

**LA CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI E NEGLI APPALTI:
TRE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Aprile 2011)

Prof. Aldo SANDULLI

INDICE

1. **VENTI ANNI DI DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA IN
ITALIA**
2. **L'UNIFORMITA' QUALE CARATTERE DELLA
CONCORRENZA**
3. **LA CONCORRENZA E IL LIMITE DELL'UTILITA' SOCIALE**
4. **CONCORRENZA E RILEVANZA ECONOMICA DEI SERVIZI
PUBBLICI**
5. **CONCLUSIONI**

1. VENTI ANNI DI DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA

Sono trascorsi poco più di due decenni dalla legge italiana sull'antitrust (legge 10 ottobre 1990, n. 287), che ha istituito, in Italia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

È stato sottolineato come, in questi due decenni, si sia sviluppata, nella penisola, una cultura della concorrenza che era prima estranea al nostro ordinamento giuridico, gravato da più di mezzo secolo di pratiche anticoncorrenziali. Si è anche rilevato che i criteri interpretativi delle regole di concorrenza abbiano sempre più intensamente avvertito l'influenza dell'analisi economica, a seguito soprattutto dell'influenza europea e, in misura minore, di quella statunitense¹.

È stato osservato, altresì, come, a un primo decennio (dal 1990 al 2000) felice per l'esperienza delle politiche concorrenziali e del sistema delle autorità indipendenti in Italia, abbia fatto seguito un secondo decennio (dal 2001 a oggi) cupo, di erosione del ruolo benefico svolto dalle autorità indipendenti nell'ordinamento giuridico. Ciò soprattutto a causa dell'aggressivo ritorno della politica, che ha svuotato dall'interno l'impatto innovativo delle pratiche concorrenziali, e del muro rigido costruito dalle corti, che hanno limitato all'esterno il ruolo delle autorità e inciso sul modo in cui viene intesa la concorrenza nel nostro paese².

¹ G. Amato, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 4, 923 ss.

² S. Cassese, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, 102 ss.

In tale contesto, può essere interessante verificare come la Corte costituzionale abbia contribuito al dibattito, nel corso dell'ultimo anno e mezzo, con tre significative e controverse pronunce. In tal modo, la Corte ha inciso sul modo di concepire la concorrenza nel nostro ordinamento³, in particolare per quanto riguarda il settore dei servizi pubblici e degli appalti, anche se sembra aver contribuito a instillare nuovi dubbi piuttosto che sopire quelli già esistenti.

Prima di esaminare gli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale, occorre chiarire, in via preliminare, che la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su ricorsi dello Stato o delle Regioni, relativi alla titolarità della competenza legislativa in materia di tutela della concorrenza. Difatti, la riforma costituzionale del Titolo V della seconda parte della Costituzione, intervenuta nel 2001, ha previsto un riparto di potestà legislativa tra Stato e regioni configurato nel modo seguente: alcune materie, espressamente elencate, sono state attribuite alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, Cost.); altre materie, anch'esse espressamente elencate, sono state sottoposte a potestà legislativa concorrente (lo Stato fissa i principi fondamentali e le regioni la disciplina di dettaglio: art. 117, comma 3, Cost.); per le materie non elencate, la potestà legislativa spetta, in via residuale, alle regioni (art. 117, comma 4, Cost.).

Tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, Cost.) è stata contemplata la tutela della concorrenza, che non è propriamente una materia, bensì un regime giuridico. In quanto tale, esso attraversa trasversalmente molte materie, rendendo

³ Per una ricostruzione della disciplina nazionale della concorrenza, con particolare riferimento al rapporto tra concorrenza e servizi pubblici, si v., per tutti, tra le opere più recenti, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007; F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

complicata l'attività interpretativa della Corte costituzionale e finendo per configurare sacche di potestà legislativa esclusiva dello Stato anche in materie apparentemente rientranti nella potestà concorrente o residuale delle regioni.

Non a caso le controversie costituzionali relative al riparto di competenza legislativa tra Stato e regioni sono cresciute in modo esponenziale negli ultimi anni. Si può dire che, ormai, la Corte costituzionale sia chiamata ad occuparsi, attraverso i ricorsi in via principale, soprattutto delle questioni che attengono ai confini della competenza legislativa statale e regionale.

2. L'UNIFORMITÀ QUALE CARATTERE DELLA CONCORRENZA

La prima pronuncia significativa della Corte costituzionale è la n. 283 del 2009 (sentenza 6 novembre 2009, n. 283), con la quale sono state dichiarate costituzionalmente illegittime alcune disposizioni introdotte dalla Regione Puglia in materia di appalti sotto soglia comunitaria.

