

Appalti e servizi pubblici fra Stato e Regioni*

di

Vincenzo Lopilato

Sommario. – 1. Breve premessa sui criteri di individuazione delle materie. – 2. I contratti di appalto. La procedura di evidenza pubblica. – 2.1 La “nozione” di concorrenza “per” il mercato. – 2.1.2. La valenza strumentale della concorrenza “per” il mercato e la tutela degli interri pubblici comunitari. – 2.1.2. La tutela degli “interessi pubblici interni”. – 2.2. La “natura” della tutela della concorrenza e le competenze regionali. Piano “orizzontale” delle competenze tra “separazione” e “prevalenza”. – 2.2.1. Piano “verticale” e “sovrapposizione” di competenze. — 2.2.2. Esiste una competenza delle Regioni in materia di tutela della concorrenza? – 2.2.3. Natura della tutela della concorrenza e conseguenze “applicative”. – 2.3. I limiti interni alla tutela della concorrenza: il giudizio di proporzionalità e adeguatezza. – 3. Servizi pubblici, tutela della concorrenza e modelli di mercato. I mercati pienamente liberalizzati. – 3.1. Il modello di mercato regolato. Il caso dei servizi pubblici locali: proprietà delle reti, gestione del servizio e concorrenza “nel” mercato. – 3.2. Le procedure di gara e la concorrenza “per” il mercato. – 3.3. Gli altri modelli gestionali: *in house providing* e società miste. – 4. La fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti di appalto e la materia dell’ordinamento civile. – 4.1. Il limite del diritto privato e le competenze regionali. – 5. La fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti di servizio. – 6. Brevi note conclusive.

* Questo articolo è destinato al volume “Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme”, a cura di P. CAVALERI, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

1. Breve premessa sui criteri di individuazione delle materie.

L’interprete chiamato a risolvere questioni relative alla delimitazione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni deve svolgere più livelli di giudizio.

Innanzitutto, occorre interpretare il significato delle materie enumerate nel secondo e terzo comma dell’art. 117 della Costituzione e individuare le materie (che siano effettivamente tali¹) “innominate” rientranti nell’ambito della competenza residuale regionale, facendo riferimento alle altre disposizioni costituzionali, al diritto comunitario e alla stessa legislazione. Sotto quest’ultimo aspetto, la Corte costituzionale ha da sempre valorizzato la portata delle norme contenute nei decreti di trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni e, in particolare, di quelle contemplate nel decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 del 1998 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli Enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59)². Nell’applicazione del suddetto criterio normativo non occorre, però, avere riguardo esclusivamente alle leggi esistenti al momento dell’entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione, ma anche all’evoluzione della legislazione successiva al 2001 al fine di evitare pericolose cristallizzazioni³. Ed è questo, mi sembra, l’orientamento seguito dalla stessa Consulta, la quale non a caso muove spesso, nelle sue decisioni, da una articolata ricostruzione del quadro legislativo (pregresso e vigente) in cui si inserisce la disposizione impugnata ai fini della interpretazione o della individuazione degli ambiti materiali rilevanti per la determinazione del riparto delle competenze.

La descritta operazione – che spesso, sia detto incidentalmente, è guidata dall’esigenza di porre rimedio a casuali classificazioni delle “voci” operate dal legislatore costituzionale – appare agevole quando vengono in rilievo le cosiddette materie-oggetto e cioè quelle materie che hanno un ambito di riferimento ben definito (ad esempio, pesi e misure, ecc.). Più complessa è, invece, l’attività volta ad individuare gli esatti confini delle cosiddette

¹ Non integrano una materia vera e propria “l’attività contrattuale della pubblica amministrazione” (si veda par. 2) e i “servizi pubblici” (si veda par. 3).

² Si veda, tra le tante, C. cost. nn. 287 e 9 del 2004.

³ *Contra* F.S. MARINI, *I criteri di interpretazione delle materie*, in G. CORSO – V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte generale, Milano, 2006, 89.

materie trasversali, che si caratterizzano per non avere una estensione certa e delimitata, in quanto definiscono funzioni o compiti che intersecano una pluralità di interessi rientranti anche in sfere di competenza regionale.

In secondo luogo, occorre procedere all'interpretazione della disposizione impugnata e del contesto legislativo complessivo in cui è inserita, allo scopo di stabilire in quale ambito materiale essa possa essere inquadrata. A tale proposito, la Corte costituzionale non utilizza un unico criterio: in relazione alla peculiarità del settore scrutinato, a volte si fa riferimento all'"oggetto" della disciplina⁴, altre volte alla funzione e *ratio* perseguita⁵, altre volte ancora ad entrambi gli aspetti indicati⁶.

Tale attività di inquadramento – in ragione della complessità dei rapporti e della molteplicità degli interessi oggetto di regolamentazione – non si risolve in una meccanica trasposizione. Avviene, infatti, spesso che una stessa norma sia astrattamente riconducibile a più ambiti materiali di pertinenza statale o regionale, il che dà vita a quella che la giurisprudenza costituzionale definisce "concorrenza di competenze". Qualora si verifichi questa evenienza la Consulta, mancando un meccanismo di composizione delle interferenze previsto dalla Costituzione, utilizza il criterio della prevalenza, che impone di avere riguardo alla materia cui è riconducibile il nucleo essenziale del complesso normativo censurato⁷ ⁸. Nel caso in cui non sia possibile, invece, definire il riparto delle potestà legislative applicando questo sistema di risoluzione del conflitto competenziale, il giudice delle leggi ricorre all'elastico parametro della leale collaborazione⁹: la disciplina spetterà, ad esempio, allo Stato, ma nella fase di attuazione della disposizione adottata dovranno essere normalmente garantite adeguate forme di coinvolgimento delle autonomie regionali.

Occorre a questo punto chiedersi come si attui in concreto il rapporto tra questi due livelli di giudizio. Le possibilità sono molteplici e dipendono dalle variabili del caso concreto.

La Corte costituzionale a volte muove dall'indicazione del significato delle voci costituzionali che potrebbero venire in rilievo, anche mediante il richiamo ai propri precedenti, per poi indagare il contenuto della legge al fine di stabilire se lo stesso sia inquadrabile nella materia previamente individuata.

Più spesso accade, però, che la sentenza non fornisce una definizione astratta degli ambiti materiali ma procede direttamente dall'analisi, secondo i criteri indicati, della legge statale o regionale per poi indicare la materia stessa¹⁰. Questa seconda tecnica può servire non solo per evitare vincolanti definizioni di carattere generale ma anche perché rende più agevole la stessa individuazione della effettiva portata della competenza materiale rilevante. Tale tecnica da opzionale diventa obbligatoria quando la previa valutazione della legislazione, e in particolare dell'evoluzione da essa subita, è finalizzata a delineare o

⁴ Tra le altre, C. cost. nn. 450 e 411 del 2006.

⁵ C. cost. n. 30 del 2005.

⁶ In questo senso C. cost. n. 165 del 2007; da ultimo, C. cost. n. 430 del 2007 ha affermato testualmente che: «l'identificazione della materia nella quale si colloca la norma impugnata richiede di fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita dalla medesima, tenendo conto della sua *ratio*»; si è, altresì, puntualizzato che occorre tralasciare «gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato».

⁷ Si veda, tra le altre, C. cost. nn. 201, 24 del 2007; 122 del 2006; 234 e 50 del 2005.

⁸ Si tratta di una tecnica di giudizio utilizzata, come è noto, anche nel settore civilistico per individuare la disciplina dei contratti misti, cioè di quei contratti riconducibili a più schemi tipizzati dal legislatore.

⁹ Si vedano le sentenze citate nella nota 7.

¹⁰ Per l'analisi di questo *modus procedendi* si veda R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, 2006, spec. 893.

“riqualificare” la stessa voce enumerata dall’art. 117 della Costituzione in cui sussumere il contenuto della disposizione censurata¹¹.

Si tenga conto, infine, che in alcune fattispecie la Consulta procede sia ad una “prima” definizione astratta della materia sia ad una contestuale analisi della legislazione al fine di una migliore definizione dell’ambito di incidenza della materia stessa¹².

2. I contratti di appalto. La procedura di evidenza pubblica.

2.1. La “nozione” di concorrenza “per” il mercato.

Svolta questa premessa, esamineremo le questioni relative al riparto di competenze tra Stato e Regioni in relazione ai contratti della pubblica amministrazione, con specifico riferimento al settore degli appalti e dei servizi pubblici.

Iniziamo dai contratti di appalto.

Come è noto, tali contratti sono stati disciplinati dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)¹³, il quale è stato, in molte delle sue disposizioni, oggetto di impugnazione da parte di alcune Regioni. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007¹⁴, ha deciso le questioni proposte, definendo gli ambiti materiali di pertinenza statale e regionale.

Innanzitutto, la Consulta ha affermato, richiamando la sentenza n. 303 del 2003, che i lavori pubblici (nazionali e anche regionali) «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono» e, pertanto, possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative statali o regionali. Con la citata decisione il giudice delle leggi ha, inoltre, chiarito che l’intera attività contrattuale della pubblica amministrazione «non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un’attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica», con la conseguenza che occorre avere riguardo, ai fini della perimetrazione delle sfere di competenza, al contenuto precettivo delle singole disposizioni contenute nel Codice.

La Corte costituzionale ha, altresì, riconosciuto l’ininfluenza, nell’ottica del riparto delle potestà legislative, della natura del soggetto aggiudicatore: non rileva, in altri termini, che la procedura di gara sia indetta dall’ente regionale perché possa riconoscersi la competenza della Regione in ordine alle modalità di svolgimento della gara. Questi aspetti possono essere presi in considerazione esclusivamente per i profili di “rilevanza organizzativa”: è evidente, infatti, che se il procedimento di scelta del contraente è posto in essere da un’amministrazione regionale, la stessa è, altresì, titolare di tutti i poteri di organizzazione,

¹¹ Sull’incidenza della legislazione successiva al Titolo V ai fini dell’individuazione o “riqualificazione” dell’ambito materiale di riferimento, si veda oltre (par. 4) le considerazioni svolte a proposito del rapporto tra contratti della p.a. e ordinamento civile.

¹² Si veda, per una applicazione di questo criterio di giudizio, par. 2.1 e nota 18.

¹³ In argomento, prima della sentenza n. 401 del 2007, per il commento agli art. 4 e 5 del Codice (relativi, rispettivamente, al riparto delle competenze legislative e regolamentari) si vedano, tra gli altri, i contributi di: F. CINTIOLI, *Commento agli artt. 4 e 5 del Codice dei contratti*, in M.A. SANDULLI, *Commentario al Codice degli appalti*, Milano, in corso di pubblicazione; G. FARES, *L’assetto delle competenze normative Stato/Regioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, 1141 e ss.; L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni*, in M. SANINO, *Commentario al Codice degli appalti*, Torino, 2007, 43 ss.

¹⁴ Per i primi commenti alla sentenza si veda: A. CELOTTO, *La “legge di Kirschmann” non si applica al Codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in www.neldiritto.it; R. DE NICTOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in www.federalismi.it, 2007; M. CLARICH-G. FONDERICO, *La tutela della concorrenza salva il Codice, legittime anche le norme di dettaglio*, Sole 24-Edilizia e territorio, 6 dicembre 2007.

Come è noto la principale sentenza in materia di riparto di competenze nel settore dei lavori pubblici, prima della riforma del Titolo V, è stata la numero 482 del 1995.

in relazione ai quali ad essa spetta la relativa potestà legislativa di tipo residuale (art. 117, quarto comma, Cost.)¹⁵.

Chiarito ciò, ai fini dell'esame delle principali questioni decise con la citata sentenza, appare opportuno distinguere la fase procedimentale di evidenza pubblica dalla fase prettamente negoziale che ha inizio con la stipulazione del contratto di appalto.

In relazione alla prima fase, il giudice delle leggi puntualizza che la stessa non possa essere inclusa nella materia "procedimento amministrativo", atteso che esso non integra «una vera e propria materia» essendo riconducibile, «in relazione agli aspetti di volta in volta disciplinati», a «più ambiti materiali di competenza statale o regionale»¹⁶.

In questa prospettiva, al fine di stabilire quale sia la materia rilevante, la Consulta analizza, innanzitutto, la nozione di tutela della concorrenza che compare nel testo dell'articolo 117, secondo comma, lettera e)¹⁷ Cost., e, contestualmente, la specifica finalità perseguita dal legislatore nel settore dei contratti di appalto¹⁸.

Seguendo questo metodo di giudizio la Corte, richiamando i propri precedenti, sottolinea come con l'espressione "tutela della concorrenza" – che riflette quella operante «in ambito comunitario»¹⁹ – il legislatore costituzionale abbia inteso riferirsi, innanzitutto, a quegli interventi cosiddetti *antitrust* che consistono in «misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali»²⁰; in secondo luogo, «agli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi»²¹, che attuano quella che viene definita concorrenza

¹⁵ La Corte fa, ad esempio, applicazione di questo principio in relazione alla fase di esecuzione del contratto di appalto e agli aspetti organizzativi afferenti a tale fase (si veda nota 100).

¹⁶ Punto 6.7, ultima parte, del *Considerato in diritto*. In generale, sul riparto di competenze in materia di procedimento amministrativo si veda G. FARES, *Il procedimento amministrativo*, in G. CORSO – V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte generale, cit., 561 e ss.

¹⁷ Sul rapporto tra concorrenza e appalti, in dottrina si vedano, tra gli altri: G. BONCOMPAGNI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in A.a.V.v., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996, 189 e ss.; M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, 137 e ss.; G. MORBIDELLI-M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto europeo*, diretto da E. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007, 423 e ss.; S. POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 295 e ss.; S. SIMONE-L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, in corso di pubblicazione.

¹⁸ E' questo un caso in cui l'analisi contestuale della legislazione serve per chiarire meglio il significato delle "materie". Più precisamente, la Corte fornisce una prima definizione "astratta" della tutela della concorrenza, richiamando i propri precedenti, per poi ulteriormente puntualizzarne l'ambito di incidenza alla luce dell'analisi della legislazione nazionale e comunitaria (si veda par. 1).

¹⁹ Punto 6.7 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007.

²⁰ Medesimo punto 6.7 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007. Nella sentenza n. 430 del 2007 (punto 3.2.1. del *Considerato in diritto*) – emanata a seguito della impugnazione da parte delle Regioni Veneto e Sicilia del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale) e della legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 – si è ulteriormente specificato il concetto, affermando che in questo ambito si collocano «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (si veda, però, par. 2.2 per l'analisi delle implicazioni che il settore in esame può avere anche con la materia dell'ordinamento civile).

²¹ Ancora punto 6.7 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007. Nella sentenza n. 430 del 2007 (sempre punto 3.2.1. del *Considerato in diritto*), citata nella precedente nota, si chiarisce ulteriormente che in tale contesto rilevano «le misure legislative che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche; e che, in tale maniera, perseguono altresì l'ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi».

“nel” mercato²². Nel settore degli appalti, quest’ultimo aspetto – solo menzionato nella sentenza n. 401 perché non afferente a norme oggetto di specifica contestazione – assume rilevanza esclusivamente con riferimento alla disciplina relativa agli appalti di servizi nei cosiddetti settori speciali²³. Si legge, infatti, nella citata decisione che in tali settori sussistono «esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l’altro, mediante l’eliminazione dei diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese»²⁴.

