molteplici direzioni, cui corrispondono altrettante tematiche di indagine; la mutua caratterizzazione delle due nozioni rappresenta un osservatorio di studio privilegiato per analizzarne gli sviluppi.

Il tema attraversa l'intera storia del diritto amministrativo italiano, come dimostrato da uno studio del 1834, nel quale Romagnosi osservava come il potere statale avesse sviluppato un ossequio incondizionato per la libera concorrenza, "assunta come dogma senza luogo e senza tempo"<sup>1</sup>.

Tuttavia, è opportuno dar conto dell'accezione nella quale sono utilizzate le espressioni che si pongono in relazione diretta e come si sono reciprocamente condizionate, un compito tutt'altro che scontato.

Il diritto amministrativo, inteso nell'ampio significato di legislazione e di branca del diritto che regola i rapporti tra amministrazione e cittadino, i cui elementi identificativi erano tradizionalmente individuati nell'unità dell'amministrazione e nella rispondenza dell'agire rispetto al principio di legalità ha subito un processo di destrutturazione, dovuto a diverse ragioni, tra le quali riveste un ruolo nodale l'influenza del diritto eurounitario<sup>2</sup>, fortemente improntato alla tutela e alla promozione del valore della concorrenza.

Il diritto amministrativo odierno è spesso presentato come guidato dal

<sup>1</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Memoria riguardante il punto di vista degli articoli economici e statistici*, in *Ann. Univ. Stat.*, 1834, 129; di recente, sul tema, G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 4 ss.

<sup>2</sup> Per una lettura del tema, in una prospettiva critica, si v. S. NINATTI, *La concorrenza fra Carte vista da Lussemburgo. All'ombra del processo di adesione*, in *Quad. cost.*, 2020, 883 ss.

principio di concorrenza, divenuto, progressivamente, parametro della regolazione economica<sup>3</sup>.

Il consolidarsi della realtà ordinamentale sovranazionale dell'Unione Europea, la cui principale ambizione è la creazione di un mercato unico, prevede la necessità di adottare, in seno agli Stati membri, misure e disposizioni che necessitano di trasposizione e che, talvolta, incidono, anche su profili organizzativi.

Le politiche pubbliche in materia di tutela della concorrenza hanno rappresentato il punto di convergenza degli interessi degli Stati membri, poiché, al di là della sua concretizzazione normativa, la libertà di concorrenza costituisce un "valore" fondamentale dell'ordinamento sovranazionale e, come tale, un principio generale di interpretazione dell'insieme delle sue norme e *policy*.

Il fondamento normativo del principio di concorrenza si rinviene nell'articolo 3.3 del Trattato sull'Unione Europea, in base al quale "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale".

Il mercato, in questa accezione, è da intendersi quale *locus artificialis*<sup>4</sup>, conformato dalle regole di diritto che lo disciplinano e dai compiti che il diritto assegna alla pubblica amministrazione, frutto di politiche pubbliche precise, con l'obiettivo di creare un assetto giuridico stabile dei diversi interessi coinvolti. In altri termini, il mercato, e il principio di concorrenza che in esso è tutelato, integra un regime normativo di relazioni economiche e, pertanto, si identifica con il suo statuto giuridico.

I due sistemi messi in relazione – diritto amministrativo e concorrenza – dotati di una propria marcata autonomia strutturale, sono in continua evoluzione e gli equilibri che si creano sono spesso precari, circostanza che consente al tema di mantenere intatto il suo fascino problematico e impone all'interprete una costante revisione critica dei diversi approdi emersi.

Il principio di concorrenza – con la premessa che non esiste una definizione univoca di tale termine – così come elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nella sua declinazione giuridica, è uno strumento di efficiente

<sup>3</sup> Sul tema, con specifico riguardo alla giurisprudenza costituzionale, G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 425 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza della costituzionale dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 303 ss.

<sup>4</sup> Si v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 67; in senso conforme, N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977, 54.

allocazione di risorse che si traduce in misure proconcorrenziali e previsioni normative dirette a sanzionare i comportamenti che violano tale principio<sup>5</sup>.

La regolazione che tende a garantire la promozione del valore competitivo assicura di converso l'apertura dei mercati e garantisce la fruizione diffusa e uniforme dei servizi per gli utenti<sup>6</sup>.

Tale principio ha un impatto consistente sull'ordinamento amministrativo, in termini che incidono su aspetti organizzativi, su logiche e dinamiche di fondo, ovviamente ivi compresi i rapporti tra amministrazioni e privati.

L'importanza del tema della concorrenza e di un'applicazione delle relative disposizioni vicina alle imprese e ai cittadini impone di trasferire agli Stati membri le competenze organizzative e le modalità di controllo e di responsabilità. Solo attraverso l'introduzione di regimi normativi fondati sulla rigorosa predeterminazione dei presupposti e delle modalità di svolgimento della funzione di regolazione pro-concorrenziale può aversi un sistema di regole che tenga in considerazione altri valori, quali, ad esempio, la tutela dell'ambiente o la promozione occupazionale, che potrebbero, in concreto e in determinate ipotesi, porsi in contrasto con l'apertura al mercato<sup>7</sup>.

In altri termini, un apparato organizzativo adeguato potrebbe essere in grado di operare quel bilanciamento concreto tra diversi interessi di cui l'amministrazione è titolare.

Si pensi, a titolo di esempio, alla l. 10 ottobre 1990, n. 287, "Norme per la tutela e il mercato", modellata su disposizioni di matrice europea, che stabilisce divieti e regole per le imprese, con l'introduzione di procedimenti di natura amministrativa, con un'incidenza diretta sull'assetto organizzativo, come dimostrato dall'istituzione di un'apposita autorità indipendente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), e, che ha avuto un impatto anche sui criteri di riparto di giurisdizione, poiché la stessa legge affida al giudice amministrativo la giurisdizione sui provvedimenti dell'autorità<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Sul tema, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013; M. D'ALBERTI, *Concorrenza* (voce enc.), in S. CASSESE (diretta da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1140 ss.