Secondo la Corte, «l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato». Non rileva, a tal fine, né che l'appalto sia sopra-soglia o sotto-soglia, né che la disposizione oggetto di impugnazione abbia contenuti pro-concorrenziali. Ciò in quanto, ad avviso della Corte, la Costituzione ha disposto che sia lo Stato, in via esclusiva, a disciplinare la tutela della concorrenza, in modo che vi sia una omogenea disciplina della concorrenza su tutto il territorio nazionale.

Al contrario di quanto avviene per la tutela dell'ambiente (ove sono ammessi interventi legislativi regionali di maggior protezione dell'ambiente rispetto alla disciplina statale), nel caso della tutela della concorrenza «l'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali». Per la Corte, «la tutela della concorrenza non può essere fatta per

zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia».

Con questa pronuncia, dunque, la Corte costituzionale ha assunto una posizione fortemente statalista, la quale, come è stato rilevato, finisce per penalizzare la potestà normativa regionale anche nel caso di introduzione di misure pro-concorrenziali⁴.

Proprio quest'ultimo punto sembra costituire il nocciolo della questione. Misure apparentemente pro-concorrenziali possono finire per causare forti disagi alle imprese e, quindi, risultare dannose per il processo di sviluppo della concorrenza. Dunque, sembra aver voluto dire la Corte, la disciplina della concorrenza, da un lato, va contestualizzata in seno al sistema giuridico in cui viene ad applicarsi e, dall'altro, richiede, per attecchire e produrre risultati, che le imprese possano contare su un'uniformità particolarmente "spessa", su tutto il territorio nazionale, della disciplina concorrenziale.

Questo criterio stabilito dalla Corte, in linea di massima apprezzabile, presta il fianco a una possibile critica (che prescinde, però, dall'oggetto della decisione della Corte): proprio a causa del contesto ambientale, non sempre tutte le aree del territorio nazionale sono "culturalmente" attrezzate a sopportare in modo sostenibile le misure concorrenziali introdotte.

3. LA CONCORRENZA E IL LIMITE DELL'UTILITA' SOCIALE

La seconda importante pronuncia della Corte costituzionale è la n. 270 del 2010 (sentenza 23 giugno 2010, n. 270), che ha dichiarato legittime le norme che hanno

⁴ E. Carloni, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010, 670 ss.

consentito la concentrazione tra Alitalia e AirOne, imprese operanti nel settore del trasporto aereo di linea.

Si è trattato di valutare la legittimità costituzionale di un decreto-legge che, nella sostanza, ha consentito, al fine di salvare la compagnia di bandiera italiana in crisi, la concentrazione tra Alitalia e AirOne in deroga alla disciplina antitrust sulle concentrazioni, con conseguente compressione della libertà di concorrenza.

La Corte è pervenuta alla conclusione della legittimità della norma-provvedimento, sul rilievo che sia ragionevole e proporzionato, in determinate circostanze, operare un bilanciamento di interessi tra concorrenza e utilità sociale, anche ai sensi dell'art. 41, commi 2 e 3, Cost., il quale fa espresso riferimento all'utilità sociale e a fini sociali.

La Corte ha ritenuto che l'art. 41 Cost., «stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con "l'utilità sociale" ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito». Tale forma di regolazione, peraltro, è consentita in ipotesi a carattere derogatorio e soltanto in casi di assoluta eccezionalità.

E tale ipotesi, secondo la Corte, ricorreva nel caso in esame, trattandosi, per il legislatore, di affrontare una gravissima crisi di un gestore di servizio pubblico essenziale, dovendosi assicurare la continuità dell'attività in un settore di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Ciò anche al fine di preservare il valore dell'azienda e di scongiurare una grave crisi occupazionale.

Dunque, «il bilanciamento di una molteplicità di interessi impone una scelta non tipica del controllo antitrust, ma, in sostanza, caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale».

Sulla base di tali premesse, la Corte ha esperito il test di proporzionalità della misura adottata dal legislatore, concludendo per il superamento dello stesso e per la legittimità

costituzionale della disposizione impugnata, anche perché l’Autorità antitrust conserva il potere di intervenire *ex post* per colpire l’eventuale abuso di posizione dominante derivante dalla concentrazione.