L’aspetto preminente in cui si concretizza, nella specie, la tutela della concorrenza, alla luce soprattutto della normativa comunitaria, è, invece, rappresentato da quello che la Corte definisce concorrenza “per” il mercato²⁵. Si tratta, più in particolare, della disciplina relativa allo svolgimento delle procedure di gara per la scelta del contraente, cui affidare lo svolgimento di una determinata attività o l’erogazione di uno specifico servizio.

Questa nozione di tutela della concorrenza conosce, poi, al suo interno ulteriori articolazioni dipendenti dalle peculiarità del settore in cui si inseriscono le norme impugnate.

In particolare, nel caso in esame si afferma che i profili della tutela della concorrenza che vengono in rilievo in materia di appalti si sostanziano, in primo luogo, nell’esigenza di consentire «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (...) in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi»²⁶. Si legge, inoltre, che occorre adottare «uniformi procedure di evidenza pubblica (...) idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza».

E’ questa l’affermazione più rilevante della decisione. Il giudice delle leggi ha, infatti, posto in evidenza che la potestà legislativa statale si giustifica alla luce della necessità di prevedere un unico procedimento amministrativo che sia modulato in modo tale da assicurare il rispetto dei richiamati principi comunitari al fine di permettere, tra l’altro, la «massima partecipazione» degli operatori economici in funzione di incrementare la libera circolazione delle persone e delle merci²⁷.

²² Per brevi indicazioni relative agli “strumenti di liberalizzazione” si rinvia al par. 3.1.

²³ Vedremo oltre (par. 3.1) come il concetto di concorrenza “nel” mercato rilevi soprattutto nel diverso settore dei servizi pubblici.

²⁴ Punto 6.7 (e 2.1, parte finale) del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007; la Corte sul punto richiama il *Considerando* n. 3 della direttiva n. 17 del 2004.

²⁵ La distinzione tra concorrenza “per” e “nel” mercato – pur essendo largamente impiegata (si veda, a tale proposito la segnalazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato dell’ 8 novembre 2001, con riferimento al settore dei servizi pubblici locali) – è la prima volta che compare in un testo di una sentenza della Corte costituzionale.

²⁶ Nel secondo considerando della direttiva n. 2004/18/CE si legge che la finalità perseguita è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l’aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei «principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza».

²⁷ In questo senso rilevano non solo le norme della procedura di evidenza pubblica che disciplinano le “procedure aperte” ma anche quelle relative alla procedure “negoziate”, in quanto quest’ultime, essendo ammesse soltanto quando ricorrono gli specifici presupposti indicati dal Codice stesso, restringono in maniera rigorosa le ipotesi in cui si può derogare ai principi della «massima partecipazione». In questo stesso contesto si inseriscono anche quelle norme che, ad esempio, impongono il rispetto del principio del contraddittorio nella valutazione delle offerte anomale evitando così che l’adozione di «provvedimenti di esclusione automatica» possa pregiudicare «l’obiettivo della più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara» (punto 14 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007).

E' evidente la stretta connessione che la Corte pone tra la garanzia delle libertà fondamentali e i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Infatti, se la procedura di gara non fosse conformata in modo da garantire l'osservanza di tali principi, ciò determinerebbe ripercussioni negative sulle stesse libertà comunitarie: gli operatori economici avrebbero più di una remora a partecipare ad una gara che si svolge in uno Stato membro se la struttura del procedimento, sul piano legislativo, non fosse tale da assicurare il rispetto delle suesposte regole sottese alle predette libertà. O ancora, se il legislatore statale non contemplasse modalità di pubblicità idonee a rendere nota (e dunque trasparente) l'indizione di una procedura di gara, nessuno o comunque pochi imprenditori potrebbero parteciparvi in spregio alle richiamate esigenze di tutelare anche gli interessi previsti dalla normativa comunitaria²⁸.

Applicando gli esposti principi, la Corte costituzionale ha ritenuto che rientrino, «avendo riguardo al fine perseguito dal legislatore statale», nell'ambito della competenza legislativa statale relativa alla tutela della concorrenza, i seguenti istituti indicati dal terzo comma dell'art. 4 del Codice degli appalti: «le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento (esclusi i profili attinenti all'organizzazione amministrativa), i criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti», compreso l'istituto del subappalto (anche se per quest'ultimo prevalgono gli aspetti di disciplina riconducibili alla materia dell'ordinamento civile). La Consulta ha così riconosciuto la conformità a Costituzione del citato terzo comma dell'art. 4 del Codice, con conseguente impossibilità, come diremo ampiamente in prosieguo²⁹, per le Regioni di intervenire con una normativa di carattere generale nei settori indicati nella predetta disposizione impugnata³⁰.

2.1.2. La valenza strumentale della concorrenza “per” il mercato e la tutela degli interessi pubblici comunitari.

Dalle osservazioni sin qui svolte emerge chiaramente come la Corte costituzionale ritenga che la concorrenza rilevi, almeno ai fini del riparto delle competenze legislative, nella sua valenza strumentale rispetto alla tutela delle fondamentali libertà comunitarie.

Mi sembra, però, che la strumentalità non si esaurisca soltanto in questo ambito ma investa, altresì, il piano di tutela dei consumatori anche se in forma e secondo modalità diverse da quelle riscontrabili nel settore dei servizi pubblici.

In tale settore vengono in rilievo prestazioni che gli operatori economici rivolgono direttamente nei confronti degli utenti, con la conseguenza che la pluralità dei soggetti, garantita dai processi di liberalizzazione, ha effetti di *diritto* beneficio nei confronti degli utenti stessi con riferimento, in particolare, alla qualità del prodotto e all'entità del prezzo praticato.

²⁸ A tale proposito si legge al punto 17.2 del *Considerato in diritto* della sentenza in esame che «l'adozione di adeguate misure di pubblicità costituisce (...) un elemento imprescindibile a garanzia della massima conoscenza e della conseguente partecipazione alle procedure di gara».

²⁹ Si veda par. 2.2.2.

³⁰ Appare opportuno precisare che la Corte si è pronunciata soltanto sulla disciplina pubblicistica della procedura di evidenza pubblica. Ha, però, precisato, richiamando implicitamente la impostazione “bifasica” che si deve soprattutto a Massimo Severo Giannini (da ultimo esposta in *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 363), che nella fase di scelta del contraente accanto ai «predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico (...) siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede» (punto 6.8 del *Considerato in diritto*). E' evidente che le norme (di diritto privato) statali che disciplinano il procedimento negoziale, il quale “doppia” quello amministrativo, rinvengono, invece, la loro prevalente legittimazione dalla competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile.

Nell'ambito degli appalti – in cui detti operatori effettuano le loro prestazioni a favore della stessa amministrazione³¹ – l'esistenza di più imprese nella fase competitiva assicura normalmente la scelta della offerta migliore, sia in relazione agli aspetti attinenti alla tipologia di prestazione che al corrispettivo dovuto dall'amministrazione aggiudicatrice. In particolare, in relazione a quest'ultimo aspetto, la p.a. acquisisce, infatti, quel bene o servizio ovvero realizza quella determinata opera ad un prezzo inferiore rispetto a quello che, ad esempio, potrebbe essere stabilito in una procedura caratterizzata da un minore livello di partecipazione. Il consequenziale risparmio di spesa così ottenuto potrebbe avere *indiretti* effetti benefici per i consumatori non soltanto sul piano della fiscalità³² ma anche in relazione ai costi dei beni o dell'attività che eventualmente, a sua volta, l'amministrazione rivolge all'utenza.

In definitiva, mentre quando gli operatori economici erogano le loro prestazioni direttamente a favore dei cittadini – come avviene nel settore dei servizi pubblici – la pluralità di imprese è indice di un *immediato* vantaggio per i consumatori in termini di qualità dell'offerta e di prezzo. Nel caso in cui – come avviene nel settore degli appalti – detti operatori rivolgono le loro prestazioni a favore dell'amministrazione, il beneficio per i cittadini assume inevitabilmente una connotazione *mediata*.

Questa connessione tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori emerge, sia pure implicitamente, nella parte della motivazione in cui il giudice delle leggi sottolinea che l'osservanza delle prescrizioni comunitarie (ed interne) di evidenza pubblica garantisce, tra l'altro, il rispetto delle regole dell'efficienza. La Corte pone così in rapporto di stretta correlazione la selezione concorsuale dell'offerente e il principio dell'efficienza dell'azione amministrativa e dunque le esigenze di risparmio dei costi dell'azione pubblica. L'ulteriore e sottinteso passaggio è rappresentato proprio dai vantaggi che, a loro volta, i cittadini possono ricevere dalla scelta di un modello di azione che – essendo improntato anche al soddisfacimento delle esigenze di contenimento della spesa – propaga, altresì, i suoi effetti positivi, tra l'altro, nella successiva fase in cui l'amministrazione rivolge, a sua volta, la propria “attività” a favore dello stesso consumatore.

2.1.3. La tutela degli “interessi pubblici interni”.

La Corte, dopo avere analizzato le implicazioni comunitarie della concorrenza, si sofferma anche sugli aspetti di rilevanza “interna” delle regole concorrenziali.

In questa prospettiva, dalla motivazione della sentenza n. 401, traspare, innanzitutto, l'implicito riferimento all'interesse pubblico “finale” che giustifica la stipulazione del contratto di appalto e che viene assicurato appunto dall'emanazione degli atti e provvedimenti che precedono la stipulazione del contratto stesso. Si tratta, più precisamente, dell'interesse alla realizzazione di quella determinata opera pubblica, o alla fornitura di quel bene o ancora allo svolgimento di quel servizio, che viene normalmente “evidenziato” nella determinazione a contrarre.

La Corte precisa, inoltre, sempre «sul piano interno», che le norme che disciplinano la fase procedimentale tutelano gli interessi pubblici alla «imparzialità» e al «buon andamento» «che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.». Tali interessi, oltre ad avere una loro “autonomia” per espressa previsione

³¹ E' questo il preferibile criterio di distinzione tra appalti e servizi pubblici; si segnala, però, che, in alcune sentenze, il Consiglio di Stato ha offerto una nozione ampia di “utenza del servizio”, ritenendo che essa ricomprenda anche il «pubblico che si reca negli uffici» e quindi, a titolo esemplificativo, i «frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani» (in questo senso, si veda, tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Giur. it.* 2006, 1292).

³² E' evidente che una riduzione di spesa non implichi necessariamente (ma può consentire) una riduzione della pressione fiscale. E' altrettanto evidente che l'affermazione contenuta nel testo si riferisce ad un piano di analisi macroeconomica e dunque alla domanda e offerta aggregata.

costituzionale³³, sono anche funzionali al migliore soddisfacimento dello stesso interesse pubblico “finale”. A titolo esemplificativo, la previsione, infatti, di metodi di gara volti a consentire la «massima partecipazione» degli operatori economici assicura la scelta dell’offerta migliore (efficacia) e più conveniente (efficienza) e, dunque, la più incisiva tutela degli interessi pubblici sottesi a quello specifico contratto di appalto. A loro volta, questi risultati in termini di buon andamento dell’azione amministrativa si possono raggiungere soltanto se l’azione della p.a. risulti, altresì, improntata al rispetto del principio di imparzialità³⁴. Mi sembra sia questo il significato di quella parte della motivazione in cui si afferma che l’osservanza delle norme di evidenza pubblica «garantisce il rispetto delle regole dell’efficacia e dell’efficienza dell’attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell’aggiudicazione».

Alla tutela di questi “interessi pubblici” occorre aggiungere la tutela degli “interessi privati” che fanno capo agli operatori economici che intendono “concorrere”, nell’esercizio della propria libera iniziativa economica, in un determinato mercato per l’ottenimento del bene della vita oggetto dell’aggiudicazione. Si tratta di quella che viene definita concorrenza in senso soggettivo³⁵.

In definitiva, dunque, gran parte delle norme di evidenza pubblica tutelano gli interessi pubblici “finali” sottesi al contratto di appalto, gli interessi pubblici al buon andamento e all’imparzialità dell’azione amministrativa, nonché gli interessi degli imprenditori del settore.

Appare opportuno precisare che i descritti piani di tutela “comunitaria” (rilevanti ai fini del riparto delle competenze legislative) e “interna” sono stati trattati separatamente unicamente per ragioni espositive, essendo evidente che la tutela degli uni assicura la tutela degli altri e viceversa.

Esiste, inoltre, uno stretto legame tra il profilo soggettivo della concorrenza e le libertà comunitarie: maggiore è la garanzia di esplicazione del diritto di circolazione nell’ambito dello spazio europeo, maggiore è la garanzia di potere esercitare la propria libertà individuale di impresa nel segmento di mercato interessato³⁶. Affinché, però, queste libertà, e la “concorrenza” che attraverso di esse si esplica, siano effettive, è necessaria la previsione di un efficace sistema in grado di reprimere quei comportamenti, posti in essere dagli stessi imprenditori, mirati ad alterare i meccanismi concorrenziali. In altri termini, sono necessarie non solo regole volte a limitare l’azione dei poteri pubblici ma anche

³³ Su questi principi, la letteratura è ampia: si veda, da ultimo, A. POLICE, *Principi generali dell’attività amministrativa*, in N. PAOLOANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La Pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, spec. 69 e ss.

³⁴ E. CANNADA-BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 72, ha posto bene in evidenza come l’imparzialità sia lo strumento del buon andamento, in quanto garanzia che siano adottate scelte ottimali secondo criteri oggettivi.

³⁵ A tal proposito, si veda, G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in G. CORSO – V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, volume primo, Milano, 2006, 4-5; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 e ss.; L. AMMANNATI, *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, in www.unifi.it

³⁶ Questo stretto legame non toglie che i piani soggettivi e oggettivi della tutela della concorrenza rimangono separati: sul punto si veda M. GORLANI, *La tutela della concorrenza e la promozione dello sviluppo economico tra competenze statali e regionali nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. CAVALERI (a cura di), *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Torino, in corso di pubblicazione.

misure in grado di sanzionare l'azione dei poteri privati che agiscono illecitamente in un mercato rilevante³⁷.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può dirsi, pertanto, che è stata definitivamente abbandonata, si legge testualmente nella sentenza in esame, quella «concezione contabilistica», che qualificava la normativa interna «come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale».

In definitiva, gli atti amministrativi della procedura di evidenza pubblica sono funzionali al perseguimento contestuale di una pluralità di interessi pubblici (e privati) di matrice interna e comunitaria. Ed è solo attraverso questi atti che è possibile “funzionalizzare” il contratto stesso successivamente stipulato, il quale, come è noto, sarebbe altrimenti neutrale rispetto ai “motivi” che giustificano l'azione di uno solo dei contraenti (la p.a.)³⁸.

2.2. La “natura” della tutela della concorrenza e le competenze regionali. Piano “orizzontale” delle competenze tra “separazione” e “prevalenza”.

La ricostruzione relativa alla nozione di tutela della concorrenza svolta dalla Corte, e di cui ci siamo sin qui occupati, non è ovviamente fine a sé stessa ma è strettamente funzionale alla risoluzione delle specifiche questioni proposte dalle Regioni ricorrenti.

In particolare, la Corte trae da quanto esposto in ordine all'ambito di rilevanza della materia in esame importanti conseguenze relativamente alla “natura” della materia stessa.

Sino ad oggi, la Consulta, infatti, aveva sempre ritenuto che la tutela della concorrenza costituisca una materia trasversale, in quanto la stessa non avrebbe una estensione rigorosamente circoscritta e determinata, intrecciandosi con una pluralità di altri interessi, afferenti anche a materie concorrenti o residuali delle Regioni, connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese³⁹.