<sup>6</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, 91, le regole europee in materia di concorrenza sono volte a prevenire la costituzione di situazioni che rechino pregiudizi alla libera competizione tra imprese e, di riflesso, ai diritti sociali e agli altri interessi pubblici.

<sup>7</sup> A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, 119, "la libera concorrenza costituisce il parametro di valutazione della legittimità delle regolazioni e consente un esercizio e un ricorso ampio alle possibilità di sanzionare gli abusi del potere pubblico".

<sup>8</sup> Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 51 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

Il tema principale, in questa sede, è sviluppato con riferimento a diverse questioni particolarmente rilevanti e attuali per il giurista, dotate di propria indipendenza concettuale, con la precisazione che la dicitura ‘diritto amministrativo’ non deve essere confusa e sovrapposta con la differente tematica dell’intervento pubblico nell’economia<sup>9</sup>.

La tutela del principio di concorrenza presenta i caratteri di una funzione trasversale, esercitabile da diversi soggetti, nella prospettiva di un obbligo che grava in capo all’amministrazione al fine di operare un bilanciamento razionale e consapevole tra i diversi interessi che concretamente vengono in rilievo.

## 2. *Concorrenza e contratti pubblici: il perseguimento contestuale di diverse finalità*

Il tema delle procedure competitive ha sempre permeato la disciplina dei contratti pubblici, anche se, in origine, la nozione non era sovrapponibile a quella di concorrenza coniata dal diritto europeo.

Infatti, il R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, che regolava i contratti stipulati dallo Stato, era promulgato in un’ottica di protezione dell’interesse dell’amministrazione a selezionare un contraente privato, la cui prestazione comportasse l’esborso minore per la stessa autorità, poiché non vi era spazio per valutazioni che non fossero strettamente economiche.

La normativa, di matrice ‘contabilistica’, privilegiava l’obiettivo di garantire una corretta e oculata gestione del denaro pubblico nell’interesse esclusivo, di natura finanziaria, dell’amministrazione, poiché solo di riflesso tali disposizioni garantivano la *par condicio* tra le imprese; era un “interesse talmente pubblico<sup>10</sup>”, che il mancato rispetto della concorrenza non poteva essere dedotto dai privati<sup>11</sup>.

La componente competitiva della procedura era ridotta, poiché la scelta del contraente privato avveniva sulla base di parametri meccanici e oggettivi, e, il contenuto stesso del contratto era individuato prima della stipula, ed era contenuto in un atto diverso, il c.d. capitolato.

L’avvento del diritto europeo, resosi necessario in occasione della con-

<sup>9</sup> A. ZITO, *Regolazione dei mercati* (voce enc.), in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 806, “sussiste una netta distinzione tra attività di regolazione e disciplina anti-trust. La ragione di tale distinzione risiede nel fatto che, mentre quest’ultima presuppone l’esistenza di un mercato, di cui corregge le eventuali imperfezioni, la prima interviene in situazioni di fallimento del mercato”.

<sup>10</sup> M. D’ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 301.

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24*, in *Scritti (1984-1990)*, III, Milano, 2006, 803 ss.



testuale tendenza alla globalizzazione dei mercati, ha determinato un profondo cambiamento della disciplina dei contratti pubblici – originariamente ideata nella prospettiva ordinante, nazionale, dell'economicità nella gestione delle commesse pubbliche – la quale si trasforma in un'opzione, di cui sono titolari le stesse amministrazioni, per promuovere rapporti di mercato efficiente<sup>12</sup>.

I contratti pubblici assumono la fisionomia di un'opportunità di crescita e di sviluppo economico, e non più una strada obbligata per l'amministrazione nelle ipotesi in cui non sia autosufficiente nella cura dell'interesse pubblico.

Si assiste al progressivo abbandono di una disciplina di tipo protezionistico, e al corrispettivo emergere di una normativa funzionale all'apertura concorrenziale del mercato, che tuteli il principio della concorrenza attraverso la valorizzazione del momento centrale della gara, intesa quale confronto competitivo tra gli operatori economici.

Il sistema di regole non risulta più orientato esclusivamente alla tutela dell'amministrazione, ma è diretto all'ottimale esecuzione dell'attività condotta in contratto, da parte dell'operatore economico, obiettivo che si raggiunge attraverso il momento competitivo, la concorrenza, ossia la contendibilità delle commesse pubbliche da parte di tutti gli operatori economici.

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e dunque quella condotta da un soggetto pubblico, affidatario di compiti di tutela finalizzati “alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale<sup>13</sup>”, è connotata dal perseguimento di un interesse pubblico, nello specifico, il miglior adempimento possibile dell'attività affidata, e la concorrenza è posta a presidio di questo obiettivo.

Il principio concorrenziale conduce a un'innovazione della normativa in materia di contratti pubblici, e di converso incide sul ruolo dell'amministrazione, poiché la prospettiva non è più pubblicistica, ma di mercato e gli interessi protetti riguardano l'oggetto della procedura, non più il soggetto (pubblico, *id est* l'amministrazione stessa).

Tuttavia, l'interesse dell'amministrazione è tutelato in via indiretta, proprio attraverso le procedure competitive che consentono di contenere i prezzi ed aumentare la qualità delle prestazioni offerte; la variazione di vi-

<sup>12</sup> Per uno studio dei principi e sulla transizione, si v. P. Virga, *Diritto amministrativo*, IV, Milano, 1983, 479.