La sentenza della Corte costituzionale ha assestato un duro colpo alla costituzione economica materiale e alla cultura antitrust, alimentando l’ingerenza politica dirigistica dello Stato a protezione di interessi indigeni: come è stato rilevato, si accredita «la cedevolezza tendenziale del diritto antitrust, retrocesso al rango di esplicitazione, ad opera del legislatore ordinario, dell’estensione del principio concorrenziale»⁵.

Interessi indigeni per buona parte privati, peraltro, in ordine ai quali il riferimento costituzionale all’utilità sociale non pare utilizzato in modo del tutto convincente.

Insomma, una pronuncia insoddisfacente sotto molti aspetti, non ultimo dei quali l’applicazione opaca del controllo di proporzionalità, enunciato ma non effettuato con il dovuto rigore dalla Corte.

4. CONCORRENZA E RILEVANZA ECONOMICA DEI SERVIZI PUBBLICI

La terza pronuncia di rilievo della Corte costituzionale sul tema della concorrenza e dei servizi pubblici è la n. 325 del 2010 (sentenza 3 novembre 2010, n. 325), che si è pronunciata a favore della legittimità della disciplina statale sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112).

⁵ L. Stecchetti [L. Prosperetti] e G. Amaretti [G. Amato], *Il ventennale dell’antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 459 ss.

La disciplina legislativa del 2008 ha previsto che: a) i servizi pubblici locali vengano affidati con procedure competitive ad evidenza pubblica; b) l'affidamento diretto a società miste il cui socio privato sia scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica costituisce un caso di conferimento della gestione «in via ordinaria», a condizione che la procedura di gara riguardi non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» e che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%; c) l'affidamento diretto deve «avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria», con l'ulteriore presupposto che sussistano «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»; d) l'affidamento diretto può avvenire con le forme della gestione *in house*, nel rispetto delle condizioni richieste dal diritto comunitario, previo parere dell'AGCM e con l'ulteriore presupposto della sussistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato». Il legislatore nazionale, dunque, ha propeso nettamente, attraverso il ricorso a procedure competitive, per una soluzione pro-concorrenziale, da applicare senza differenziazioni su tutto il territorio nazionale.

La sentenza della Corte costituzionale è lunga e articolata.

La Corte ha avviato il ragionamento partendo dal rapporto tra la disciplina nazionale e quella europea, valutando se il diritto europeo abbia imposto al legislatore nazionale una soluzione così spinta sul piano della concorrenza nei servizi locali. La Corte chiarisce che la disciplina nazionale è compatibile con il diritto europeo, ma che essa non costituisce «un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, (...) integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost.». Dunque, il legislatore italiano avrebbe potuto optare per soluzioni meno spinte sul piano della concorrenza.

La sentenza analizza, a tal fine, i profili comuni e le differenze tra la nozione italiana di servizio pubblico locale di rilevanza economica e quella europea di servizi di interesse economico generale.

Ad avviso della Corte, le due nozioni hanno contenuto omologo, dal momento che si tratta di un servizio che: «a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»; «b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV)».

Le differenze tra le due nozioni, ad avviso della Corte costituzionale, sono le seguenti.

In primo luogo, la normativa comunitaria ammette la gestione diretta del servizio pubblico locale laddove lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), censurando la decisione statale soltanto in caso di errore manifesto. La disciplina nazionale, invece, ha optato per il divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali da parte dell'ente locale. Dunque, il legislatore italiano, facendo uso della propria discrezionalità, ha scelto di non utilizzare la possibilità concessa dalla disciplina europea.

In secondo luogo, la normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio alle società miste nelle quali si sia svolta una gara a evidenza pubblica per la scelta del socio privato, richiedendo che il socio sia un socio industriale, senza richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato. L'art. 23-*bis*, nell'attuale formulazione, si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita «una partecipazione non inferiore al 40 per cento». Si restringe, così, il novero dei casi di affidamento diretto del servizio, espandendosi la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Anche in questo caso facendo uso della discrezionalità del legislatore e compatibilmente con la normativa comunitaria.

In terzo luogo, quest'ultima consente l'affidamento *in house*, ma soltanto in presenza di talune condizioni, da interpretare restrittivamente: capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di contenuto analogo a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo. La disciplina italiana richiede, oltre alle tre indicate, anche ulteriori condizioni, che si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Anche tale scelta, tuttavia, non determina una incompatibilità della disciplina nazionale rispetto a quella europea, avendo propeso il legislatore italiano per soluzioni pro-concorrenziali.