La Corte, con la decisione in esame, chiarisce, innanzitutto, che la suddetta natura trasversale sarebbe assente in presenza di uno specifico intervento legislativo «*antitrust*» diretto «a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese»⁴⁰. Infatti, in questi casi – che la sentenza n. 14 del 2004 aveva qualificato, con un'espressione che, nella specie, non viene evocata, come rientranti nella nozione cosiddetta statica di tutela della concorrenza – la normativa statale non interseca in alcun modo competenze regionali essendo volta a regolamentare direttamente i comportamenti degli operatori economici che agiscono in un determinato settore. L'esistenza di un ambito di incidenza chiaramente delimitato dallo specifico riferimento alla repressione di condotte illecite giustifica il giudizio della Corte circa la mancanza di trasversalità. E' bene, però, puntualizzare che la disciplina *antitrust* non è tutta “coperta” dalla tutela della concorrenza: le disposizioni volte, in particolare, a disciplinare, soprattutto sul piano dei rimedi civilistici, i profili di

³⁷ V. M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e soc.*, 2004, spec. 51.

³⁸ E', inoltre, evidente che questa funzionalizzazione contrattuale non potrebbe operare senza la previsione di rimedi idonei a consentire la “caducazione automatica” del contratto in caso di annullamento di un atto di aggiudicazione per violazione degli “interessi pubblici” sottesi alla procedura di evidenza pubblica.

La Corte costituzionale, decretando il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, ha altresì (implicitamente) ritenuto insostenibile quell'orientamento tradizionale della Cassazione (oggi, invero, già superato dalla stessa Cassazione) che, qualificando le norme di evidenza pubblica come norme poste a tutela esclusiva della p.a., riteneva che fosse la sola amministrazione legittimata a far valere la l'annullabilità del contratto a seguito dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione (per la ricostruzione dell'intera vicenda sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1519 e ss.).

³⁹ Si veda, tra le altre, C. cost. n. 29 del 2006; n. 336 del 2005; nn. 272 e 14 del 2004.

⁴⁰ Tale tesi è stata sostenuta in dottrina, tra gli altri, da L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 2002.

quello che viene definito “contratto anticoncorrenziale”⁴¹ sono riconducibili nell’ambito materiale dell’ordinamento civile, fermo restando lo svolgimento, alla luce del contenuto precettivo della singola disposizione, del giudizio di prevalenza secondo le modalità già illustrate.

Al di là di questo aspetto, dobbiamo adesso accertare, in primo luogo, se e secondo quali modalità possono venire in rilievo competenze regionali al fine di stabilire come le stesse eventualmente si rapportino con la potestà legislativa statale; in secondo luogo, occorre verificare se anche le Regioni abbiano il potere di legiferare in materia di tutela della concorrenza.

Per rispondere al primo quesito, si potrebbe distinguere un piano “orizzontale” ed un piano “verticale” di rilevanza di potestà normative regionali.

Il piano “orizzontale” attiene essenzialmente alla stessa procedura di evidenza pubblica: la Corte costituzionale, infatti, non esclude che anche in questo ambito esistano competenze delle Regioni che affiancano, in particolare, la potestà dello Stato in materia di tutela della concorrenza.

Tali competenze vengono in rilievo relativamente ad ambiti materiali chiaramente “separati” e dunque definibili rispetto alle competenze statali. Un esempio è rappresentato dalle regole relative alla composizione delle commissioni aggiudicatrici, poste dall’art. 84, commi 2, 3, 8 e 9 del Codice, in relazione alle quali la Consulta ha affermato che esse «attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara»⁴². Questa fase della procedura di gara, per quanto collegata, rimane, infatti, “distinta” rispetto ai momenti procedurali che sono direttamente riconducibili alla tutela della concorrenza: per tali aspetti può, pertanto, ritenersi che non si realizzi alcuna interferenza con competenze regionali ma solo una “contiguità” tra sfere appartenenti ai due livelli di governo coinvolti.

In secondo luogo, potrebbero venire in rilievo singoli istituti della stessa procedura di evidenza pubblica astrattamente riconducibili sia alla tutela della concorrenza che ad altre materie regionali. In questi casi si realizza effettivamente una interferenza tra diverse sfere di competenza che, però, per utilizzare le espressioni della Corte, «si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa».

Il riferimento alla “peculiarità” della interferenza è, con molta probabilità, conseguenza del fatto che nella disciplina delle procedure di gara il titolo di legittimazione statale non “passa attraverso” uno specifico settore di competenza regionale – quale, ad esempio, i “servizi pubblici locali”⁴³ – ma si muove orizzontalmente lungo un ambito che appartiene in via primaria alla stessa competenza statale. In questa prospettiva, il suddetto titolo di legittimazione statale può interferire non con “settori” ma con singoli “istituti” che compongono la stessa serie procedimentale e che potrebbero essere ricondotti sia a potestà legislative statali che regionali.

Quando si verifica quest’ultima evenienza, la Corte ritiene che la “concorrenza di competenze” debba essere risolta secondo il criterio della prevalenza a favore dello Stato. Questa affermazione non riveste naturalmente valenza generale, riferendosi esclusivamente a quegli aspetti della procedura, indicati nel terzo comma dell’art. 4, che la Corte riconduce

⁴¹ Si veda, da ultimo, C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. VI, a cura di V. ROPPO, *Interferenze*, Milano, 2006, 635 e ss.

⁴² Sulla base di questa affermazione il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 84, commi 2, 3, 8 e 9; venendo, però, in rilievo “aspetti organizzativi” la decisione di incostituzionalità non ha investito «l’attività contrattuale posta in essere in ambito statale»: per la rilevanza dei “profili soggettivi” ai fini del riparto delle competenze legislative quando la materia è rappresentata dall’ “organizzazione amministrativa”, si veda par. 2.1.

⁴³ In relazione a tale settore si veda par. 3.1.

alla tutela della concorrenza. In altri termini, il giudice delle leggi afferma che, nei casi in cui il singolo istituto della procedura di evidenza pubblica specificamente indicato dalla citata disposizione sia riconducibile contestualmente a materie regionali e alla tutela della concorrenza, il concorso di competenze deve risolversi a favore della potestà legislativa statale in applicazione del principio di prevalenza.

L'impiego di questa tecnica decisoria mette, a mio avviso, in evidenza ancora di più la "peculiarità" della trasversalità che connota la materia della tutela della concorrenza quando la stessa "si applica" alle procedure di gara. In presenza, infatti, di altre competenze trasversali, quali, ad esempio, i livelli essenziali delle prestazioni, che per la loro stessa natura devono essere necessariamente garantiti per la tutela dei diritti civili e sociali implicati, il giudizio di prevalenza non potrebbe essere svolto. Ciò in quanto si tratta di un titolo di legittimazione che, se ritenuto sussistente, si "impone" alle Regioni e non potrebbe essere "vanificato" da eventuali prevalenti competenze regionali.

In sintesi, pertanto, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sul piano "orizzontale", le competenze regionali o sono "separate" rispetto a quelle statali ovvero sono "assorbite" da esse in applicazione del principio di prevalenza.

2.2.1. Piano "verticale" e "sovrapposizione" di competenze.

Le competenze regionali possono, però, assumere rilevanza, oltre che nei modi già illustrati, su un piano "verticale", afferendo specificamente all' "oggetto" cui si riferisce il singolo contratto di appalto e, dunque, ponendosi "al di fuori" della stessa procedura concorsuale⁴⁴.

Si pensi, ad esempio, alle gare per l'aggiudicazione di un appalto relativo alla costruzione di un porto. Essendo la competenza nel predetto settore ripartita tra Stato e Regioni, occorre chiedersi come si coordina tale competenza con quella statale in materia di tutela della concorrenza.

A tale proposito, è opportuno ricordare che il Codice degli appalti reca una disciplina di carattere generale e non si occupa, salvo talune eccezioni, di settori particolari⁴⁵. Il che significa che, in assenza di specifiche normative, qualora, ad esempio, un'amministrazione aggiudicatrice indice una gara per la realizzazione di determinati lavori in un'area portuale, deve rispettare la procedura di evidenza pubblica posta dal legislatore statale nei suoi aspetti di rilevanza concorrenziale, mentre dovrà adeguarsi ad una eventuale legislazione regionale in materia di porti. Quest'ultima competenza non si intreccia, però, con la competenza statale ma, per utilizzare le espressioni impiegate dal giudice delle leggi, diventa «l'oggetto su cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza».

Per tali ragioni, rievocando l'espressione figurativa sopra indicata, si potrebbe dire che le competenze statali e regionali si pongono lungo una linea "verticale": "sopra" la competenza statale in materia di tutela della concorrenza, "sotto" gli ambiti inerenti le competenze regionali. Questi piani non si intersecano ma rimangono chiaramente separati, realizzandosi più che un intreccio una "sovrapposizione" di competenze. Ciò risulta

⁴⁴ Deve, però, puntualizzarsi che quanto esposto nel testo vale anche per la "programmazione dei lavori": in relazione a quest'ultima, infatti, la Corte costituzionale ritiene che la stessa «non essendo una materia a sé stante, né risultando riconducibile ad uno specifico ambito materiale, segue il regime giuridico proprio della realizzazione delle relative opere, le quali possono rientrare, a seconda dei casi, in settori di competenza esclusiva statale o residuale delle Regioni o ripartita tra Stato e Regioni» (punto 5.5 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007). Analogo discorso è svolto con riferimento alla "progettazione", per i profili diversi dalla determinazione dei criteri relativi alla progettazione stessa (punto 6.10 del *Considerato in diritto* della medesima sentenza). In altri termini, questi istituti, pur essendo disciplinati dal Codice, seguono l' "oggetto" dell'appalto.

⁴⁵ Il Codice, ad esempio, disciplina «i contratti nel settore della difesa» (artt. 195-196), nonché «i contratti relativi ai beni culturali» (artt. 197-205).

evidente se solo si pensa che lo Stato non ha legiferato in settori di spettanza regionale – attuando così un intreccio tra funzioni appartenenti a diversi livelli di governo – ma si è limitato a disciplinare in via generale le procedure di gara. La competenza regionale, come già rilevato, si “attualizza”, per così dire, soltanto nel momento in cui la singola amministrazione decide, nell’esercizio della propria autonomia negoziale, di indire quella determinata gara in un settore ovviamente di pertinenza della Regione. Mentre, dunque, in presenza di normali competenze dello Stato di tipo trasversale il “limite” alla potestà legislativa regionale si impone nel momento dell’esercizio della funzione statale; nel nostro caso occorre attendere che la singola amministrazione concretamente indica una gara per l’aggiudicazione di un determinato appalto, perché “emerge” la possibile competenza delle Regioni “oggetto” del contratto.

In definitiva, in relazione agli aspetti che si stanno esaminando, sul “versante statale”, un problema di violazione delle competenze dello Stato potrebbe porsi soprattutto a seguito dell’emanazione di una legge regionale che, disciplinando un determinato settore, invada la competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

Sul “versante regionale”, uno speculare problema potrebbe porsi prevalentemente in sede di conflitto di attribuzione tra enti. Infatti, se una singola amministrazione statale decide di indire una gara di appalto avente ad oggetto un ambito rientrante, in ipotesi, nella competenza residuale regionale, è prevedibile che le possibili contestazioni della Regione verranno indirizzate nei confronti degli atti posti in essere da tale amministrazione, al fine di stabilire se la stessa abbia o meno debordato dalle attribuzioni costituzionalmente stabilite. E’ evidente che, in questi casi, si dovrà accertare, alla luce del contenuto del singolo atto, se la vicenda abbia effettivamente “tono costituzionale” ovvero se non si risolva in una controversia di rilevanza meramente amministrativa.

Alla luce delle considerazioni svolte, si deve ritenere che la tutela della concorrenza si connota, nel settore degli appalti, per avere una trasversalità peculiare e diversa da quella che caratterizza l’operatività degli altri titoli di competenza anch’essi qualificati dalla giurisprudenza costituzionale come trasversali. Soltanto in relazione a quest’ultimi si attua, infatti, un intreccio in senso stretto tra sfere statali e regionali, venendo in rilievo titoli di legittimazione statali che intersecano interi “settori” appartenenti ad ambiti materiali regionali⁴⁶.

In definitiva, dunque: sul piano “orizzontale”, si realizza una mera interferenza con competenze regionali relative a singoli “istituti” che viene risolta in maniera chiara a favore della tutela della concorrenza; sul piano “verticale” non si realizza un intreccio ma una mera sovrapposizione di competenze.

2.2.2. Esiste una competenza delle Regioni in materia di tutela della concorrenza?

Fin qui si è parlato di competenze regionali “orizzontali” e “verticali” che possono, in vario modo, rapportarsi con la competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

Dobbiamo a questo punto chiederci se residui uno spazio in cui possa realizzarsi un intervento da parte delle Regioni nello stesso settore della tutela della concorrenza.

In dottrina si è, sul punto, autorevolmente affermato che la tutela della concorrenza costituisce un “valore” che in quanto tale potrebbe essere implementato anche da soggetti non titolari di uno specifico titolo di competenza attribuito dalla Costituzione^{47 48}. Nel caso

⁴⁶ Si pensi, ad esempio, alla relazione esistente tra la materia dei livelli essenziali delle prestazioni – di spettanza esclusiva statale (art. 117, secondo comma, lettera *m*, Cost.) – e quella dei servizi sociali, di spettanza residuale regionale, che rende plasticamente percepibile l’intreccio tra i livelli di governo coinvolti.

⁴⁷ A rigore, in presenza di un titolo statale trasversale, la possibilità per le Regioni di legiferare può dipendere oltre che dalla presenza di un valore costituzionale anche dalla particolare tipologia di materia che viene in rilievo. Mi sembra, ad esempio, che la naturale portata della materia relativa ai livelli essenziali delle prestazioni consenta alle Regioni di intervenire nel settore per “superare” la soglia della essenzialità delle prestazioni. Ciò anche in quanto tale materia ha normalmente una valenza “omogenea” rispetto al settore di

in esame, se si aderisse a questa impostazione si dovrebbe ritenere che le Regioni sono legittimate a disciplinare le procedure di gara nella misura in cui introducono nel sistema misure procompetitive e cioè regole idonee ad aumentare la dose di concorrenzialità nel mercato.

Questa conclusione, nella sua assolutezza, sembra essere esclusa dalla sentenza n. 401 del 2007.

La Corte, infatti, ha affermato che «la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere *interamente* disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale» (corsivo aggiunto)⁴⁹.

Ne consegue che le Regioni non potrebbero dettare una disciplina “generale” delle procedure di gara per la aggiudicazione di un contratto di appalto, senza violare la competenza statale in materia di tutela della concorrenza⁵⁰.

Ogni eventuale dubbio è stato comunque fugato dalla sentenza n. 431 del 2007, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime numerose disposizioni contenute nella legge della Regione Campania del 20 giugno 2006, n. 12 (Disposizioni in materia di amministrazione e contabilità regionale della Campania), di disciplina “generale” della fase di affidamento dell’appalto⁵¹ per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera e) Cost.

La Corte ha, però, puntualizzato che ciò non significa che alle Regioni sia precluso qualunque tipo di intervento, in quanto la natura trasversale della materia della concorrenza «al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, comporta anche che norme regionali riconducibili a queste competenze abbiano effetti proconcorrenziali», aggiungendosi che «ciò deve ritenersi ammissibile purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza».

La Corte pone, dunque, precisi paletti alla competenza regionale.