<sup>13</sup> Si v. G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 411; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127 ss., 1141.

suale coincide con la messa a punto di una normativa volta alla protezione contestuale degli interessi dell'amministrazione e dei privati.

La sintesi di questa evoluzione è rappresentata dai principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici che impongono all'amministrazione di rispettare quale valore principale la qualità delle prestazioni e contestualmente i principi di economicità ed efficacia e i diversi criteri che concretamente possono venire in rilievo, quali tutela della salute, dell'ambiente, promozione dello sviluppo sostenibile.

La tradizionale impostazione interna, fondata sulla cultura delle regole e sulla rigidità delle procedure lascia necessariamente il posto a un modello, di matrice europea, fondato sulla discrezionalità dell'amministrazione cui, ovviamente, deve corrispondere un adeguato sistema di responsabilità.

Nella concezione europea la discrezionalità – in Italia storicamente accompagnata da una radicata diffidenza culturale – consente all'amministrazione di optare per la migliore scelta, con il necessario equilibrio tra componente finanziaria e qualitativa della decisione assunta.

La scelta del contraente privato deve avvenire, da parte della pubblica amministrazione, all'esito di una fattispecie di natura autoritativa che consenta di evidenziare le ragioni della scelta – da qui la dicitura contratti ad evidenza pubblica<sup>14</sup> – conferendo pubblico rilievo al procedimento per giungervi, anche con l'obiettivo di consentire un successivo ed eventuale sindacato giurisdizionale<sup>15</sup>.

Inoltre, l'assetto concorrenziale è garantito da altri principi e valori, funzionali all'obiettivo principale della migliore esecuzione del contratto, ossia dell'interesse pubblico perseguito attraverso un modulo contrattuale, quali non discriminazione tra le imprese, trasparenza e proporzionalità.

Il vigente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sembra aver conferito ancor più rilievo alla funzione pro-concorrenziale delle regole di gara, come osservato dall'interpretazione fornita dai tribunali amministrativi, secondo i quali “la concorrenza è divenuta, progressivamente, il baricentro del sistema<sup>16</sup>”.

La tutela della concorrenza, nel settore dei contratti pubblici, comporta

<sup>14</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 663, l'evidenza pubblica soddisfa l'obiettivo di “superare la reciproca irriducibilità degli interessi che costituiscono l'oggetto del regolamento contrattuale”.

<sup>15</sup> F. PUGLIESE, *Contratto* (voce enc.), in *Enc. giur.*, V. Contratti della pubblica amministrazione, Roma, 1988; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.

<sup>16</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1006, in *Foro amm.*, 2020, 1223, “la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha precisato che i principi posti dal Trattato sull'Unione Europea a garanzia del buon funzionamento del mercato unico sono di applicazione generale e devono essere osservati in relazione a qualunque tipologia contrattuale tale da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti”.

l'adempimento del dovere inderogabile di solidarietà economica, poiché solo la protezione di un mercato libero garantisce un ragionevole e funzionale equilibrio tra qualità e costi.

Tuttavia, la vigente disciplina si propone di realizzare contemporaneamente ulteriori obiettivi molto ambiziosi, quali l'utilizzo di procedure flessibili, preservare la sostenibilità ambientale, garantire la protezione del lavoro, promuovere l'innovazione, favorire l'accesso al mercato per piccole e medie imprese; si tratta di valori e principi eterogenei – emblematicamente definiti “una babele di fini<sup>17</sup>” – che potrebbero, in determinate ipotesi, essere incompatibili con il principio di concorrenza, che, per tale via, rischia di smarrire la sua consolidata primazia di principio guida nel settore dei contratti pubblici.

Le stazioni appaltanti risultano destinatarie di diversi obblighi da ottemperare contemporaneamente, e pertanto, le stesse sono obbligate ad adoperare scelte di opportunità amministrativa, sia nel graduare il concreto perseguimento degli interessi, sia nella scelta delle relative modalità.

Il vigente Codice si palesa come un testo tanto ambizioso negli obiettivi, quanto di finalità e aspettative eterogenee.

La composizione contestuale di diversi interessi e valori, così rilevanti, non può essere rimessa a una scelta legislativa, preventiva, ma deve essere adeguata alla situazione di fatto e pertanto affidata all'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione, ma in un'ottica di collaborazione con i privati.

Tuttavia, la differente fisionomia assunta dal principio in esame non deve alterare il carattere di sostanziale unitarietà dell'operazione economica rappresentata dei contratti pubblici.

Infatti, in tale prospettiva, anche il principio di concorrenza, deputato all'individuazione della soluzione contrattuale migliore, si rinnova, poiché diviene espressione di un'impostazione di tipo cooperativo, che valorizza sia il potere di scelta del soggetto pubblico, sia il contributo che i privati possono apportare alla procedura di aggiudicazione.

L'impronta di apertura alla collaborazione che i privati possono allegare, in senso pienamente conforme la libera concorrenza, si palesa negli istituti, regolati del Codice, che legittimano il cittadino ad assumere un ruolo attivo, sin dalle fasi di programmazione e progettazione di opere pubbliche.

Il riferimento è operato, tra gli altri, all'istituto delle consultazioni preli-

<sup>17</sup> L'espressione è di G.D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 177 ss.; sul tema dell'eterogeneità dei fini del Codice dei contratti pubblici, cfr. P. CHIRULLI, *La proconcorrenzialità nel Codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 13 ss.; A. LALLI, *La selezione degli interessi rilevanti nel diritto della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 404 ss.

minari di mercato, *ex art. 66 del Codice*, nelle ipotesi in cui, per l'amministrazione, sia necessario avviare un dialogo con operatori economici (quindi potenziali futuri concorrenti), al fine di acquisire le conoscenze necessarie per la preparazione e lo svolgimento della gara<sup>18</sup>.

