

L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo

di

Pietro Quinto

pubblicato sul sito il 22 dicembre 2011

L'art. 35 del Decreto Monti, che attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la potestà di agire innanzi al Giudice Amministrativo avverso i regolamenti ed i provvedimenti che violano le regole della concorrenza, è stato convertito in legge. La Camera ha confermato il testo del decreto, introducendo il termine di sessanta giorni entro il quale l'Antitrust può emanare il parere motivato con l'indicazione delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso giurisdizionale entro i successivi trenta giorni.

La disposizione non chiarisce però la decorrenza del termine per la contestazione. Si tratta, evidentemente, del momento in cui l'Autorità acquisisce comunque conoscenza dell'atto, indipendentemente dalla forma e dalle modalità temporali. La qual cosa evidenzia una incertezza dell'*an*, con effetti sulla stabilità degli atti regolamentari e dei singoli provvedimenti oggetto di censura. A tanto si potrà ovviare se l'Amministrazione attiva, ricevuto il preavviso dell'Autorità deciderà di intervenire esercitando il potere di autotutela piuttosto che subire l'attivazione del ricorso giurisdizionale.

In una recentissima dichiarazione l'attuale Presidente dell'Antitrust non ha mancato di evidenziare le difficoltà operative per avvalersi della innovativa potestà di intervento. «Potremo agire d'ufficio – ha affermato – ma credo in futuro che riceveremo tante istanze degli operatori. Questo pone problemi organizzativi perché non vogliamo essere sommersi da tonnellate di carte. Servono perciò – ha concluso – criteri di selezione».

Da queste considerazioni emergono i problemi applicativi ed operativi dell'art. 35 atteso che non è risolutivo il riconoscimento di una straordinaria legittimazione processuale ad un soggetto pubblico, ma occorre inquadrare tale legittimazione in un contesto organico, e, soprattutto, coordinare siffatto intervento rispetto alla legittimazione propria delle parti private. V'è infatti il pericolo che il ricorso giurisdizionale dell'Antitrust possa risolversi in un intervento di supplenza o surrogazione in favore

delle parti decadute dal termine per l'impugnativa ordinaria.

V'è poi un altro aspetto di maggiore rilevanza connesso alla configurazione dell'azione giurisdizionale dell'Antitrust in veste di un «pubblico ministero» nel processo amministrativo.

In primis v'è il rapporto tra le funzioni dell'Antitrust e quelle dell'Autorità dei contratti pubblici. Le interconnessioni di competenze derivano dalle leggi istitutive delle due Autorità.

L'Antitrust ha come compiti specifici il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra le imprese, gli abusi di posizioni dominanti e le concentrazioni, ai fini della tutela della concorrenza; ma, altresì, l'Autorità è legittimata ad intervenire per assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità. Sta in fatto che, con la riforma legislativa, i poteri dell'Antitrust sono stati estesi nei riguardi della P.A. attraverso l'impugnativa degli atti amministrativi che ledano la concorrenza come ad esempio gli affidamenti in house dei servizi pubblici locali da parte dei Comuni e delle Province ed i bandi che contengano limitazioni alla partecipazione, e, quindi, siano di ostacolo alla libera concorrenza.

Sul medesimo versante, l'Autorità sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha come competenza istituzionale la vigilanza sul rispetto delle regole che disciplinano la materia dei contratti pubblici per garantire correttezza e trasparenza nella scelta del contraente, economicità ed efficienza nell'esecuzione dei contratti e per garantire il rispetto della concorrenza nelle procedure di gara.

Sono di tutta evidenza i punti di contatto della missione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici con i nuovi poteri attribuiti all'Antitrust nel momento in cui questa Autorità non è più solo il «guardiano della concorrenza» nei confronti delle imprese private, ma, può intervenire sugli atti della P.A. limitativi della concorrenza, e può addirittura svolgere un ruolo attivo in sede giurisdizionale.