Innanzitutto, la sentenza ha chiaramente affermato la illegittimità di una legge “generale” in materia di appalti, richiedendo la sussistenza di uno specifico titolo di competenza della Regione di natura residuale o concorrente.

pertinenza regionale, con la conseguenza che le Regioni, rispettato lo *standard* essenziale fissato dallo Stato, possono migliorarne il livello, risultando a ciò legittimate da una propria specifica competenza legislativa.

⁴⁸ G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, cit., spec. 28, il quale afferma che la tutela della concorrenza costituisce un bene o un valore che, «a prescindere dal livello territoriale designato a regolarlo e quindi competente in relazione ad esso, si impone allo Stato e alle Regioni: si impone, cioè, anche al livello di governo diverso da quello che è competente a legiferare. Si impone non semplicemente nel senso che il livello di governo incompetente deve astenersi dal regolarlo, in applicazione del criterio costituzionale delle competenze; si impone pure nel senso che lo Stato o la Regione, anche se non è competente, deve astenersi, nell’esercizio delle sue competenze materiali, dal pregiudicare o menomare anche indirettamente quel bene o quel valore». Ha affermato, sia pure non con riferimento a questioni relative al riparto delle competenze legislative, che la concorrenza sia un “valore”, tra gli altri, G. TESAURO, *Tutela della concorrenza tra diritto comunitario e diritto interno*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2006, 75 e ss.

⁴⁹ E’ bene puntualizzare che, come emerge dalla lettura dell’intera motivazione, con l’inciso «nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati», la Corte non ha poi riconosciuto alcun potere di intervento alle Regioni nella disciplina della fase della procedura di scelta del contraente, volendosi riferire, più semplicemente, allo scrutinio di proporzionalità e adeguatezza (su cui si veda par. 2.3.).

⁵⁰ R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 1000 ritiene, invece, che nel settore in esame si possa dare spazio alle Regioni in quanto «la presenza di norme comunitarie rappresenta di per sé un elemento unificante anche laddove la legislazione regionale che abbia ad oggetto l’attuazione di direttive comunitarie fosse tentata, per il futuro, a praticare la via di una crescente differenziazione».

⁵¹ In particolare si tratta delle norme relative: alle procedure di scelta del contraente (art. 35); ai criteri di aggiudicazione ed in specie all’identificazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa (art. 36); alla pubblicità dei bandi di gara (art. 37); alle cause di esclusione dalle gare (art. 38); all’asta pubblica (art. 43); alla licitazione privata (art. 44); all’appalto-concorso (art. 45); all’anomalia dell’offerta (art. 46); alla trattativa privata (artt. 47 e 48).

In secondo luogo, si è sottolineato che gli eventuali effetti prodotti da leggi regionali nel settore in esame devono essere “pronconcorrenziali” e, dunque, migliorativi del complessivo assetto concorrenziale posto dal legislatore nazionale.

Infine, e direi soprattutto, occorre che tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza. E’ questo l’aspetto di più difficile decifrazione. Cosa significa effetti indiretti e marginali? Si tratta, con molta probabilità, di quegli effetti prodotti da una normativa che, pur avendo come oggetto “principale e diretto” la regolazione di un determinato settore, produce indirettamente effetti, connessi alla “specificità” del settore stesso, anche sull’assetto concorrenziale⁵². Vengono, pertanto, in rilievo quei profili di disciplina che risultano comunque, per la loro valenza, ininfluenti ai fini dell’individuazione dell’ambito materiale di pertinenza⁵³. La generica espressione impiegata lascia comunque la possibilità per la Corte, nella risoluzione delle singole questioni che verranno proposte, di dare a questo *decisum* un significato limitativo ovvero ampio.

Allo stato si può solo dire che la ricostruzione prospettata con le sentenze numeri 401 e 431 ha contraddetto la tesi che qualifica la concorrenza come “valore”, in quanto ciò avrebbe implicato la legittimità anche di una legge “generale” relativa alla procedura di affidamento nel settore degli appalti migliorativa dell’assetto concorrenziale. La Corte ha, pertanto, in maniera condivisibile, voluto escludere che sia possibile attribuire alle Regioni una competenza che non rinvenga un espresso riferimento nell’ambito del Titolo V.

Ma perché si è fatta questa scelta per la concorrenza e non anche, ad esempio, per l’ambiente⁵⁴?

La ragione forse è da rinvenire ancora una volta nella peculiarità che connota la materia della tutela della concorrenza la quale, nel settore in esame, è intimamente connessa con le libertà comunitarie e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, che richiedono necessariamente l’esistenza di un procedimento unitario e uniforme a livello nazionale e che non tollererebbero differenziazioni territoriali derivanti dall’esistenza di diverse procedure regionali⁵⁵.

⁵² Le Regioni, pertanto, nel regolamentare l’“oggetto” del contratto di appalto (piano “verticale”) possono anche prevedere norme idonee a produrre effetti pronconcorrenziali, afferenti alla fase di disciplina della procedura di gara (piano “orizzontale”), purché tali effetti abbiano la natura indicata nel testo.

⁵³ Si ricordi che, secondo un pacifico orientamento della giurisprudenza costituzionale (si veda nota 6), ai fini della identificazione della materia, occorre tralasciare «gli aspetti marginali e gli effetti riflessi» (C. Cost. n. 430 del 2007).

⁵⁴ In presenza di una competenza legislativa statale in materia di ambiente, la Corte ha, infatti, costantemente affermato che tale competenza se «certamente comporta il potere dello Stato di dettare *standard* di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale e non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni, non esclude affatto che le leggi regionali emanate nell’esercizio della potestà concorrente di cui all’art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella residuale di cui all’art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale» (C. cost. n. 246 del 2006; nello stesso senso, tra le molte, C. Cost. nn. 336 e 232 del 2005; 259 del 2004 e 407 del 2002).

Si veda, inoltre, quanto affermato da S. MANGIAMELI, *Sull’arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, spec. 344-345, secondo cui le Regioni possono legiferare in taluni ambiti materiali (nella specie tutela dell’ambiente) di spettanza statale purché tale intervento si risolva in una «maggiore garanzia e tutela dei diritti costituzionali».

⁵⁵ (Su un piano diverso, è, inoltre, evidente) Si tenga, inoltre conto che se la normativa regionale introduce espressamente criteri di aggiudicazione che richiedono la sussistenza di «un’organizzazione aziendale sul territorio regionale» ciò «equivale a discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale, contrario al principio di eguaglianza nonché al principio in base al quale la Regione “non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni” e “non può limitare il diritto dei cittadini ad esercitare in qualunque parte del territorio la loro professione, impiego e lavoro” (art. 120, secondo e terzo comma, della Costituzione). (...) Da tale principio (...) discende anche il divieto per i legislatori regionali di frapporre barriere di carattere

A ciò si aggiunga che la decisione della Corte si potrebbe spiegare pure alla luce di considerazioni di ordine “concreto”. E’, infatti, alquanto difficile stabilire con certezza, a differenza di quanto avviene nel settore ambientale, quando una norma sia effettivamente più favorevole rispetto all’assetto concorrenziale e soprattutto quando la normativa regionale, valutata nel suo insieme, possa considerarsi migliorativa per il mercato rispetto alle prescrizioni statali. In altri termini, se la Corte avesse ammesso la possibilità per le Regioni di disciplinare su un “piano generale” la procedura di gara si sarebbe trovata nella difficoltà “pratica” di valutare complessivamente tale legge per stabilire se la stessa fosse o meno conforme a Costituzione. Con il possibile risultato di assumere una decisione in grado di condurre ad un “spezzettamento” delle prescrizioni di gara con evidenti ripercussioni negative per gli stessi imprenditori del settore, che non potrebbero più fare affidamento su un omogeneo quadro legislativo di riferimento.

In sintesi, alla luce delle considerazioni sin qui svolte in relazione agli ambiti di competenza regionale possono essere tenuti fermi i seguenti punti.

Le Regioni: *a)* non hanno alcuna competenza quando vengono in rilievo normative *antitrust*; *b)* sono titolari di una competenza “orizzontale” relativa ad aspetti della procedura di gara che si pongono in rapporto di “separazione” rispetto alla competenza statale ovvero vengono “assorbiti” da quest’ultima; *c)* sono titolari di una competenza “verticale” afferente all’“oggetto” del contratto di appalto, rispetto alla quale la competenza statale si sovrappone; *d)* non hanno competenza “generale” in materia di procedura di gara negli aspetti di rilevanza concorrenziale, ma possono disciplinare settori rientranti nell’ambito della propria potestà legislativa, prevedendo anche norme che producono effetti proconcorrenziali purché tali effetti sia marginali e indiretti e, nel loro insieme, “coerenti” con la legislazione statale.

2.2.3. Natura della tutela della concorrenza e conseguenze “applicative”.

La esposta questione relativa alla natura della tutela della concorrenza e ai suoi rapporti con le competenze regionali, non ha soltanto una rilevanza figurativa realizzando un mero gioco delle etichette, ma esplica rilevanti effetti sul piano dei rapporti tra i diversi livelli istituzionali di governo. Sostenere, infatti, che non si realizza una interferenza in senso stretto serve alla Corte, in particolare, per determinare le modalità di esercizio della potestà regolamentare sotto due diversi aspetti.

Il primo, di carattere generale, riguarda il rapporto tra fonti di rango diverso, quali la legge regionale e il regolamento statale. E’ sì vero che lo Stato può emanare regolamenti in materie di competenza legislativa esclusiva statale (art. 117, sesto comma, Cost.), ma qualora tale competenza abbia valenza trasversale, si corre il rischio di un «condizionamento di una fonte secondaria nei confronti di una legge regionale», atteso che le materie trasversali «non avendo normalmente un oggetto definito di disciplina, possono intersecare altre competenze regionali»⁵⁶. Il principio della separazione delle competenze che, in tesi, potrebbe essere violato in presenza di un regolamento “trasversale” in grado di vincolare la potestà legislativa regionale⁵⁷, sarebbe, però, nella specie, salvaguardato «in

protezionistico alla prestazione, nel proprio ambito territoriale, di servizi di carattere imprenditoriale da parte di soggetti ubicati in qualsiasi parte del territorio nazionale (nonché, in base ai principi comunitari sulla libera prestazione dei servizi, in qualsiasi parte dell’Unione europea)» (C. cost. n. 207 del 2001; in analogo senso si vedano anche C. Cost. n. 64 del 2007 e 440 del 2006). In argomento si veda anche M. GORLANI, *La tutela della concorrenza e la promozione dello sviluppo economico tra competenze statali e regionali nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

⁵⁶ Punto 7.4 del *Considerato in diritto* della sentenza in esame. Le successive citazioni contenute in questo paragrafo sono tratte anch’esse dal citato punto 7.4.

⁵⁷ In dottrina, si vedano le considerazioni di G. FALCON, *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, spec. 22 e ss.

presenza di un titolo di legittimazione statale riconducibile alla tutela della concorrenza, proprio in ragione della sua già descritta peculiare connotazione e del suo modo di operatività nel settore degli appalti». E' evidente, pertanto, come la Corte, pur non volendo svolgere affermazioni di carattere generale circa la «effettiva sussistenza di una lesione all'autonomia legislativa regionale» determinata dall'emanazione della tipologia di regolamenti in esame, chiarisce che «comunque» nella specie siamo in presenza di una trasversalità *sui generis* che fa sì che non sia « prospettabile (...) alcun condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali». Ciò in quanto «quest'ultime, dando attuazione ed esecuzione a disposizioni di legge, detteranno tutte le norme necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare assetti concorrenziali; mentre le prime disciplineranno i profili non afferenti, ancorché contigui, a quelli relativi alla tutela della concorrenza».

E' implicito, ancora una volta, nel ragionamento svolto dalla Corte, il riferimento al piano «orizzontale» e «verticale» delle competenze regionali: le prime, relative alla procedura di gara (quando non sono «assorbite») rimangono «separate» rispetto alla competenza statale potendo fornire un titolo di legittimazione per la disciplina di «profili non afferenti, ancorché contigui, a quelli relativi alla tutela della concorrenza»; le seconde si muovono in un ambito che non «compare» nel Codice degli appalti costituendone l'"oggetto". In definitiva, la «peculiare connotazione» e il «modo di operatività nel settore degli appalti» della tutela della concorrenza, che non intreccia in senso stretto competenze regionali ma rimane separata rispetto ad esse ovvero si sovrappone alle stesse, evita qualunque possibilità di condizionamento e interferenza tra fonti di diversa natura.

Lo stesso principio è utilizzato dalla Corte per ritenere che, nella fase di adozione del regolamento, non deve essere osservata la regola della leale collaborazione, atteso che il suo rispetto «può essere imposto a livello costituzionale nei soli casi in cui si verifichi un forte intreccio con competenze regionali che richieda l'adozione di modalità concordate o comunque di meccanismi che garantiscano il coinvolgimento dei livelli di governo interessati»⁵⁸.

Nel caso in esame, invece, «le altre competenze regionali diventano l'oggetto su cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza». Anche qui la sentenza richiama il piano «verticale» delle competenze, sottolineando, appunto, come le sfere di pertinenza regionale possono venire in rilievo soltanto nella fase di indizione della singola e concreta procedura di gara da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. In altri termini, ancora una volta non realizzandosi un intreccio tra potestà legislative appartenenti a diversi livelli di governo, ma una mera sovrapposizione di competenze, non è necessario prevedere forme di leale collaborazione.

In questa parte della motivazione non si fa espresso riferimento anche al piano «orizzontale» relativo alla disciplina della procedura di gara per la semplice ragione che in relazione a tale ambito, come più volte sottolineato, opera la regola della separazione o dell'assorbimento delle competenze regionali che esclude qualunque possibilità di postulare un intreccio in senso tecnico che potrebbe richiedere forme di cooperazione.

2.3. I «limiti interni» alla tutela della concorrenza: il giudizio di proporzionalità e adeguatezza.

⁵⁸ Il tema del rapporto tra materie trasversali e rispetto delle regole della leale collaborazione nella fase di attuazione della legge stessa è stato affrontato dalla Corte costituzionale, in particolare, con le sentenze n. 31 del 2005 e n. 88 del 2003, sia pure non con riferimento alla potestà regolamentare. In dottrina, sottolinea la necessità di prevedere forme collaborative nella fase di adozione di regolamenti in materie trasversali G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubb.*, 2004, spec. 489 e ss.

Accertato, dunque, che, nei limiti indicati, le Regioni hanno una potestà legislativa la quale, a diverso titolo, si rapporta con la competenza statale, la Corte, con la sentenza n. 401, conseguentemente individua quali sono i limiti interni che la concorrenza incontra. Tali limiti sono rappresentati dal giudizio di proporzionalità e adeguatezza e servono, come sottolinea testualmente il giudice delle leggi, per delimitare «gli esatti confini della materia in esame». Questo scrutinio stretto di costituzionalità deriva la sua *ratio* proprio dalla peculiare connotazione trasversale e finalistica della competenza statale che viene in rilievo. La Corte, nella sentenza n. 14 del 2004, aveva sottolineato che se fosse possibile «adottare qualunque mezzo per il perseguimento dell'obiettivo di garantire la tutela della concorrenza, si rischierebbe di pregiudicare consistenti ambiti di potestà legislativa regionale in spregio ad una scelta del legislatore costituzionale del 2001 mirata ad ampliare e rafforzare le attribuzioni regionali». In questa prospettiva, si giustifica un controllo di costituzionalità – guidato dai suddetti criteri della proporzionalità e adeguatezza – volto a saggiare «la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale». Il giudizio di proporzionalità rinviene, pertanto, la sua ragion d'essere nella presenza di competenze appartenenti a diversi livelli di governo: lo Stato ha un proprio titolo di legittimazione ma non può incidere su attribuzioni regionali oltre la misura necessaria al perseguimento dell'obiettivo perseguito.