Le consultazioni preliminari palesano una rinnovata concezione del mercato, che diviene un referente qualificato per le stazioni appaltanti al fine di predisporre l'intera procedura di gara in maniera più consapevole e informata, poiché le imprese possono fornire, in un regime di tendenziale informalità, "relazioni o altra documentazione tecnica" utili per l'amministrazione.

L'istituto si colloca in una fase evidentemente antecedente rispetto alla stipula del contratto e i rischi di lesione delle regole pro-concorrenziali sono evidenti, poiché si instaura un dialogo tra amministrazione e imprese, finalizzato alla predisposizione della procedura di gara. Al fine di evitare ciò, l'amministrazione deve adottare misure adeguate affinché la concorrenza non sia falsata, e, di converso garantire la partecipazione delle imprese che abbiano preso parte alle consultazioni, e come *extrema ratio*, può provvedere all'esclusione delle stesse; si tratta, in ogni caso, di attività che richiedono un comportamento tempestivo ed efficace della stazione appaltante.

Nell'ipotesi di provvedimento di esclusione, l'impresa deve dimostrare che la consulenza offerta nell'ambito delle consultazioni non minacci l'impianto competitivo della gara, circostanza che non dipende da una condotta dell'impresa, ma dall'utilizzo che la stazione appaltante fa della documentazione prodotta. Questa circostanza palesa una forza dissuasiva nei confronti delle imprese che potrebbero sottrarsi alle consultazioni per evitare, in una fase successiva, di essere escluse.

Emerge, in definitiva, una rinnovata visione del rapporto tra amministrazione e mercato, sempre più improntato a una matrice collaborativa, con l'obiettivo finale di pervenire ad un regime efficiente nel governo dei contratti pubblici

Per altro verso, il ruolo del principio di concorrenza nella fase dell'esecuzione dei contratti pubblici, regolata dalle norme del diritto comune e presidiata dalla giurisdizione del giudice ordinario, assume connotati differenti. L'aver assicurato l'effettiva concorrenza tra le imprese nella fase di gara può essere un obiettivo tradito dalla successiva ed inesatta esecuzione contrattuale<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Si v. E. BOSCOLO, *Consultazioni preliminari di mercato e possibili limitazioni alla concorrenza*, in *Giur. it.*, 2020, 166 ss.

<sup>19</sup> R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.

Infatti, un adempimento delle prestazioni contrattuali difforme da quanto stabilito nella fase procedimentale potrebbe vanificare la portata del valore concorrenziale assunto come principio guida in precedenza.

In entrambe le fasi, quella pubblicistica e quella privatistica, la correttezza come attuazione della disciplina sulla concorrenza si traduce, nel divieto, posto in capo agli operatori economici prima, e all'impresa contraente poi, di adottare atti o comportamenti contraddittori o contrari rispetto a quanto è definito negli atti di gara e nel successivo contratto.

Il divieto si rivolge anche all'amministrazione committente che non può liberamente definire il contenuto del contratto, le cui ragioni economiche e giuridiche sono stabilite nel bando e successivamente si concretizzano nell'offerta da parte dell'impresa.

Il Codice, per evitare che il valore della concorrenza preservato nella fase pubblicistica svanisca nella fase dell'esecuzione, prevede una serie di limiti oggettivi e soggettivi, che si rivolgono principalmente al contraente privato. Tra questi, assumono particolare rilievo le disposizioni in tema di subcontratti e varianti in corso d'opera, i cui limiti, per evitare l'abuso di tali istituti, sono funzionali alla protezione, in via indiretta, della concorrenza.

Il ricorso ordinario e legittimo agli istituti espressione di modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara<sup>20</sup> (subcontratti, avvalimento), come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE<sup>21</sup>, favorisce l'accesso al mercato per le piccole e medie imprese, circostanza coerente con il principio di concorrenza e, indirettamente, con la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, fondamentali principi di diritto eurounitario. Pertanto, si osserva che la normativa e l'amministrazione devono porre limiti al ricorso a questi istituti solo qualora si riveli arbitrario e indiscriminato, diretto cioè ad alterare i meccanismi virtuosi della concorrenza, valore immanente alla materia dei contratti pubblici.

### 3. *Principio di concorrenza e gestione amministrativa dell'emergenza: la complessa ricerca di equilibri stabili*

Il verificarsi di eventi eccezionali e imprevedibili, sia nella fase emer-

<sup>20</sup> Si v. G. TROPEA, *La controversa disciplina del subappalto nel nuovo codice dei contratti pubblici, anche alla luce del decreto correttivo*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2018, "il subappalto può invece presentarsi come un'opportunità, e così viene concepito proprio a livello europeo, per la maggiore apertura della concorrenza che esso almeno sulla carta determina, specie per le piccole e e medie imprese, come è noto particolarmente al centro dell'attenzione delle direttive europee del 2014, oltre che come elemento di maggiore efficienza nell'esecuzione del contratto".

<sup>21</sup> CGUE, sez.V, 5 aprile 2017, n. 298, in *Foro amm.*, 2017, 811.

genziale in senso stretto, sia nella fase immediatamente successiva, comporta un'alterazione dell'ordinario modo di agire delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione al principio di concorrenza, come dimostrato dalla recente pandemia e, in tempi più risalenti, dai diversi eventi sismici che hanno interessato l'Italia<sup>22</sup>.

L'urgenza nel provvedere, i tempi e le modalità di reazione dell'ordinamento, e quindi dell'amministrazione, rischiano di imporre un'azione che non possa prendere in considerazione il valore della concorrenza quale obiettivo primario, ma prediliga altri criteri.