Ed allora non solo appare «distorsivo» di un equilibrato riparto di competenze e funzioni mantenere in piedi due Autorità con competenze convergenti (al punto che il Presidente dell'Antitrust ha invocato la collaborazione dell'Autorità dei contratti pubblici per l'applicazione dell'art. 35), e, quindi, con rischi di interferenze e conflitti. Ma, soprattutto, l'attribuzione all'Antitrust di compiti così penetranti ed efficienti, quali la legittimazione processuale ad impugnare gli atti lesivi della

concorrenza, svuota di fatto la già «debole» operatività dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. E' noto infatti che questa Autorità, priva di potestà decisionale e/o sanzionatoria nei confronti delle stazioni appaltanti, in quanto abilitata a formulare (solo) «pareri non vincolanti» su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, nell'esperienza pratica non ha potuto esercitare quelle incisive forme di controllo per la quale era stata istituita.

Dalla qual cosa consegue che la riforma introdotta attraverso l'art. 35, con il rafforzamento delle potestà di intervento dell'Antitrust, dovrà comportare la ridefinizione delle competenze tra le due Autorità, estendendo anche all'Autorità per la vigilanza sui contratti analogà legittimazione ad impugnare in sede giurisdizionale gli atti della P.A. violativi della concorrenza. In alternativa, non potrà che essere sancita l'inutilità di questa Authority, svuotata di fatto dei compiti di vigilanza e di intervento.

Al di là della questione specifica riguardante i rapporti tra le due Autorità, la riforma dell'art. 35 suggerisce ulteriori considerazioni di carattere più generale.

La prima di esse riguarda in ogni caso l'attribuzione solo all'Antitrust della legittimazione processuale con esclusione di tutte le altre Authorities. La pari dignità di queste istituzioni, la ragion d'essere della loro creazione, senza alcuna ingerenza dell'apparato governativo, al servizio della comunità, dei suoi bisogni e dei valori ad essa immanenti, impongono una equiordinazione dei poteri di intervento per la realizzazione degli obiettivi per i quali sono state istituite. Il riferimento è ovviamente a quelle Autorità che hanno competenza sugli atti e provvedimenti della P.A.. Si pensi, ad esempio, al Garante per la protezione dei dati personali, la cui missione è tutelare un diritto fondamentale ancorché di contenuto non economico. La privacy si erge a diritto particolarmente sensibile, da garantire anche nei confronti dello Stato-persona e della politica, non propriamente indicate per un compito di vigilanza e di garanzia che le porrebbe in conflitto di interesse.

Ma, in aggiunta, come ho già avuto modo di evidenziare in un mio precedente intervento sul tema, l'ampliamento della platea dei soggetti legittimati ad adire il Giudice Amministrativo impone una riflessione sulla struttura del processo amministrativo, inteso come «giurisdizione soggettiva».

Non so con quanta consapevolezza, ma l'innovazione contenuta nell'art. 35 del D.L. n. 201 può incidere sull'attuale configurazione del processo amministrativo. Ed è singolare che questa innovazione, con carattere dirompente, sia stata introdotta all'indomani di quella codificazione, che

ha invece voluto ribadire il carattere dispositivo del processo amministrativo, pur ampliando i poteri decisori del G.A. in presenza di determinate condizioni, anche al di là della volontà delle parti nel processo.

Il contenuto straordinario dell'art. 35 si manifesta nella introduzione – per dichiarazione espressa del sottosegretario Catricalà – di un vero e proprio «pubblico ministero» nel processo amministrativo, con l'attribuzione di tale funzione ad una Autorità, autonoma ed indipendente dagli organi di Governo o di altri organi di rappresentanza politica, che opera come organo collegiale costituito «da persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo».

E' forse la dinamica della straordinaria stagione che stiamo vivendo nel Paese. Una stagione che per necessità più che per volontà rimette in discussione certezze e convinzioni, attraversando i riti tradizionali della politica e di Governo, prendendo atto che la moderna democrazia rappresentativa richiede un aggiornamento in termini di partecipazione e di revisione dei meccanismi di formazione del consenso, riconoscendo il fallimento dell'economia finanziaria senza regole, ed accettando i vincoli esterni alla sovranità come condizione per il mantenimento dello Stato nella Comunità europea. Si tratta di una crisi destinata a innovare regole e principi, ma soprattutto a segnare il superamento di una stagione vocata solo alle rivendicazioni ed al soddisfacimento di diritti in una società individualista, per inaugurare – è auspicabile – quella stagione dei doveri in una società eticamente solidale, che per molto tempo è stata lasciata nell'oblio.