Da questa ricostruzione discendono rilevanti conseguenze.

Innanzitutto, è chiaro che tale giudizio non deve essere svolto quando l'intervento del legislatore statale, pur essendo legittimato dal titolo di competenza rappresentato dalla tutela della concorrenza, non intersechi altre sfere materiali di spettanza regionale, indirizzandosi a reprimere comportamenti illeciti posti in essere dalle singole imprese. Anche nel settore degli appalti l'adozione di una misura mirata a reprimere qualunque forma di restrizione o alterazione delle regole concorrenziali nella stessa fase di partecipazione alle gare non dovrebbe, pertanto, essere soggetta allo scrutinio di costituzionalità alla luce dei parametri di proporzionalità e adeguatezza.

Al di là di questo aspetto, la presenza di sfere materiali di spettanza regionale giustifica lo scrutinio di costituzionalità in esame, che deve essere diversamente modulato a seconda degli ambiti in cui si esplica l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza.

Occorre, pertanto, riprendere la distinzione tra piano “orizzontale” e “verticale” di disciplina.

La Corte, ancorché non lo dica espressamente, non può che svolgere il giudizio di proporzionalità e adeguatezza in relazione ai profili che formano oggetto del suo esame e cioè a quegli aspetti regolamentati dal Codice che afferiscono, appunto, alla disciplina “orizzontale” della procedura di gara. In relazione a tale fase il giudice delle leggi deve verificare se quella determinata disposizione, pur astrattamente riconducibile ad una finalità di concorrenza “per” il mercato, sia effettivamente indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo di tutelare la concorrenzialità nel settore degli appalti. Occorre, in altri termini, accertare se la suddetta disposizione, ancorché disciplini un profilo relativo, ad esempio, al metodo di aggiudicazione, che, per le sue finalità, attiene alla tutela della concorrenza, sia effettivamente indispensabile per il perseguimento dello scopo posto dal legislatore.

A tale proposito, la Corte svolge due importanti puntualizzazioni.

La prima è che questo giudizio, per la sua natura, non può che riferirsi «alle specifiche disposizioni che disciplinano il settore» e non anche ad una norma di carattere generale, quale è l'articolo 4 del Codice, il quale si limita ad affermare che alcuni istituti in esso indicati appartengono alla competenza legislativa statale.

La seconda osservazione muove dal rilievo secondo cui il canone della proporzionalità e adeguatezza non possa considerarsi automaticamente violato per il solo fatto che la

disposizione censurata abbia un contenuto dettagliato e analitico⁵⁹: si legge, infatti, testualmente nella sentenza n. 401 che «la proporzionalità e l'adeguatezza non si misurano (...) avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa»; aggiungendosi che «se così fosse si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina»⁶⁰. Nella prospettiva delle Regioni, invece, le norme di regolamentazione delle procedure di gara dovrebbero necessariamente avere carattere generale e di principio al fine di lasciare alle Regioni stesse un autonomo spazio di intervento. Se fosse corretta questa impostazione, il giudizio di proporzionalità e adeguatezza avrebbe dovuto avere un diverso “oggetto”, rappresentato, appunto, dalle competenze legislative regionali. In altri termini, il legislatore statale avrebbe dovuto porre soltanto gli obiettivi da perseguire lasciando, poi, agli enti regionali di raggiungerli concretamente mediante una propria disciplina analitica, con la conseguenza che non sarebbero adeguate e proporzionate tutte quelle disposizioni che non lascino alcuno spazio di intervento alle Regioni. La Corte non condivide questa prospettiva, facendo chiaramente intendere che lo scrutinio stretto non può essere volto a salvaguardare competenze regionali in una materia, quale quella in esame, che la Costituzione espressamente attribuisce in via esclusiva allo Stato. Tale scrutinio è, invece, volto a verificare se sia riscontrabile un titolo di competenza riconducibile effettivamente alla tutela della concorrenza, al fine di proteggere gli ambiti materiali di spettanza regionale, che non riguardano aspetti di rilievo concorrenziale, cui sono riconducibili istituti afferenti anch'essi alla fase della procedura di evidenza pubblica.

Il giudizio di proporzionalità e adeguatezza non poteva, però, riguardare – è bene precisare – anche le competenze regionali “verticali” e cioè le competenze che formano l’“oggetto” del contratto di appalto per la semplice e ovvia ragione che i settori cui si riferiscono tali competenze non rientrano nell’ambito della disciplina generale contenuta nel Codice⁶¹, ma si “concretizzano” – come si è sopra evidenziato – nel momento dell’esercizio della propria autonomia negoziale da parte delle singole amministrazioni aggiudicatrici.

3. Servizi pubblici, tutela della concorrenza e modelli di mercato. I mercati pienamente liberalizzati.

Esaurita l’analisi della fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto, prima di occuparci del momento negoziale, dobbiamo verificare, sempre sul piano del riparto delle competenze legislative, come tale fase si svolge nel diverso settore dei

⁵⁹ In questo senso si era già espresso, in chiave critica rispetto a quanto affermato da C. cost. n. 345 del 2004, G. FARES, *La disciplina in materia di appalti pubblici sotto soglia e il sistema Consip al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 3863.

⁶⁰ Punto 6.7 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401 del 2007. Nello stesso senso si veda anche C. Cost. n. 452 del 2007.

La Corte ha utilizzato questo “argomento” per dichiarare inammissibili molte delle censure formulate dalle ricorrenti: quest’ultime, infatti, pur riconoscendo che in astratto la disciplina di quel determinato istituto fosse riconducibile alla tutela della concorrenza, hanno nondimeno addotto la violazione delle competenze regionali per il carattere eccessivamente analitico del contenuto delle norme impugnate. A fronte di censure così prospettate, la Corte ha ritenuto la inammissibilità delle stesse sottolineando come non sia sufficiente lamentare un siffatto carattere delle norme per desumerne la esorbitanza rispetto ai limiti della competenza statale, atteso che, come sottolineato nel testo, anche una disposizione dettagliata può essere proporzionata e adeguata rispetto al fine perseguito. Sarebbe stato, pertanto, necessario che la Regione indicasse altri elementi argomentativi in grado di supportare il fondamento dell’impugnazione proposta.

⁶¹ Si veda però quanto detto alla nota 45 a proposito della programmazione e della progettazione.

servizi pubblici⁶², al fine precipuo di stabilire come si atteggi il titolo di legittimazione statale rappresentato dalla tutela della concorrenza.

In via preliminare, appare opportuno sottolineare che anche i servizi pubblici, costituendo una modalità di esplicazione dell'attività amministrativa, non integrano gli estremi di una materia in senso stretto, ma si definiscono in ragione dello specifico settore nel quale gli stessi vengono erogati. E' bene, però, da subito sottolineare che la Corte costituzionale ha, invece, ritenuto che identificano un preciso ambito materiale, di spettanza residuale regionale, "i servizi pubblici locali"⁶³.

Nell'indagine volta a definire il riparto delle competenze legislative nel contesto che si sta esaminando appare opportuno, per ragioni espositive, muovere dall'analisi della tipologia di mercati.

Come è noto, in presenza di un mercato pienamente liberalizzato, ove non esiste alcuna barriera all'ingresso e ostacolo all'esercizio della libertà economica, gli operatori del settore possono agire contemporaneamente riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. E' questo l'obiettivo cui devono tendere, nell'ottica comunitaria, gli ordinamenti nazionali: l'art. 86, secondo paragrafo, prima parte, del Trattato CE, prevede, infatti, che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme del presente Trattato e in particolare alle regole della concorrenza». I bisogni dei cittadini devono, pertanto, essere soddisfatti non attraverso prestazioni amministrative poste in essere da una pubblica autorità ma mediante prestazioni erogate da privati che agiscono secondo regole imprenditoriali.

La sommaria descrizione delle caratteristiche di questo modello di mercato, invero più ideale che reale, deve guidarci nell'individuazione della materia o delle materie in cui l'attività che in esso si svolge può essere inquadrata e quindi del soggetto competente a dettare la relativa disciplina.

Innanzitutto, è bene chiarire che, a rigore, non dovrebbe neanche avere ingresso la nozione di servizio pubblico: in un mercato autonomo ed efficiente le esigenze dei cittadini sono direttamente garantite dalle imprese private. L'affermazione, ai nostri fini, ha una ridotta rilevanza applicativa per la semplice ragione che, come già sottolineato, i servizi pubblici non integrano comunque una materia in senso tecnico. Il prevalente ambito materiale di riferimento si definisce, pertanto, avendo riguardo alla natura del settore (ad esempio energia, comunicazioni elettroniche, ecc.) in cui le prestazioni vengono concretamente effettuate.

Ferma restando la validità della regola appena enunciata, occorre chiedersi quale spazio possa comunque essere riservato in questo contesto – la cui definizione risulta ancora una volta influenzata dal diritto comunitario – alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza.

Sul punto, non sarebbero, invero, ipotizzabili interventi legislativi riconducibili né alla concorrenza "nel" mercato, perché il mercato è stato già pienamente liberalizzato, né alla concorrenza "per" il mercato, in quanto l'accesso al mercato stesso dovrebbe essere libero o al più caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica – qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti – in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. Non sarebbe, pertanto, neanche astrattamente configurabile il ricorso a procedure di selezione, potendo "tutti" competere esercitando la propria libertà economica.

⁶² In proposito si veda, da ultimo, M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in G. CORSO- V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, vol. II, Milano, 2006, 3 e ss.

⁶³ Una affermazione chiara in questo senso la si rinviene nella sentenza n. 29 del 2006 della Corte costituzionale.

In definitiva, nessuna concorrenza “nel” mercato, perché già attuata, e nessuna concorrenza “per” il mercato, perché non necessaria.

L’unico aspetto di rilevanza della materia della tutela della concorrenza è rappresentato dalla determinazione di regole *antitrust*: lo Stato, infatti, deve intervenire non per gestire attività economiche ma unicamente per garantire la “permanenza” di condizioni paritarie mediante la repressione dei comportamenti illeciti posti dalle imprese che operano nel segmento di mercato che stiamo esaminando. E, sotto tale profilo, il titolo di competenza statale si atteggia secondo le medesime modalità già illustrate a proposito dei contratti di appalto.

3.1. Il modello di mercato regolato. Il caso dei servizi pubblici locali: proprietà delle reti, gestione del servizio e concorrenza “nel” mercato.

Diverso discorso va fatto con riferimento ai mercati che devono ancora essere liberalizzati al fine di consentire l’apertura alla concorrenza di attività precedentemente esercitate in regime di monopolio o «al riparo di barriere e coperture legali e amministrative»⁶⁴. Non è questa la sede per analizzare, in generale, quali possano essere gli strumenti di liberalizzazione. A solo titolo esemplificativo, al di là di quanto diremo a proposito dei servizi pubblici locali, è certamente una misura di liberalizzazione la imposizione ai soggetti che detengono posizioni dominanti di regole speciali volte ad assicurare la progressiva apertura del mercato, quali, ad esempio, gli obblighi di accesso all’infrastruttura, ovvero l’eliminazione dei diritti speciali ed esclusivi attribuiti dagli Stati membri alle imprese incaricate di svolgere determinate attività economiche.

In tali mercati, può accadere che le imprese private non siano in grado da sole di soddisfare le esigenze dei cittadini offrendo prestazioni informate ai principi della continuità, uguaglianza di trattamento, generalità e coesione sociale, nonché ad un prezzo accessibile nel rispetto, altresì, di determinati *standard* qualitativi. In tutti questi casi, che prefigurano il fallimento del mercato stesso, lo Stato deve intervenire imponendo appositi obblighi di servizio strettamente indispensabili al perseguimento della missione di pubblico interesse⁶⁵.

Alla luce delle descritte caratteristiche dei mercati parzialmente liberalizzati, dobbiamo analizzare come si ripartiscono le competenze tra Stato e Regioni, prendendo in esame lo specifico settore dei servizi pubblici locali⁶⁶, in relazione al quale sono state emanate significative sentenze della Corte costituzionale⁶⁷.

⁶⁴ G. NAPOLITANO, *Le normative di liberalizzazione*, in G. VESPERINI – G. NAPOLITANO (a cura di), *Liberalizzazione e concorrenza*, Milano, 1999, 9.

⁶⁵ Un obbligo di servizio rilevante è certamente l’obbligo di servizio universale. L’apertura alla concorrenza e l’applicazione da parte delle imprese di settore delle regole di mercato nello svolgimento della propria attività, potrebbe indurre dette imprese a negare «l’accesso ai servizi essenziali a una significativa fascia di cittadini, che, ad esempio, risiedono in zone non densamente popolate o che si trovano in una condizione di disagio economico, sociale o personale» (G. NAPOLITANO, voce *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, 5520). In tali casi, esigenze di interesse pubblico potrebbero imporre che quel servizio sia garantito a “tutti” gli utenti e consumatori a prescindere dall’ubicazione geografica dei destinatari ed a un prezzo accessibile o abbordabile.

⁶⁶ Non è, ovviamente, possibile prendere in esame l’intero settore dei servizi pubblici, in quanto ciò implicherebbe fare riferimento a contesti disciplinati da leggi diverse (telecomunicazioni, gas, energia, ecc.): per una analisi di carattere generale si rinvia a M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, spec. 17 e ss. Si tenga conto, comunque, che le osservazioni che seguono nel testo in relazione all’ambito di incidenza della tutela della concorrenza sono, in linea di principio, estensibili anche ai suindicati settori. Anche se, è bene aggiungere, che i servizi pubblici locali, a differenza di quelli nazionali, non sono stati disciplinati da una specifica normativa comunitaria derivata, operando per essi esclusivamente i principi generali recati dal Trattato CE.

⁶⁷ In particolare C. cost. nn. 80 e 29 del 2006 e n. 272 del 2004; in dottrina si veda, in argomento, G. FARES, *Servizi pubblici locali e promozione della concorrenza fra Stato e Regioni*, in *Studium iuris*, 2006, 976 e ss.

Innanzitutto, l'esistenza di obblighi di servizio conseguenti alla mancata completa liberalizzazione del settore deve condurre a ritenere che siamo in presenza di "servizi pubblici" e che, nello specifico esiste una materia "servizi pubblici locali" di rilevanza economica attribuita alla competenza residuale delle Regioni⁶⁸.

Chiarito ciò, occorre verificare come e in che limiti possa operare in tale ambito materiale il titolo di legittimazione statale rappresentato dalla tutela della concorrenza.

Appare, innanzitutto, opportuno ricordare che il legislatore statale ha introdotto, con l'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), così come successivamente modificato, una rilevante distinzione tra: proprietà degli impianti e delle reti; gestione delle predette infrastrutture; ed erogazione del servizio.

Non è questa la sede per procedere ad una analisi dettagliata del contenuto della citata norma, ci limiteremo soltanto a prendere in esame quegli aspetti della disciplina che possono essere ricondotti alla concorrenza "nel" e "per" il mercato.

In questa prospettiva, occorre sottolineare, innanzitutto, come rispondano alle esigenze di garanzia della concorrenza "nel" mercato le norme che contemplano strumenti di liberalizzazione del mercato stesso volti, appunto, a promuovere la concorrenza in vista della sua piena realizzazione.