Si pensi, a titolo di esempio, in relazione al tema degli acquisti pubblici, all'approvvigionamento di dispositivi medici in occasione di un'emergenza sanitaria o alla necessità di provvedere a una celere ricostruzione di immobili in occasione di un evento sismico. I tempi di azione particolarmente contingentati dall'evento imprevedibile non consentirebbero all'amministrazione di operare una scelta rispettosa del valore della concorrenza, ma imporrebbero scelte orientate unicamente al principio di tempestività.

Si assiste al sistematico allentamento delle regole di concorrenza, attraverso meccanismi di sospensione temporanea o di soppressione delle disposizioni procompetitive, con l'obiettivo di pervenire a una celere e ottimale risoluzione delle differenti problematiche che le emergenze riversano sull'amministrazione, nella convinzione – spesso errata – che il perseguimento della concorrenza sia strutturalmente incompatibile, quasi nemico di una celere e ottimale gestione di situazioni emergenziali.

La concorrenza è percepita come un ostacolo anche in un'altra prospettiva, poiché impedirebbe il ricorso a forme di cooperazione generalmente vietate (es. le intese tra diversi operatori economici, vietate ex art. 2, l. 287/1990) che potrebbero consentire un'efficace reazione da parte dell'ordinamento, tramite gli operatori economici e quindi il mercato.

Questo regime, che spesso passa dall'essere temporaneo a una condizione di indebita stabilità, può comportare, e spesso comporta, una serie di derive patologiche, quali aumento ingiustificato dei prezzi dei beni, fenomeni di matrice corruttiva, in contrasto con l'obiettivo primario di fronteggiare l'emergenza.

Si ritiene, invece, che la concorrenza sia funzionale e possa pertanto contribuire all'ottimale reazione dell'ordinamento rispetto all'emergere di eventi eccezionali, ferma restando la necessità di prevedere ipotesi derogatorie, tipizzate o legittimate da apposita motivazione da parte dell'amministrazione, per evitare l'abuso di tali pratiche, e prevenire i rischi summenzionati.

<sup>22</sup> Si v. l'intero volume, L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

Il ricorso sistematico a procedure derogatorie, *extra-ordinem*, non solo non garantisce la miglior soluzione in relazione alle stringenti esigenze imposte dalla situazione fattuale, ma comporta una serie di criticità destinate a permanere nel tempo, quali ad esempio i sovrapprezzi pagati e la relativa incidenza sulla finanza pubblica; si rischia di predisporre una cura peggiore del male.

Le soluzioni ideali per fronteggiare con tempestività le emergenze devono rinvenirsi in procedure semplificate, nella contrazione di partizioni procedurali non necessarie in considerazione dei tempi imposti dalla situazione di fatto<sup>23</sup>, ma il rispetto del valore concorrenziale è tendenzialmente funzionale e compatibile con l'obiettivo principale dell'amministrazione.

Con riferimento alla recente pandemia, è utile menzionare una comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, nella consapevolezza della criticità economica del momento storico, si rivolge alle amministrazioni "al fine di incoraggiare i progetti di cooperazione pro-competitiva", e osserva quanto sia di "fondamentale importanza assicurare che i prodotti considerati essenziali per la protezione della salute e per fronteggiare l'emergenza restino disponibili a prezzi concorrenziali".

Il ruolo del diritto amministrativo nella gestione delle emergenze impone di ricercare un bilanciamento concreto tra diversi interessi, nella consapevolezza di dover operare in un periodo di tempo ristretto, ma il sacrificio aprioristico del principio di concorrenza non comporta alcun vantaggio tangibile, al contrario, alimenta rischi e criticità.

A tal proposito, sempre in relazione alla pandemia, è utile richiamare una recente vicenda giudiziaria, al fine di osservare quanto sia complesso ricercare equilibri stabili nel bilanciamento di diversi interessi e quanto tale complessità sia amplificata dalle situazioni di emergenza.

Il T.A.R. Lombardia<sup>24</sup> ha dichiarato l'illegittimità di una determina del direttore generale di un Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), nel ruolo di amministrazione contraente, con la quale si è perfezionata la proposta di collaborazione di un operatore privato per la

<sup>23</sup> AGCM, *Comunicazione sugli accordi di cooperazione e l'emergenza Covid-19*, 2020, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it), "può rendersi necessario ampliare ulteriormente la cooperazione per ovviare a carenze critiche di approvvigionamento. La cooperazione potrebbe, ad esempio, mirare alla riorganizzazione di un intero settore produttivo nella prospettiva di incrementare e 'ottimizzare' la produzione, evitando il rischio che ci si concentri, ad esempio, sulla produzione di specifici farmaci o dispositivi medici a scapito di altri, altrettanto essenziali. Queste iniziative richiedono inevitabilmente uno scambio di informazioni disaggregate e sensibili e un grado di coordinamento tra imprese che in tempi 'normali' risulterebbero senz'altro problematici".

<sup>24</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1006, in *Rass. Dir. farm.*, 2020, 661.



valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi da infezione da SARS-Cov-2, in assenza di procedura ad evidenza pubblica.

Tale determina, adottata in un'ottica di tempestiva reazione della struttura amministrativa sanitaria rispetto al diffondersi del virus, poiché si è considerata la procedura di gara incompatibile rispetto all'urgenza nel provvedere, ha posto l'operatore privato in una posizione illegittimamente privilegiata rispetto agli altri operatori del mercato, con un evidente lesione della libera concorrenza.

L'operatore destinatario della determina di collaborazione avrebbe utilizzato determinate risorse scientifiche e materiali, proprie del soggetto pubblico – l'IRCCS nello specifico – con un relativo illegittimo e indebito vantaggio competitivo, distortivo del valore della concorrenza.