La Corte passa, poi, a verificare se spetti allo Stato o alle regioni disciplinare le modalità di affidamenti dei servizi pubblici locali: essa ritiene che vi sia, nel caso di specie, una competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost., perché tale area di intervento ricade nella materia della tutela della concorrenza, «tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato».

Né, d'altra parte, appare irragionevole o sproporzionata, alla Corte, anche se non costituzionalmente obbligata, la soluzione adottata dal legislatore italiano, intesa a restringere ulteriormente – rispetto al diritto comunitario – i casi di affidamento diretto *in house*.

Infine, ad avviso della Corte, «anche per il legislatore nazionale, come per quello comunitario, la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente

possibile creare un mercato a monte, e cioè un mercato in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi agli utenti». Dunque, non può trovare riscontro la tesi per cui «si avrebbe rilevanza economica solo alla duplice condizione che un mercato del servizio sussista effettivamente e che l'ente locale decida a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall'esercizio di impresa in quel mercato».

Ciò posto, la Corte conclude nel senso che «la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza».

Sulla base delle argomentazioni esposte, il giudice delle leggi, oltre ad aver ritenuto costituzionalmente legittima la disciplina statale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali, tra cui quella della Regione Campania, che aveva previsto la competenza regionale «a disciplinare il servizio idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere».

Con questa sentenza la Corte costituzionale ha fatto un'applicazione rigorosa ed estensiva della disciplina della concorrenza, riducendo notevolmente gli spazi di intervento del legislatore regionale in materia di servizi pubblici locali attraverso l'adozione di un criterio oggettivo della rilevanza economica del servizio⁶. Le soluzioni pro-concorrenziali adottate dal legislatore statale hanno posto l'Italia in una posizione estremamente avanzata nella elaborazione di formule di concorrenza per il mercato in tema di servizi pubblici locali. Soluzioni, peraltro, che sono forse anche più avanzate rispetto a quanto il contesto ordinamentale e sociologico italiano, soprattutto in alcune aree del Meridione, sia in grado, allo stato attuale, di sostenere (investendo, per di più, la gestione di servizi di estremo rilievo sociale, quali quelli idrici).

⁶ V., su questo profilo, V. Coccozza, *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali*, in corso di pubblicazione in *Munus*, n. 1, 2011.

È stato rilevato, di recente, come, in tema di servizi pubblici locali, il legislatore abbia propeso per misure di concorrenza per il mercato, anziché concentrarsi nella ricerca di un mercato concorrenziale rilevante⁷. Tale ricerca, d'altra parte, sarebbe stata destinata, in molti casi, sia per la storia sia per la conformazione degli enti locali in Italia, a non dare risultati fruttuosi, perché è difficile che si possa rinvenire un mercato rilevante nella maggior parte dei comuni di media e piccola estensione della penisola.

5. CONCLUSIONI

Le recenti decisioni della Corte costituzionale fanno emergere almeno due significative ambiguità nella disciplina legislativa e nel successivo percorso interpretativo della Corte in tema di concorrenza nei servizi pubblici e negli appalti.

Da un lato, per quanto concerne i rapporti tra Stato e regioni, si ha l'impressione che il parametro della tutela della concorrenza sia stato talvolta utilizzato al fine di erodere gli spazi legislativi delle regioni in materia economica, anche in settori nei quali (come per i servizi pubblici locali) potrebbe essere naturale pensare di ritagliare un ruolo non secondario al legislatore regionale. In tal modo, si sta compiendo un tragitto a ritroso rispetto al consistente incremento dell'autonomia legislativa regionale, a seguito della riforma costituzionale del 2001. Un percorso che, in parte, trova giustificazione nella scadente qualità della legislazione regionale degli ultimi anni.

Dall'altro, a fronte di una spinta verso la concorrenza per il mercato in settori in cui si fatica a individuare un mercato rilevante, si registrano significative restrizioni alla concorrenza nel mercato in settori in cui vi è un mercato rilevante. Si evidenzia, così, una

⁷ F. Merusi, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in corso di pubblicazione in *Munus*, n. 2, 2011.

disciplina nazionale della concorrenza rapsodica e poco coerente: espansiva in taluni casi, protezionista e restrittiva in altri.

In tal senso, se è vero che la concorrenza non si può fare per zone, è anche vero che essa non può farsi per deroghe ed eccezioni: per una concorrenza presa sul serio, suscettibile di produrre risultati virtuosi a fini sociali.