In questo ambito si inseriscono senz'altro le norme che hanno sancito la separazione della proprietà delle reti e delle altre dotazioni patrimoniali (attribuita agli enti locali) dalla gestione del servizio. In generale, in tutti i servizi pubblici offerti attraverso una rete, tale separazione costituisce uno strumento di liberalizzazione e, dunque, un mezzo di promozione della concorrenza. Queste, in sintesi, le ragioni. La rete è normalmente non duplicabile e quindi "unica"⁶⁹, per cui se la sua proprietà non fosse separabile dalla gestione del servizio, la conseguenza sarebbe che quest'ultima non potrebbe che spettare ad un "unico" gestore che opererebbe in regime di monopolio (naturale). Separando la proprietà della rete dalla gestione, invece, si può, in tesi, aprire il mercato a più soggetti per la gestione del servizio⁷⁰. Così, a titolo esemplificativo, si può scorporare la rete di una ferrovia metropolitana per poi far correre sui binari treni appartenenti a diversi gestori⁷¹. Si tenga, inoltre, conto del fatto che, in mancanza di questa previsione, gli operatori di settore incontrerebbero una forte barriera all'entrata rappresentata dalla necessità di dovere "acquistare" la proprietà del bene per gestire il servizio, con prevedibili difficoltà soprattutto economiche. Ma anche qualora la rete fosse astrattamente "duplicabile" non si potrebbe imporre all'operatore di costruire una "propria rete" introducendo la regola «ogni gestore una sua rete»⁷². Ciò in quanto anche in questo caso si realizzerebbe un ostacolo all'accesso al mercato costituito da costi di costruzione così alti da indurre l'aspirante gestore a rinunciare all'impresa⁷³, con la conseguenza che quel servizio continuerebbe ad essere erogato dal "vecchio" monopolista.

Al principio della proprietà pubblica delle reti e della loro intrasferibilità si affianca poi il principio di separazione, secondo quanto previsto dalle discipline di settore, dell'attività

⁶⁸ Si veda sentenze nn. 29 del 2006 e 274 del 2004.

⁶⁹ Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dell'8 novembre 2001, cit.

⁷⁰ Non tutti sono, però, d'accordo sulla circostanza che la separazione tra proprietà e gestione costituisca un idoneo strumento di liberalizzazione: si è, ad esempio, affermato che la scelta legislativa è stata ispirata «non tanto alla soddisfazione del principio della concorrenza (...), quanto alla necessità di sottrarre i beni pubblici ai possibili effetti negativi conseguenti alle cattive gestioni dei servizi» (M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 124).

⁷¹ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 51.

⁷² In questo senso G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario della associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 35.

⁷³ G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, cit.

di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, dall'attività di erogazione del servizio.

Anche questa forma di separazione, determinando una segmentazione del mercato, costituisce un utile mezzo di promozione della concorrenza. Tale principio è stato introdotto per evitare che un medesimo soggetto possa svolgere congiuntamente attività in monopolio naturale, quale la gestione delle reti⁷⁴, e attività potenzialmente esercitabili in regime di concorrenza, quale la gestione dei servizi. Il contestuale esercizio di tali compiti presenta, infatti, il pericolo che l'impresa verticalmente integrata attui la pratica delle cosiddette "sovvenzioni incrociate", trasferendo le risorse ottenute in settori caratterizzati da monopolio naturale (gestione della rete) in attività esercitate in regime di concorrenza (erogazione del servizio). Ciò potrebbe comportare un rafforzamento di posizioni dominanti, con possibile formazione di barriere all'entrata di nuovi operatori.

La portata di questo principio è, però, svilita dalla previsione, contenuta nel terzo comma dell'art. 113, secondo cui la separazione è una mera possibilità, e non un obbligo, rimessa alle scelte attuate dalle discipline di settore⁷⁵.

E' evidente che anche questo aspetto della tutela della concorrenza è strettamente correlato alle libertà comunitarie: la presenza di un mercato chiuso impedisce o ostacola la circolazione delle merci, la libertà di stabilimento o la libera circolazione dei capitali⁷⁶.

In definitiva, pertanto, esiste una materia "servizi pubblici locali" che viene "attraversata", come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 272 del 2004, da un titolo di legittimazione statale riconducibile alla tutela della concorrenza, *sub specie* di concorrenza "nel" mercato.

Ciò impone lo svolgimento di uno scrutinio stretto alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza al fine di stabilire se le singole norme siano effettivamente necessarie per il perseguimento dell'obiettivo statale ovvero se le stesse afferiscano piuttosto alla specifica competenza regionale nella materia in esame. Allo stesso modo, la suddetta natura della tutela della concorrenza imporrebbe il normale rispetto del principio di leale collaborazione nella fase di attuazione della legge stessa.

Rimane da accertare quale sia lo spazio riservabile alle Regioni e, in particolare, se le stesse possano prevedere misure idonee a liberalizzare "di più" il mercato. Per dare una risposta coerente ai principi affermati dalla Consulta, in particolare, con la sentenza n. 431 del 2007, dovremmo ritenere che ciò sia possibile soltanto nel caso in cui la legge regionale abbia quale "oggetto principale e diretto" la regolamentazione del settore dei servizi pubblici e soltanto in maniera indiretta e marginale la relativa disciplina produce un effetto di liberalizzazione. Ma quando ciò si verifica è difficile stabilirlo. Presto il giudice delle leggi dovrà, comunque, prendere posizione anche su questo specifico profilo in quanto lo Stato ha impugnato l'art. 49, comma 1, della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26 che, in materia di servizio idrico integrato, impone la separazione della gestione della rete da quella del servizio. A livello di legislazione statale di settore non sembra che sia stato con la stessa chiarezza imposto il rispetto di tale principio dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale)⁷⁷. Si tratterà, allora, di stabilire

⁷⁴ Dato che, come detto, molte infrastrutture di rete non sono, infatti, economicamente duplicabili, l'attività di gestione delle stesse costituisce monopolio naturale.

⁷⁵ Il legislatore ha, così, disatteso il suggerimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (parere dell'8 novembre 2001, cit) che, nell'esercizio della propria attività di segnalazione al Parlamento e al Governo, aveva sottolineato che «considerati gli effetti positivi riconducibili a tale misura, sarebbe auspicabile che anche nel settore dei servizi pubblici locali la separazione della gestione delle reti dall'erogazione del servizio non fosse prevista come mera possibilità, ma fosse assistita da un chiaro *favor normativo*».

⁷⁶ G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, spec. 280.

⁷⁷ Si veda comunque quanto stabilito in particolare dall'art. 147, comma 2, lettera b).

se il legislatore regionale abbia inteso regolamentare in via “principale” il settore dei servizi idrici integrati, con indiretti effetti di liberalizzazione connessi alla specificità del settore stesso, ovvero abbia inteso dettare una disciplina mirata a liberalizzare tale settore.

3.2. Le procedure di gara e la concorrenza “per” il mercato.

Per quanto attiene, invece, alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, il citato art. 113 contempla tre diversi modelli rappresentati, come è noto: dalla procedura di evidenza pubblica; dall’affidamento diretto a soggetti che hanno le caratteristiche dell’*in house providing*; dall’affidamento diretto a società miste il cui socio privato sia scelto mediante gara.

La disciplina delle procedure di evidenza pubblica per la scelta della società o del socio privato per la gestione di quel determinato servizio è certamente riconducibile alla concorrenza “per” il mercato⁷⁸, con conseguente legittimazione dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e) Cost.

Sul punto appare, però, opportuno mettere in rilievo il diverso modo di atteggiarsi delle competenze statali e regionali rispetto al settore degli appalti.

In tale settore, come già sottolineato, in considerazione della disciplina di carattere generale contenuta nel Codice, un problema di interferenza con potestà legislative regionali – risolto dalla Corte, quando le sfere di competenza non siano chiaramente separabili, mediante il giudizio di prevalenza – può prospettarsi soltanto sul piano “orizzontale” di disciplina della procedura di gara. Sul piano “verticale” non si realizza alcuna interferenza ma una mera sovrapposizione tra i diversi titoli di legittimazione, costituendo le competenze regionali l’«oggetto» su cui incide la funzione legislativa espletata dallo Stato in materia di tutela della concorrenza.

Nel settore dei servizi pubblici locali, la situazione è differente, atteso che lo Stato detta la propria normativa in un ambito che appartiene alla competenza regionale in via residuale. Si comprende, pertanto, perché la Corte, con la citata sentenza n. 272 del 2004, abbia affermato che la competenza statale si “intreccia” inestricabilmente con interessi rientranti nella sfera di competenza regionale. Ne consegue che il titolo di legittimazione statale, nella fase della procedura di gara, non si limita ad interferire, come avviene per gli appalti, con singoli “istituti” che potrebbero essere ricondotti a competenze regionali ma intreccia in senso stretto un intero “settore” afferente ad un ambito di spettanza della Regione, quale è, appunto, quello dei servizi pubblici locali. Non sarebbe, pertanto, neanche prospettabile un piano “verticale” delle competenze, atteso che le competenze regionali non costituiscono normalmente l’“oggetto” della funzione statale ma “entrano” esse stesse “dentro” la disciplina della procedura di gara.

Si può, pertanto, concludere sul punto ribadendo che nel caso in esame la trasversalità torna a funzionare secondo gli ordinari meccanismi: lo Stato detta le regole e queste regole si “impongono” in un “settore” assegnato alla potestà legislativa delle Regioni.

Da quanto esposto, ne consegue, innanzitutto, che il giudizio di proporzionalità e adeguatezza sarà volto a verificare se la disciplina statale sia effettivamente mirata a garantire la concorrenza “per” il mercato ovvero se la stessa attenga piuttosto alla materia dei servizi pubblici locali. Applicando questo criterio di giudizio la Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, ha ritenuto sproporzionata rispetto al fine perseguito la previsione di “estremo dettaglio” dei criteri, in base ai quali la gara viene aggiudicata, contemplati dal comma 7 dell’art. 113. In secondo luogo, sarebbe necessario prevedere adeguate forme di leale collaborazione nella fase di adozione di eventuali atti regolamentari.

⁷⁸ In questo senso C. cost. n. 272 del 2004, la quale, però, non utilizza l’espressione concorrenza “per” il mercato, che, come già sottolineato, viene per la prima volta impiegato dalla più volte citata sentenza n. 401 del 2007.

3.3. Gli altri modelli gestionali: *in house providing* e società miste.

Più complessa è la questione relativa alla individuazione del titolo di legittimazione statale in relazione all'affidamento a società totalitarie e a società miste.

Iniziamo dalle società totalitarie.

Come è noto, l'espressione in *house providing*, nel settore in esame, identifica il fenomeno di autoproduzione di servizi da parte della pubblica amministrazione, che li attinge all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara e, dunque, al mercato, purché sussistano i requisiti del "controllo analogo" e dell'"attività dedicata"⁷⁹.

Occorre a questo punto chiedersi se la disciplina di questo istituto sia o meno riconducibile alla tutela della concorrenza.

A rigore, l'affidamento diretto a società totalitarie pubbliche, essendo alternativo alle procedure di gara, non potrebbe essere ricondotto alla concorrenza "per" il mercato, che presuppone, come affermato nella sentenza n. 401 del 2007, l'esistenza di procedure competitive e di garanzia per le imprese e i consumatori o, comunque, l'esistenza di procedimenti anche negoziati ma pur sempre ancorati alla individuazione di precisi presupposti. Nella sentenza n. 430 del 2007 la Corte, sia pure con riferimento ad un diverso settore ma con affermazioni di portata generale, ha sottolineato che «non possono ricondursi all'espressione tutela della concorrenza quelle misure statali che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano»⁸⁰.

La disciplina dell'*in house*, pertanto, si sarebbe potuta ricondurre a questo ambito materiale soltanto se il legislatore avesse previsto in maniera puntuale e rigorosa quali siano i casi in cui l'amministrazione può ricorrere a tale modulo gestorio, ponendo a carico della stessa uno specifico obbligo motivazionale. In questa prospettiva, l'eccezionalità dell'istituto⁸¹ dovrebbe venire in rilievo non soltanto ai fini della interpretazione dei requisiti in presenza dei quali si ha controllo analogo e attività dedicata ma anche ai fini dell'individuazione delle ipotesi in cui si può fare ricorso a tale strumento gestionale. Solo così si potrebbe considerare l'intervento del legislatore statale finalizzato a circoscrivere le ipotesi in cui l'amministrazione locale può decidere di non ricorrere al mercato evitando così libere scelte idonee a ridurre o eliminare l'assetto concorrenziale del mercato stesso.

Invero, se può ritenersi che la legge statale abbia indicato i presupposti per la configurabilità dell'*in house*, consentendo così una loro interpretazione restrittiva, non altrettanto può affermarsi in ordine alla definizione del rapporto (regola/eccezione) che deve esistere tra tale istituto e le regole competitive, con la conseguente impossibilità, allo stato della legislazione, di ritenere sussistente il titolo di legittimazione statale rappresentato dalla concorrenza "per" il mercato.

A ciò si aggiunga che, comunque, questo sistema di gestione dei servizi potrebbe risolversi in una sistematica violazione anche delle regole della concorrenza "nel" mercato.

⁷⁹ Per indicazioni relative al significato di questi requisiti sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *I servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA-V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, cit., 758 e ss. Si segnala che il Codice degli appalti non contempla l'*in house providing* tra le possibili "procedure di affidamento". Non è questa la sede per affrontare la problematica relativa alla sua ammissibilità (negata, nel silenzio del legislatore, da Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in www.lexItalia.it, 2007). Mi limito soltanto a sottolineare che anche a volerne ritenere l'astratta configurabilità si porrebbe il problema, che affronteremo tra breve nel testo, di indicare specificamente e puntualmente le motivazioni che giustificano il ricorso a tale istituto, se si vuole che lo stesso sia conforme alle prescrizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza (si veda Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587 del 2007, in www.lexitalia.it, 2007, che sembra invece ritenere non necessaria alcuna motivazione).

⁸⁰ Punto 3.2.1 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ In questo senso si veda, tra le altre, Corte di Giustizia, sentenza del 6 aprile 2006 in causa C-410/04.

Se l'ente locale avesse, infatti, ampia discrezionalità nel decidere se affidare quel determinato servizio ricorrendo all'*in house providing* ovvero a terzi a seguito di una procedura di gara, si verrebbe ad instaurare un meccanismo che precluderebbe la stessa apertura del mercato. Con ciò non si vuol dire che il ricorso al procedimento concorsuale costituisca in sé un mezzo di liberalizzazione: è evidente, infatti, che se il mercato è strutturalmente chiuso, il ricorso ad una procedura competitiva potrà condurre all'affidamento del servizio ad un solo gestore; se, invece, il mercato è stato già parzialmente liberalizzato è altrettanto evidente che, a seguito dell'espletamento della gara, potranno essere individuati più operatori economici cui assegnare la gestione di un determinato segmento di mercato. In quest'ultimo caso, però, se l'amministrazione decide di ricorrere sistematicamente ai propri servizi interni si precluderebbe in radice la possibilità di utilizzare le potenzialità insite in un sistema che invece si presta ad essere gestito da una pluralità di soggetti. In altri termini, non avrebbe alcun senso introdurre misure di liberalizzazione in mancanza dei "presupposti" della loro concreta "utilizzazione" e cioè il ricorso al mercato mediante procedure di gara. Queste modalità di funzionamento si ripercuoterebbero anche negativamente nella sfera giuridica degli utenti amministrati: i costi di gestione di un servizio, e il conseguente aumento della spesa pubblica, da parte della pubblica amministrazione potrebbero essere superiori a quelli garantiti da privati in un mercato di libera concorrenza, con evidenti ripercussioni, tra l'altro, sullo stesso sistema di determinazione dei prezzi.