Il tribunale amministrativo di prime cure, pur conscio della circostanza che tale collaborazione senza gara avrebbe potuto generare una diffusione più celere dei test sul mercato, nel bilanciare i diversi interessi in gioco ha valutato che una procedura competitiva, quindi l'espletamento di una gara pubblica, avrebbe comunque garantito il tempestivo svolgersi dell'attività amministrativa e ha annullato il provvedimento.

Tuttavia, il Consiglio di Stato<sup>25</sup>, in sede cautelare, ha sospeso l'esecutività degli effetti della sentenza di primo grado, per due motivi.

In primo luogo, il collegio obietta che l'amministrazione debba rispettare il principio di concorrenza nel caso in questione e pertanto, dubita della necessità che si debba predisporre una procedura ad evidenza pubblica, nelle ipotesi di sperimentazioni e di validazioni condotte dall'IRCCS su iniziativa del privato, aventi ad oggetto 'invenzioni', suscettibili di tutela brevettuale. Infatti, l'art. 63 del Codice dei contratti pubblici prevede la possibilità di aggiudicazione di contratti attraverso la procedura negoziata, qualora "i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo.

Tale interpretazione è ancorata alle disposizioni contenute nel d.lgs. 16 ottobre 2010, n. 233, in conformità al quale la collaborazione degli istituti di ricerca con soggetti privati in ambito istituzionale, diretta ad attuare comuni progetti di ricerca e promuovere la circolazione delle conoscenze, è sostanzialmente libera. Tale attività non è soggetta alle regole delle procedure di evidenza pubblica in ordine alla individuazione del soggetto con cui l'istituto si determina di collaborare, laddove, al contrario, lo è l'attività che comporti la partecipazione dell'istituto allo sfruttamento industriale del prodotto, a tutela evidentemente degli interessi patrimoniali facenti capo ad esso.

In secondo luogo, i giudici del Consiglio di Stato dubitano della qualifi-

<sup>25</sup> Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2020, n. 8126, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2020.



cazione giuridica dell'accordo, ricostruito dal T.A.R. in termini di 'concessione di compendio aziendale' e per questa via, da sottoporre a procedura competitiva. Il giudice di appello ha mostrato di diffidare di tale ricostruzione, poiché mancherebbe il requisito di esclusività che ordinariamente caratterizza il rapporto concessorio e che impone la predisposizione di una procedura competitiva.

In definitiva, con riferimento al tema del rapporto tra emergenza e concorrenza, in sede d'appello non è operato un bilanciamento diretto tra i valori in gioco, ma la qualificazione giuridica del rapporto tra soggetto pubblico e impresa, in termini difformi dal rapporto concessorio tradizionale, ha condotto alla riforma del giudizio di primo grado.

Tale vicenda rende percepibile quanto sia complesso rinvenire equilibri stabili, in occasione di gestione amministrativa di eventi imprevedibili e di quanto il valore della concorrenza possa svolgere un ruolo ancillare e funzionale rispetto ai doveri dell'amministrazione, anche nel fronteggiare l'emergenza.

#### 4. *Sanzioni amministrative e tutela della concorrenza: profili critici*

Il principio di concorrenza ha inciso, in maniera significativa, su un ulteriore aspetto cardine del diritto amministrativo, l'istituto delle sanzioni amministrative<sup>26</sup>, irrogate da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (da qui in poi, AGCM) nei confronti di imprese che abbiano adottato atti o si siano rese protagoniste di comportamenti anticoncorrenziali; nello specifico, la sanzione può essere irrogata nelle ipotesi di abuso di posizione dominante e di intese restrittive della concorrenza (art. 2 e 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

La potestà sanzionatoria, posta a tutela e presidio del principio di concorrenza, riveste, nell'ambito della funzione di vigilanza e controllo attribuita all'AGCM, un'importanza primaria; infatti, l'effettività di una disposizione è garantita solo attraverso un adeguato sistema sanzionatorio.

Sulla natura delle sanzioni irrogate dall'AGCM il dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, ha offerto due ricostruzioni teoriche, cui corrispondono altrettanti regimi giuridici e di garanzia difensiva.

Per una prima impostazione, legata alla giurisprudenza della Corte

<sup>26</sup> Il mancato riferimento espresso alle sanzioni amministrative nella nostra Costituzione è stato definito "sorprendente" da P. CERBO, *La nozione di sanzione amministrativa*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEL, F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 5.

EDU<sup>27</sup>, le sanzioni avrebbero natura “affine a quella della sanzione penale, in considerazione dei relativi connotati punitivi”, conclusione che è parametrata e giustificata, nell’interpretazione fornita dalla Corte, in base all’eventuale elevato importo della sanzione pecuniaria inflitta.

Per differente impostazione, accolta in questa sede, la sanzione irrogata nell’ambito degli illeciti anticoncorrenziali, seppur di carattere sostanzialmente punitivo e para-penale, rientra comunque nel novero delle sanzioni amministrative<sup>28</sup>, il che non consente di applicare indifferenziatamente e al di fuori di qualsiasi previsione normativa di contenuto analogo i principi garantistici, quali quelli del ‘*favor rei*’, propri del diritto penale, ma, impone di provvedere ad assicurare il rispetto degli istituti partecipativi e di garanzia propri del diritto amministrativo<sup>29</sup>.

La sanzione amministrativa pecuniaria ha la specifica funzione di assicurare l’intento dissuasivo nei confronti dell’impresa, in una duplice ottica, specifica e generale<sup>30</sup>; il provvedimento sanzionatorio dovrebbe distogliere l’impresa colpevole dal reiterare il comportamento anticoncorrenziale (dissuasione specifica) e dovrebbe indurre le altre imprese ad assumere condotte rispettose del principio di concorrenza (dissuasione generale).