Da quanto esposto deriva, a rigore, che la normativa recata dal citato art. 113 non potrebbe essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza nella parte in cui disciplina l'istituto dell'affidamento diretto a società totalitarie pubbliche, che abbiano i presupposti ivi contemplati. Ciò in quanto, l'istituto in esame non solo "derogherebbe" alle regole della concorrenza "per" il mercato, ma rischierebbe di pregiudicare le stesse esigenze sottese alla concorrenza "nel" mercato, se si condivide l'assunto secondo cui la procedura di gara, nel suo insieme, può costituire un "presupposto" per la stessa liberalizzazione del mercato.

Alla luce di quanto sin qui detto, ne consegue che la disciplina dell'*in house providing* non potrebbe essere giustificata mediante il richiamo al titolo di competenza rappresentato dalla tutela della concorrenza. Nella specie mi sembra che vengano in rilievo aspetti inerenti al piano organizzativo dell'ente, come risulta anche dalla circostanza che la stessa giurisprudenza comunitaria e nazionale impieghi l'espressione di "delegazione interorganica" per descrivere il rapporto esistente tra l'ente locale e il soggetto cui viene direttamente affidato il compito di gestire quel determinato servizio. Non sarebbe, però, evocabile il titolo di legittimazione statale rappresentato dalle "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera *p*), atteso che, come affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 2004, la gestione dei servizi pubblici locali «non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale»⁸². In definitiva, pertanto, la competenza dovrebbe spettare in via residuale alle Regioni.

Rimane fermo che la Corte, come forse ha implicitamente fatto con la citata sentenza n. 272 del 2004, possa svolgere un giudizio complessivo e ritenere che, guardando all'intera procedura di individuazione del soggetto gestore, sia "prevalente" la materia della tutela della concorrenza, con conseguente possibilità del legislatore statale di rinvenire il titolo di legittimazione nella lettera *e*) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione anche con riferimento alla disciplina dell'*in house providing*⁸³.

⁸² Punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁸³ Rimarrebbe comunque il dubbio circa la possibilità di svolgere il giudizio di prevalenza con riferimento ad un istituto che non solo rientrerebbe nella competenza regionale ma che violerebbe, altresì, la stessa competenza statale in materia di tutela della concorrenza, nell'ambito della quale si vorrebbe "assorbire".

Per quanto attiene all'affidamento diretto a società miste locali, si tratta di stabilire se la previsione contenuta nell'art. 113, comma 5, lettera *b*), del dlgs. n. 267 del 2000 – secondo cui «il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica» – possa essere sufficiente a far ritenere che tale misura legislativa sia riconducibile nell'ambito della materia della tutela della concorrenza.

Senza poter affrontare *funditus* tale problematica⁸⁴, ai nostri fini appare sufficiente rilevare che recentemente il Consiglio di Stato, sez. II, con parere 18 aprile 2007, n. 456, ha ritenuto che, affinché tale modalità di gestione non si risolva in una violazione delle regole della concorrenza, è necessario ammettere la possibilità del ricorso a questo modulo gestionale soltanto quando detta società sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati «da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partnernariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partnernariato, prevedendo allo scadere una nuova gara»⁸⁵.

Aderendo a questo orientamento giurisprudenziale si viene a creare una sostanziale equivalenza tra la scelta amministrativa di ricorrere alla completa esternalizzazione di quel “determinato servizio” con procedure di evidenza pubblica e la scelta di ricorrere ad una parziale esternalizzazione mediante la creazione di una società mista il cui socio privato sia individuato con procedure competitive per la gestione dello stesso “determinato servizio”.

La differenza tra i due modelli comunque rimane, in quanto è evidente che il modulo della società mista riduce in percentuale alla partecipazione pubblica il ricorso al libero mercato. Sarebbe, pertanto, anche in questo caso necessaria una puntuale indicazione dei presupposti che giustificano il ricorso ad esso con onere di specifica motivazione da parte dell'amministrazione, come del resto ha sottolineato correttamente il Consiglio di Stato con il parere citato. In assenza, però, di una espressa previsione legislativa in questo senso permangono dubbi analoghi a quelli manifestati in relazione all'*in house providing*.

In conclusione, però, si potrebbe ritenere che, anche in presenza di tale modello gestionale, in applicazione del principio di prevalenza, la Corte possa giustificare la competenza legislativa esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza”, soprattutto alla luce dell'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato in relazione alle modalità di scelta del socio privato.

Rimane anche in questo caso aperta la questione relativa agli spazi concedibili alle Regioni. Applicando sempre il criterio di giudizio offerto dalla sentenza n. 431 del 2007, si dovrebbe ritenere che una normativa regionale relativa alla procedura di scelta del gestore potrà considerarsi legittima soltanto se la stessa rappresenti un effetto “indiretto e marginale” di una regolamentazione mirata a disciplinare il settore dei servizi pubblici. In questa prospettiva, se sarebbe certamente “proconcorrenziali” una norma regionale che preveda soltanto la procedura competitiva, quale unico modello gestionale, eliminando qualsiasi riferimento all'*in house providing* e alle società miste, potrebbe tale norma considerarsi rispettosa anche degli altri requisiti indicati dalla Consulta?

4. La fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti di appalto e la materia dell'ordinamento civile.

Terminata la trattazione delle principali questioni relative alla fase di procedura di evidenza pubblica nel settore degli appalti e dei servizi nonché alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, dobbiamo adesso occuparci del momento tipicamente negoziale.

⁸⁴ Per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 766.

⁸⁵ Si vedano, però, le perplessità sollevate da Consiglio di Stato sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., in ordine al modello di società che deriva dalla ricostruzione effettuata dal citato parere n. 456.

Iniziamo ancora una volta dai contratti di appalto.

La legge generale di contabilità dello Stato prevedeva che l'aggiudicazione definitiva, «in seguito ad incanti pubblici o private licitazioni», equivaleva a contratto⁸⁶: era, quindi, da questo momento che iniziava la fase negoziale. Il Codice degli appalti ha, invece, chiaramente affermato che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione del contratto⁸⁷, con la conseguenza — sottolineata anche dalla sentenza n. 401 — che il momento di stipulazione del contratto acquista sempre ed in ogni caso una sua autonoma valenza, segnando il momento di inizio del procedimento negoziale.

Chiarito ciò, deve rilevarsi come, con la sentenza in esame, la Corte si sia per la prima volta pronunciata in ordine al rapporto tra contratti della pubblica amministrazione e ordinamento civile. In questa sede non interessa ripercorrere tutti gli orientamenti prospettati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁸. Ci soffermeremo ad analizzare soltanto le affermazioni contenute nella sentenza in esame⁸⁹.

Il giudice delle leggi ha riconosciuto la competenza statale facendo leva sulla circostanza che il rapporto che si instaura tra p.a. e privato è un rapporto di natura privatistica in relazione al quale la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio di «autonomie negoziali» e non di poteri autoritativi⁹⁰. Ai fini della delimitazione dell'ambito materiale in esame, occorre, dunque, avere riguardo non alla natura del soggetto (privato o pubblico) che stipula il contratto ma al profilo oggettivo del rapporto instaurato per verificare se lo stesso e le correlative norme che lo disciplinano abbiano effettivamente natura privatistica e non necessariamente “interprivata”. Non occorre, inoltre, si chiarisce, che «detti rapporti debbano rinvenire la loro disciplina (...) sul piano codicistico».

Quando ricorrono questi presupposti si giustifica un intervento unitario del legislatore per assicurare il rispetto del principio di uguaglianza⁹¹.

⁸⁶ Art. 16, comma 4, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato).

⁸⁷ Si veda art. 11, comma 7.

⁸⁸ Per una recente analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale si veda P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, 281 e ss.

⁸⁹ Si segnala soltanto che, con riferimento al rapporto esistente tra “ordinamento civile” e “limite di diritto privato”, la Corte, con la sentenza n. 282 del 2004, ha affermato che il “limite del diritto privato” alla potestà legislativa regionale «è rimasto fondamentalmente invariato nel passaggio dal vecchio al nuovo testo dell'art. 117». In dottrina, ritiene, invece, che l'ordinamento civile costituisca una vera e propria «materia riservata allo Stato» G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale*, in A.a.V.v., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 105.

⁹⁰ Sul punto, invero, in dottrina (E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, spec. 173 e ss.), si è sottolineato che occorre distinguere tra “diritto generale” – applicabile nei confronti di “ogni soggetto” e rientrante nell'ambito della materia “ordinamento civile” – e “diritto speciale” applicabile alle sole fattispecie in cui almeno una parte sia una pubblica amministrazione ed escluso, in quanto tale, dall'ambito di operatività della suddetta materia. Nella prospettiva in esame, quando la p.a. – ancorché non agisca nell'esercizio di poteri pubblicistici – sia destinataria di un diritto privato “modificato”, troverebbe legittimazione la potestà legislativa regionale.

S. BARTOLE, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in *L'ordinamento civile, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit. 72, ritiene, invece, che il legislatore costituzionale abbia utilizzato l'espressione “ordinamento civile”, senza fare riferimento alla consolidata formula del limite del diritto privato, al fine, tra l'altro, «di attingere livelli di normazione che, pur conformi al modello della normazione civilistica, trascendono le dimensioni proprie dei rapporti interprivati (si pensi all'uso del diritto civile da parte delle pubbliche autorità)». L'affermazione in sé, come sottolineato nel testo, è condivisibile anche se forse già prima della riforma costituzionale del 2001 poteva pervenirsi a tale conclusioni (sul mutamento di espressione da “limite di diritto privato” ad “ordinamento civile” si veda la citata sentenza n. 282 del 2004).

⁹¹ N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in *L'ordinamento civile, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., 6, richiama, a fondamento delle esigenze di uniformità sull'intero territorio nazionale della disciplina privatistica, l'art. 5 della Costituzione.

La Corte ha, inoltre, posto in evidenza che la competenza statale può affermarsi “anche” perché l’intervento del legislatore, «per l’attività di unificazione e semplificazione normativa svolta», riveste «valenza sistematica». Potrebbe sembrare che il giudice delle leggi abbia inteso avvalorare la tesi di chi ritiene che l’impiego da parte del legislatore dell’espressione «ordinamento» imponga che l’intervento abbia, appunto, una portata sistematica⁹².

Sul punto, invero, la Consulta, con la formula impiegata («avente, tra l’altro»), non sembra abbia voluto attribuire al predetto dato ordinamentale una valenza generale e decisiva. Si è, infatti, utilizzata una diffusa tecnica di giudizio che potrebbe nella specie essere esplicitata nei seguenti termini: “anche a volere ritenere elemento imprescindibile di identificazione della materia dell’ordinamento civile la valenza sistematica dell’intervento, tale valenza nella specie sussiste”. Ciò esonera la Corte dal prendere posizione, con affermazioni di carattere generale e “vincolanti” anche per il futuro, sulla portata che l’intervento statale deve avere perché possa ritenersi sussistente il titolo di legittimazione rappresentato dall’ordinamento civile.

Alla luce delle osservazioni sin qui sinteticamente svolte, emerge come il giudice delle leggi ritenga che la fase di stipulazione del contratto e di esecuzione dello stesso debba, nei limiti sopra indicati, ricondursi alla materia dell’ordinamento civile⁹³. Questo conferma quanto già sottolineato⁹⁴ e cioè che la definizione delle materie risente dell’evoluzione della legislazione anche successiva alla riforma del 2001. Se il quadro normativo di riferimento fosse stato rappresentato dalla legge generale di contabilità di Stato la Corte costituzionale avrebbe dovuto indicare, in presenza di «incanti pubblici» o «private licitazioni», l’inizio della fase negoziale nel momento dell’aggiudicazione. Oggi, in considerazione di quanto previsto al comma 7 dell’art. 11 dal Codice degli appalti (e dunque da una normativa successiva alla riforma del Titolo V) e come riconosciuto nella stessa sentenza n. 401, il limite del diritto privato è stato “spostato in avanti” in conseguenza del mutamento del contesto legislativo in cui si collocano le disposizioni censurate dalle Regioni.

Deve anzi ritenersi che se la “norma-manifesto” rappresentata dall’art. 1-*bis* della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa) – secondo cui «la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» – dovesse trasformarsi in una direttiva precettiva a seguito dell’emanazione di specifiche disposizioni di diritto privato, anche la fase della procedura di evidenza pubblica potrebbe essere retta da norme privatistiche e quindi forse rientrare anch’essa prevalentemente nell’ambito della materia dell’ordinamento civile⁹⁵.

4.1. Il limite del diritto privato e le competenze regionali.

⁹² Cfr. S. BARTOLE, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, cit., 85, il quale sottolinea come «ordinamento è qualcosa di più di un plesso settoriale di norme».

⁹³ La Corte ritiene, inoltre, che la previsione dell’art. 53, comma 1, del Codice, nella parte in cui individua in modo tassativo ed esclusivo le tipologie di contratti mediante i quali possono essere realizzati i lavori pubblici, rientra nella materia dell’ordinamento civile, atteso che la stessa è finalizzata a «garantire uniformità di trattamento sull’intero territorio nazionale»; aggiungendosi, però, a tale proposito, come nella specie tale uniformità è anche «funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza» (punto 23.2 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 401).

⁹⁴ Si veda par. 1.

⁹⁵ Sulla portata di tale disposizione sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *L’attività contrattuale della pubblica amministrazione: profili generali*, in R. CHIEPPA-V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, spec. 490 e ss.

Rimane da accertare quale spazio possano avere le Regioni nel settore in esame, riprendendo la distinzione tra piano “orizzontale” e “verticale” delle competenze.

Iniziamo dal piano “orizzontale”, che in questo contesto si riferisce alla disciplina generale contenuta nel Codice relativa alla stipulazione ed attuazione del rapporto contrattuale, l’unico che, del resto, la Corte poteva prendere in esame.

Innanzitutto, la sentenza n. 401 del 2007 esclude la legittimità di una disciplina generale di matrice regionale relativa alla fase negoziale che si sta esaminando, ammettendo soltanto che, «in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico», possano, come affermato dallo stesso legislatore, «residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri riferibili, tra l’altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva» in relazione ai quali sussisterebbe, «qualora parte del contratto non sia una amministrazione statale», la competenza regionale in materia di “organizzazione amministrativa”⁹⁶. La Corte puntualizza, però, che «la riconducibilità (...) all’ambito della materia dell’ordinamento civile ovvero a materie di competenza regionale potrà essere stabilita soltanto in relazione alle singole e puntuali norme di disciplina delle fasi attinenti alla conclusione ed esecuzione del rapporto contrattuale»⁹⁷. E’ evidente, infatti, che la previsione di carattere generale contenuta nell’art. 4, comma 3, del Codice impone uno scrutinio sulle singole disposizioni contenute nelle parti del Codice stesso dedicate alla stipulazione ed attuazione del contratto di appalto⁹⁸.

Rimane, comunque, fermo il principio generale, a cui si è fatto più volte riferimento, secondo cui in presenza di una “concorrenza di competenze” appartenenti a diversi livelli di governo la potestà legislativa può essere individuata in applicazione del criterio della prevalenza. Ed è indubbio che per molte delle disposizioni specifiche contemplate nel Codice, riconducibili sia alla competenza in materia di ordinamento civile sia agli aspetti organizzativi di competenza regionale, debba essere assegnata valenza assorbente al primo titolo di legittimazione⁹⁹. Quando non è possibile svolgere il suddetto giudizio di prevalenza e si realizza un vero e proprio intreccio di competenze troverà applicazione il metodo della leale cooperazione che potrà operare secondo le coordinate già illustrate.