La potestà sanzionatoria di cui è titolare l’AGCM, che ha natura giuridica di autorità amministrativa indipendente, è espressione della c.d. politica di concorrenza e gli atti generali con i quali la stessa fissa i criteri per la determinazione delle sanzioni si fondano, contestualmente, su parametri economico-oggettivi e soggettivi.

La quantificazione della sanzione da irrogare, in concreto, deve tener conto dei parametri di proporzionalità e adeguatezza, ossia considerare i vantaggi e gli svantaggi che deriverebbero dall’adozione di una specifica misura.

Il principio di proporzionalità, corollario del principio di ragionevolezza e di parità di trattamento, è un canone legale di raffronto e legittima l’A-

<sup>27</sup> Corte EDU, sez. II, 27 settembre 2011, Caso A. Menarini c. Italia; Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, in *Foro amm.*, 2001, 625, “la pena pecuniaria per l’illecito anticoncorrenziale non ha natura di misura patrimoniale civilistica, da porsi solidalmente a carico di tutti i coautori dell’illecito, o da dividersi tra gli stessi, bensì di sanzione amministrativa con connotati punitivi (affini a quelli della sanzione penale), sicché si applica individualmente e per intero a ciascuno degli autori dell’illecito”.

<sup>28</sup> In termini generali sul tema, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 45, “secondo i fautori dei criteri formalistici, la sanzione amministrativa deve trovare la sua qualificazione alla luce dell’attinenza a una potestà amministrativa, a un procedimento amministrativo, a un’autorità amministrativa”; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, la sanzione amministrativa non reintegra l’ordinamento generale, come la sanzione penale, poiché l’amministrazione “quando infligge una sanzione intende perseguire un suo interesse”.

<sup>29</sup> *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 gennaio 2017, n. 84, in *Foro amm.*, 2017, 172.

<sup>30</sup> CGUE, sez. dist., 7 giugno 1983, C-100/80, C-103/80.

GCM ad irrogare un provvedimento affittivo nel rispetto del gradualismo sanzionatorio. Tale principio, che riveste carattere doveroso nelle scelte dei pubblici poteri, impone che la sanzione sia idonea allo scopo perseguito, sia necessaria – nel senso di non surrogabile con altra misura – e sia proporzionata in senso stretto, nella ponderazione tra interesse perseguito (concorrenza) e vantaggio indebitamente conseguito dall'impresa.

L'ampiezza del potere dell'amministrazione, in congruenza con il principio di proporzionalità menzionato, è integrata e da diverse disposizioni di diritto positivo, in base alle quali l'AGCM, per la quantificazione della sanzione, deve tener conto della dimensione economica dell'impresa, della gravità e della durata della violazione, dell'attività svolta dall'impresa per eliminare o attenuare gli effetti della violazione.

Di converso, la sanzione, sempre nel rispetto del citato principio di proporzionalità, non deve risultare particolarmente affittiva nei confronti dell'impresa rispetto all'illecito commesso.

A tal proposito, l'impresa può avanzare, nei confronti della stessa autorità, istanza di impossibilità di pagamento finalizzata alla riduzione dell'importo della sanzione, con relativa produzione di evidenze complete, attendibili e oggettive, da cui risulti che l'imposizione di una sanzione ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica.

Al fine di apprezzare come operi il principio di proporzionalità, è utile far riferimento alle Linee Guida dell'AGCM sulle modalità di applicazione delle sanzioni. È previsto che la quantificazione della sanzione – proporzionale alla dimensione economica del soggetto sanzionato – trovi un referente finanziario nel fatturato dell'impresa dell'ultimo anno anteriore all'apertura del procedimento sanzionatorio.

Questa soluzione risponde all'esigenza di evitare che le parti, consapevoli dell'apertura del procedimento sanzionatorio, volutamente diminuiscano il fatturato per ridurre l'importo della sanzione ed eluderne il relativo impatto deterrente.

Inoltre, la sanzione può essere ridotta nelle ipotesi in cui l'impresa che abbia commesso l'illecito si adoperi in un *ravvedimento operoso*, ossia una condotta attiva, volta a rimuovere le conseguenze pregiudizievoli della violazione commessa.

Un ulteriore aspetto in merito all'articolato rapporto tra diritto amministrativo e sanzioni per comportamenti posti in violazione della concorrenza concerne il rispetto del principio delle garanzie procedurali da parte dell'Autorità, in considerazione della natura amministrativa di tali provvedimenti, come chiarito *supra*.

Il principio di legalità impone che le ipotesi sanzionatorie siano espressamente definite, affinché gli operatori possano conoscere diritti e obblighi,

per evitare il rischio di un eccessivo margine di azione in capo all'Autorità, che ne minerebbe la prevedibilità di comportamento.

Per ridurre il grado di 'autoritatività' dell'AGCM sono previsti una serie di obblighi, tra cui, in primo luogo, il rispetto delle garanzie del giusto procedimento; le scelte dell'autorità devono essere preventivamente comunicate all'operatore economico per garantire l'esercizio del diritto di difesa in contraddittorio, di tipo procedimentale.

Dal punto di vista dell'amministrazione, l'AGCM è titolare di ampi poteri ispettivi e, al fine accertare condotte che integrino comportamenti anticoncorrenziali, è sufficiente che la stessa autorità valorizzi singoli indizi (definiti quali tasselli di un mosaico<sup>31</sup>), che potrebbero far parte di un disegno unitario di natura illecita, poiché spetta ai singoli operatori economici fornire spiegazioni in fase di contraddittorio.

Un ulteriore limite alla potestà sanzionatoria, particolarmente rilevante per apprezzare le dinamiche e l'ampiezza del potere amministrativo nel prisma della concorrenza, è relativo al divieto, in capo all'Autorità, di imporre misure comportamentali di tipo strutturale incidenti sull'autonomia privata e sull'esercizio dell'iniziativa economica, nelle (legittime) forme in cui questa si esplica.

In definitiva, a presidio della libera concorrenza, emerge un sistema sanzionatorio, connotato da norme, procedimenti e assetti organizzativi particolarmente articolato, diretto a tutelare il mercato e le relazioni che in esso si instaurano, senza tradire le esigenze di garanzie difensive e partecipative che il diritto amministrativo tende ad assicurare.

##### 5. *Giudice amministrativo e tutela della concorrenza: il ruolo pionieristico della giurisprudenza*

Nell'ambito della protezione e valorizzazione del principio di concorrenza, anche prima della vigenza di norme specifiche che ne tutelassero il nucleo fondamentale, la giurisprudenza amministrativa si è costantemente orientata a interpretazioni coerenti con l'apertura nei confronti del mercato, contro le chiusure di tipo economico che favorivano pochi operatori economici e i cui costi gravavano sulla finanza pubblica e, di riflesso, sui cittadini.

In tale direzione, i percorsi di tutela e promozione attiva della concorrenza hanno trovato nell'opera del giudice amministrativo un'aspettativa di inquadramento e orientamento rilevante<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Cons. St., sez.VI, 1° marzo 2012, n. 1192, in *Foro amm. CDS*, 2012, 661

<sup>32</sup> Si v. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 262 ss.

Il principio di concorrenza è sempre stato considerato, dalla giustizia amministrativa, un fattore di vantaggio per l'interesse pubblico e, in questa sede, ci si sofferma su due aspetti.

Il ruolo del giudice amministrativo viene in rilievo, in primo luogo, con riferimento al sindacato operato proprio in merito agli atti adottati dall'AGCM, la quale agisce in via autoritativa per la realizzazione di interessi pubblici, circostanza che impone di qualificare le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari di tali provvedimenti in termini di interesse legittimo. Per tale ragione, la giurisdizione sugli atti dell'Autorità è devoluta al giudice amministrativo, che è deputato a stabilire se il potere pubblico sia stato esercitato legittimamente (art. 7 c.p.a.)<sup>33</sup>.

In relazione al principio di concorrenza, il giudice amministrativo è in grado di conciliare due esigenze ugualmente rilevanti, da un lato la tutela del libero mercato, dall'altro la tutela giurisdizionale per i privati, sull'operato dell'amministrazione. In altri termini, il giudice amministrativo diviene il giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia, attraverso il ricorso contemporaneo e sinergico a principi di natura giuridica ed economica.

Nello specifico, è necessario osservare che i provvedimenti dell'AGCM sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che, non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo di tipo 'forte' sulle valutazioni tecniche contenute nel provvedimento, che si tradurrebbe nell'esercizio di un potere sostitutivo, diretto a surrogare con la valutazione giurisdizionale la determinazione amministrativa.

Pertanto, in relazione ai provvedimenti, il giudice amministrativo svolge un sindacato intrinseco, perché è esteso al fatto, ma 'debole', perché non può sostituire la propria valutazione a quella dell'AGCM.

Come ulteriormente chiarito da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>34</sup>, il sindacato del giudice amministrativo – pur non comportando che il predetto giudice possa sostituirsi all'Autorità medesima nelle attività di accertamento e di applicazione della legge con un proprio provvedimento – non è limitato ai soli profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, dovendosi invece estendere anche alla risoluzione delle eventuali contestazioni in punto di fatto, allorquando da tali contestazioni dipenda la legittimità dell'atto amministrativo in questione.

Il secondo profilo riguarda il ruolo attivo che la giustizia amministrativa

<sup>33</sup> Cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 ss.; P. DE LISE, *Il giudice amministrativo e la tutela della concorrenza*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).

<sup>34</sup> Cass., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8093.

assume nella promozione dei valori concorrenziali e la relativa capacità di adattarsi ai cambiamenti del sistema economico.

Invero, la giustizia amministrativa, nel tutelare le posizioni soggettive, senza tradire le esigenze concorrenziali, dovrebbe operare un sindacato rapido, esauriente e attento agli indirizzi degli altri Stati che fanno parte del mercato comune<sup>35</sup>.

Il problema del rapporto fra concorrenza e giustizia amministrativa viene in rilievo quale conseguenza del ruolo del diritto amministrativo quale vero e proprio strumento di promozione e regolazione dell'economia.

In questo contesto, anche la giustizia amministrativa assume un connotato diverso, legato alla capacità di apprezzare le ricadute del proprio operato giurisdizionale nell'ambito delle dinamiche di mercato e concorrenziali.

La giustizia amministrativa deve agire, nell'ottica di tutela dei privati che le è attribuito dalla Costituzione, con riferimento all'azione complessiva esercitata sul sistema economico e, di converso, sulla libera concorrenza. Il che non implica attribuire al giudice amministrativo un ruolo attivo nella cura dell'interesse pubblico – circostanza incompatibile con il quadro di principi dell'ordinamento nazionale e europeo – ma imporrebbe al sistema giurisdizionale di valutare i costi del proprio sindacato e operato, che, indirettamente, incidono proprio sulla tutela dei cittadini, affidata alle cure della giurisdizione amministrativa<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze*, cit.; si v. il rilievo critico operato da G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 702, "Il giudice amministrativo è accusato di eccessivo interventismo e formalismo, in nome di una cultura legalistica che mal si concilierebbe con le esigenze di funzionamento dei mercati e più in generale della vita collettiva".

<sup>36</sup> Per una lettura critica del tema, cfr. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952 ss., 965.

Finito di stampare nel mese di luglio 2021  
dalla *Vulcanica srl* - Nola (NA)