Rimane il dubbio di cosa accade in presenza di un potere amministrativo, che non abbia una valenza organizzativa, idoneo ad incidere sul rapporto di esecuzione del contratto di appalto. Sul punto la Corte non prende posizione, non trattandosi di una questione specificamente proposta.

⁹⁶ Sulla rilevanza del profilo soggettivo, ai fini del riparto delle competenze legislative, quando viene in rilievo la materia della “organizzazione amministrativa” si veda par. 2.1.

⁹⁷ Questa parte della motivazione è contenuta al punto 6.8 del *Considerato in diritto*.

⁹⁸ Nell’esame delle singole disposizioni impugnate afferenti a tale fase la Corte costituzionale conclude nel senso della sussistenza del titolo di legittimazione rappresentato dall’ordinamento civile con riferimento alle seguenti disposizioni: art. 53, comma 1, (nella parte in cui individua in modo tassativo ed esclusivo le tipologie di contratti, mediante i quali possono essere realizzati i lavori pubblici: si veda nota 94); art. 113 (di disciplina delle garanzie di esecuzione e coperture assicurative); art. 130, comma 2, lettera c (nella parte in cui prevede l’affidamento dell’attività di direzione dei lavori a «soggetti scelti con le procedure previste dal presente Codice per l’affidamento degli incarichi di progettazione»); 252, comma 6 (il quale prevede che gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie debbono essere approvati con decreto del Ministro delle attività produttive di concerto con il Ministro delle infrastrutture e trasporti).

Altre censure relative sempre a norme inerenti alla fase in esame sono state dichiarate dalla Corte costituzionale inammissibili per genericità delle stesse.

⁹⁹ La Corte costituzionale, ad esempio, sempre con la sentenza n. 401, fa riferimento a questo criterio di composizione della concorrenza di competenze a proposito, tra l’altro, della impugnazione degli artt. 120, comma 2, e 141, in materia di collaudo, ove, è più evidente la connessione tra la materia dell’ordinamento civile e gli aspetti di rilevanza organizzativa. Pur dichiarando inammissibili per genericità le censure formulate, si afferma, infatti, che «Le disposizioni impugnate afferiscono alla esecuzione del rapporto contrattuale e, dunque, attengono prevalentemente alla materia dell’ordinamento civile» (punto 23.2 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto).

A mio avviso, le possibili opzioni interpretative sono due.

Si potrebbe ritenere che anche in questo caso non possa farsi ricorso al titolo di legittimazione statale in esame, con la conseguenza che occorre avere riguardo al settore cui il potere amministrativo si riferisce per inferirne quale sia la materia che viene in rilievo e quindi il soggetto competente a dettare la relativa disciplina. Rimane ovviamente ferma la possibilità di svolgimento del giudizio di prevalenza.

In alternativa, si potrebbe ritenere che non sia possibile evocare la competenza in materia di ordinamento civile soltanto nel caso in cui il potere amministrativo esercitato sia idoneo a mutare la natura del rapporto sui cui incide. Qualora, invece, l'esercizio di siffatto potere unilaterale lasci immutate le situazioni giuridiche coinvolte, la relativa disciplina continuerebbe ad essere sussumibile nell'ambito della materia dell'ordinamento civile. In altri termini, non essendovi alcuna incompatibilità tra potere amministrativo e rapporto privatistico, è forse preferibile avere riguardo alla natura del rapporto piuttosto che alla natura del potere.

In definitiva, sul piano "orizzontale" è possibile riconoscere una competenza regionale soltanto in relazione a singoli "istituti" che compongono lo stesso procedimento negoziale.

Passando ad occuparsi del piano "verticale" delle competenze, lo spazio per un intervento regionale dovrebbe essere parzialmente diverso.

In questo contesto, le eventuali diverse competenze regionali possono riguardare non singoli "istituti" ma interi "settori" afferenti a materie di competenza delle Regioni stesse che rappresentano, per riprendere la terminologia impiegata a proposito della tutela della concorrenza, l'"oggetto" del contratto di appalto. Dobbiamo allora chiederci se le Regioni nel disciplinare la materia "oggetto" dell'appalto possano prevedere norme di diritto privato regionale.

La Corte in una importante sentenza, emanata poco prima della riforma costituzionale del 2001¹⁰⁰, aveva sul punto affermato che «l'incidenza sulla competenza regionale del limite del diritto privato non opera, però, in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio della ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di uguaglianza». Se volessimo mantenere fermo questo principio anche oggi¹⁰¹, dovremmo ritenere che le Regioni, nel dettare una normativa relativa ad una materia di loro competenza, sarebbero legittimate a disciplinare anche taluni aspetti della fase esecutiva del rapporto che presentano un carattere di intima connessione con l'ambito materiale regolamentato.

In questa prospettiva, un problema di coordinamento tra fonti statali e regionali potrebbe porsi soltanto in relazione alla disciplina di specifici settori, dovendosi escludere che tale funzione di integrazione non irragionevole possa essere svolta mediante una legge generale di disciplina del contratto di appalto e della sua esecuzione. Non sarebbe, dunque, ammissibile un diritto regionale dei contratti e della loro esecuzione potendosi ritenere ammissibile soltanto una normativa, afferente ad ambiti di spettanza delle Regioni, che integri precetti posti a livello di legislazione statale.

La Corte, però, con la sentenza n. 431 del 2007 non sembra condividere questa prospettiva, atteso che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 2, comma 2, e 7, comma 1, della legge della Regione Abruzzo 8 novembre 2006, n. 33 (Modifiche e integrazioni di leggi regionali concernenti i lavori pubblici e l'edilizia residenziale

¹⁰⁰ C. cost. n. 352 del 2001.

¹⁰¹ In questo senso si è espresso G. FARES, *L'assetto delle competenze normative Stato/regioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 2298 «la legislazione statale in materia di ordinamento civile (...) ben può prevedere (...) un ruolo normativo, per quanto di tipo meramente integrativo, delle Regioni, abilitandole all'emanazione di disposizioni attuative attraverso leggi o regolamenti che naturalmente non possono contraddire, e tanto meno ignorare, i principi e le norme stabilite dalla legge dello Stato».

pubblica) ritenendo che dette disposizioni, disciplinando il collaudo, abbiano invaso la competenza statale in materia di ordinamento civile. La particolarità della statuizione sta, però, nel fatto che tali norme erano, almeno in parte, riferite al settore dell'edilizia residenziale pubblica di competenza concorrente. Ne consegue, pertanto, che anche se sussiste una materia regionale, si dovrebbe ugualmente ritenere che la Regione non sia legittimata ad emanare norme privatistiche ancorché le stesse abbiano una valenza integrativa e non irragionevole ovvero si limitino a produrre effetti marginali e indiretti.

5. La fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti di servizio.

Discorso diverso, invece, deve farsi per il settore dei servizi pubblici.

Come abbiamo già sottolineato, in un mercato parzialmente liberalizzato, lo Stato deve intervenire non in funzione gestoria ma al fine di imporre alle imprese che operano nel settore obblighi di servizio strettamente indispensabili al perseguimento della missione di pubblico interesse. Tali obblighi vengono inseriti nei contratti che l'amministrazione stipula con le singole imprese all'esito della procedura di affidamento del servizio al fine di definire le rispettive posizioni contrattuali¹⁰².

Ai nostri fini interessa verificare se le norme che impongono la previsione nei suddetti contratti di precisi obblighi di servizio possano o meno rientrare nell'ambito della materia della tutela della concorrenza ovvero della materia dell'ordinamento civile.

Gli obblighi di servizio servono per simulare o, per meglio dire, per dar vita artificialmente a quegli effetti che dovrebbero derivare da un confronto concorrenziale. La loro finalità non è, pertanto, quella di promuovere la concorrenza ovvero di tutelare un mercato già concorrenziale. Si tratta di obblighi funzionali alla protezione "esclusiva" dei consumatori, atteso che consentono a quest'ultimi di ottenere quel determinato prodotto al prezzo che sarebbe praticato se il mercato fosse effettivamente concorrenziale. E' sì vero che la tutela della concorrenza si risolve, per le ragioni già esposte, anche in una tutela strumentale dei consumatori: ma perché ciò possa rilevare agli effetti del riparto delle competenze è necessario che l'intervento del legislatore statale sia in via diretta volto ad aumentare il numero degli operatori economici nel settore mediante misure di liberalizzazione ovvero a reprimere i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati al fine di assicurare la permanenza della pluralità di imprese. Nulla di tutto ciò ricorre nel caso di specie.

In relazione a questa specifica tematica, la Corte dovrà, però, presto prendere posizione in quanto alcune Regioni hanno impugnato talune norme statali¹⁰³ relative al cosiddetto *price cap*, che costituisce un meccanismo di regolazione delle tariffe volto a stabilire il costo dei "diritti aeroportuali" spettanti alle società di gestione dei servizi che le stesse erogano ai vettori (le compagnie aeree) e agli utenti del trasporto aereo (passeggeri, soggetti operanti nel settore del traffico merci, ecc.). Si tratta di obblighi di servizio finalizzati a simulare gli effetti di un mercato non ancora concorrenziale e, dunque, l'intervento del legislatore statale non potrebbe, a mio avviso, essere legittimato dal secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost.

¹⁰² Nello specifico settore dei servizi pubblici locali, l'obbligo di stipulare il contratto di servizio è previsto dal comma 11 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

Appare opportuno precisare, però, che la procedura di evidenza che l'amministrazione pone in essere per la scelta del socio privato è finalizzata non alla stipulazione di un contratto di servizio ma di un contratto societario.

¹⁰³ Si tratta, più precisamente, delle questioni proposte, con ricorsi in via principale, dalle Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Sicilia le quali hanno impugnato l'articolo 11-*nonies* e l'articolo 11-*decies*, commi 1 e 2, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria). Le Regioni Piemonte e Campania hanno, invece, censurato anche gli articoli 11-*undecies*, 11-*duodecies* e 11-*terdecies* dello stesso decreto.

A favore di questa conclusione, mi sembra possa deporre un *obiter dictum* – su cui ci siamo soffermati ad altro proposito – contenuto nella sentenza n. 430 del 2007, in cui la Corte costituzionale ha affermato, con riferimento ad un settore diverso da quello in esame, che «non possono ricondursi all'espressione tutela della concorrenza quelle misure statali che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano». E mi sembra si possa affermare che nel nostro caso gli obblighi di servizio non siano finalizzati a introdurre nel sistema né «misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali», né «strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi».

Chiarito che la disciplina del contratto di servizio, negli aspetti esaminati, non può essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, potrebbe ritenersi che il contenuto “imposto” del contratto e la sua esecuzione, attenga alla materia dell'ordinamento civile? La questione non è di agevole soluzione.

La risposta potrebbe essere positiva guardando alla finalità perseguita, che, si ribadisce, è quella di tutelare i consumatori. Ma perché possa ritenersi sussistente un titolo di competenza riconducibile all'ambito materiale in esame è necessaria – secondo quanto chiaramente affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 401 del 2007 – la sussistenza di un rapporto che abbia natura privatistica¹⁰⁴.

In questa prospettiva, se si condivide la ricostruzione che ritiene che i contratti di servizio siano contratti di diritto privato¹⁰⁵, nessuna preclusione sussisterebbe in ordine alla riconducibilità della fase di stipulazione ed esecuzione alla materia dell'ordinamento civile.

Se, invece, si ritiene che si tratti di accordi pubblici¹⁰⁶, in cui la p.a. esercita ancora poteri pubblicistici di regolazione, con conseguente impossibilità di configurare un rapporto di natura privatistica, forse non sarebbe possibile riconoscere la sussistenza del titolo di legittimazione rappresentato dall'ordinamento civile. Si riespanderebbe, pertanto, il criterio generale secondo cui occorre avere riguardo alla materia cui inerisce il potere esercitato, a meno che non si tratti, avendo riguardo alla specifica finalità perseguita dalle singole disposizioni, di attività che integra gli estremi dei livelli delle prestazioni relative a diritti civili e sociali che devono essere garantiti sull'intero territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.).

6. Brevi note conclusive.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale che si è recentemente formata nei diversi settori degli appalti e dei servizi pubblici ha sicuramente contribuito a meglio definire gli ambiti di incidenza della tutela della concorrenza, evidenziando, altresì, come la stessa possa atteggiarsi in maniera differente a seconda, appunto, del settore in cui opera.

In particolare, è emerso in maniera chiara – anche grazie ad una accurata analisi del dato normativo soprattutto di matrice comunitaria – come la tutela della concorrenza si articoli al suo interno in regole *antitrust*, nonché in misure di concorrenza “nel” e “per” il mercato.

¹⁰⁴ Si veda par. 4.

¹⁰⁵ In questo senso si sono espressi, tra gli altri, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, in *Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 452 e ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 164; C. MARZUOLI, *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Dir radiodiff. telecom.*, 2000, 749, il quale, però, ritiene che abbiano comunque un «oggetto di specie».

¹⁰⁶ G.E. BERLINGERIO, *Studi sul servizio pubblico*, Milano, 2003, 158 ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, 295 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, 613 e ss. Per ulteriori approfondimenti, con riferimento anche al rapporto tra contratti di servizio e concessione di servizi, sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *Concessione di servizi pubblici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 404.

Questa articolazione, così come la precisa individuazione dell'ambito di operatività del titolo di legittimazione in esame, non è fine a sé stessa ma serve per modulare in maniera differente il rapporto esistente con le competenze regionali.

Si è visto, infatti, che se l'intervento statale ha finalità di repressione dei comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, la tutela della concorrenza non riveste valenza trasversale ma si connota come un ambito materiale caratterizzato da un preciso oggetto di riferimento. Nessuna interferenza con sfere di spettanza regionali e nessun giudizio di proporzionalità e adeguatezza.

Nella sua accezione di concorrenza "nel" mercato, la competenza statale in esame assume rilievo soprattutto nel settore dei servizi pubblici e si concretizza, in particolare, nella previsione di strumenti di liberalizzazione. Per gli appalti questo aspetto viene in evidenza, come sottolineato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 401 del 2007, soltanto nei settori speciali.

Infine, nella accezione di concorrenza "per" il mercato, la diversità tra il settore degli appalti e quello dei servizi pubblici emerge con nettezza proprio con riferimento alle modalità di operatività del titolo di legittimazione *de quo* e della sua relazione con le potestà legislative delle Regioni. In particolare, si è sottolineato come per i contratti di appalto è necessario distinguere un piano "orizzontale" ed un piano "verticale" di rilevanza delle competenze normative regionali; mentre per i servizi pubblici detti piani tendono a sovrapporsi.

L'aspetto più complesso che rimane ancora da definire rimane senza dubbio quello relativo alla precisa individuazione delle "competenze" che potrebbero spettare alle Regioni in materia di tutela della concorrenza, non risultando semplice stabilire quando vengono in rilievo norme regionali che si limitano a produrre – come richiesto dal giudice delle leggi con la sentenza n. 431 del 2007 – effetti proconcorrenziali "indiretti e marginali" e che non si pongono in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza stessa.

Sul versante dell'ordinamento civile, sono riscontrabili analoghe differenziazioni derivanti dalla diversità strutturale esistente tra il settore degli appalti e quello dei servizi pubblici.

Se, però, per gli appalti, la Corte costituzionale, con le sentenze numeri 401 e 431 ha fatto definitivamente chiarezza, rimane ancora il dubbio circa la individuazione dell'ambito materiale in cui fare rientrare la disciplina degli obblighi di servizio imposti in mercati monopolistici o non ancora completamente liberalizzati.